Thiago Rafael Burckhart

DIREITOS INDÍGENAS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do Grau de Mestre em Direito
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis
2019

Burckhart, Thiago Rafael
Direitos indígenas e jurisdição constitucional: uma análise crítica do caso Raposa Serra do Sol / Thiago Rafael Burckhart ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2019.
222 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direitos indígenas. 3. Jurisdição constitucional. 4. Raposa Serra do Sol. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

DIREITOS INDÍGENAS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

THIAGO RAFAEL BURCKHART

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
UFSC – Orientador

Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira
UERJ – Membro

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
UFSC – Membro

Profo. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Isaac Pilati
Diretor do Centro de Ciências Jurídicas, em exercício
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 29 de março de 2019.

Aos povos da floresta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico todo meu carinho às pessoas que direta ou indiretamente foram essenciais para a tessitura árdua e prazerosa deste trabalho.

Aos meus amigos – família por extensão – que tornam a vida mais bela e agradável.

A Suellen Patrícia Moura e Ana Catarina de Alencar, pelo companheirismo, parceria e afeto ao longo desses dois anos de caminhada;

Aos meus amigos que a Ilha da Magia me presenteou, pelo acolhimento, fraternidade cordialidade: Jackson Magalhães, Naína Tumelero, Juliana Alice Gonçalves, Catharina Cavasin, Luan Corrêa, Maurício Franz, Guilherme Radis, Rafael Schmitt, Bruno Barthe e João Pimentel;

Aos meus amigos de Blumenau que, mesmo distantes, marcam presença: Mariella Kraus, Marco Aurélio, Gustavo Krelling, Maralice Verciano, Yohanna Assis, Nildo Inácio, Cristiane Ágatha, Alice Brites;

À Profa. Teresinha Aparecida Cardoso, por todo o apoio, inclusive logístico, durante esses anos em Desterro, além da interlocução científica;

À Profa. Dra. Milena Petters Melo, minha mestre, pelas profícuas discussões teóricas, além do acolhimento em Florianópolis;

Ao Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, pela presteza na orientação ao longo dos dois anos de mestrado;

À comunidade Soka Gakkai Internacional – Seccional Campeche, em especial a Cristiane Tane, pelas tardes de estudos e meditação;

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio financeiro sem a qual esta pesquisa não poderia ter sido realizada;

Por último, mas não menos importante, aos meus pais, Kátia Rosilene Schutel Burckhart e Amarildo Burckhart, pelo presente da vida, à minha avó Karin Schutele aos meus irmãos Gustavo Rafael Burckhart e Eduardo Rafael Burckhart.

"A velha raposa jamais esquece a colina onde nasceu; a tartaruga branca retribui a gentileza que havia recebido de Mao Pao. Se mesmo essas criaturas sabem o suficiente para agir assim, os seres humanos deveriam fazê-lo muito mais!"

(*Nichiren Daishonin*)

“É claro que devemos defender os direitos de nossas populações tribais. É evidente que devemos chamar atenção e denunciar as injustiças contra elas. Mas isso não deve ser feito em nome de uma atitude condescendente, superior, como se eles fossem uma espécie de humanidade em extinção, liquidada por seu próprio atraso cultural. Como se eles fossem animais de estimação como o bisão ou o elefante, que nós temos a obrigação estética de defender e proteger. Nada disso. Nosso estudo e nossa atenção para com as sociedades tribais deve estar fundada na troca igualitária de experiências humanas. No fato, [...], que podemos realmente *aprender* e *nos civilizar* com eles. [...] E é ela que deve ser o centro da motivação ideológica a nos conduzir no sentido de denúncia de todas as injustiças contra os índios e todas as minorias oprimidas”.

(DAMATTA, Roberto. *Relativizando*: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro : Rocco, 1987, p. 13).

RESUMO

A Constituição de 1988 realizou um amplo e detalhado processo de constitucionalização dos direitos indígenas no Brasil. Resultado de uma série de mobilizações, tanto do "indigenismo", quanto dos movimentos indígenas, sobretudo a partir da década de 1970/80, o texto constitucional teve importante papel como projeção jurídica das reinvindicações políticas pela construção de um Estado multicultural, marcado pela superação formal do integracionismo histórico. O processo de constitucionalização, aliado à abertura para a jurisdição constitucional, abriu o caminho para uma substantiva judicialização das causas indígenas na esfera do controle de constitucionalidade. Neste âmbito, o caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal tornou-se um *leading case*, sendo nele emblemática a atuação "ativista" da Suprema Corte que inovou na ordem jurídica a partir da introjeção de teses "extrajurídicas" para a interpretação dos direitos indígenas, como é o caso da "tese do marco temporal", que impede a demarcação de terras indígenas de povos que não se encontravam nelas na data de promulgação da Constituição de 1988 – 5 de outubro daquele ano. Por ser uma inovação jurídica que imprime uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas, referida tese tem sido contestada por uma série de entidades indigenistas além dos povos indígenas em todo o território nacional, reposicionando o debate sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional numa democracia, que remete à tensão histórica entre constitucionalismo e democracia. Nesse sentido, o objetivo geral desta pesquisa é de analisar criticamente a atuação do Supremo Tribunal Federal na realização do controle de constitucionalidade no caso Raposa Serra do Sol, focalizando a tese do marco temporal e suas consequências jurídicas. A análise será realizada a partir do aporte teórico do procedimentalismo democrático de John Hart Ely, Jürgen Habermas, Carlos Santiago Nino e Norberto Bobbio, tendo as seguintes perguntas de pesquisa como guias: 1) é legítima a atuação das Cortes Constitucionais como legislador ativo? 2) é legítimo que as Cortes Constitucionais empreendam uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas? e, 3) Qual deve ser a postura do Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam os direitos de povos indígenas – levando-se em consideração que tratam-se de minoras étnicas subrepresentadas no Parlamento Nacional? O trabalho insere-se no campo da teoria constitucional e da teoria política, em abordagem funcional-estruturalista.

Palavras-chave: Direitos indígenas; Jurisdição constitucional; Raposa Serra do Sol; Supremo Tribunal Federal; Democracia.

ABSTRACT

The 1988 brazilian Constitution carried out a broad and detailed process of constitutionalisation of indigenous rights in Brazil. As a result of mobilizations, both from "indigenism" and indigenous movements, especially from the 1970s onwards, the constitutional text had an important role as a legal projection of political claims for the construction of a multicultural state grounded in overcoming its historical integrationism. The process of constitutionalisation, together with the opening to the constitutional jurisdiction, paved the way for a substantive judicialization of indigenous causes in the sphere of judicial review. In this context, the Raposa Serra do Sol's case in the Federal Supreme Court became a leading case, and in it the "activist" action of the Supreme Court, which innovated in the legal system through the introjection of "extra-juridical" theses for the interpretation of rights indigenous peoples, as is the case with the "thesis of the temporal mark", which prevents the demarcation of indigenous lands of peoples who were not present on the date of the promulgation of the Constitution of 1988 - October 5 of that year. As it is a juridical innovation that imposes a restrictive interpretation on the rights of indigenous peoples, this thesis has been challenged by a series of indigenist entities beyond indigenous peoples throughout the national territory, repositioning the debate on the limits and legitimacy of constitutional jurisdiction in a democracy, which refers to the historical tension between constitutionalism and democracy. In this sense, the general objective of this research is to critically analyze the Federal Supreme Court's performance in the constitutionality control in the Raposa Serra do Sol case, focusing on the thesis of the temporal framework and its legal consequences. The analysis will be based on the theoretical contribution of John Hart Ely, Jürgen Habermas, Carlos Santiago Nino and Norberto Bobbio, with the following research questions as guides: 1) Is the Constitutional Court legitimate action as an active legislator? 2) is it legitimate for the Constitutional Courts to undertake a restrictive interpretation of the rights of indigenous peoples? and, 3) What should be the position of the Federal Supreme Court in cases involving the rights of indigenous peoples - taking into account that they are ethnic minorities underrepresented in the National Parliament? The work falls within the field of constitutional theory and political theory, in a functional-structuralist approach.

Keywords: Indigenous rights; Constitutional Jurisdiction; Raposa Serra do Sol; Federal Court of Justice; Democracy.

RESUMEN

La Constitución de 1988 realizó un amplio y detallado proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en Brasil. Resultado de una serie de movilizaciones, tanto del indigenismo, como de los movimientos indígenas, sobre todo a partir de la década de 1970/80, el texto constitucional tuvo un importante papel como proyección jurídica de las reinvindicaciones políticas por la construcción de un Estado multicultural, marcado por la superación formal del integracionismo histórico. El proceso de constitucionalización, aliado a la apertura a la jurisdicción constitucional, abrió el camino para una mayor judicialización de las causas indígenas en sede de control de constitucionalidad. En este ámbito, el caso Raposa Serra do Sol en el Supremo Tribunal Federal se ha convertido en un asunto principal, siendo en él emblemática la actuación "activista" de la Suprema Corte que innovó en el orden jurídico a partir de la introyección de tesis "extrajurídicas" para la interpretación de los derechos indígenas, como es el caso de la "tesis del marco temporal", que impide la demarcación de tierras indígenas de pueblos que no se encontraban en ellas en la fecha de promulgación de la Constitución de 1988 - 5 de octubre de aquel año. Por ser una interpretación restrictiva a los derechos de pueblos indígenas, dicha tesis ha sido cuestionada por una serie de entidades indigenistas además de los pueblos indígenas en todo el territorio nacional. En este sentido, el objetivo general de esta investigación es analizar críticamente la actuación del Supremo Tribunal Federal en la realización del control de constitucionalidad en el caso Raposa Serra do Sol, enfocando la tesis del marco temporal y sus consecuencias jurídicas. El análisis se realizará a partir del aporte teórico del procedimentalismo democrático de John Hart Ely, Jürgen Habermas, Carlos Santiago Nino y Norberto Bobbio, teniendo las siguientes preguntas de investigación como guías: 1) es legítima la actuación de las Cortes Constitucionales como legislador activo? 2) ¿es legítimo que las Cortes Constitucionales emprendan una interpretación restrictiva a los derechos de pueblos indígenas? y, 3) ¿Cuál debe ser la postura del Supremo Tribunal Federal en casos que involucra los derechos de pueblos indígenas - tomando en consideración que se trata de minorías étnicas subrepresentadas en el Parlamento Nacional? El trabajo se inserta en el campo de la teoría constitucional y de la teoría política, con enfoque funcional-estructuralista del derecho.

Palabras clave: Derechos indígenas; Jurisdicción constitucional; Raposa Serra do Sol; Supremo Tribunal Federal; Democracia.

SUMÁRIO

1. DIREITOS INDÍGENAS, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CASO RAPOSA/SERRA DO SOL 25

1.1 Direitos indígenas e a Constituição de 1988 25

1.2 Jurisdição constitucional, judicialização da política e juristocracia no Brasil 39

1.3 O caso Raposa/Serra do Sol..... 53

1.4 A tese do marco temporal e a teoria do indigenato 68

1.5 Arquitetura das consequências e implicações da decisão do Supremo Tribunal Federal 77

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIAS DO PROCEDIMENTALISMO DEMOCRÁTICO..... 83

2.1 John Hart Ely 85

2.2 Jurgen Habermas..... 95

2.3 Carlos Santiago Nino 105

2.4 Norberto Bobbio..... 115

2.5 Objeções ao procedimentalismo democrático: o substancialismo dworkiano 122

2.6 Uma possibilidade de síntese crítica 133

3. ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA/SERRA DO SOL..... 143

3.1 Supremo Tribunal Federal: questões relevantes e problemas institucionais..... 144

3.1 O Supremo Tribunal Federal como legislador ativo 151

3.2 A postura do Supremo Tribunal Federal frente aos povos indígenas 161

3.4 Uma interpretação restritiva do STF aos direitos de povos indígenas 170

3.5 Sobre a necessidade de reformas institucionais, diálogos interculturais e interinstitucionais no Supremo Tribunal Federal 178

3.5 Jurisdição constitucional e direitos indigenistas: entre democracia e autoritarismo 188

CONSIDERAÇÕES FINAIS 195

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 promoveu um amplo e detalhado processo de constitucionalização dos direitos de povos indígenas no Brasil. Trata-se do resultado de um profícuo engajamento sociopolítico destes povos, que a partir da somatória de forças com as demais instituições e organizações indigenistas, tornou possível a positivação dos direitos indígenas em um capítulo específico do texto constitucional. Embora os direitos indígenas tenham marcado presença nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1934, foi somente com a Constituição de 1988 que se reconheceu, ao menos do ponto de vista teórico, o desenho de um Estado multicultural que preza pelo reconhecimento da diversidade, da pluralidade étnica e abre caminho para o diálogo intercultural.

Referido marco jurídico desenvolve-se em paralelo ao processo mais amplo de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, posto em cena desde o final da Segunda Guerra Mundial nos países ocidentais. A mudança de eixo no ordenamento jurídico, no qual a Constituição passou a ocupar o papel de centralidade seja do ponto de vista político, jurídico e sociocultural, impulsionou o desenvolvimento da jurisdição constitucional em diversos países ocidentais, além da jurisdição internacional nos sistemas de proteção de direitos humanos. O aprimoramento da normatividade constitucional, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, e da normatividade internacional, com os tratados internacional de direitos humanos, resultou na criação de tribunais constitucionais que são precipuamente instados a guardar a Constituição por meio do controle de constitucionalidade. A Constituição, portanto, deixa de ser um documento de caráter tão somente ético-político para tornar-se um documento também, e sobretudo, jurídico, no qual vincula juridicamente a atuação dos poderes no âmbito político.

O reconhecimento de “novos sujeitos e novos direitos” pelo texto constitucional além da superação formal da perspectiva integracionista da relação do Estado com povos indígenas brasileiros, entretanto, não impediu – ou mesmo estancou –, os conflitos sociopolíticos relacionados aos povos indígenas e, sobretudo, ao processo historicamente produzido de apropriação de suas terras. Em efeito, mesmo após a paulatina redemocratização do país, que tem por corolário a Constituição de 1988, os conflitos agrários relacionados com as terras indígenas permaneceram como o ponto central da chamada “questão indígena” no país, surtindo

efeitos e discussões seja do ponto de vista político e jurídico, seja do ponto de vista social e acadêmico.

Atrelado a isto, o processo de constitucionalização dos direitos e fortalecimento dos mecanismos de proteção a eles – sejam eles "políticos" ou "judiciais" como, por exemplo, a própria jurisdição constitucional –, bem como a sistemática violação a esses direitos, impulsionou a judicialização massiva de uma série de causas políticas, que até então estavam relegadas à esfera de decisão política, mas que desde então passaram a ser transpostas com maior frequência para a esfera judicial. Trata-se do fenômeno chamado pela literatura jurídica e política de "judicialização da política" que hodiernamente vem se tornando cada vez mais frequente no cenário político-jurídico brasileiro e mundial. O caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol se posiciona na interface deste contexto, sendo um evidente exemplo deste processo.

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada no norte do Estado de Roraima, na fronteira com Venezuela e Guiana, extremo norte do país, durou cerca de 32 anos, desde a instalação do procedimento administrativo junto à Fundação Nacional do Índio. Em razão da ocupação dessa área, sobretudo a partir das décadas de 1960/1970, os conflitos agrários entre proprietários de terra e os representantes políticos do Estado de Roraima, de um lado, e os povos indígenas, instituições indigenistas e Ministério Público Federal, de outro, passaram a se agravar desde a instauração do referido procedimento. Os cinco povos indígenas que ocupam aquelas terras – os Makuxi, Ingarikó, Wapixana, Taurepang e Patamona, que somam uma população de aproximadamente 20.000 indígenas – tiveram que aguardar por décadas para terem o direito à posse permanente de suas terras reconhecido pelo Estado brasileiro somente no ano de 2005, com a homologação pelo ex-Presidente da República da demarcação desta terra indígena. O processo administrativo que resultou na demarcação contou com a participação de atores antagônicos à demarcação, inclusive com a possibilidade de contestação dos limites pré-definidos pelo laudo antropológico – inovação jurídica introduzida no decorrer do processo demarcatório em virtude deste mesmo caso.

Contudo, logo após a demarcação da TI pelo decreto presidencial, o então Deputado Federal eleito pelo Estado de Roraima, Augusto Afonso Botelho Neto (PT/RR), ingressou com uma ação popular (PET 3.388/RR) no Supremo Tribunal Federal que contestava e requeria a impugnação do modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, requerendo ainda a suspensão liminar dos efeitos da Portaria 534/2005 e do decreto homologatório assinado pelo então

Presidente da República, com o objetivo de declarar sua nulidade e inconstitucionalidade. Logo após o protocolo da ação no STF, outros deputados federais do Estado e o próprio Estado de Roraima ingressaram como litisconsorte ativo na demanda. Esta ação popular alastrou as discussões políticas e jurídicas relativas à demarcação da referida terra indígena no âmbito judiciário e transformou-se em *leading case* sobre os direitos de povos indígenas na mais alta Corte do país.

Em 2009, o STF proferiu acórdão neste caso reconhecendo a constitucionalidade do modelo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tendo julgado improcedente o pedido da ação popular. Entretanto, no mesmo documento, o Tribunal fundamentou a decisão em inovações jurídicas – ou "judiciais" – que não constavam nos pedidos realizados na petição inicial. Dentre essas inovações cabe fazer referência às "19 salvaguardas institucionais", no qual algumas se circunscrevem a repetir o que consta no texto constitucional e em tratados internacionais sobre os direitos de povos indígenas, enquanto que outras são mais polêmicas e inovam na ordem jurídica, de modo que elas são, na interpretação de inúmeros juristas, contrárias ao texto constitucional e aos tratados internacionais. Além das referidas salvaguardas, outro ponto polêmico do acórdão é a referência à polêmica "tese do marco temporal". De acordo com esta tese, os povos indígenas somente teriam direito às suas terras se nelas estivessem na data da promulgação da Constituição de 1988. Em caso contrário, não haveria, na lógica desta tese, a possibilidade jurídica de caracterizá-las como terras indígenas. Essas "inovações" geraram uma série de discussão e mobilização política e acadêmica, tendo em vista que, mesmo após o STF ter afirmado, em sede de embargos de declaração, que a tese do marco temporal e as 19 salvaguardas se circunscreve(ria)m à aplicação do caso Raposa Serra do Sol, a segunda turma do STF aplicou a tese em pelo menos outros três casos, da mesma forma que a afirmação da tese no acórdão abriu caminho para que juízes de instâncias menores da justiça estadual e federal também passassem a aplicá-la.

Constata-se, portanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol extrapolou os pedidos realizados pelo requerente e, muito embora tenha decidido em favor dos direitos de povos indígenas que habitam referida TI, reconhecendo a constitucionalidade do modelo de demarcação de suas terras, atuou no sentido de estabelecer parâmetros normativos para a demarcação de terras indígenas baseando-se em critérios extrajurídicos. Mostra-se evidente, portanto, que o STF atuou como legislador ativo – e não como mero

legislador passivo, atitude que historicamente é atribuída a este poder – no referido caso, oferecendo uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas com a posta em cena das referidas inovações. Nesse sentido, nascem os seguintes questionamentos, que guiarão a reflexão deste trabalho: 1) É legítima a atuação das Cortes Constitucionais como legislador ativo? 2) É legítimo que as Cortes Constitucionais empreendam uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas? E, 3) Qual deve ser a postura do Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam os direitos de povos indígenas – levando-se em consideração que tratam-se de minoras étnicas subrepresentadas no Parlamento Nacional?

Para responder a estes interrogativos utiliza-se o aporte teórico da corrente de pensamento do "procedimentalismo democrático" de John Hart Ely, Jürgen Habermas, Carlos Santiago Nino e Norberto Bobbio. Busca-se construir uma síntese dialógica entre esses autores que advogam nesta linha de pensamento. O procedimentalismo democrático destes autores é uma corrente teórica que diante da tensão histórica entre os ideais do constitucionalismo e da democracia intenta por construir um diálogo produtivo entre eles, admitindo a legitimidade do controle de constitucionalidade numa sociedade democrática. Entretanto, a atuação das Cortes em sede de controle de constitucionalidade deve ser feita de modo procedimental, prezando pela primazia dos atos legislativos que provém do Parlamento e/ou do Poder Executivo, buscando dar sustentação para um modelo de democracia deliberativa, o que, necessariamente, resulta em um modelo de jurisdição constitucional "racionalizado".

Em efeito, a decisão do caso Raposa Serra do Sol evidencia o fato de que inexistem claros e objetivos padrões de racionalidade decisiva, o que impõe a necessidade de repensar normativamente a jurisdição constitucional brasileira com o intuito de fornecer subsídios teóricos para a reflexão e intervenção neste campo. Os teóricos procedimentalistas põem ênfase na atuação contramajoritária do Poder Judiciário, sobretudo no que se refere às minorias políticas – e étnicas –, o que adequa-se, em grande medida, à proposta de pensar a dinâmica do controle de constitucionalidade nos casos que envolvem direitos de povos indígenas, que são minorias étnicas. A escolha destes autores procedimentalistas ocorre também em razão de suas teorias serem pouco exploradas para refletir sobre a jurisdição constitucional no Brasil, realizando um contraponto à teoria constitucional hegemônica, representada pelas teses "*neoconstitucionais*" – no qual as teorias e interpretações sobretudo da obra de Ronald Dworkin – mas também de outros autores, como é o caso de Robert Alexy – e o otimismo exacerbado

com relação à figura dos juízes e da jurisdição constitucional na democracia ganham proeminência.

Nesse sentido, o objetivo geral desta pesquisa é de analisar criticamente, a partir da teoria constitucional, mas com aportes da teoria política, a atuação do Supremo Tribunal Federal na realização do controle de constitucionalidade no caso Raposa Serra do Sol, focalizando a tese do marco temporal e suas consequências jurídicas, tendo em vista a perspectiva procedimentalista do direito dos autores acima mencionados em diálogo com a tradição positivista do direito. Busca-se, nesse contexto, fornecer subsídios teóricos para a reflexão sobre o papel da Corte no âmbito do controle de constitucionalidade quando tratam-se de direitos de povos indígenas a partir do paradigma procedimental. Cabe ressaltar que o presente trabalho também busca construir uma dimensão prospectiva a partir das reflexões realizadas em sua construção.

As hipóteses para as perguntas de pesquisa acima elencadas são as que seguem: 1) a hipótese para a primeira pergunta é negativa. A partir de uma análise prévia dos referidos teóricos procedimentalistas, o Supremo Tribunal Federal não esteve legitimado a atuar como legislador ativo no caso Raposa Serra do Sol, sob o risco de incorrer como uma violação ao princípio da separação e harmonia dos/entre os poderes; 2) A hipótese para a segunda questão é positiva. A partir de uma análise prévia dos direitos constitucionais de povos indígenas, dos teóricos procedimentalistas, bem como da recente jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a hipótese é de que não há elementos que sustentem a legitimidade para o STF empreender uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas; e 3) Para a terceira pergunta a hipótese é de que a Corte Constitucional deve atuar no controle de constitucionalidade de modo contramajoritário, assegurando os direitos de povos indígenas garantidos pelo texto constitucional.

O trabalho divide-se em três capítulos.

O primeiro capítulo focaliza 1) o nascimento dos direitos indígenas na Constituição de 1988, posicionando o debate sobre a judicialização da política, a jurisdição constitucional e a “juristocracia” no Brasil contemporâneo; 2) descreve o caso Raposa Serra do Sol, seu procedimento administrativo e judicial, bem como a decisão da Corte; e, 3) aborda a tese do “marco temporal” por tratar-se da tese mais polêmica levantada no acórdão do Supremo Tribunal Federal, fazendo um contraponto com a clássica teoria do indigenado que historicamente marca o desenho do direito indígena no Brasil, e também descreve a

arquitetura das consequências e implicações jurídicas da decisão do STF.

O segundo capítulo focaliza as teorias do procedimentalismo democrático dos já citados autores John Hart Ely, Jürgen Habermas, Carlos Santiago Nino e Norberto Bobbio. Busca-se descrever e sistematizar cada teoria, focalizando cada perspectiva de procedimentalismo democrático, bem como cada concepção sobre o papel da jurisdição constitucional. Além disso, se contrapõe as referidas teorias procedimentais com a perspectiva substancialista de Ronald Dworkin, buscando evidenciar suas críticas, pontos de convergência e divergência, e possíveis fragilidades de ambas as perspectivas teóricas para posteriormente empreender uma construção dialógica e produtiva de síntese para com os autores procedimentalistas escolhidos.

No terceiro capítulo realiza-se a análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal no caso em questão. Num primeiro momento, será realizada um balanço das implicações organizacionais do STF no âmbito da Constituição de 1988, focalizando os procedimentos internos da Corte para a tomada de decisão. As três posteriores sessões buscam responder a cada pergunta de pesquisa respectivamente, a partir do aporte teórico das teorias do procedimentalismo democrático. Por fim, a penúltima sessão trata da proposição criativa deste trabalho, qual seja, a necessidade de reformas institucionais e diálogos no Supremo Tribunal Federal – diálogos interinstitucionais e diálogos interculturais. A última sessão do capítulo realiza uma reflexão sobre a jurisdição constitucional e os direitos de povos indígenas a partir das categorias de democracia e autoritarismo constitucional.

1. DIREITOS INDÍGENAS, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CASO RAPOSA/SERRA DO SOL

1.1 Direitos indígenas[1] e a Constituição de 1988

Em seu livro "*Cultura com aspas*", a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha inicia um de seus ensaios afirmando que "até os anos 1970, os índios, supunha-se, não tinham nem futuro, nem passado"[2]. Naquele tempo o futuro dos povos indígenas do Brasil era negado em razão de um prognóstico que lhes imputava a assimilação irreversível e sua inexorável extinção, ao passo que o seu passado também o era por uma reticência de historiadores e antropólogos, que por razões teóricas e metodológicas hesitavam em pisar nas areias movediças e até então pouco exploradas da história, etnografia e etnologia indígena.

O marco da Constituição de 1988, entretanto, encena e projeta o nascimento de uma outra possível realidade, aquela em que os povos indígenas possuem futuro e também passado[3]. O reconhecimento formal de direitos realizado através da Constituição possui um valor simbólico no que se refere à questão indígena. De uma realidade marcada pelo anonimato político, os povos indígenas passaram a ser reconhecidos como "sujeitos políticos" e "sujeitos de direitos" a partir da reafirmação de sua etnicidade enquanto componente político-cultural central. Esse reconhecimento aconteceu de forma paulatina, na medida em que esse grupo étnico conseguiu selar alianças com setores da sociedade civil

---

[1] Neste trabalho utiliza-se que os termos "direitos indígenas", "direitos indigenistas" e "direitos de povos indígenas" como sinônimos.

[2] CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo : Cosac Naify, 2009, p. 125.

[3] Cfe. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*, p. 126; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2017; DALLARI, Dalmo. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 111, jul./set. 1991.

organizada e da política institucional que deram voz às suas causas – ou que, efetivamente, lhes deram voz[4][5].

O processo político-institucional de reconhecimento de povos indígenas como novos sujeitos políticos e de direitos foi resultado de um movimento mais amplo, chamado por antropólogos, cientistas políticos e pesquisadores da questão indígena de "indigenismo"[6]. O indigenismo pode ser entendido como um movimento amplo e nacionalista, formulado inicialmente no México mas que ganhou projeção política em todas as Américas, que tem por objetivo a defesa e valorização dos povos indígenas[7] por meio da formulação de políticas públicas, inclusão política e reconhecimento de direitos. Com protagonismo essencialmente estatal[8] e viés integracionista num primeiro momento, o indigenismo brasileiro – e de grande parte dos países das Américas – foi construído a partir de uma contradição interna, já que o Estado considerava os índios como um obstáculo ao "desenvolvimento", ao mesmo tempo que projetava uma imagem de preocupação humanitária para com eles[9].

Referida preocupação humanitária deu ensejo à criação no Brasil, no início do século XX, do Serviço de Proteção aos Índios e Localização

---

[4] Para aprofundamentos, ver: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* 1. ed. Trad. Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.

[5] Para aprofundamentos, ver: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multuculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*: os caminhos para o cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003; e, NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*: os caminhos para o cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003.

[6] Para aprofundamentos sobre o conceito, ver: NIEZEN, Ronald. *The origins of indigenism*: human rights and the politics of identity. Berkeley : University of California Press, 2003.

[7] STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos originarios*: el debate necesário. Buenos Aires : CLACSO, 2010, p. 38-45.

[8] Nesse sentido, este trabalho aproxima-se do conceito de indigenismo elaborado pela antropóloga Alcida Ramos. Para aprofundamentos, ver: RAMOS, Alcida. *Indigenism*: ethnic politics in Brazil. Madison : University of Wisconsin Press, 1998.

[9] RESENDE, Ana Catarina Zema de. *Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960-2010)*: uma análise histórica à luz do sistema-mundo e do pensamento decolonial. Tese de Doutoramento. Programa de Pós-Graduação em História. Universidade de Brasília, 2014, p. 174.

de Trabalhadores Nacionais[10] (SPILTN)[11]. Criado com o intuito de atender às expectativas no campo internacional em razão de denúncias no chamado Tribunal dos Povos, no qual ficou evidente a conflituosa relação entre o Estado brasileiro e povos indígenas, o SPI teve como maior feito a criação do instituto da tutela sobre povos indígenas, tendo ainda por objetivo a "integração do índio à sociedade nacional". O instrumento da tutela, entretanto, que está vigente até hoje, suscitou – e ainda suscita – uma série de críticas quanto à sua legitimidade[12]. No ano de 1967, após uma série de denúncias de corrupção, o SPI foi extinto pelo governo da ditadura militar e foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), vigente até hoje, com atribuições similares às do SPI[13].

O indigenismo brasileiro centrou-se na formulação da política indigenista no âmbito institucional do SPI e, posteriormente, da FUNAI, tendo o claro objetivo, num primeiro momento, de integrar esses povos aos modos de vida da sociedade hegemônica. No campo internacional, o indigenismo teve repercussão num primeiro momento na Liga das Nações e Organização das Nações Unidas, bem como na Organização Internacional do Trabalho (OIT). Estas instituições, de acordo com Ronald Niezen, produziram respostas na forma de tratados e convenções internacionais às reivindicações indígenas daquele tempo, cada instituição no âmbito de suas respectivas especificidades[14]. Mais recentemente, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) também realizou – e vem realizando – papel relevante nesse contexto[15].

---

[10] A partir de 1918, o SPILTN passou a ser conhecido pela sigla SPI, tendo em vista que a "Localização de Trabalhadores Nacionais" passou a constituir órgão próprio do Ministério do Trabalho, desvinculando-se da questão indígena.

[11] A criação de "Serviços de Proteção ao Índio" ocorreu em grande parte da América no início do século XX. Cabe pontuar aqui a Bureau nos Estados Unidos. Para aprofundamentos, ver: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo : Claro Enigma, 2012.

[12] Cfe. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Tutela aos índios*: proteção ou opressão? In: SANTILI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.

[13] Sobre as denúncias de corrupção, ver: ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *A Constituição de 1988 e os direitos indígenas*: uma prática assimilacionaista? In: CUNHA, Manuela Carneiro da & BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo : Editora da UNESP, 2018.

[14] NIEZEN, Ronald. *The origins of indigenism*, p. 51-52.

[15] Num primeiro momento, a Organização Internacional do Trabalho foi responsável pela elaboração da Convenção n. 107 da OIT "concernente à

A partir da década de 1970, o indigenismo brasileiro foi influenciado pelo crescente processo de "politização da cultura"[16], na qual novos sujeitos políticos, dentre eles os povos indígenas, passaram a assumir o papel de protagonistas no cenário político, tendo por pauta o reconhecimento e projeção formal de novos direitos[17]. Este processo ressignificou o indigenismo, na medida em que passou a reconhecer os povos indígenas como atores políticos capazes de participar também da política institucional vigente. O texto de Carlos Marés de Souza Filho intitulado "Multiculturalismo e direitos humanos" relata de forma pontual a gênese do processo de fortalecimento político dos povos indígenas no Brasil desde a década de 1970. Nesse contexto, o campo das políticas indígenas e indigenistas[18] passou por uma grande transformação em razão da interferência destes novos movimentos sociais[19] na esfera política

---

proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes". A Convenção não regulava somente questões relativas ao trabalho de povos indígenas, sendo uma determinação jurídica internacional para a relação dos Estados para com os povos indígenas de modo abrangente.

[16] Cfe. BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura*: igualdad y diversidad en la era global. Traducido por Alejandra Vassallo. Buenos Aires : Katz, 2006. BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros*. Extranjeros, residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2005.

[17] Para Alain Touraine, desde as décas de 1970/1980 observa-se uma paulatina substituição das categorias de análise políticas e sociais por categorias culturais, de modo que pode-se falar na emergência de um novo paradigma tanto teórico quanto empírico caracterizado pela projeção política e consequentemente jurídicas de uma série de reivindicações culturais, como foi a luta dos povos indígenas pela diversidade. Cfe. TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avalino Titton. Petrópolis : Editora Vozes, 2007.

[18] O termo "política indigenista", que caracteriza as ações do Estado e de outros atores para com os povos indígenas é geralmente contraposto ao termo "política indígena", que refere-se às ações empreendidas pelos próprio povos indígenas enquanto sociedades politicamente autodeterminadas. Para aprofundamentos, ver: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.) et al. *Políticas Culturais e Povos Indígenas*. São Paulo : Cultura Acadêmica, 2014.

[19] Sobre os novos movimentos sociais, ver: TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje*. Op Cit. & WARREN-SCHERER, Ilse; LUCHMAN, Lígia (Org.). *Movimentos sociais e participação*: abordagens e experiências no Brasil e na América Latina. 1. ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2011.

nacional e internacional, produzindo uma série de efeitos no sentido do reconhecimento formal e material de direitos.

Estas foram as bases sociológicas que deram ensejo à inclusão da perspectiva multicultural[20] na Constituição de 1988, tendo especial relevância a questão indígena. Referido texto constitucional se inscreve numa dinâmica política de regionalismo interamericano que a jurista peruana Raquel Fajardo intitula de "ciclo de reformas constitucionais multiculturalistas"[21]. Segundo a autora, a Constituição brasileira se posiciona no primeiro ciclo de reformas, juntamente com as reformas constitucionais do Canadá (1982) e com as Constituições da Guatemala (1985) e Nicarágua (1987). Este primeiro ciclo é marcado por um constitucionalismo de matriz multicultural. No segundo ciclo, chamado de "constitucionalismo pluralista" e diretamente influenciado pela Convenção 169 da OIT – que reformulou as bases da antiga convenção[22] – se inscrevem as constituições da Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996/1998) e Venezuela (1999). No terceiro ciclo estão as mais recentes constituições da América Latina da Bolívia (2008) e Equador (2009), que a partir da noção de Estados Plurinacionais e Estado de bem-viver refundam os respectivos Estados em novas bases e epistemologias[23].

A Constituição de 1988, portanto, foi o resultado de uma disputa na arena política, que se manifestou de modo evidente na Assembleia

---

[20] Sobre o multiculturalismo, ver: ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008; SEMPRINI, Andrea. *Multiculturlismo*. Bauru : Edusc, 1999.

[21] FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT*: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas*: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 25-27.

[22] Trata-se da Convenção 107 da OIT de 1957. Cfe. STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988.

[23] Para compreender esse fenômeno que ficou conhecido como "novo constitucionalismo latino-americano" ou "constitucionalismo da diversidade", ver: BURCKHART, Thiago; MELO, Milena Petters. *O constitucionalismo da diversidade*: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Políticas constitucionais e sociedade*: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades. 1ª Ed. Curitiba : Primas, 2015, pp. 52-75.

Nacional Constituinte. Naquele momento, a "questão indígena", como bem argumenta Manuela Carneiro da Cunha, se centrava nos "direitos territoriais"[24], isto é, nos processos reivindicativos pela demarcação das terras e, consequentemente, pela gestão delas pelos próprios povos indígenas[25]. Apesar das grandes dificuldades enfrentadas pelas organizações de povos indígenas durante a Assembleia Nacional Constituinte, sobretudo em razão da interferência de grupos claramente contrários aos seus interesses e à positivação de seus direitos – como os militares e os representantes do agronegócio –, foi possível alcançar, dentro das possibilidades fáticas e limitadas, transformações jurídicas no sentido do reconhecimento de novos direitos e da manutenção de outros que já haviam sido reconhecidos em constituições anteriores[26].

A Constituição, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, delineia um capítulo específico sobre os povos indígenas, que compreende os artigos 231 e 232 de seu texto. Dentre essas disposições, se reconhece 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 (art. 231). A Constituição ainda define o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas" como aquelas que por eles habitam em caráter permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, aquelas 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 (art.

---

[24] Com a expressão "direitos territorias" busca-se designar neste trabalho não somente o direito à terra, mas todos os demais direitos que a ela se relacionam, como é o caso da gestão política territorial pelos próprios povos indígenas, as políticas públicas para o meio ambiente, dentre outras. Em efeito, os direitos territoriais estão na centralidade da "questão indígena" do país ainda hodiernamente.

[25] CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*: ensaios e documentos. São Paulo : Imprenta, 1987, p. 32.

[26] Durante a Assembleia Nacional Constituinte ganhou relevância a atuação de organizações indígenas como a Comissão Pró-Índio (CPI/SP), a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), e a Igreja Católica representada pelo Conselho Missionário Indigenista (CIMI), que em grande medida deram voz aos povos indígenas. Cfe. BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil*: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). Tese de doutoramento. Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, 2010, p. 179. Para aprofundamentos, também ver: SANTOS, Silvio Coelho dos. *Povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

231, § 1º). Ainda, ressalta-se que suas terras são de posse permanente dos índios e que as riquezas do solo, dos rios e dos lagos são seu usufruto (art. 231, § 2º).

Como avanços significativos, a Constituição também determinou que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, sendo seus direitos sobre elas imprescritíveis (art. 231, § 4º). Nesse sentido, o texto constitucional considera nulos e extintos os atos que tenham por objetivo a ocupação, o domínio e a posse dessas terras ou a exploração de suas riquezas (art. 231, § 6º). Com isso, o texto constitucional estabelece um *paradigma protetivo* às terras indígenas, apontando, como descreve Orlando Villas Bôas Filho, para uma "maior autonomia dos direitos dos índios concernentes a interesses advindos dos sistemas econômico e político"[27]. Nesse sentido, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, é possível conceber o referido *paradigma protetivo* das terras de povos indígenas como um elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição.

Na literatura jurídica, entretanto, há um ponto de tensão em conceber as inovações dos §§ 3º e 4º do artigo 231 como evolução aquisitiva aos povos indígenas, em comparação com a anterior Constituição de 1967/1969. Para Marco Antonio Barbosa, ao teorizar sobre os recursos minerais e hídricos em terras indígenas, disciplinados no art. 231, § 3º, aponta que no sistema constitucional anterior essa matéria não era tratada constitucionalmente, de modo que se entendia – e aqui o autor refere-se a Pontes de Miranda – que todas as riquezas naturais, incluídas também os recursos hídricos e as riquezas do subsolo eram de usufruto pleno e exclusivo das comunidades indígenas[28]. De acordo com o autor, a questão da mineração em terras indígenas na Assembleia Nacional Constituinte foi uma das mais "acaloradas", tendo resultado em um "retrocesso constitucional" a possibilidade de exploração com a autorização do Congresso Nacional, contrariando disposições da mais recente Declaração Internacional dos Direitos de Povos Indígenas[29]. Outro ponto que também gera discussão é a

---

[27] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*. In: BITTAR, Eduardo (Org.). História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo : Atlas, 2003, p. 291.

[28] BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo : Plêiade, 2001, p. 96-97.

[29] BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, p. 96-97.

possibilidade de remoção de povos indígenas de suas terras prevista no art. 231, § 5º. De acordo com Marco Antonio Barbosa e José Afonso da Silva, a presente disposição constitucional é um retrocesso do ponto de vista jurídico e político por admitir a remoção de indígenas por determinação do Congresso Nacional em casos de catástrofes, epidemias ou interesse nacional, em relação à ordem constitucional anterior "porque infringe o direito de posse permanente" dos povos indígenas[30].

Por fim, o capítulo sobre os povos indígenas termina com o art. 232 que dispõe sobre a capacidade dos índios, de suas comunidades e organizações se ingressarem como partes legítimas em juízo em defesa de seus direitos. Trata-se da possibilidade de autodeterminação em questões jurídicas que lhes sejam atinentes, tendo em vista que até a promulgação da Constituição de 1988 os povos indígenas eram considerados pelo antigo Código Civil (1916) como relativamente incapazes, o que lhes impedia de ingressar em com ações em juízo.

Cabe ressaltar, ainda, que há uma espécie de consenso na literatura jurídica em categorizar os direitos territoriais de povos indígenas previstos sobretudo no art. 231 como "direitos fundamentais"[31]. Isso se deve à abertura do artigo 5º, § 2º que expressamente reconhece direitos fundamentais positivados para além do rol do artigo 5º, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou de tratados internacionais, bem como à teoria de juristas como José Joaquim Gomes Canotilho que apontam para a existência de direitos fundamentais "dispersos" no texto constitucional[32]. A argumentação que fundamenta

---

[30] BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, p. 96-97. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.425.

[31] Cfe. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. Cit.; DALLARI, Dalmo. *Os direitos humanos dos índio*. In: MIRAS, Julia Trujillo (et. al.). Makunaima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro : Beco do Azougue, 2009; VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba : Juruá, 2009; BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. Op. Cit.; KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*: desenvolvimento histórico e estágio atual. Traduação de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010; JOAQUIM, Ana Paula. *Direito Constitucional Indígena*: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, USP, 2013.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1995, p. 539-540.

esta teoria gira em torno da fundamentabilidade da terra enquanto condição indispensável para a existência e sobrevivência dos povos indígenas, referindo-se ainda a tratados e convenções internacionais sobre o tema.

O capítulo específico sobre os povos indígenas se restringe aos aspectos acima abordados, no entanto, os direitos de povos indígenas são transversalmente tratados também em outros dispositivos do texto. A Constituição estabelece a competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV); a competência exclusiva do Congresso Nacional de autorizar a exploração e aproveitamento de recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (art. 49, XVI); a competência de juízes federais de processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas (art. 109, XI); a defesa judicial de povos indígenas como atribuição do Ministério Público (art. 129, V); além do estabelecimento do prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações de terras indígenas no país (ato das disposições transitórias, art. 67). Na seção que trata da Cultura, a Constituição ainda prevê que o Estado deve garantir e proteger as manifestações da cultura indígena e dos grupos participantes do processo civilizatório brasileiro (art. 215, § 1º).

No que se refere aos direitos de povos indígenas previstos na Constituição, ainda é oportuno enfatizar que eles devem ser lidos e interpretados de forma sistemática com o previsto em outros dispositivos da Constituição, sobretudo os direitos sociais, os direitos de liberdade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais. Cabe ressaltar que, para além dos direitos territoriais, é possível afirmar que uma abordagem constitucional dos direitos de povos indígenas não pode prescindir de pelo menos outros três pontos notáveis e consideráveis para uma análise calcada na complexidade desse fenômeno: a) a superação do integracionismo e o reconhecimento do pluralismo cultural; b) o reconhecimento de uma espécie de pluralismo jurídico; c) abertura ao direito internacional dos direitos humanos.

Sobre o primeiro ponto, partindo de uma análise sistemática da Constituição, juristas e pesquisadores dos direitos indigenistas afirmam que o texto constitucional superou um paradigma que marcou historicamente as relações entre Estado e povos indígenas no país, qual seja, o paradigma do integracionismo. O integracionismo foi articulado como política de Estado desde o início do século XX. De acordo com

Raquel Fajardo[33], o integracionismo foi um dos marcos do constitucionalismo social na América Latina, da mesma forma que o assimilacionismo foi do constitucionalismo liberal. Ambos os termos podem ser interpretados como sinônimos de uma prática que visa, em síntese, negar o direito ao futuro desses povos, na medida em que negam suas práticas e suas expressões culturais[34], a partir da criação de uma "necessidade" que se inscreve na homogeneização cultural "dominante",

Trata-se de uma maneira de gerir o problema do pluralismo e da diferença, como define Maria José Fariñas Dulce[35]. Desde o descobrimento – e encobrimento – do "outro"[36] na gênese da modernidade, o problema do pluralismo se mostrou um desafio para a colônia portuguesa – e espanhola. Segregacionismo, assimilacionaismo, integracionismo, multiculturalismo e interculturalidade foram – e continuam sendo – "metodologias políticas", ou "técnicas políticas" que buscam gerir e dar respostas a esse desafio, tratado como "problemático" pelos povos colonizadores. O assimilacionsimo e integracionismo predominaram tanto no plano jurídico-formal – no âmbito constitucional, legal e infra-legal – e nas práticas políticas até o advento da Constituição de 1988, que, atendendo às reivincações de uma parte considerável da sociedade brasileira, inseriu uma perspectiva multicultural em seu texto.

---

[33] FAJARDO, Raquel. *Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In: LOPEZ, Mikel Berraondo (Org.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbau : Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-568.

[34] Muitos autores realizam uma distinção entre o assimilacionismo e o integracionaismo. Para Orlando Villas Bôas Filho, "a integração que, grosso modo, consistiria na participação na sociedade nacional sem a perda da identidade étnica, ao ser confundida com a assimilação, que seria justamente a total incorporação de um indivíduo ou grupo na sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica e cultural". VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*, p. 284.

[35] FARIÑAS, Maria José Dulce. *Democracia y Pluralismo*. Madrid : Dykinson, 2014.

[36] DUSSEL, Enrique. *El encubrimiento del otro*: hacia el origen del 'mito de la modernidad'. La Paz : CLACSO, 1994; BHABHA, Homi. *Nuevas minorias, nuevos derechos*: notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires : Siglo XXI, 2013.

O integracionismo do século XX ainda deixou marcas desse regime de juridificação[37] na legislação pré-constitucional, no qual o Estatuto do Índio (lei n. 6.001/1973) é a mais evidente exemplo. Como observa Orlando Villas Bôas Filho, este documento legal foi pautado pela ideologia integracionista, de modo que visava expressamente em seu texto a integração "progressiva e harmoniosa" dos povos indígenas à "comunhão nacional"[38] (cfe. art. 2º do Estatuto do Índio). Referida integração se daria mediante a paulatina "emancipação" dos índios, sem necessariamente haver a perda de sua identidade cultural.

Nesses termos, o reconhecimento constitucional da diferença colmado no texto da Constituição de 1988, sobretudo a partir do reconhecimento dos direitos culturais, da cultura e das práticas indígenas inaugura um "novo paradigma político e jurídico" a partir da "plurietnicidade"[39], onde "abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que os índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, e de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à consequente perda de sua identidade étnica"[40][41]. Juridicamente, ainda, esse reconhecimento também é espelhado na Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada em 1989, da qual o Brasil ratificou[42].

O segundo ponto diz respeito ao reconhecimento de um determinado tipo de pluralismo jurídico[43]. O reconhecimento jurídico da diversidade social, cultural e política de povos indígenas promoveu aquilo que Marcelo Neves chama de "transconstitucionalismo entre ordens

---

[37] Cfe. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 111 2017, p. 339-379.

[38] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil, p. 283.

[39] VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba : Juruá, 2009, p. 16.

[40] VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 17.

[41] Nesse sentido, é importante pontuar o trabalho de Claude Lévi-Strauss "Raça e História": LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural II. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1976.

[42] A convenção foi ratificada mediante o Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

[43] Para uma análise do conceito de pluralismo jurídico, ver: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª Ed. São Paulo :Saraiva, 2015.

jurídicas estatais e ordens locais extraestatais”[44] que se evidencia e se exemplifica no reconhecimento dos costumes indígenas no campo da jurisdição – seja ela civil, penal, constitucional ou internacional. Trata-se, portanto, da caracterização de uma espécie de pluralismo jurídico, não idêntico ou ao mesmo nível àquele previsto e praticado hodiernamente nos países andinos – no chamado “novo constitucionalismo latino-americano”, mas tratam-se de práticas que em grande medida inovam à racionalidade do direito moderno e admitem uma nova possibilidade de praticar e conceber o direito.

O terceiro ponto a ser tratado diz respeito à cláusula de abertura da Constituição ao direito internacional dos direitos humanos, positivado no § 3º do art. 5º. Hodiernamente é, em grande parte, difícil e mesmo inadequado realizar uma leitura da Constituição, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, que não leve em consideração e/ou negligencie o direito internacional dos direitos humanos no que tange à matéria de direitos humanos e do desenvolvimento da jurisprudência dos sistemas regionais de proteção de direitos, em específico da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o aprimoramento de um arcabouço jurídico internacional em matéria de direitos humanos impactou diretamente o modo de organização dos Estados Nação[45]. Isso possibilitou uma aproximação dialógica entre a ordem constitucional dos Estados e as normas internacionais, bem como entre a jurisdição constitucional e a jurisdição internacional que se somam para a proteção de pessoas, grupos e povos.

No que toca aos direitos de povos indígenas, existe atualmente uma série de documentos internacionais ratificados pelo Brasil, que incorporam, ao menos do ponto de vista material[46] uma série de direitos

---

[44] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Revista Espaço Ameríndio*, v. 6, 2012, pp. 230-247.

[45] Cfe. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 2001; BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. Minnesota, West Publishing, 1988.

[46] A discussão sobre a hierarquia formal dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos foi travada no Supremo Tribunal Federal em 2004. Para profundamentos, ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2018.

com *status* constitucional. Esse reconhecimento ocorreu tanto no Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos quanto no Sistema Regional, com destaque para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. De acordo com James Anaya, os esforços internacionais no campo indigenista "(...) demonstrates that this regime advances a multicultural model of political ordering and incorporation of indigenous peoples into the fabric of the state", e acrescenta que "(...) the multicultural model appears to be now firmly embraced by the international human rights regime, in an effort to move the reality closer to the idea to establish the movement as a global priority"[47].

Nesse sentido, os povos indígenas passam também a ser reconhecidos como sujeitos de direito internacional[48], em busca por autodeterminação como direito e como princípio de direito à diferença[49]. Esse processo foi responsável pela elaboração de diversos documentos internacionais. Do ponto de vista da especificidade temática, apenas dois documentos vigentes atualmente tratam em específico da questão indígena. O primeiro deles é o Convênio n. 169 da OIT sobre povos indígenas (1989), que possui natureza de tratado vinculante, e do qual o Brasil ratificou mediante o decreto n. 5.051/2004. E o segundo é a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU (2007). Este último tem natureza de declaração, tendo sido adotado pelo Brasil, sendo portanto um compromisso de natureza política, e não jurídica, para torná-lo efetivo[50].

Existem, entretanto, uma série de outros documentos que não tratam especificamente de direitos de povos indígenas, mas que subjazem a eles e que foram ratificados pelo estado brasileiro: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969); Convenção para a proteção do Patrimônio mundial, cultural e natural (UNESCO, 1972); Convenção da

---

[47] ANAYA, James. *Indigenous peoples in international law*. New York : Oxford University Press, 1996, p. 137.

[48] ANAYA, James. *Indigenous peoples in international law*, 137.

[49] Cfe. BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação*: direito à diferença. São Paulo : Plêiade, 2011.

[50] Para uma análise desses documentos em perspectiva comparatística no constitucionalismo da América Latina, ver: FAJARDO, Raquel. *Aos 20 anos da Convenção n. 169 da OIT*: balanço e desafios da implementação dos direitos de povos indígenas na América Latina. In. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília : Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Biodiversidade (UNESCO, 1992); Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (UNESCO, 2001); Convenção sobre a salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (UNESCO, 2003); e, Convenção sobre a Proteção e Promoção da diversidade das expressões culturais (UNESCO, 2005).

Os dois documentos que tratam especificamente dos direitos de povos indígenas, sobretudo a Convenção n. 169 da OIT, são documentos juridicamente importantes e reconhecem inclusive direitos que não estão positivados no âmbito constitucional e interno, mas que possuem relevância política, como é o caso da "consulta prévia" aos povos indígenas em empreendimentos privados e/ou ações do Estado nos mais variados níveis – federal, estadual e municipal – que possam de alguma forma lhes afetar[51]. Nesse sentido, os instrumentos internacionais somam-se aos direitos constitucionais de povos indígenas e devem ser conjuntamente e integralmente interpretados, na medida em que compõem uma normatividade indivisível, integrada e inevitável.

Nesse contexto, no âmbito deste trabalho, entende-se que a ciência do direito constitucional – e a ciência jurídica de modo geral – é uma ciência de textos e contextos. Tanto texto quanto contexto produzem uma *práxis* – no sentido marxista do termo –, que se retroalimentam na medida em que atuam de modo dialógico – e, por vezes conflitante. Neste trabalho, leva-se em consideração a tensão complexa, dialógica e produtiva existente entre o texto e o contexto da Constituição de 1988, especificamente no que tange aos direitos de povos indígenas. Em efeito, reconhece-se que colmar a distância existente entre texto e contexto é o desafio do constitucionalismo e da democracia contemporâneas. Para tanto, cabe "vontade de Constituição" como predizia Konrad Hesse[52], para que ela torne-se vida, latente e produza seus efeitos materiais em sociedade.

---

[51]Cfe art. 6º da Convenção. Artigo 6º-1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

[52] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília : IBDC, 2010; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1995.

1.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JURISTOCRACIA NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um movimento político, teórico e filosófico mais amplo que passou a influenciar os rumos do constitucionalismo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Seguidamente ao conflito bélico, as constituições da Itália (1948) e Alemanha Ocidental – Lei Fundamental de Bohn, 1949 – passaram a introduzir inovações nos textos constitucionais, marcadas pela introjeção de princípios éticos, como uma forma de tentar evitar que as atrocidades cometidas durante aquele conflito voltassem a acontecer[53]. O princípio da "dignidade da pessoa humana" talvez seja o que mais ganhou destaque, expressão e relevância para a razão e prática jurídica e política, tendo sido inclusive positivado na Constituição brasileira de 1988[54].

Logo após a Segunda Guerra Mundial, observa-se que houve um redesenho do constitucionalismo a nível planetário. Nesse sentido, Bruce Ackerman fala do "advento do constitucionalismo global"[55], na medida em que esse fenômeno deixa de ser um ideário da política ocidental territorializado – relativo às Américas e à Europa – e passa a se tornar um ideal tendencialmente universal[56]. São poucos os países que atualmente

---

[53] ONIDA, Valerio. *La Costituzioni ieri e oggi*. Bologna : Il Mulino, 2008.

[54] Nas palavras de Carlos Santiago Nino, houve uma aproximação entre direito e ética desde o final da Segunda Guerra Mundial. Cfe. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.

[55] ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism.* Virginia Law Review 83, nº. 4, pp. 771-797, 1997.

[56] Nesse sentido, "(...) la seconda guerra mondiale costituisce un tornante storico fondamentale. Essa infatti segna l'affermazione a livello planetario dei principi del costituzionalismo come principi non propri di questo o quel popolo o di questa o quella area geopolitica, ma tendenzialmente universali. Quella affermazione che si realizza con la istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e soprattutto con l'approvazione da parte dell'Assemblea dell'ONU della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (...) la seconda guerra mondiale segna il confronto finale fra le democrazie e quei regimi che, al di là degli specifici interessi nazionali (...) si proponevano di creare un "nuovo ordine di tirannia", e rifiutavano esplicitamente i fondamenti teorici e quelli pratici del costituzionalismo;". ONIDA, Valerio. *La Costituzioni ieri e oggi*, p. 3-4). Para aprofundamentos, ver também: TUSHNET, Mark. The inevitable internationalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 49:4, 2009.

não possuem uma Constituição escrita, garantidora de direitos e da separação dos poderes. No mesmo sentido, a democracia também passou a se firmar como um ideário universal, deixando de ser uma concepção ideal tratada por muitos teóricos de modo pejorativo para alçar-se como modelo de regime político dominante[57]. A intersecção entre o constitucionalismo e a democracia[58] - sobretudo em razão da constitucionalização da democracia nas constituições de diversos países, inclusive o Brasil – resultou no discurso jurídico e político na construção da categoria "democracias constitucionais" – ou também "Estado democrático de direito" – que passou a ser utilizada pela literatura jurídica e política desde então.

O constitucionalismo contemporâneo[59], que passou a desenvolver-se paulatinamente logo após a Segunda Guerra Mundial como resultado de uma série de incursões teorético-filosóficas, alterou diretamente o direito, como afirma Manuel Atienza[60]. As alterações se deram em duas vias. A primeira a partir de uma aproximação do direito com "novos conteúdos" que anteriormente estavam adstritos ao campo da reflexão ético-filosófica e política; e, num segundo momento, por um processo de constitucionalização do direito, na medida em que diversos direitos que até então estavam relegados a serem reconhecidos pelo processo legislativo passaram a integrar a Constituição e a ser, portanto, uma forma de limitar a política ordinária.

---

[57] SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo : Editora UNESP, 2014.

[58] Mais à frente pretende-se analisar com afinco a tensão que existe entre esses dois conceitos.

[59] O termo "constitucionalismo contemporâneo" é também utilizado para caracterizar uma nova fase do constitucionalismo moderno, logo após o constitucionalismo liberal do século XVIII e XIX e o constitucionalismo social do século XX, no qual passa a aproximar-se do ideal democrático, naquilo que ficou conhecido como "direitos de terceira geração". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolà; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília : Editora da UnB, 1998; FERRAJOLLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

[60] Nesse mesmo sentido, a globalização produziu efeitos similares. ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalizacíon e derecho*. In CARBONELL, MIGUEL. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid : Frotta, 2003.

Essa constatação também é feita pelo professor francês Louis Favoreu em seu clássico texto "La constitutionnalisation du droit"[61], traduzido para diversos idiomas. Neste texto, o autor identifica que o fenômeno da "constitucionalização" produziu uma mudança no centro de gravidade da ordem jurídica. O autor aponta que "desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental"[62]. A Constituição deixa de ser um mero documento político ou preambular e passa a ter força jurídica e normativa, posicionando-se ainda na centralidade do sistema jurídico, como já era nos Estados Unidos da América desde o século XVIII. Passa-se, assim, para um contexto no qual o modelo de soberania parlamentar, vigente em grande parte da Europa do século XVII à metade do século XX, passa a ter que dialogar com a concepção insurgente de "soberania constitucional"[63], na qual a Constituição, documento que inscreve restrições aos poderes políticos, ganha prevalência.

Essa transformação produziu efeitos no âmbito da relação entre poderes, ao passo que um poder passou a assumir destaque no cenário jurídico e político, o Judiciário. De mero poder responsável por ser "la bouche de la loi" como afirmava Montesquieu no século XVIII – e como efetivamente o fora até metade do século XX – o judiciário passou a assumir um novo papel naquele momento. Isso ocorre sobretudo em razão da criação de Tribunais Constitucionais na Europa, América Latina e em parte do mundo oriental, responsáveis pela interpretação e aplicação da Constituição[64].

Enquanto o constitucionalismo, entendido como movimento histórico, político, cultural e jurídico[65], tem uma longa história, o jurista alemão Dieter Grimm afirma que a jurisdição constitucional e as cortes

---

[61] FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, Volumen XIII, 2001.

[62] FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Op. Cit.*

[63] Nesse mesmo sentido, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.

[64] Para aprofundamentos, ver: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

[65] Neste trabalho compreende-se que o constitucionalismo moderno resulta da articulação sinérgica diante da necessidade de a) declarar direitos fundamentais; e, b) estabelecer a organização estatal, ambas como formas de limitação à política, c) na sua forma escrita. Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Op. Cit.

constitucionais eram raridade antes do final da Segunda Guerra Mundial[66]. A essência da jurisdição constitucional, como trata Dieter Grimm, "is to enforce constitutional law vis-à-vis government", o que implica no recurso do controle de constitucionalidade – chamado pela literatura inglesa de *judicial review* – de leis e atos administrativos realizados pelo Legislativo e Executivo, tendo em vista os parâmetros e limites normativos estabelecidos pela Constituição, que funcionam, ao menos teoricamente, como freios aos poderes políticos.

O processo de constitucionalização dos direitos, o princípio da constitucionalidade das leis, e a transformação da Constituição em norma jurídica implicam, como diria o jurista austríaco Hans Kelsen, na estipulação de tribunais constitucionais capazes de realização do controle judicial de leis e da interpretação, em última instância, dos dispositivos da Constituição. O modelo idealizado por Hans Kelsen em seu clássico livro "Jurisdição Constitucional"[67] compreende um controle abstrato de normas, realizado unicamente pelos tribunais constitucionais de modo concentrado. Os magistrados da corte podem, em seu modelo, atuar como "legisladores negativos", na medida em que as leis infrinjam requisitos constitucionais.

Para Hans Kelsen, o "guardião" da Constituição deve ser um Tribunal de Justiça Constitucional, e por isso arquitetou um modelo de tribunal constitucional responsável pela revisão de atos dos poderes políticos. Referida teoria é contraposta pelo também jurista alemão Carl Schmitt, que afirma, na década de 1930, que cabe ao Presidente da Reich – em clara referência a Adolf Hitler e ao nazismo crescente naquela época – a tarefa de salvaguardar a Constituição em nome do povo. De acordo com o pesquisador Bruno Menezes Lorenzetto, o debate teria um vencedor no campo da argumentação, Schmitt, em razão de sua proposta teórica de grande densidade crítica contra o liberalismo e ao parlamentarismo de sua época, e um vencedor fático-histórico, Kelsen, em razão da prevalência de sua posição na utilização de sua teoria de sistema constitucional pelos países democráticos do pós-guerra, tendo seu

---

[66] GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation : between law and politics. *Nujs Law Review*, n. 15, 2001.

[67] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Cabe aqui ainda mencionar o debate Hans Kelsen vs. Carl Schmitt que marcou a teoria do direito no século XX. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

modelo de tribunais constitucionais sido adotado em grande parte do mundo[68].

O modelo idealizado por Kelsen passou a ser aplicado de modo difuso nos países europeus continentais logo após a Segunda Guerra. Este modelo se contrapõe ao desenvolvido nos Estados Unidos da América a partir do famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Corte Suprema no início do século XIX. No caso estadunidense, o controle de constitucionalidade não foi idealizado por determinado autor, mas se desenvolveu a partir da própria jurisprudência da Corte Suprema. Nesse contexto, a decisão do caso *Marbury vs. Madison* teve um papel fundamental no desenho do controle de constitucionalidade estadunidense, que floresceu a partir de pressupostos diferentes do sistema europeu, na medida em que é um sistema de ordem "concreta", realizado de forma difusa por todos os juízes estadunidenses[69].

O professor estadunidense Michel Rosenfeld afirma que a literatura jurídica sobre o *judicial review* tende a considerar que o modelo estadunidense seria inerentemente menos político que o modelo europeu. Entretanto, o mesmo autor afirma que paradoxalmente, "a jurisdição constitucional norte-americana tem sido muito mais veementemente atacada por ser indevidamente política do que sua contraparte europeia"[70]. Nesse sentido, alerta o autor que "quanto mais política for a jurisdição constitucional, mais ela estaria em tensão com o Estado de Direito", na medida em que "o Estado de Direito se posiciona em contraste com o poder arbitrário e irrestrito e com o poder puramente político"[71] sem freios ou limites.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi primeiramente recepcionado pela ordem constitucional de 1891, primeira Constituição

---

[68] Para aprofundamentos, ver: LORENZETTO, Bruno Menezes. *O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição*. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

[69] Para compreender o caso Marbury vs. Madinson e suas implicações para o Judicial Review, ver o clássico texto: CORWIN, Edward. Marbury vs. Madinson and the doctrine of judicial review. *Michigan Law Review*, vol 12, n. 7, 1914.

[70] ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos*: paradoxos e contrastes. In: BIGONHA, Antonio Carlos A. e MOREIRA, Luiz (orgs). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177-178.

[71] ROSENFELD, Michel. *Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos*: paradoxos e contrastes, p. 183.

republicana[72]. O modelo adotado foi o estadunidense, marcado pelo controle concreto e difuso, permanecendo vigente até 1965, quando mediante uma emenda à Constituição de 1946 foi acrescentado o modelo abstrato e concentrado de constitucionalidade, que passou a ser incrementado pela Constituição de 1988[73]. O Brasil, portanto, convive em seu ordenamento jurídico com ambos sistemas de controle de constitucionalidade, sendo um modelo peculiar e altamente complexo[74]. A Constituição de 1988 foi responsável pela recepção deste modelo misto de controle judicial de constitucionalidade, além de ter sido – do ponto de vista teórico-epistemológico – o documento que recepcionou as transformações do direito constitucional que ocorreram no mundo ocidental desde o final de Segunda grande guerra.

Estas transformações na ordem constitucional foram posteriormente – e mesmo equivocadamente –, categorizadas como "neoconstitucionalismo"[75]. Trata-se de um termo cunhado na década de 1990 por Susana Pozzollo a partir de uma análise metateórica, no campo da filosofia do direito, realizada para descrever uma realidade constitucional insurgente a partir de parâmetros metateoricamente situados[76]. Logo após ter sido criado e difundido, o termo neoconstitucionalismo passou a ser apropriado pelo pensamento jurídico-constitucional brasileiro e latino-americano por constitucionalistas – e não por filósofos do direito – sem o devido cuidado metodológico e

---

[72] Sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro não foi realizado pelo texto constitucional, mas por meio do Decreto n. 848 de 1890, que fora recepcionado pela Constituição de 1891, no qual passou a prever o instituto no texto constitucional.

[73] Para uma análise da história do controle de constitucionalidade no Brasil, ver ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo : FAPESP, 1997.

[74] Cabe ainda ressaltar que o sistema jurídico brasileiro ainda comporta, para além do controle judicial de constitucionalidade, o controle político de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo no âmbito do processo legislativo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

[75] Sobre o nascimento deste conceito, ver: POZZOLLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (Coord). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid : Trotta, 2003.

[76] Para uma crítica a esse conceito, ver: MELO, Milena Petters. *As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina*: neoconstitucionalismo?. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Org.). Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas.. 1ed.Curitiba: Juruá, 2013, v. 1, p. 57-85.

semântico relativo ao âmbito de abordagem desta categoria. Nesse sentido, resta imprecisão semântica sobre seu significado, seus limites e, inclusive, consequências jurídicas, de modo que muitos autores divergem sobre seu conteúdo[77].

No Brasil, o autor que contribuiu significativamente para a introdução das teses "neoconstitucionalistas" no pensamento jurídico-constitucional foi o Professor e atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. Em texto resultado de seus estudos de pós-doutoramento, intitulado "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil"[78], o autor traça os aspectos e elementos do dito "neoconstitucoinalismo" no Brasil a partir da Constituição de 1988, apontando para o marco teórico, histórico e filosófico que confluíram no seu desenho, e seus pressupostos teóricos e bases metodológicas. Barroso conclui que "o novo direito constitucional" é um movimento nascido na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, tendo sido recepcionado no Brasil pela Constituição de 1988. De acordo com o autor, o dito "neoconstitucionalismo" tem por base filosófica o "pós-positivismo"[79], "tendo como principais mudanças de paradigma no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de diferentes categorias da nova interpretação constitucional"[80].

Os "constitucionalistas", como é o caso também de Canotilho, tendem a apontar que o "novo modelo" constitucional é caracterizado pela força normativa da Constituição e pela relevância teórica dos princípios constitucionais – que remetem a uma possível dimensão ética, e confluem para uma possível "refundação" do positivismo normativista que se plasma na categoria "pós-positivismo", que se "afasta dos 'apriorismos

---

[77] Diferentemente da Europa, em que o termo foi criado e apropriado pelos filósofos do direito, no Brasil a categoria "neoconstitucionalismo" foi teoricamente apropriada pelos constitucionalistas, o que implica em um problema ainda maior tendo em vista a imprecisão deste conceito.

[78] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.

[79] CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, 21, 1998, p. 209-220.

[80] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito, p. 87.

conceituais' e dos formalismos positivistas"[81]. Nesse sentido, Canotilho aponta que o neoconstitucionalismo brasileiro "converte-se em neoconstitucionalismo principialista", assumindo relevância, nesse contexto, a interpretação, ponderação e racionalidade decisiva relativa aos aspectos normativos presentes na Constituição. Isto é, trata-se de posicionar a atividade "judicial" na centralidade das práticas constitucionais. No entanto, Canotilho aponta que referido "principialismo" comporta riscos teóricos, metódicos e políticos, que desembocam em um "constitucionalismo judiciário-activista". Em sua análise, essas precipitações hermenêuticas veiculam a possibilidade de a cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal –, através de processos interpretativos, introduzir normas com o nível de normas constitucionais, atuando como "Poder Constituinte Originário". O risco desta perspectiva, de acordo com o autor, seria a legitimidade da concepção de que "a Constituição é o que o STF faz dela"[82], no qual o STF "torna-se um sistema autorreferencial, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*[83]".

Dessa forma, um consenso que existe, contudo, sobre as novas incursões do direito constitucional, sobretudo em razão do reconhecimento de uma série de novos direitos, é o consequente – e inexorável? – aumento das demandas por judicialização em todos os campos da jurisdição – não somente constitucional. Em efeito, houve um considerável aumento de casos judicializados, como apontam as pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça[84]. Os juristas e cientistas políticos atribuem uma série de causas a este fenômeno, desde uma descrença generalizada e decréscimo de confiança nos poderes políticos, tanto Legislativo quanto Executivo[85]; até uma possível "nova

---

[81] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do achamento político*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et. al.). *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 48

[82] Para uma crítica a esta concepção, ver: STRECK, Lênio. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. In: In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et. al.). *Comentário à Constituição do Brasil.*

[83] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do achamento político*, p. 48.

[84] Cfe. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*. Brasília : CNJ, 2018. Para aprofundamentos também consultar os resultados dos anos anteriores.

[85] Nesse sentido, fala-se de uma crise de representação ou crise da democracia, conforme assevera Luís Felipe Miguel. MIGUEL, Luís Felipe. *Democracia e*

forma" de resolver e solucionar problemas políticos desde pequenas causas até as maiores – megapolítica. Esse fenômeno pode ser interpretado de diferentes maneiras.

Num primeiro momento cabe conceituar o que se entende neste trabalho por "judicialização". Nesse sentido, a judicialização ocorre, conforme afirma Luís Roberto Barroso, "quando questões relevantes do ponto de vista político passam a ser decididas em caráter final pelo poder judiciário". Na perspectiva do autor, trata-se de uma "transferência de poder" para as instituições judiciais, "em detrimento das instâncias representativas, que tradicionalmente tratavam essas demandas. O autor ainda conclui que "essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico"[86].

A judicialização, portanto, é o ato de trazer uma demanda para apreciação do poder judiciário, nas mais variadas áreas da jurisdição – cível, penal, trabalhista, eleitoral, constitucional. Ela distingue-se, portanto, do ativismo judicial – outro termo em voga no discurso jurídico-político contemporâneo. O ativismo judicial é um fenômeno que nasce nos Estados Unidos da América a partir de uma crítica conservadora ao avanço da jurisprudência progressista que ocorreu na Suprema Corte daquele país nos anos 1960, conhecida como Era Warren[87]. Em efeito, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma prática essencialmente judicial, no qual os magistrados produzem decisões para além do pedido realizado nas ações ou do direito posto. Trata-se da

---

representação. Op. Cit. Também ver: RANCIÈRE, Jacques. *La haine à la démocratie*. Paris : La Fabrique, 2005.

[86] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, n. 4. Brasília : OAB Editora, 2009, p. 04.

[87] "Os Estados Unidos, contudo, têm sido a pátria mãe do ativismo judicial a ponto de as experiências do protagonismo judicial noutras regiões do mundo poderem ser referidas como um fenômeno de "norte-americanização" da justiça. Já nos anos 1960, podemos identificar uma afirmação de grande progressismo do sistema judicial norte-americano, durante o que se denominou Warrent Court que, nos anos 1960, foi um baluarte da luta contra o racismo ao atender as reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos civis. Era uma luta de muitas décadas, até séculos, e o sistema judicial de então deu uma mensagem extremamente progressista a toda a sociedade." SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo : Cortez, 2008, p. 20.

transmutação de um debate jurídico para um debate político-ideológico-partidário[88].

Subjaz ao processo de judicialização uma especificidade que é a judicialização da política. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner[89] destacam que a expressão judicialização da política passou a "compor o repertório das ciências sociais e do direito" a partir do projeto de Neal Tate e Torbjon Vallinder, no livro intitulado "*The global expansion of judicial power*"[90]. De acordo com esses autores, judicializar a política significa "valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas"[91]. Eles enfatizam que isso se daria em dois contextos: o primeiro a partir da hipertrofia das atribuições do Poder Judiciário por meio de mecanismos como o *judicial review*, baseado na constitucionalização de direitos; e, num segundo contexto, a partir da introdução de mecanismos judiciais nos poderes Executivo (juízos administrativos) e Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito)[92]. Nesse sentido,

> Se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele

---

[88] O ativismo judicial traz uma série de problemas para a teoria e prática democrática, de modo que mesmo os autores mais entusiastas da jurisdição constitucional, são claramente contrário a essa prática – como é o caso de Ronald Dworkin. Cfe. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

[89] KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nov*a, n. 57, 2002.

[90] Cfe. TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.

[91] Cfe. TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*, p. 12.

[92] Cfe. TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*, Op. Cit.. VALLINDER, Tornjon. *A judicialização da política*: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

> envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.[93]

Nesse mesmo sentido, John Ferejohn afirma que existe uma relação direta entre a judicialização da política e a politização de tribunais, na medida em que se as pautas judiciais são políticas elas implicariam um processo de politização dessa instituição[94]. A questão que se coloca, nesse contexto, é qual a legitimidade de um Poder que não possui legitimidade democrática pelo voto popular de decidir sobre as questões políticas essenciais de uma sociedade ou nação? Nesse sentido, Ran Hirschl aponta ainda que "a judicialização da política estendeu-se para além das questões de direito ou de cooperação transnacional para englobar o que podemos chamar de megapolítica: assuntos de grande e patente significância política que muitas vezes definem e dividem Estados inteiros"[95]. .

John Ferejohn aponta que as condições positivas para os tribunais legislarem compromete a qualidade democrática, tornando-se politicamente perigoso. Isso porque tem o efeito de "politizar os tribunais – fazendo as decisões judiciais parecerem politicamente motivadas e tornando as nomeações para a magistratura objeto de contenda política"[96]. Nessa mesma esteira, esse fato pode "reduzir as capacidades legítimas do povo ou de seus representantes para legislar e, com menor frequência, de provocar respostas eleitorais cruas e severas"[97]. Muito embora seja crítico à politização dos tribunais, Ferejohn reconhece que até certo ponto, a politização do judiciário não é só inevitável, mas legítima[98]. Nesse contexto, ainda, tanto Torbjon Vallinder quanto Ran Hirschl são categóricos em afirmar que a judicialização tornou-se uma prática social,

---

[93] KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política, p. 114.

[94] FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*. In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012,

[95] HIRSHL, Ran. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. In: MOREIRA, Luiz (Org). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.. Para aprofundamentos, ver: HIRSHL, Ran. Towards *Juristocracy*, Op. Cit.

[96] FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*, p. 93.

[97] FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*, p. 93.

[98] FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*, p. 93.

política e jurídica que é e será de difícil reversão. Ferejohn afirma que, além de ser um fenômeno mundial, detectável em diversas democracias em todo o globo, "parece pouco provável que o processo de judicialização em andamento seja revertido, ou mesmo suspenso"[99].

Constata-se, nesse sentido, a necessidade de pensar em mecanismos e abordagens procedimentais da Constituição e da política que sirvam de controle ao processo complexo da judicialização da política e de politização da justiça e que resgatem a dinâmica e o sentido da legitimidade democrática na prática jurídica e judiciária, objeto deste trabalho. Trata-se de uma tarefa difícil tendo em vista que a jurisdição constitucional é um campo que se situa nos limites do campo político e jurídico. No Brasil, "a expressão ganhou o debate público e, com isso, multiplicam-se os seus usos e sentidos, tornando às vezes contraditórios"[100]. Cabe ainda situar três interpretações e análises sobre o fenômeno da judicialização da política.

O primeiro deles foi inaugurado com o livro de "Ministério Público e Política no Brasil" de Rogério Bastos Arantes[101]. Neste livro, o autor aponta como hipótese central que as transformações institucionais do Ministério Público, iniciadas com o advento da Constituição de 1988, foram determinadas endogenamente pelos membros desta instituição. A partir de uma análise do perfil ideológico dos membros do Ministério Público, o livro edifica a tese de que o Ministério Público possui papel fundamental no processo de judicialização da política no país, tendo em vista que o "voluntarismo político" que orientou a construção institucional do Ministério Público "teria resultado na ampliação desmesurada da intervenção do sistema judicial nos conflitos políticos e na construção de um modelo institucional contraditório que politizou um órgão da justiça independente"[102]. Na abordagem de Arantes, se observa um claro comprometimento com um modelo de constitucionalismo marcado pelo comprometimento com o liberalismo político.

---

[99] VALLINDER, Tornjon, A judicialização da política: um fenômeno mundial, p. 25.
[100] KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política, p. 115.
[101] ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo : Editora Sumaré, 2002.
[102] KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política, p. 120.

Numa outra vertente, o trabalho organizado por Luiz Werneck Vianna intitulado "*A democracia e os três poderes no Brasil*"[103] tem por hipótese central a de que a consolidação da democracia brasileira se realiza mediante um déficit democrático no seu interior, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e pelo distanciamento do Legislativo das pautas reivindicativas da sociedade civil organizada, de modo que uma reação social a essa problemática se deu na busca crescente por soluções no âmbito do poder judiciário. O trabalho está comprometido com uma concepção de constitucionalismo cooperativo entre poderes, calcadas na concepção de representação eleitoral e funcional – por parte de juízes e demais agentes e servidores públicos. Na perspectiva deste autor e dos demais autores que participaram desta pesquisa[104], o judiciário tem um papel importante no processo de consolidação de direitos e da instrumentalização de princípios jurídicos, sendo ainda um canal de expressão de grupos marginalizados, que atua na ampliação do conceito habermasiano de "espaço público"[105].

Num terceiro viés, encontra-se a perspectiva da "Supremocracia", de Oscar Vilhena Vieira. O autor aponta que a interpretação constitucional vem ganhando relevância política nos últimos anos e décadas, tendo este sido o foco de atenção de uma nova geração de juristas. Esse aspecto invoca uma cada vez maior autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, que o autor classifica como o "avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos"[106]. O autor explica que para alguns analistas que o fortalecimento da autoridade dos tribunais é uma consequência

---

[103] Cfe. VIANNA, Luís Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro : IUPERJ, 2002.

[104] Cfe. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luís Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Op Cit.

[105] Cfe. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luís Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Op Cit. Texto. Para crítica ver: KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política. Op. Cit.

[106] Essa constatação teórica assemelha-se àquela realizada por Ran Hirschl no seu livro "Towards Juristocracy", no qual aponta que o Judiciário vem cada vez mais avocando para si e sendo incitado a se manifestar sobre questões políticas. Para aprofundamentos, ver: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*, Op. Cit

imediata da expansão do mercado global; uma segunda corrente enxerga esse fenômeno como uma decorrência da retração do sistema representativo e da sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático; já para muitos constitucionalistas o avanço do modelo de constituições rígidas em todo o globo dotadas do sistema de controle de constitucionalidade e caracterizadas por uma "hiperconstitucionalização da vida" são as causas diretas do agigantamento dos poderes do Judiciário[107].

A hipótese do autor na construção de sua teoria é de que "este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados"[108]. O autor explica que o Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988 passou a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, que teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no.45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e no.9.882/99[109]. Oscar Vilhena Vieira atribui a essa singularidade do arranjo institucional brasileiro o nome de Supremocracia, que se refere à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Poder Judiciário e em relação também aos demais poderes. Ele propõe, como conclusão do seu estudo, "uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira"[110], que perpassa a redistribuição de suas atribuições para conferir maior integridade às suas decisões.

A judicialização da política pode ser entendida a partir de duas vertentes principais, quais sejam: 1) a judicialização dos processos políticos; e 2) a judicialização dos movimentos sociais. A judicialização dos processos políticos tem como maiores exemplos a luta contra a corrupção política, o controle da legalidade dos processos políticos e do abuso de poder, inobservância de procedimentos legalmente estabelecidos, bem como as questões relativas ao processo eleitoral. Já a judicialização dos movimentos sociais se projeta como o processo de

---

[107] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, 2008, pp. 441-459.

[108] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, p. 444.

[109] Essas leis e emendas constitucionais constituem os eixos centrais das mudanças no terreno do Poder Judiciário desde a promulgação da Constituição de 1988.

[110] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, p. 457.

judicialização de reivindicações populares, podendo resultar no que se convencionou chamar de "criminalização dos movimentos sociais". Entende-se, nesse contexto, que quando o Supremo Tribunal Federal – ou demais órgãos do Poder Judiciário – passam a interferir diretamente na esfera política institucional, muitas vezes de forma deliberada, sem haver previsão legal ou constitucional para tanto – como é o caso da sua atuação como legislador ativo em diversos casos nos últimos anos – há um grave perigo para a consolidação da democracia brasileira e do Estado de direito, haja vista que substitui-se a vontade legítima encarregada da elaboração das leis – e todos os mecanismos de *accountability* relacionadas a ele – pela atuação supostamente técnica de uma instituição que não é eleita e nem possui competência, sem haver expressão legislativa para tanto.

1.3 O caso Raposa/Serra do Sol

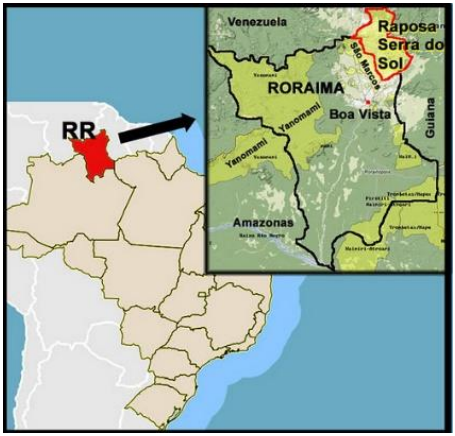
O caso Raposa/Serra do Sol, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, foi um *leading case* que marcou a jurisprudência nacional tendo em vista que esta foi a primeira vez em praticamente vinte anos que a corte pronunciara-se sobre o tema da demarcação de terras indígenas, revelando ainda o alcance da complexidade das disputas por terras no Brasil[111]. Para uma profícua compreensão do caso ora tratado, é necessário analisar seu histórico desde a instauração do processo administrativo de demarcação da terra indígena até seu processo de judicialização – um claro ato de judicialização da política, conforme tratado no tópico anterior.

---

[111] "A decisão pode ser considerada jurídica, sociológica e politicamente emblemática. Do ponto de vista jurídico, desde o caso Krenak, em 1993, o STF não julgava o mérito de uma ação demarcatória indígena". LAGES, Anabelle Santos. A medida do decidir: atuação do STF nos processos de demarcação territorial pós-julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Novos Cadernos NAEA, v. 18, n. 3, set-dez, 2015, p. 10; MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo (Org.). Makunaíma Grita. Op. Cit, p. 76.

A Terra Indígena (TI) Raposa/Serra do Sol (RSS) está localizada ao nordeste do Estado de Roraima, na fronteira com a Venezuela e a Guiana, extremo norte do país[112].

Figura 1 – Mapa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol



Fonte: Congresso em foco.

O procedimento de demarcação da referida TI foi aberto oficialmente em 1977 e perdurou, até sua homologação pelo ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, até o ano de 2005[113]. Nas palavras das pesquisadoras Carolina Mota e Bianca Galafassi, "além dos embates em torno das etapas do processo administrativo de demarcação da terra indígena, o caso mostra a existência de uma discussão mais profunda que revela a divergência entre valores, princípios e objetivos que permeiam a atual sociedade brasileira"[114]. A TI possui atualmente uma área de 1,74 milhões de hectares, onde vivem aproximadamente 20 mil índios em 194 comunidades. Seu território "estende-se por áreas de campos e de serras, o que influencia a forma de utilização da terra, além de refletir sobre a distribuição geográfica e a

---

[112] Para uma compreensão das condicionantes geográficas do local, ver: AB'SÁBER, A região da Reserva Indígena Raposa/Serra do sol: prévias para seu entendimento. *Estudos Avançados* (USP), 23 (65), 2009.

[113] Cfe. MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*.

[114] MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, p. 76.

estrutura social dessas comunidades”[115]. Nessa TI existem cinco etnias: Taurepang, Macuxi, Wapixana, Ingarikó e Patamona, de modo que cada uma delas apresenta organização social, tradições culturais e crenças diferenciadas.

Os antropólogos Nadia Farage e Paulo Santilli demonstraram em estudo realizado sobre a TI que houve presença histórica destes povos na referida área desde o século XVIII. Do ponto de vista histórico, os antropólogos afirmam que “o domínio territorial português se fez valer por meio de aldeamentos indígenas”[116] no norte do país. A indeterminação das fronteiras do noroeste amazônico permaneceram, por longo tempo, intencionalmente indefinidos, “pois Portugal não possuía títulos para demarca-los”[117]. Nesse sentido, “o estabelecimento e manutenção de aldeamentos indígenas [como é o caso da TIRSS] tornaram-se estratégia política para a garantia do domínio português sobre o território de sua colônia”[118], tendo tido valor estratégico para a política colonizadora do país.

O jurista Hartmut-Emanuel Kayser aponta que desde o final do século XIX, a área da TIRRS esteve exposta a uma crescente invasão por criadores de gado, iniciado após a Primeira República do Estado do Amazonas, da qual fazia parte a área do atual Estado de Roraima. De acordo com o autor, o Estado de Roraima foi um dos Estados que interpretou ilegalmente a disposição do artigo 64 da Constituição de 1891, o qual transmitia as áreas sem dono aos Estados da Federação, tendo considerado as áreas indígenas com áreas sem dono[119]. Essa invasão às terras indígenas foram, conforme afirma o autor, a fonte de uma série de conflitos entre fazendeiros e indígenas da região, tendo em vista que os “os fazendeiros tentaram expulsar os índios das terras por eles

---

[115] MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, p. 77.

[116] FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos. In: MIRAS, Julia Trujillo (Org.). Makunaíma Grita, Op. Cit., p. 78.

[117] FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos, p. 77.

[118] FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos, p. 78.

[119] KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*: desenvolvimento histórico e estágio atual. Traduação de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 383.

reivindicadas”[120] desde o momento da colonização tardia dessa região. Estes conflitos inclusive resultaram na morte de dezenas de líderes indígenas da região. A essas invasões, “somou-se a invasão dos garimpeiros na área indígena, que iniciou igualmente nos anos 1970, e a fundação de povoações por estes”[121]. Estas invasões, além da negligencia do Estado e da federação para com as terras dos povos indígenas, resultaram na fundação de quatro municípios no interior da área indígena bem como a construção de rodovias e estradas federais e estaduais. Desde então, os fazendeiros e garimpeiros realizaram uma campanha política claramente contrária à demarcação da TIRSS[122].

Além disso, o Estado de Roraima também realizou uma série de feitos que diretamente prejudicaram os índios daquela região. No ano de 1992, o Estado iniciou esforços para a instalação da usina hidrelétrica de rio Cotingo, alimentada por força hidráulica, com a capacidade de 68MW. A construção da represa – que ainda encontra-se em pauta no Senado Federal[123] – deve inundar cerca de 16 km², no qual compreende parte da TIRSS. De acordo com Kayser, “todos os participantes interessados na execução do projeto de Cotingo, com o apoio dos três senadores e de oito deputados federais de Roraima no Congresso, emprenderam todos os esforços imagináveis para impedir uma demarcação da área indígena da Raposa Serra do Sol”[124], o que demonstra e exemplifica a relação conflituosa entre esses atores na região.

É em meio a esse contexto que o procedimento administrativo para a demarcação da TI foi instaurado em 1977. Referido procedimento, para fins de sistematização e melhor compreensão, pode ser dividido em 7 fases. 1) o procedimento iniciou-se no ano de 1977, a partir da constituição do primeiro grupo de trabalho pela FUNAI, através da Portaria n. GM/111 do antigo Ministério do Interior. Nos seguintes anos de 1979 e 1984, respectivamente, também foram criados outros grupos de

---

[120] KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*, p. 384.
[121] KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*, p. 385.
[122] KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*, p. 386.
[123] Kayser adverte que o Estado de Roraima não conseguiu concessão do antigo Departamento Nacional de Água e Energia Elétrica (DNAEE) para realização do empreendimento em 1992, tendo em vista irregularidades jurídicas do projeto. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*, p. 388.
[124] KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*, p. 389.

trabalho para realização de estudo prévio pra demarcação da TI, no entanto, somente o primeiro grupo prosperou no feito de realizar o relatório de estudo preliminar.

2) Os trabalhos do primeiro grupo instaurado pela FUNAI, responsável pelos estudos antropológicos de identificação da área, foram terminados somente em 1992, no qual concluiu-se que a TI possuía uma área de 1.678.800 hectares de ocupação tradicional indígena. O relatório foi contestado pelo Estado de Roraima, o que levou o órgão indigenista a 3) realizar novos estudos e elaborar Parecer Técnico[125] opinando favoravelmente à demarcação contínua dos 1,678 milhão de hectares.

4) tendo em vista as controvérsias geradas pelo procedimento administrativo, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou o Decreto n. 1.775, de 08 de fevereiro de 1996, vigente até hoje, que alterou o procedimento de demarcação das terras indígenas, incluindo nele a possibilidade de "contraditório" e da "ampla defesa" na análise destes procedimentos[126]. Apesar das críticas recebidas em razão do decreto pelas entidades indigenistas, e edição do decreto permitiu a manifestação de pelo menos 100 interessados na causa, que contestaram o procedimento administrativo, dentre eles o próprio Estado de Roraima[127]. A FUNAI, entretanto, produziu um despacho datado de 10 de julho de 1996, após análise de todas as impugnações, rejeitando-as em razão de que foram consideradas juridicamente improcedentes.

5) após análise dos recursos, o então ministro da Justiça Nelson Jobim acompanhou o despacho da FUNAI e, por meio do Despacho n.

---

[125] Parecer n. 036/DID/DAF/, de 12 de abril de 1993.

[126] Decreto n. 1.775 de 08 1996, art. 2º (...) § 8º. Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e Municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior".

[127] "Em sua contestação, o Estado de Roraima arguiu preliminarmente a nulidade do processo demarcatório com base nos seguintes argumentos: a não observância da portaria do Ministério da Justiça (Portaria n. 14, de 09 de janeiro de 1996) para a elaboração dos laudos antropológicos; a existência de documentos inócuos no processo; e a realização da demarcação por órgão – a FUNAI – sem competência jurídica pra tanto, em vez do INCRA, que é o órgão responsável pela demarcação de terras da União". MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, p. 88.

080/1996 do Ministério da Justiça, rejeitou as contestações, informando, porém, que "a improcedência das contestações ofertadas, seja pela inconsistência de suas alegações, seja pela falta de provas do alegado, não tem o condão de validar a proposta demarcatória"[128], alegando que sua conformidade com os critérios constitucionalmente estabelecidos deve ser analisada pela autoridade administrativa.

6) no dia 13 de abril de 2005 foi, então, assinada a Portaria n. 534, pelo então presidente do Ministério da Justiça Márcio Thomaz Bastos, que declarou a posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang, e Wapixna sobre a TIRRS, definindo seus limites de acordo com o laudo antropológico, em área contínua de 1,74 milhão de hectares[129]. 7) no mesmo ano, o ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva assinou a Portaria n. 534/2005 e o decreto presidencial homologatório, garantindo materialmente a demarcação da TIRRS, após 28 anos da instauração do procedimento administrativo[130].

O que se projetava como o término de um longo e conflituoso processo de demarcação, que contou com a participação de diferentes forças políticas e do próprio Estado de Roraima, foi o estopim de um outro processo, desta vez nas instâncias judiciais, a partir da judicialização desta demanda política. Dias após o decreto presidencial de homologação da TIRSS, o Senador da República pelo Estado de Roraima à época Afonso Botelho Neto (PT/RR), assistido pelo também Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB/RR), ingressaram com uma Ação Popular (PET 3388/RR) no Supremo Tribunal Federal em face da União, contestando e requerendo a impugnação do modelo de demarcação contínua da TIRSS, requerendo ainda a suspensão liminar dos efeitos da Portaria 534/2005, com o filtro de declará-la nula. Esta petição judicializou a questão da TIRSS, a partir das demandas de representantes políticos da região contrários à demarcação, com o apoio político de fazendeiros e garimpeiros.

À lide posteriormente somaram-se novos atores. No polo ativo, o Estado de Roraima, alegando a inconstitucionalidade da Portaria do ex-

---

[128] Decreto n. 080 de 1996, Ministério da Justiça.

[129] "O aumento da área em relação ao tamanho definido em atos administrativos anteriores deve-se tão somente a uma maior precisão técnica do levantamento geográfico realizado". GALAFASSI, Bianca.*A demanrcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, p. 86.

[130] Para uma análise minuciosa do procedimento administrativo, ver o artigo: MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, p. 88.

Presidente da República, além de outras quatorze pessoas, físicas e jurídicas. No polo passivo, a FUNAI e sete outras comunidades indígenas ingressaram no feito[131]. A partir de sua judicialização, o caso passou a ganhar uma expressiva repercussão nos meios de comunicação, na academia jurídica e no campo político. A complexidade das questões tratadas nos autos levou o Supremo Tribunal Federal a julgar em um acórdão de volumosa extensividade, pontuando inúmeras questões da literatura jurídica específicas ao caso em questão. A ementa do acórdão sintetiza os principais pontos abordados:

> EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO CULTURAL DA

---

[131] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, julgamento 19/03/2009, Relator: Min. Carlos Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

> CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.[132]

O julgamento no Supremo Tribunal Federal iniciou-se no dia 28 de agosto de 2008. Conforme descrito por Erica Yamada e Luis Fernando Villares, naquele dia o plenário do STF contava com a presença de povos indígenas que provocaram a lotação máxima de 376 assentos além da imprensa[133]. O julgamento iniciou-se com a leitura do voto do relator Ayres Britto, que votou pela improcedência da Ação Popular, garantindo a constitucionalidade da Portaria demarcatória presidencial e, consequentemente, a demarcação contínua da TIRSS[134]. Em seu voto, entretanto, o ministro foi o primeiro a tocar em pelo menos dois pontos controversos – que voltaram a ser analisados pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – que são: a tese do marco temporal e a tese do esbulho renintente, que serão melhor tratados na próxima seção.

Após o voto do relator, o Ministro Menezes Direito pediu vistas dos autos – o que já era esperado – tendo atrasado ainda mais o julgamento do caso. O julgamento foi posteriormente retomado em dezembro de 2008, quando foi proferido o voto parcialmente divergente do ministro Menezes Direito. Este voto também foi considerado polêmico, tendo em vista que nele foram estabelecidas as controversas 19 condicionantes às demarcações de terras indígenas a serem levadas em consideração pelo Poder Executivo e Judiciário para cumprimento do art. 231 da Constituição Federal – o que será analisado mais à frente.

Em ato contínuo à leitura do voto de Menezes Direito, os ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, e Cezar Pelluso proferiram seus votos todos negando a procedência da ação popular e, portanto, votando de forma favorável aos povos indígenas da TIRSS. Houve novamente outro pedido de vistas após a leitura destes

---

[132] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, Op. Cit.

[133] "Para se ter uma ideia da visibilidade do caso narrado neste artigo, em 2008, três ministros do STF – o presidente Gilmar Mendes, o relator do processo, Carlos Britto, e a ministra Carmen Lúcia – sobrevoaram o local da controvérsia e aterrissaram na aldeia Serra do Sol, no norte do Estado de Roraima, numa espécie de diligência judicial, para conhecer de perto a região e fazer um juízo mais apurado da questão" YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito da FGV São Paulo*, v. 6, jan-jul 2010, p. 146.

[134] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, Op. Cit.

votos, realizado pelo ministro Marco Aurélio de Mello. O julgamento somente foi concluído, portanto, no dia 18 de abril de 2009, quando houve a leitura do voto do ministro Marco Aurélio, que votou de forma contrária à demarcação, e seguidamente, votou o ministro Gilmar Mendes, sendo favorável à demarcação e às ressalvas estipuladas pelos Ministros Ayres Britto e Menezes Direito. Nas palavras de Erica Yamada e Luís Fernando Villares, "diga-se que o único veementemente contrário às ressalvas foi o ministro Joaquim Barbosa, votando pela total improcedência da ação"[135]. Os demais ministros seguiram o voto do relator Ayres Britto, com os complementos das ressalvas acrescentadas por Menezes Direito[136][137].

Os votos dos respectivos ministros Ayres Britto e Menezes Direito, portanto, são os mais significativos e basilares do acórdão sobre o caso Raposa Serra do Sol e, por isso, merecem a atenção nesse trabalho. Não se menospreza ou negligencia, neste trabalho, os demais votos que foram proferidos pelos demais ministros. Estes, entretanto, se restringiram a considerações pontuais sobre o caso RSS, mas não trouxeram substanciais transformações interpretativas que tenham sido, posteriormente, incorporadas ao acórdão. Dessa forma – e também pensando num delimitação à análise do caso, que será realizada a partir das ressalvas do marco temporal e da tese do esbulho renitente – este trabalho focalizará o acórdão e os dois primeiros votos da longa decisão.

O extenso voto do Ministro Ayres Britto aponta, num primeiro momento, a uma série de questões fundantes do "direito constitucional indigenista" a partir da Constituição de 1988. O Ministro ressaltou a relevância político-social da causa; ressaltou a improcedência de todas as ações de contestação à demarcação ocorridas no processo administrativo; além de ter analisado os precedentes do STF, ter trabalhado do ponto de vista teórico os índios como tema de matriz constitucional, os índios como parte essencial da realidade político-cultural brasileira e as terras indígenas como parte essencial do território brasileiro. Ademais, ainda

---

[135] YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena, p. 147.

[136] YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena, p. 147.

[137] Para uma análise de como se deu o comportamento dos ministros no âmbito de cada decisão no caso em questão, ver o trabalho de: LAGES, Anabelle Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*: sujeitos, ambiguidades e poderes na principal corte jurídica do Brasil. Tese de Doutoramento. Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

pontuou as coordenadas constitucionais do processo de demarcação de terras, a definição de conceitos básicos relativos ao direito constitucional indigenista, o constitucionalismo fraternal e as falácias que imperam nas discussões entre a questão indígena e o desenvolvimento. No final de seu voto, o Ministro adentra num dos aspectos mais polêmicos de seu voto.

No item "conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas", o Ministro afirma que irá "extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto", fazendo isso por meio de quatro "marcos regulatórios"[138]. É nesse ponto que o Ministro insere o polêmico "marco temporal da ocupação", que consiste no seguinte:

> I - **o marco temporal da ocupação**. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa

[138] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, p. 295.

> radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF);[139]

Além do "marco temporal" foram acrescidos outros três marcos, estes menos polêmicos, tendo em vista que seu conteúdo é plenamente extraível dos fundamentos normativo da Constituição de 1988. O segundo marco é o "marco da tradicionalidade da ocupação", que indica, em síntese, que a caracterização de determinada terra como de posse indígena exige a necessidade de que a ocupação esteja coletivamente situada em certo espaço fundiário "que se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabildiade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer quanto elas pertencerem a eles, os índios"[140]. Esta argumentação do Ministro seria, para ele, uma decorrência do caput do artigo 231 da Constituição Federal[141].

O terceiro marco se chama "marco da correta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional". De acordo com esse ponto, para o Ministro, as áreas indígenas "são demarcadas para

---

[139] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, p. 295-296. O "marco temporal" será analisado com maior afinco no próximo tópico "O marco temporal e a teoria do indigenato".

[140] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, pp. 297.

[141] Nesse sentido, o Ministro argumenta que: "Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja, terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles". SILVA, José Afonso da. *Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*. In SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993, págs. 45 a 50.

servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas", e continua, "mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições"[142]. Trata-se de uma intepretação do conteúdo normativo do § 1º do artigo 231 da Constituição Federal. O quarto e último marco se chama "marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade". Neste ponto, o Ministro afirma que o princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, "ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo"[143]. Ou seja, de acordo com esse marco – que está inscrito na dimensão hermenêutica dos direitos constitucionais de povos indígenas – a normatividade constitucional deve ser interpretada, no ponto específico do "princípio da proporcionalidade" sempre de modo a não prejudicar os direitos de povos indígenas[144].

Já no voto do Ministro Menezes Direito, este realiza um percurso a partir de uma análise teórica para também reafirmar os "marcos regulatórios" dispostos no voto do Ministro Ayres Britto, e para sustentar as dezenove salvaguardas criadas por ele no dispositivo de seu voto, quais sejam:

> (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;
> (ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração 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 de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

---

[142] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, pp. 301.
[143] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, pp. 304-308.
[144] Após a definição dos aludidos marcos regulatórios, o Ministro ainda analisa algumas questões atinentes aos direitos constitucionais de povos indígenas.

(iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
(v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta 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 garantida 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 restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade

de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;
(xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de nãoíndios 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 do público, tenham 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 da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);
(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal,
c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);
(xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos
arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a 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, CR/88.[145]

As salvaguardas acima elencadas geraram uma série de discussões no âmbito acadêmico e judicial. Isso porque, como afirmam Erica Yamada e Luiz Fernando Villares, "as 19 ressalvas pretensiosamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente", no entanto, algumas delas se encontram para além da normatividade estabelecida na Constituição ou em qualquer outro documento normativo de caráter infraconstitucional. De acordo com Erica Yamada e Luiz Fernando Villares, a partir de uma análise do conteúdo jurídico das salvaguardas, "algumas são interpretações ou repetições do texto constitucional e legal (as de número 1, 2, 3, 4, 14, 15, 16, 18), outras, comandos contrários aos já estabelecidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (5, 6, 7), e em regulamentação infralegal (8, 9 e 10)". Além disso – talvez o que seja mais grave – "(...) a criação de enunciados normativos pelas ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19"[146].

Esses últimos parágrafos demonstram claramente a ação do Supremo Tribunal Federal, no caso específico da RSS, julgando para além (*extra petita*) do pedido da petição inicial em sede de Ação Popular. Além disso, o STF também atuou como um legislador ao estabelecer critérios para o caso que não possuem correlação com a normatividade constitucional, infraconstitucional ou internacional, impondo ainda determinações que são do ponto de vista da normatividade existente plenamente questionáveis – como é o caso das ressalvas 11, 12, 13, 17 e 19, além do "marco temporal de ocupação" – sem, entretanto, haver qualquer forma de participação de comunidades e povos indígenas nesse processo decisório.

O caso em questão, portanto, evidencia a grandiosa proporção dos conflitos não somente agrários – aqueles que faticamente se inscrevem na desigual e desproporcional distribuição de terras no Brasil que foi historicamente construída desde os tempos da colonização portuguesa –, mas daqueles que se edificam na interpretação e aplicação do texto constitucional. Em efeito, como observa a antropóloga e estudiosa dos direitos de povos indígenas Manuela Carneiro da Cunha, do ponto de vista

---

[145] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, pp. 416-418.

[146] YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena, p. 147

histórico, os direitos de povos indígenas sempre lidaram com uma tensão interna entre o plano do ser e do dever-ser, na medida em que sua aplicabilidade foi historicamente contestada pelos grandes latifundiários, colonizadores e proprietários de terras em todo o país[147] em razão dos interesses político-econômicos que circundam a dinâmica de apropriação da terra no Brasil desde os seus primórdios.

Muito embora os povos indígenas que habitam a TIRSS tenham vencido a batalha judicial, no qual o acórdão foi redigido a partir do pronunciamento pela improcedência da ação popular que tentava impugnar o modelo de demarcação de suas terras, o mesmo documento fez emergir uma série de dúvidas e uma grande insegurança com relação aos direitos constitucionais de povos indígenas no Brasil, sobretudo em razão da interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas elaborada e aplicada no referido acórdão. Diversas Organizações não-Governamentais (ONGs), juristas, antropólogos, institutos de pesquisa, pesquisadores, dentre outros, passaram a questionar as referidas salvaguardas bem como a polêmica tese do marco temporal – que será analisado logo em seguida.

1.4 A tese do marco temporal e a teoria do indigenato

O acórdão do caso RRS marcou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por pelo menos dois fatores: 1) por ter sido a primeira vez em mais de uma década que o STF pautou e decidiu um caso envolvendo direitos indigenista; e 2) porque o caso gerou uma série de discussões na academia e nas instituições indigenistas logo após ter sido proferido o acórdão. Um dos pontos mais "polêmicos" da referida decisão é a já referida tese do "marco temporal" de ocupação. De acordo com essa tese, os povos indígenas somente teriam direito às terras que estivessem ocupando na data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988. Caso a ocupação não seja evidenciada os povos indígenas, por meio dos meios de provas permitidos em direito, não teriam o direito de pleitear a posse. O acórdão estabelece, entretanto, uma ressalva que é o caso do "esbulho renitente", que ocorre quando os povos indígenas foram expulsos de suas terras e, desta forma, não puderam estar as ocupando na data de promulgação[148].

---

[147] Cfe. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo : Claro Enigma, 2012.

[148] O esbulho renitente é uma situação caracterizada pelo conflito possessório entre povos indígenas e demais sujeitos que reivindicam determinada terra, que

De acordo com estudo realizado pelo Instituto Socioambiental[149], a aplicação da tese do marco temporal pode afetar pelo menos 144 terras cujos processos de demarcação estão judicializados, com uma população de 150.000 indígenas, além de 228 terras indígenas ainda não demarcadas, com uma população de 110 mil indígenas. Ou seja, cerca de um terço da população indígena brasileira poderá ser afetada caso esta tese seja aplicada indiscriminadamente pelo Judiciário brasileiro e também pelo Poder Executivo federal nos processos administrativos de demarcação de terras indígenas.

A argumentação do Ministro é de que "a Constituição trabalha com data certa" para o reconhecimento de terras as povos indígenas, que seria a própria data de promulgação do texto constitucional, 5 de outubro de 1988. No entanto, não existe qualquer pressuposto normativo, seja no texto constitucional ou mesmo na legislação infraconstitucional e internacional, que dê margem para esta interpretação restritiva. A Constituição é clara no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que "a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição"[150], sendo este o único "marco" temporal que a Constituição aponta como norma referente aos direitos de povos indígenas, e que, efetivamente, não fora cumprido. Trata-se, portanto, de uma *invenção jurisprudencial, criada no caso em questão, a partir de uma interpretação restritiva dos direitos territoriais de povos indígenas positivados na Constituição Federal*.

A tese do marco temporal está em contradição com uma série de pontos que serão exploradas neste tópico: 1) A primeira delas é a histórica "teoria do indigenato" e a interpretação dada pela literatura jurídica ao conceito de "terras tradicionalmente ocupadas" presente na Constituição. A criação da teoria do marco temporal – também chamada de teoria do fato indígena – negligenciou e buscou substituir a clássica teoria do indigenato. Além disso, 2) a tese do marco temporal contrasta com a produção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde o seu primeiro caso julgado em 2001[151] e 3) também contrasta com

---

iniciou-se no passado e persiste até a demarcação fática de suas terras. Para aprofundamentos, ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*.

[149] Cfe. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Impactos da PEC 215/2000 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente*. 2015.

[150] Cabe mencionar ainda a constitucionalização simbólica deste dispositivo, que não fora cumprido.

[151] Cfe. PEGORARI, Bruno. A tese do marco temporal como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a

o fato de que os povos indígenas eram considerados pelo direito civil brasileiro, até o advento da Constituição de 1988, como juridicamente incapazes, o que dificulta qualquer possibilidade de prova de suas expulsões sofridas durante a ditadura militar – e, em períodos anteriores –, identificadas e expostas no Relatório da Comissão Nacional da Verdade[152].

A teoria do indigenato foi historicamente aplicada no que se refere aos direitos indígenas no Brasil[153] no âmbito jurisprudencial bem como defendida no âmbito da literatura jurídica. O alvará de 1º de abril de 1680, reiterado posteriormente na Lei Pombiana de 6 de junho de 1755, declara *ipsis literis* que as sesmarias concedidas pela Coroa portuguesa não podiam acometer os direitos de povos indígenas sobre suas terras – direito este considerado originário – sendo eles ainda "primários e naturais senhores" de suas terras, isentos de qualquer tributo sobre elas:

> "E para que os ditos gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas aldeias: hei por bem que senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia. E o governador com parecer dos ditos religiosos

---

perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Aracê – Direitos Humanos em Revista*, ano 4, número 5, 2017.

[152] BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*: textos temáticos. Vol II. Brasília : CNV, 2014. Para aprofundamentos, ver: KOZICKI, Kátya; ALEXANDRE, André Demétrio. A (in)justiça de transição para os povos indígenas do Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017; FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as forças armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. *Revista Insurgência*, Brasília, ano 1, vol. 1, n. 2, 2015. Nesse mesmo sentido, "o tribunal considerou que a existência de ação ajuizada na data da Constituição seria uma prova de esbulho renitente, mas não levou em conta que, antes da Constituição, os índios não possuíam legitimação processual para ingressar com ações judiciais, ficando na dependência do apoio de órgãos do Estado. O tribunal não considerou como prova relevante o fato de os índios terem reportado por correspondência situações de esbulho aos órgãos do Estado em diversas ocasiões antes de 1988". BARBOSA, Samuel. Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil. In: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da. Direitos dos povos indígenas em disputa, p. 132.

[153] Cfe. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*: ensaios e documentos, Op. Cit; JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*: seus direitos individuaes e políticos. São Paulo : Typ. Hennies Irmãos, 1912.

> assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes par neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se estende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e *direito dos índios, primários e naturais senhores delas* [...]"[154]

Esta tese passou a ser reproduzida, desde então, nos mais diferentes documentos relativos aos direitos de povos indígenas sobre suas terras[155]. Entretanto, o autor que sistematizou a teoria do indigenato do ponto de vista da teoria do direito, além de ter influenciado a inclusão da temática indígena na Constituição de 1934 – primeira vez que os direitos de povos indígenas sobre suas terras apareceu em um texto constitucional brasileiro – foi João Mendes Júnior. O jurista foi autor do clássico livro "*Os Indígenas do Brazil: seus direitos individuaes e políticos*"[156], escrito em 1912, onde sistematizou a teoria do indigenato. Neste livro, João Mendes Júnior estabelece – tomando em consideração os feitos histórico – os fundamentos do direito indigenista às suas terras. De acordo com o autor, trata-se de um direito histórico, que antecede à criação do Estado – ne medida em que os povos indígenas ocupavam essas terras antes mesmo da criação do Estado brasileiro – e que se funda no indigenato, na qual afirma que esse direito é de *título primário e congênito* dos povos indígenas e independe de qualquer legitimação estatal. João Mendes Júnior vai provar sua tese a partir Alvará de 1º de abril de 1960, demonstrando que a teoria do indigenato "vem expresso na tradição jurídica portuguesa para o Brasil"[157]. Como observa Manuela Carneiro da Cunha, este estudo, consequentemente, leva à compreensão de que "as

---

[154] Alvará, 1º de Abril de 1960, § 4º, grifos nossos.

[155] Para uma análise mais exaustiva do indigenato, ver CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*: ensaios e documentos, Op. Cit.

[156] JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*, Op. Cit.

[157] CUNHA, Manuela Carvalho. *Apresentação*, In: JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*. Op. Cit.

terras indígenas nunca foram devolutas e nunca puderam tornar-se tais, desde que ocupadas por índios"[158].

De acordo com José Afonso da Silva[159] e demais estudiosos do direito constitucional e dos direitos de povos indígenas[160], a teoria do indigenato foi recepcionada pela Constituição de 1988, na medida em que o artigo 231 assegura "[...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"[161]. Nesse sentido, a tese do marco temporal, portanto, está em desacordo com a teoria do indigenato, haja vista que referida tese não considera o fato de que a terra é de direito congênito dos povos indígenas, onerando ainda os próprios povos indígenas na obrigação de provar a posse das terras em que habitavam no dia da promulgação da Constituição de 1988. Em vista disso, o marco temporal produz uma ruptura de paradigma[162] no campo jurídico sem entretanto haver legitimidade política para tanto, pois o critério foi imposto por um poder não-representativo, sem ter havido a devida oitiva dos povos originários, como expressamente determina a Convenção 169 da OIT[163]. Nas palavras de Erica Yamada e Luiz Fernando Villares:

> Ainda assim, essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se

---

[158] CUNHA, Manuela Carvalho. *Apresentação*, In: JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*. Op. Cit..

[159] Cfe. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 2011.

[160] DALLARI, Dalmo. *Os direitos humanos dos índio*. In: MIRAS, Julia Trujillo (et. al.). Makunaima Grita! Op. Cit.; VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba : Juruá, 2009; BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo : Plêiade, 2001; KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*. Op. Cit.

[161] A literatura jurídica entende, portanto, que a demarcação de terras indígenas é mero ato declaratório de reconhecimento, tendo em vista que as terras já são de posse dos povos indígenas. Para aprofundamentos, ver: VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas.* Op. Cit.; BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil.* Op. Cit.; KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*. Op. Cit.

[162] Nesse mesmo sentido, ver: CAVALCANTE, Thiago. Terra indígena: aspectos históricos da construção de um conceito jurídico. *História* (São Paulo), v. 35, n. 75, 2016.

[163] Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, art. 6º, 1 e 2.

> fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária, embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o valor do passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a algoz dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais ou que fugiram da simples aproximação do homem branco ou de outros grupos indígenas, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos.[164]

Observa-se, portanto, que a restrição aos direitos de povos indígenas empreendido pelo teor da tese do marco temporal, na medida em que também contraria "as conclusões da Comissão Nacional da Verdade, que apontaram um quadro sistemático de remoções forçadas e expulsões em período que antecedeu a Constituição de 1988"[165], referida tese negligencia os mecanismos jurídicos de restabelecimento da verdade e memória. A alegação do Ministro Menezes Direito de que a teoria do fato indígena "prestigia a segurança jurídica e se esquiva das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena"[166] mostra-se falha, na medida em que a tese contribui ainda mais para a insegurança jurídica de povos indígenas expulsos de suas terras durante os anos da ditadura militar.

Ainda, deve-se fazer referência ao fato de que a tese do marco temporal também está em desacordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre direitos de povos

---

[164] YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena, p. 151.
[165] OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento, p. 320.
[166] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, p. 381.

indígenas. O Brasil, por ter ratificado tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto o seu protocolo que reconhece a jurisdição da CIDH, deve estar atento ao que é nela produzido para balizar sobretudo sua intepretação sobre direitos constitucionais[167]. Tomando isso em consideração, cabe ressaltar, na esteira do pensamento do pesquisador Bruno Pegorari, que comparando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao marco temporal com os casos sobre propriedade coletiva julgados pela CIDH que "resta evidente que as decisões brasileiras destoaram dos parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte Interamericana na interpretação da Convenção"[168].

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte uma demanda da comunidade indígena *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra o Estado da Nicarágua em 1998, que requeria com base no artigo 50 e 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o reconhecimento e demarcação da referida terra indígena tendo em vista a negligência do Estado. A sentença da Corte, primeira vez que ela se pronunciou sobre direitos indigenistas, foi proferida em 2001, tendo sido determinada nela a obrigação do Estado da Nicarágua em realizar a demarcação da TI, reconhecendo a propriedade coletiva sobre a terra deste povo indígena. A sentença foi escrita e articulada com a atenção devida à diversidade cultural em aproximação com uma interpretação integral da cosmovisão indígena que não reconhece a propriedade nos

---

[167] "(...) o Brasil, por ser signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e por se submeter à jurisdição internacional da Corte Interamericana, pode ser responsabilizado, uma vez que a Corte já firmou entendimento que os atos do Poder Judiciário dos Estados-parte não são insindicáveis em sede internacional". BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento de. Demarcação de terras indígenas e sistema interamericano de direitos humanos: a responsabilidade do Estado por ato judicial. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 36

[168] PEGORARI, Bruno. A tese do marco temporal como interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas. P. 260. Também ver: FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo : Editora Unesp, 2018. Ainda para uma análise detalhada dos casos envolvendo povos indígenas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, consultar: BRASIL. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília : Ministério da Justiça, 2014. Cabe ainda mencionar a última sentença exarada pela Corte no caso Xucuru contra o estado brasileiro.

termos e na cosmovisão de uma sociedade herdeira da visão de mundo capitalista, citando como aspecto central da sentença a dimensão intertemporal da forma comunal da propriedade que prevalece entre os membros do referido povo indígena[169].

Essa decisão foi posteriormente reafirmada por outras decisões em diferentes casos, no qual a propriedade coletiva e necessidade de demarcação das terras indígenas pelos Estados, sem qualquer forma de impedimento legal ou jurisprudencial. Na recente decisão da Corte contra o Brasil no caso Povo Xucuru *vs*. Brasil, a Corte apontou que reconheceu reiteradamente o direito de propriedade coletiva/comunal de povos indígenas sobre seus territórios e também o dever de proteger que se inscreve no artigo 21 da Convenção Americana, conjugada com as normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[170]. De acordo com a Corte, esses instrumentos somados aos diplomas legais insculpidos no âmbito interno de cada Estado constituem um corpus juris que "define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena"[171].

Nesta mesma decisão – caso Xucuru – a Corte, recordando sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária de terras indígenas, elenca os pontos pacíficos nela inscritos:

> [...] a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que,

---

[169] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso comunidade indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Estado da Nicarágua*, 2001. "(...) Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. (...) Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações".

[170] Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos de Povos Indígenas, 2007.

[171] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso Povo Indígena Xucurú vs. Estado do Brasil*, 2018.

> por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade; 6) o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais. Com relação ao exposto, a Corte afirmou que não se trata de um privilégio de usar a terra, o qual pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, a fim de garantir o uso e gozo permanente dessa terra. No mesmo sentido, a Corte estabeleceu que a falta de uma delimitação e demarcação efetiva pelo Estado dos limites do território sobre os quais existe um direito de propriedade coletiva de um povo indígena pode criar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos, porquanto não sabem com certeza até onde se estende geograficamente seu direito de propriedade coletiva e, consequentemente, desconhecem até onde podem usar os respectivos bens, e deles usufruir livremente. [172]

---

[172] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso Povo Indígena Xucurú vs. Estado do Brasil*, 2018, p. 30.

Observa-se, portanto, que o desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de direitos de povos indígenas e os parâmetros interpretativos por ela insculpidos ao longo de sua trajetória, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, dificilmente abre espaço para sustentar a teoria do marco temporal, motivo pelo qual as instituições indigenistas e juristas passaram a criticá-la veementemente

1.5 Arquitetura das consequências e implicações da decisão do Supremo Tribunal Federal

A envergadura da decisão história do STF no caso Raposa Serra do Sol produziu uma série de consequências e implicações no direito brasileiro que não se restringiram somente ao Poder Judiciário, mas também se expressara no Poder Executivo e Legislativo, causando uma reação em cadeia.

No âmbito do Poder Judiciário se produziu uma disputa sobre a aplicação da tese do marco temporal em demais processos. Nas palavras do Ministro Menezes Direito, expressas em seu próprio voto, ele argumenta que "a partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas", e continua, argumentando que "a decisão adotada neste caso certamente vai consolidado o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro"[173]. Nota-se que houve por parte do Ministro em seu voto a intensão de fazer valer as salvaguardas institucionais e a tese do marco temporal para todos os procedimentos que porventura venham a ser judicializados em relação à demarcação de terras indígenas. O acórdão do caso, em sua parte dispositiva determinou que a ação fora julgada parcialmente procedente, "nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto vista do Ministro Menezes Direito"[174].

A menção ao voto de Menezes Direito na parte dispositiva do acórdão levou à interpretação de que as salvaguardas institucionais

---

[173] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, p, pp. 415-416.
[174] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, p, pp. 240.

deveriam ser aplicadas nos demais processos judiciais, muito embora a decisão tenha sido proferida em sede de Ação Popular na esfera do controle difuso de constitucionalidade que implicaria na restrição dos termos da decisão ao caso concreto. A questão foi levada à apreciação do STF em 2013 por meio de embargos de declaração, no qual o Ministro Roberto Barroso foi enfático ao afirmar que os termos da decisão do caso RSS se restringiriam ao próprio caso, haja vista que se trata de ação popular, na qual não é possível atribuir efeito *erga omnes*. Entretanto, no mesmo acórdão o Ministro afirmou o que segue: "sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do país, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que cogite a superação de suas razões"[175], abrindo espaço para uma interpretação dúbia relativa à aplicabilidade da referida tese em outros casos.

Dessa forma, apesar da decisão em sede de embargos de declaração, o conflito judicial relativo à aplicação da tese ainda continua. A segunda turma do Supremo Tribunal Federal já aplicou a referida tese do marco temporal em pelo menos outros três casos[176] após a decisão de 2009. Além disso, a tese do marco temporal e as 19 salvaguardas passaram a ser utilizadas por juízes federais e estaduais de primeiro grau na fundamentação de suas decisões em casos envolvendo conflitos agrários por terras indígenas, o que aumenta ainda mais a insegurança

---

[175] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, Acórdão em sede em embargos de declaração, p. 02.

[176] "Ela fundamentou a anulação das portarias de reconhecimento das Terras Indígenas Limão Verde, do povo Terena, Guyraroká, do povo Guarani-Kaiowá, ambos em Mato Grosso do Sul, e Porquinhos, do Povo Canela Apanyekrá, no Maranhão, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 2014 e 2015". FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*, Op. Cit., p. 140.

jurídica dos povos indígenas[177] e também de quilombolas[178]. O Plenário do STF, entretanto, julgou o caso Pataxó Hã-Hã-Hãe em 2012 de forma contrária ao marco temporal, e também manifestou-se contrário à aplicação da referida tese em 2017 na ADI 3239 e ACO 304[179], o que pode demonstrar um novo ponto de inflexão na jurisprudência do STF, desta vez em posição contrária ao marco temporal[180]. No entanto, até o momento de redação deste trabalho ainda persistem dúvidas sobre a aplicabilidade desta tese no campo do Poder Judiciário, sobretudo por juízes de primeira instância da justiça estadual e federal, que são consequências da decisão de 2009 no caso RRS.

No âmbito do poder executivo, houve a expedição de três pareceres da Advocacia Geral da União favoráveis à aplicação do marco temporal nos processos administrativos de reconhecimento de novas terras

---

[177] No entanto, ressalta-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal também proferiu decisões em sentido contrário à tese do marco temporal em alguns casos: "[...] o caso Pataxó Hã-Hã-Hãe, julgado em 2012, o STF reconheceu o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionais, em conformidade ao que dispõe o caput do art. 231 §6o, considerando nulos os títulos de propriedades de terras incidentes na Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, apesar de os indígenas não estarem na terra em 1988, de onde haviam sido retirados forçosamente três décadas antes". MARÉS DE SOUSA FILHO, Carlos Frederico; SILVA, Liana Amin Lima da. *Marco temporal como retrocesso aos direitos originários indígenas e quilombolas*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; TARREGA, Maria Cristiana Vidotte Blanco. Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia : Editora da Puc-Goiás, 2017, p. 57.

[178] A fundamentação relativa ao marco temporal também foi suscitada na ADI 3239, impetrada pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL), que questiona a constitucionalidade do decreto que regulamente as terras quilombolas (Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003).

[179] ACO 304, STF.

[180] Neste momento, os votos contrários o marco temporal foram conseguidos de modo bastante folgado. Colhe-se as manifestações dos ministros no caso: "Entender-se que a constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a esse grupo étnico significa fechar uma porta de força constitucional para o exercício completo e digno de direitos inerentes à cidadania assegurados pela Constituição" – Edson Fachin"; "Não há lugar para inaplicabilidade do marco temporal e de outras condicionantes. Eu aduzo que a interpretação gramatical do artigo 68 não encontra qualquer referência em datas ou parâmetro temporal, ao contrário, vê reconhecida a propriedade definitiva. O dispositivo declara o direito de propriedade sem delimitar marcos temporais" – Luiz Fux.

indígenas que tramitam atualmente na FUNAI. Dois deles foram revogados[181], e o último parecer datado de 2017 permanecem em vigor – mas com seus efeitos suspensos em determinados casos concretos em razão da concessão de liminares pela sua suspensão[182]. Este último parecer – n. 001/2017/GAB/CGU/AGU – cujo interessado é a Casa Civil da Presidência da República determina o que segue:

> I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.
> II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).[183]

O referido parecer, ao obrigar os órgãos da administração pública federal a fazerem cumprir o marco temporal e as salvaguardas institucionais, mostra-se como uma medida ainda mais prejudicial aos povos indígenas. Isso porque a administração pública federal é responsável pela demarcação de terras indígenas. O parecer, para tentar justificar a decisão do caso RSS, aponta uma série de argumentos vulneráveis. Num primeiro momento, afirma a importância da decisão do STF na PET 3.388; afirma ainda não haver qualquer anomalia no estabelecimento do marco temporal e das salvaguardas institucionais e que elas derivam da interpretação da normatividade da Constituição; afirma que a intenção do STF na aplicação destas condicionantes se dá em razão da necessidade de pacificar o entendimento da Corte sobre a demarcação de terras indígenas, de modo que elas “constituem comandos

---

[181] PARECERES Nº.
[182] Trata-se da Ação Civil Pública n. 1002351-95.2018.4.01.3600, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União e da FUNAI.
[183] Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU.

gerais direcionados à atuação dos órgãos nos processos de demarcação de terras indígenas"[184]. O parecer ainda aponta para uma "consolidação da decisão da PET 3.388 na jurisprudência do STF" a partir da análise das três já citadas decisões proferidas pela segunda turma da Corte na qual aplicam a tese do marco temporal.

Já no âmbito do Poder Legislativo, se propõe instituir o "marco temporal", que consta de várias propostas de lei (PL 490/2007; PL 1.216/2015; PL 1.218/2015; PL 7.813/2017). A PL 490/2007, aliás, sequer aceita a exceção do esbulho[185]. As propostas são polêmicas tendo em vista que o Parlamento Nacional possui uma série de bancadas – sendo as mais destacadas a "bancada do boi", que congrega os latifundiários do país e donos do agronegócio, "da bala", que congrega os apoiadores de militares e do armamento, e "da bíblia", que representa os "evangélicos" neopentecostais e católicos radicais – que são abertamente contrários aos povos indígenas e à demarcação de suas terras.

As consequências da decisão do STF no caso RSS, portanto, somam-se às já conflituosas relações do Estado com os povos indígenas que marcam a história brasileira. Em termos estritamente jurídicos mostra-se que há um conflito com relação ao significado da Constituição, sobretudo ao significado historicamente atribuído aos dispositivos que tratam dos direitos indigenistas[186], que se estabelece no Supremo Tribunal Federal por excelência, em sede do controle de constitucionalidade. A criação da tese do marco temporal, e das 19 salvaguardas institucionais, demonstram claramente a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo, pressuposto intrínseco das reflexões a serem realizadas adiante neste trabalho.

Assim, o que se demonstrou neste capítulo nos leva a refletir sobre as questões fundantes da teoria constitucional contemporânea – que também estão no centro do debate político-jurídico hodierno – quais sejam: se o Supremo Tribunal Federal é legitimado para atuar como legislador ativo? Se o Supremo Tribunal Federal é legitimado para realizar uma interpretação restritiva dos direitos de povos indígenas, como no caso da tese do marco temporal? E qual deve ser a postura da Suprema Corte frente aos direitos de povos indígenas, minorias étnicas subrepresentadas no Parlamento Nacional? Esses três questionamentos

---

[184] Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, p. 08.

[185] CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Novos Estudos*. CEBRAP, v. 37, p. 429-443, 2018.

[186] Nesse mesmo sentido, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos y justicia. Madrid : Trotta, 2003.

que nascem destas reflexões guiarão as reflexões a serem realizadas neste trabalho nos seus próximos capítulos.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIAS DO PROCEDIMENTALISMO DEMOCRÁTICO

Este capítulo objetiva descrever e problematizar teorias do procedimentalismo democrático, focalizando as abordagens de John Hart Ely, Jurgen Habermas, Carlos Santiago Nino e Norberto Bobbio. A escolha desta linha de abordagem e dos referidos autores se dá na medida em que essa aproximação é produtiva para pensar criticamente o caso em questão tratado neste trabalho – o caso Raposa/Serra do Sol – e sobretudo a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle judicial e difuso de constitucionalidade a partir de uma perspectiva crítica e comprometida com o ideal da democracia. Em efeito, o estudo detalhado do referido caso no capítulo anterior posiciona a necessidade, que se inscreve neste trabalho, de fornecer subsídios teóricos para se (re)pensar o controle de constitucionalidade a partir de um ponto de vista que esteja à altura do ideal democrático.

Numa perspectiva histórica pode-se afirmar que as problemáticas relativas à afirmação do controle judicial de constitucionalidade, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, se inserem no campo de tensões dialógicas e produtivas existente entre os ideais modernos do constitucionalismo e da democracia – que serão aprofundados na descrição e análise das obras neste capítulo[187]. Do ponto de vista teórico, foram diversas as teorias constitucionais que nasceram desde então com o objetivo de fundamentar, negar, estabelecer limites, finalidade e seus pressupostos ao controle judicial de constitucionalidade. Nesse contexto se posicionam autores que reconhecem a relação entre o constitucionalismo e democracia, porém negam a tensão (Ronald Dworkin[188], Robert Alexy[189] e Bruce Ackerman[190]); os que dissolvem a tensão através da negação do controle judicial de leis (Jeremy Waldron[191]

---

[187] Trata-se, como afirma Bobbio, da mesma tensão inerente ao liberalismo *vs.* democracia. Para aprofundamentos, ver:

[188] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Belknap Press, 1986.

[189] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Malheiros, 2008.

[190] ACKERMAN, Bruce. *We the people*: foundations. Vol. I. Cambridge : Harvard University Press, 1991.

[191] WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999.

e Mark Tushnet[192]); e, por fim, os que tentam reconciliar a tensão (John Hart Ely, Cass Sunstein[193], Larry Kramer[194], Carlos Santiago Nino, Jurgen Habermas, Norberto Bobbio dentre outros). Neste trabalho, portanto, parte-se da necessidade de conciliar os ideais do constitucionalismo e da democracia no âmbito de uma "tensão produtiva" no âmbito da jurisdição constitucional, concebendo-a do ponto de vista de uma *práxis*, e também como proposta política e jurídica tanto para o constitucionalismo quanto para a democracia contemporâneas.

A corrente teórica do procedimentalismo democrático, especialmente os autores escolhidos para a análise deste trabalho – com a devida exceção de Jürgen Habermas e Norberto Bobbio –, são pouco explorados no Brasil em termos acadêmicos particularmente em relação à sua concepção sobre o papel da jurisdição constitucional e da democracia constitucional. Com exceção de Jürgen Habermas, existem poucos trabalhos sobre os demais autores estudados – e sobre a aplicabilidade de suas teorias – no complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. É nesse sentido que se edifica a abordagem inovadora deste trabalho, uma vez que as teorias destes autores serão utilizadas para pensar um caso concreto do controle de constitucionalidade brasileiro, além da relação da jurisdição constitucional com minorias étnicas cujas pautas reivindicativas são subrepresentadas no Parlamento Nacional e com os direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional.

Nesse sentido, embora essas teorias sejam de grande relevância e forneçam subsídios para se (re)pensar o complexo controle judicial de constitucionalidade no Brasil com devida atenção à teoria da democracia contemporânea, este trabalho também leva em consideração a dificuldade intrínseca que nasce quando se busca compatibilizar e recepcionar literaturas estrangeiras para refletir sobre o direito brasileiro. Neste trabalho serão reconhecidas as diferenças que existem entre modelos de controle de constitucionalidade e, inclusive, de sistemas jurídicos – como é o caso da *common law* – no pensamento dos referidos autores, partindo do pressuposto básico de que cada autor pensa e constrói sua teoria jurídica a partir de sua determinada realidade político-constitucional.

---

[192] TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton : Princeton University Press, 2003.

[193] SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy*: what Constitutions do. Oxford : Oxford University Press, 2001.

[194] KRAMER, Larry. *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review. New York : Oxford University Press, 2004.

Pensando nisso, a proposta de síntese deste capítulo impreterivelmente contará com as reflexões realizadas pela literatura jurídica brasileira sobre referidos autores.

Neste capítulo pretendo descrever e discutir as teorias de John Hart Ely, Jurgen Habermas, Carlos Santiago Nino e Norberto Bobbio. Em razão destes autores terem uma vasta produção bibliográfica sobre assuntos variados relativos ao direito constitucional, direitos humanos, filosofia jurídica e teoria do direito, e tendo em vista a necessidade de produzir recortes metodológicos para o desenvolvimento do capítulo, busca-se descrever de modo sintético a concepção de democracia e a arquitetura da teoria do controle de constitucionalidade de cada autor. Da mesma forma, esta seção também apresenta um contraponto à obra de Ronald Dworkin, entendido como um representante de uma vertente "substancialistas" do controle de constitucionalidade, que encontra com os teóricos procedimentalistas pontos de convergência e também divergência. No final do capítulo pretende-se ainda realizar uma síntese crítica sobre as propostas destes autores a partir dos pontos de convergência entre eles e da divergência com a teoria "substancialista".

2.1 John Hart Ely

John Hart Ely, teórico estadunidense da segunda metade do século XX, inicia sua obra mais conhecida intitulada "*Democracy and distrust*" afirmando que o debate constitucional estadunidense da década de 1970/1980 estava dominado por uma falsa dicotomia. De um lado encontram-se os não-interpretacionistas, ou positivistas exegéticos, que advogam no sentido de que a interpretação constitucional deve se ater ao pensamento e às intenções daqueles que escreveram o texto constitucional, de modo que o controle de constitucionalidade deve ser limitado à defesa daquilo que está explicitamente estabelecido no texto e na intenção do constituinte originário sem grande espaço para a interpretação a partir de elementos externos ao direito. Do outro lado encontram-se os interpretacionistas, ou jusnaturalistas, que defendem a necessidade de buscar elementos extrínsecos à Constituição – valores e princípios morais – para legitimar a interpretação constitucional e gerar um bom funcionamento do controle de constitucionalidade na medida em que este último reavaliaria as opções valorativas do legislativo[195].

---

[195] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo : Martins Fontes,

De acordo com o autor, “cada um desses lados está interessado em sustentar a ideia de que essas são as únicas opções possíveis”[196], com se não houvesse qualquer possibilidade de superá-las. Nesse sentido, Ely é categórico ao afirmar que “nenhuma das teorias professadas [...] é, em última análise, compatível com os pressupostos democráticos implícitos em nosso sistema”[197]. Ely constata, entretanto, que nenhuma das referidas teorias está concernida com a via democrática. A abordagem interpretacionista, por diversos motivos, é incapaz de manter-se fiel ao espírito de certas disposições constitucionais, o que dificulta sua aplicabilidade prática e ainda aumenta a tensão existente entre constitucionalismo e democracia[198]. Já a abordagem não-interpretacionista é falha no sentido de tentar fundamentar o direito e a interpretação jurídica em fenômenos extrínsecos ao próprio direito[199]. Nesse sentido, a interpretação constitucional estaria inscrita no risco corrente de imposição por parte dos juízes de seus próprios valores e de sua própria moral, já que os magistrados “em vários contextos jurídicos, tinham uma predisposição, consciente ou não, de inserir seus valores pessoais em seus argumentos jurídicos”[200], o que resultaria em uma

---

2016, p. 3. De acordo com Paul Cox: « Ely describes competing theories as falling within one or the other of two general positions regarding the question of appropriate judicial reference point: the interpretivist' and noninterpretivist (or fundamental value)8 positions. Both, in Ely's view, are inadequate. Interpretivism limits judicial discretion by insisting that constitutional text has discoverable meaning and that judicial decision is legitimate only to the extent that it is traceable to that meaning ». COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and disctrust : a theory of judicial review. *Valparaíso University Law Review*, v. 15, n. 3, 1981, p. 638.

[196] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 3.

[197] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 3.

[198] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 97.

[199] “Uma abordagem intepretacionista – pelo menos uma abordagem intepretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas – mostra-se, quando submetida à análise, incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo – nada encontramos”, ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 97.

[200] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 58. Nesse sentido, “Ely proposes a new approach to judicial review, determining that dilem ma undermining constitutional interpretation are methods left ambiguous to jud ges, such as the incorporation of their personal values”. HUNTER, Tina.

imposição paternalista, seja quando se recorre a valores próprios do juiz, ao direito natural, aos princípios neutros, à razão, à tradição, ao consenso, ou à previsão do progresso do projeto constitucional[201].

Tomando isso em consideração, Ely busca construir em seu livro uma espécie de "terceira via" ao problema exposto, tentando conciliar a necessidade do controle de constitucionalidade com base em pressupostos da democracia representativa. Nesse sentido, o autor vai recorrer a uma famosa nota de rodapé da Suprema Corte dos Estados Unidos, inscrita no caso *United States vs. Carolene Products Co.,* julgado em 1938. Neste caso, em que se discutiu a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal, a Suprema Corte estadunidense estabeleceu em sua nota de rodapé n. 4 três pressupostos que fundamentariam a atuação da corte – "modo de agir da Corte"[202], como apregoa Ely – em sede de controle judicial de constitucionalidade.

> A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima quarta emenda [...]. Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no que a maioria dos outros tipos de legislação [...]. Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*descrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial

---

Interpretative theories : Dworkin, Sunstein e Ely. *Bond Law Review*, Volume 17, Issue 2, 2005, p. 92.

[201] Para uma análise mais exaustiva, ver: POLI, José Vinícius. *Controle de constitucionalidade*: das teorias da última palavra à teoria do diálogo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, 2012, pp. 86-87.

[202] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p.100.

> que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso.[203]

Disto depreende-se que é dever da Suprema Corte no controle de constitucionalidade: 1) proteger a Constituição; 2) intervir no processo político, como uma espécie de árbitro político, para proteger o bom funcionamento do sistema democrático; 3) analisar a forma como as minorias insulares são tratadas pelas maiorias no processo democrático-representativo. Referida decisão foi proferida pela Corte estadunidense sob a égide da Era Warren, momento marcado por um ativismo de cunho progressista. Ely afirma, entretanto, que este ativismo foi edificado não no sentido de seus membros intentarem impor valores substantivos constitucionais em suas decisões, mas marcado pelo desejo de "assegurar que o processo político [...] estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade"[204], o que a diferencia da também ativista corte de Warren[205], de cunho conservador. Nesse sentido, Ely buscou construir uma teoria do controle de constitucionalidade que tivesse por base o favorecimento da representatividade política no âmago do processo político e que fosse orientada para a participação política da maior possibilidade de pessoas possíveis[206].

Nessa esteira, Ely constrói em seu livro a abordagem da corte constitucional como "árbitro do mercado político", na qual ela atua no controle do processo de representação[207]. Para ele, a desobstrução dos canais de mudança política e a correção de certos tipos de discriminação contra as minorias "se combinam para formar uma teoria coerente do governo representativo, ou se, como às vezes se afirma, eles são na

---

[203] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p.100-101.
[204] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 98.
[205] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 99.
[206] POLI, José Vinícius. *Controle de constitucionalidade*, pp. 89.
[207] Trata-se do que Ely veio a chamar de "representation-reinforcement judicial review", que "endeavors to open the political processes and purify them of prejudice without blocking democratic outcomes", Cfe. BRUBACKER, Stanley. Fear of judging: a comementary on Ely's theory of judicial review. *The Political Science Review*, v. 12, 1982, p. 208.

verdade impulsos incompatíveis entre si"[208]. Esse tipo de abordagem posiciona a corte como uma espécie de árbitro do "mercado político", como afirma Ely, na medida em que ela opera quando há desconfiança para com o sistema político, ou seja, quando há um mal funcionamento dele[209]. De acordo com Ely:

> Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria parlamentar desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mal funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.[210]

As determinações de valor, portanto, são uma tarefa que, para Ely, estão a cargo do Poder Legislativo e Executivo, os poderes legitimamente eleitos. Não caberia a uma suprema corte – e ao Judiciário de modo geral – a imposição de valores supostamente constitucionais em sua análise e argumentação jurídica. Isso porque os magistrados "estão relativamente à margem do sistema governamental", e tal fato "[...] não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não

---

[208] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 99.
[209] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 99.
[210] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 137.

terão esse acesso”[211]. Essa seria uma forma de buscar uma “abordagem satisfatória” para a decisão judicial, no entender de Ely[212].

Essas seriam as bases para uma *práxis* do controle de constitucionalidade condizente com os pressupostos democráticos. Ely toma como pressuposto o fato de que a democracia representativa é uma realidade incontornável dos sistemas políticos contemporâneas, de modo que o controle de constitucionalidade com pressupostos democráticos deve ser sensível ao bom funcionamento deste sistema de representação. Trata-se de uma “preocupação processual num sentido mais amplo – com o procedimento por meio do qual são feitas as leis que governam a sociedade – também permeia suas outas decisões”[213]. Ely é, nesse sentido, considerado um autor prodecimentalista, não por desmerecer a substancialidade dos valores constitucionais – haja vista que a Constituição dos Estados Unidos da América é essencialmente procedimental –, mas pelo fato de conceber que esses valores devem ser determinados pelos poderes legitimamente eleitos e não por aquele que não o é[214].

---

[211] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 137.

[212] Para aprofundamentos, ver: GRANO, Joseph. Ely’s theory of judicial review: preserving the significance of political process. *Ohio State Law Journal*, Volume 42, Issue 1, 1981.

[213] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 98. Nas palavras de Ana Luiza Almeida Ferro, “De tendência formalista, propugna uma forma de controle de constitucionalidade, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque”. FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de John Hart Ely. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, v. 1, 2010, p. 2; Nesse sentido, “Ely sees the constitution as a naked document, one that is part of the machiner y of answers and a tool of government. The interpretation of the constitution sho uld not incorporate the use of principles and values. Rather, Ely notes that inter pretation should be part of the political process, with decision-making as part of the elected offical political process, rather than that by an une lected judge. The value of elected officials, notes Ely, is their access to clear ch annels of political change. This relegates judges to a position of value where th ere is an issue concerning minorities”. HUNTER, Tina. Interpretative theories : Dworkin, Sunstein e Ely, p. 95.

[214] Aqui cabe mencionar a tensão existente entre o procedimentalismo e o substancialismo constitucional que será melhor analisado adiante. “Ely's attack upon "fundamental values" simultaneously seeks to demonstrate both that substantive fundamental values are inherently subjective and that a reliance upon

Nos dois últimos capítulos de seu livro, Ely desenvolve os dois argumentos que sustentam a sua teoria constitucional do controle de constitucional que posiciona a Suprema Corte como árbitro do jogo político: o desbloqueio dos canais de mudança política (capítulo 5) e a facilitação da representação de minorias (capítulo 6)[215].

No que tange ao desbloqueio dos canais de mudança política, Ely aponta que "é tarefa de grande importância dos tribunais o controle das restrições às liberdades de expressão, de imprensa e de associação política"[216]. O desbloqueio dos canais de mudança política exige, portanto, a atuação da Corte Suprema no âmbito da garantia das liberdades fundamentais, sobretudo a liberdade de expressão[217]. Isso porque, de acordo com Ely, a liberdade de expressão está na centralidade da democracia, como pressuposto para a inclusão dos excluídos nos debates políticos. Tal "desbloqueio" deveria ocorrer, na teoria de Ely, com a Suprema Corte atuando da mesma forma que em termos econômicos seria a orientação antitruste, isto é, como uma orientação reguladora do sistema político[218].

---

them is a prescription for unbridled judicial discretion hopelessly inconsistent with a commitment to representative democracy". COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and distrust, p. 639.

[215] "Da pretensão de aperfeiçoar a premissa majoritária, portanto, ao invés de abandoná-la, Ely deriva o papel que o poder judiciário poderia legitimamente exercer em um regime democrático. Como nota fundamental, o intervencionismo autorizado por esse tipo de controle só poderia tratar de questões estritamente vinculadas ao processo político, e nunca do conteúdo substantivo das decisões legislativas impugnadas, seja ela qual for". POLI, José Vinícius. *Controle de constitucionalidade*, pp. 89.

[216] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 139.

[217] "O controle judicial de constitucionalidade nessa área deve envolver, no mínimo, a eliminação de qualquer restrição à liberdade de expressão que seja desnecessária para a promoção de um interesse do Estado". ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 140.

[218] "Segundo o modo como utilizo tais termos, a imposição de valores refere-se à atribuição de tamanha importância a certos bens (ou direitos, ou seja lá o que for) que eles devem ser isolados de toda restrição passível de ser imposta pelo processo político, ao passo que a orientação participativa denota uma forma de controle judicial de constitucionalidade que se preocupa com o modo através do qual são feitas as decisões que efetuam na prática as escolhas de valores e a distribuição dos custos e benefícios resultantes [...] Caso se objete, não que eu não distingui os dois conceitos, mas sim que é possível 'valorizar' certos procedimentos decisórios por si mesmos, trata-se obviamente de uma objeção correta: é possível. E, para quem insistir em usar essa terminologia, afirmo que

Nesse sentido, Ely também tratará do direito ao voto, afirmando ser a sua negação "a mais representativa das obstruções"[219]. Isso porque a violação ao direito ao voto seria, em última instância, uma violação à igualdade de participação de todos no processo político. Dessa forma, Ely afirma ser "obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo [...] ele seja bastante convincente"[220]. Na mesma esteira, Ely também constata a necessidade de um processo legislativo transparente, no qual a corte seria legítima para atuar no sentido de impor a "formulação clara dos objetivos legislativos" de uma lei e da atuação do Legislativo – exposição de motivos e formulação de objetivos –, buscando a transparência do sistema político[221].

Já no sexto e último capítulo do livro, Ely discorre sobre a facilitação da representação de minorias pela Suprema Corte, afirmando que "alguns autores propõem que o papel da Corte na proteção das minorias consiste apenas em remover as barreiras à participação delas no processo político", no entanto, "o princípio de representação que jaz no cerne do nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e votos"[222]. Isso porque as maiorias políticas tem maior capacidade de garantir vantagens para si e para seu grupo, em detrimento de outros grupos políticos com pouca ou nenhuma mobilização e/ou organização. Isso não significa, no entanto, que a Corte assumiria também um papel representativo, pois a teoria moderna da representação não comporta essa função no âmbito do Poder Judiciário, mas somente nos outros dois poderes – Executivo e Legislativo[223].

Para facilitar a representação das minorias, a Corte tem o papel de analisar no controle de constitucionalidade as motivações da atuação legislativa – ou seja, das leis que são promulgadas – para verificar se houve violação à Constituição. Essas violações ocorreriam "se as autoridades concederam licenças de modo que fosse favorecido sistematicamente certo ponto de vista, ou um grupo de postos de vista, ou

---

'valores' que a Corte deve buscar são 'valores participativos' como os acima mencionados". ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 99-100.

[219] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 156.

[220] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 160.

[221] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 167-175.

[222] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 183.

[223] Para aprofundamentos, ver: REIS, Jane. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *JURISPOIESIS*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 343-359, 2014.

que de fato instruíram um determinado método de seleção com vista a obter esse efeito"[224]. O fundamento deste pensamento se edifica na medida em que a corte deve proteger, sempre que possível, aqueles que não conseguem se proteger politicamente[225]. As cortes devem ser sensíveis à realidade social em que se encontram os grupos marginalizados e estigmatizados, que sofrem cotidianamente com o preconceito estrutural[226]. Uma legislação que seja baseada em estereótipos "é uma legislação feita com base em generalizações: o uso de uma classificação que se acredita geralmente válida em termos estatísticos, sem deixar espaço para desvios individuais"[227]. Ely aponta ainda para o problema de verificar como a corte deve proceder para identificar tais situações. Deixar tudo aos critérios de juízes – ou de um juiz – pode soar arbitrário. Dessa forma, o autor afirma que "a Corte deve, portanto, observar não somente o produto legislativo, mas também o processo que o gerou, para ver se pode identificar um ou mais fatores que sugiram a possibilidade de que o Legislativo tenha errado em sua suposição"[228].

Ely ainda afirma que existe uma gama de direitos de minorias que não estão expressamente mencionados na Constituição, mas que devem, não obstante, receber proteção constitucional "porque cumprem o papel de deixar desimpedidos os canais de mudança política"[229]. O autor trata neste último capítulo sobre as polêmicas "ações afirmativas e sobre os direitos processuais à moda das minorias. Ele conclui seu livro reafirmando ser sua teoria de controle judicial de constitucionalidade restritiva "na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas"[230].

Desde que seu livro foi publicado, Ely passou a receber uma série de críticas por parte de seus intérpretes, sejam eles procedimentalistas ou

---

[224] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 190.
[225] Trata-se de uma incursão naquilo que Alexander Bickel chama de "dificuldade contramajoritária". BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
[226] No Brasil, por exemplo, é necessário fazer referência aos negros, aos homossexuais, aos pobres, deficientes físicos e mentais, loucos, mulheres e também aos povos indígenas, objeto deste trabalho.
[227] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 208.
[228] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 211.
[229] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 231.
[230] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*, p. 243.

substancialistas. As críticas mais comuns direcionadas à sua teoria, sobretudo no que tange à atuação da corte na proteção de minorias são sistematizadas por Paul Cox e Henry Monagham. Paul Cox questiona "where does process and substance begin?"[231]. Esta interrogante evidencia a dificuldade de conceber até onde há procedimento e até onde há substância na teoria de Ely, o que é em efeito difícil de se delimitar claramente, haja vista que esse tema é delineado por uma linha divisória muito tênue. Já Henry Monagham faz uma série de questões relativa aos processos discriminatórios do poder político para com minorias, questionando:

> Que evidência deve ser realizada para indicar um motivo discriminatório? Quais evidências devem ser realizadas para provar que a legislação teria sido aprovada mesmo sem o apoio de motivos discriminatórios? Ponderamos o impulso discriminatório de cada legislador para ver se ele ou ela ainda votaria na medida e, em seguida, ver se ela tem apoio majoritário? Ou, por outro lado, agregamos a proporção de motivos lícitos e ilícitos em cada legislador? E devemos ter em mente que, no nível federal, pelo menos, os legisladores terão o privilégio de tomar o banco das testemunhas.[232]

Tratam-se de questões que serão melhor analisadas e trabalhadas no tópico que trata da possibilidade de síntese dos autores. Contudo, esses questionamentos apontam que se tece uma linha tênue no debate procedimental quanto aos limites da definição hermenêutica sobre o que é procedimental e o que é substancial em um texto Constitucional. Esse problema, que será enfrentado mais à frente, mostra-se ainda mais evidente no sistema constitucional brasileiro e na perspectiva da teoria

---

[231] COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and distrust, 641.

[232] Tradução minha, "What evidence should be held to indicate a discriminatory motive? What evidence should be held to prove that the legislation would have passed even without the support of discriminatory motives? Do we weigh the discriminatory impulse of each legislator to see whether he or she would still vote for the measure and then see if it has majority support? Or, on the other hand, do we aggregate the proportion of licit and illicit motives in each legislator? And we must keep in mind that at the federal level at least the legislators will be privileged from taking the witness stand.". BRUBACKER, Stanley. Fear of judging, p. 215.

constitucional dominante do país que se alimenta da concepção teórica daquilo que se convencionou chamar de pós-positivismo.

2.2 Jurgen Habermas

Jurgen Habermas é um teórico da modernidade, filósofo e sociólogo alemão. Herdeiro da Escola de Frankfurt[233], Habermas desenvolveu estudos e reflexões sobre os mais variados temas relativos à sociologia e filosofia contemporânea, sendo um crítico radical da sociedade industrial moderna[234]. Nesta seção serão explorados alguns dos mais desenvolvidos temas de sua teoria: a sua teoria da comunicação[235] e a relação entre democracia e direito[236], no qual Habermas busca aplicar sua teoria do discurso, confluindo para um modelo de democracia procedimental, com prevalência de uma democracia deliberativa cujo controle de constitucionalidade exerce um papel de defesa dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles atinentes às minorias, e à regulação do procedimento político.

Diante da crise do Estado social, sobretudo a partir da década de 1970-1980, marcada por uma racionalidade instrumental dominante[237], pela posta em cena das políticas neoliberais caracterizada pela colonização do mundo da vida através do mercado, Habermas procura fundamentar um novo modelo de racionalidade que seja correlato de uma nova *práxis*, tanto na política quanto no direito[238]. Construindo uma análise a partir da teoria da comunicação, Habermas identifica que a

---

[233] Sobre teoria crítica e Escola de Frankfurt, ver: FREILAG, Barbara. *A teoria crítica*: ontem e hoje. São Paulo : Brasiliense, 1988; NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2004.

[234] Crítica à razão de Max Weber. WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília : Editora da UnB, 2004.

[235] HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action*: reason and the rationalization of society. Vol I. Boston : Beacon Press, 1984.

[236] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I e II. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1997.

[237] Habermas se utiliza das constatações da Escola de Frankfurt.

[238] De acordo com Anderson Teixeira e Rafael Radke, “Habermas procura destrinchar todos conceitos fundamentais, na sua ótica, necessários para fundamentar, legitimar e humanizar o Direito nas sociedades pós-convencionais”. RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 155, jul/dez 2017, p. 84.

racionalidade instrumental consiste no estabelecimento da relação meio-fim em todos os campos da vida, ou seja, uma racionalidade ligada diretamente ao modo de produção dominante capitalista que busca se legitimar por meio de uma forma de pensar e agir, pela escolha de alternativas estratégicas para alcançar seus objetivos.

Nesse sentido, Habermas busca superar a racionalidade instrumental a partir da ampliação do conceito de razão na direção de uma "razão comunicativa"[239]. A razão comunicativa nasce no contexto marcado pela dominação técnica da ciência[240] de modo universal em dinâmicas de relações que não necessariamente tem a ciência como fundamento[241]. Isto é, quando há a penetração da racionalidade técnico-científica – marcada por uma racionalidade instrumental voltada para fins – em ambientes que em que não deveria imperar essa racionalidade, como é o caso da política e do direito, por meio de uma ideologia[242]. Essa forma de interação, calcada na racionalidade instrumental, produziu um

---

[239] Cfe. HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action.* Trata-se de um conceito central na teoria habermasiana, que também foi desenvolvido no livro Direito e Democracia.

[240] HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa : Edições 70, 1968.

[241] "Habermas não se posiciona radicalmente contra a racionalidade instrumental da ciência e da técnica em si mesmas, na medida em que essas contribuem para a autoconservação do homem. Habermas considera que o trabalho, pela sua essência de dominar a natureza para pô-la a serviço do homem, possui uma racionalidade do mesmo tipo da racionalidade da ciência e da técnica, isto é, uma racionalidade que consiste na organização e na escolha adequada de meios para atingir determinados fins. Para ele, a ciência e a técnica ampliam as possibilidades humanas, libertando o homem do jugo das necessidades materiais, sendo o desenvolvimento da espécie humana resultado de um processo histórico de desenvolvimento tecnológico, institucional e cultural, processos que são interdependentes. Habermas posiciona-se radicalmente contra a universalização da ciência e da técnica, isto é, contra a penetração da racionalidade científica, instrumental, em esferas de decisão onde deveria imperar um outro tipo de racionalidade: a racionalidade comunicativa". GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Educação e Sociedade*, n. 66, abril de 1999, p. 128.

[242] "Para Habermas, a colonização do mundo da vida pelos subsistemas econômico e administrativo gerou uma tensão, por colocar em risco a dimensão interativa da sociabilidade que precede tais subsistemas". CHAVES, Ronaldo Santana. *A teoria procedimental de Habermas*: a superação do conflito entre autonomia privada e autonomia pública, Dissertação de Mestrado em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, p. 63.

pensamento e uma ação calculista, individualista, isolada pautada na competição e rendimento[243]. A "razão comunicativa", nesse sentido, seria uma forma de discurso comprometida com a coesão social, com o respeito mútuo, os processos deliberativos, não orientada por uma lógica "meio-fim", mas pela busca de uma argumentação racional, construção subjetiva e entendimento mútuo entre diferentes sujeitos[244].

Para Habermas, as ideias de verdade, liberdade, igualdade e justiça estão inscritas nos discursos e nas práticas sociais cotidianas, de modo que elas se plasmam na interação direta e intersubjetiva destes. Nesse sentido, o autor edifica sua teoria a partir de um modelo ideal em que pessoas interagem em uma determinada sociedade por meio da utilização da linguagem, organizando-se socialmente por meio da busca pelo consenso social, que deve ser alcançado livre de coerções tanto externas quanto internas[245], na qual concebe a situação linguística ideal, o discurso[246]. Nesse contexto, Habermas fundamenta a construção de um novo modelo de democracia, visando superar a clássica dicotomia moderna entre liberais e republicanos – o que respectivamente corresponde, em síntese aos ideais de liberdade e igualdade.

Em um de seus clássicos textos, intitulado "*Três modelos normativos de democracia*", Habermas reporta-se aos dois modelos de democracia que nos Estados Unidos no debate entre "comunistaristas" e "liberais"[247]. A distinção entre esses dois campos teóricos é realizada por

---

[243] Para uma crítica à razão instrumental, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica à razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo : Cortez, 2000.

[244] "Através do agir comunicativo, em que as pretensões de validade devem ser justificadas discursivamente pelos próprios interessados, pessoas morais, livres e iguais, chega-se a um entendimento sobre os fundamentos normativos da sociedade político-jurídica. Só mediante o debate na esfera pública, utilizando-se da razão discursiva, para Habermas, tornam-se legítimas as justificativas, que têm por objetivo o consenso e a cooperação social diante dos dissensos que caracterizam a vida em sociedade nos dias atuais". CHAVES, Ronaldo Santana. *A teoria procedimental de Habermas*, p. 69.

[245] Cfe. HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action*. Op. Cit.

[246] HABERMAS, Jürge. *Consciência Moral e Agir comunicativo*. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1989.

[247] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, 1995, p. 44. "Ao comparar os modelos normativos de democracia chamados comunitaristas e liberais, que dominam os discursos políticas no cenário atual, Habermas pretende diagnosticar uma terceira concepção de democracia, a procedimentalista, que ele denomina de política deliberativa, capaz de colocar em

Habermas a partir dos conceitos de "cidadão", "direito" e "processo político". O autor afirma que ambos os modelos possuem vantagens e desvantagens em suas diferentes visões sobre os temas elencados, mas que merecem ser superadas por uma perspectiva mais integradora e, portanto, mais complexa, calcada na democracia deliberativa, no qual o autor afirma que "o terceiro modelo de democracia, que eu gostaria de defender, apoia-se precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais", isso porque "nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua amplitude"[248]. Para Habermas, portanto

> Se convertemos o modelo procedimental de política deliberativa no núcleo normativo de uma teoria da democracia produzem-se diferenças tanto com respeito à concepção republicana do Estado como uma comunidade ética quanto com respeito à concepção liberal de Estado como protetor de uma sociedade centrada na economia.[249]

De acordo com Habermas, no seu modelo procedimental de política deliberativa o processo de formação democrática da opinião e da vontade comum, "se traduz em eleições gerais e em decisões parlamentares"[250], superando a concepção liberal, que está orientada na forma de compromissos entre interesses privados, e a concepção republicana que está orientada para a formação de uma autocompreensão ética. A teoria do discurso, de base procedimental, "entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado Democrático de Direito como uma resposta consequente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático"[251]. Sua teoria deliberativa propugna pela determinação dos procedimentos e pressupostos comunicativos para legitimar a tomada de decisões no

---

sintonia as autonomias colocadas em conflito." CHAVES, Ronaldo Santana. *A teoria procedimental de Habermas*, p. 71.

[248] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 45.

[249] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 45.

[250] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 45.

[251] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 47.

âmbito da política[252]. Assim, a teoria do discurso "conta com a intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento que se realizam na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos" a partir de uma ação comunicativa[253].

Nessa mesma esteira, Habermas afirma, no final de seu texto, que existem implicações normativas para a política procedimental-deliberativa, na medida em que ela "deve poder desenvolver-se com base em amplamente diversificados espaços públicos autônomos e em procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade pública, institucionalizada em termos de Estado de Direito"[254]. É nesse sentido que Habermas trabalha com a reconciliação entre o direito e a democracia, na medida em que, para ele, um é dependente do outro e não necessariamente afasta outros discursos. A partir disso Habermas desenvolve o conceito de "esfera pública"[255]. Para Habermas,

> Esfera pública é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser compreendida como uma instituição ou como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papeis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear

---

[252] Nesse sentido, faz-se a utilização do termo política de Chantal Mouffe. Para aprofundamentos, ver: MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona : Paidós Ibérica, 1999.
[253] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 48.
[254] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia, p. 48.
[255] "A contrapartida ofensiva da esfera pública sobre o político assenta na ênfase nos processos de institucionalização. Para Habermas, tal desencadeamento está amarrado a um processo de normatização, que se inicia pela formação da opinião e da vontade nas esferas públicas informais, acaba desaguando, pelo caminho procedimental, nas instâncias formais de deliberação e decisão. Este processo de "abertura" para a institucionalização está ancorado num amplo conceito de democracia procedimental e deliberativa.", LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Revista Kriterion*, v. 51, 2010, p. 230.

> seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em termas específicos [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. [256]

A esfera pública, portanto, é o espaço pelo qual se desenvolve o agir comunicativo, num ambiente que não se restringe somente ao âmbito estatal, mas que se plasma na arena daquilo que é "político". A política deliberativa, nesse sentido, almejando sempre a busca por um consenso, normativamente se desenvolve neste contexto, confluindo para a produção do direito legítimo, num "processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos"[257], da mesma forma que condiciona esta produção legislativa "a um tratamento presuntivamente racional de problemas, cujo modo de interrogação corresponde aos problemas que sempre foram elaborados de forma quase inconsciente"[258]. A política deliberativa, portanto, contribui para o desenvolvimento do agir comunicativo, que se manifesta a partir dos processos de entendimento mútuos e da tomada de posição do sujeito frente às questões sociais. Ela é um importante instrumento para a integração da sociedade política e para a confluência de vontades em direção à resolução de determinado problema social, visando proteger, acima de tudo, o procedimento democrático[259].

Nesse sentido Habermas propõe a compreensão do direito a partir de um novo paradigma, que se edifica na confluência da autonomia privada e da autonomia pública, categorias que conviveram em tensão ao longo da modernidade. As noções de autonomia privada e autonomia

---

[256] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, p. 92.
[257] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, p. 45.
[258] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, p. 47.
[259] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, p. 183.

pública estão ligadas aos ideias modernos de liberdade, no primeiro caso, e de igualdade, no segundo, que se manifesta ainda na dicotomia entre direitos humanos, que no primeiro caso é entendido como expressão de uma autodeterminação moral, e a soberania popular, e no segundo refere-se a expressão da autorealização ética[260]. A teoria habermasiana do direito busca coligar ambas as perspectivas, entendendo que essas duas categorias se pressupõem reciprocamente[261]. Esse novo paradigma é chamado de "paradigma jurídico procedimentalista", um paradigma concernido com a dimensão da legitimidade do direito[262][263].

Em um mundo marcado pelo pluralismo sociocultural e de visões de mundo, Habermas argumenta que é o processo democrático o que confere força legítima ao processo de criação de direitos, de modo que são os discursos e a argumentação que constroem o espaço em que se pode formar a vontade política racional. Essa vontade é formada nas

---

[260] Em determinado sentido, essa dicotomia também corresponde à tensão entre constitucionalismo e democracia, Cfe. GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo vs. democracia*. In. FABRA ZAMORA, Jorge Luis; SPECTOR, Ezequiel. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. III. Ciudad de México : UNAM, 2006.

[261] "Desse modo a autonomia privada e a autonomia pública se pressupõem reciprocamente. A conexão interna de democracia e estado de direito consiste assim que, de um lado, os cidadãos somente podem fazer uso adequado de uma autonomia pública se eles são suficientemente independentes com base numa autonomia privada assegurada em igual medida; que eles também só podem gozar de autonomia privada na mesma medida se eles como cidadãos fazem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem de núcleo e casca é errática – como se houvesse um âmbito nuclear de direitos elementares de liberdade que pudessem pretender primazia diante dos direitos de comunicação e participação. Para o tipo ocidental de legitimação, a cooriginariedade dos direitos de liberdade e cidadania é essencial". HABERMAS, Jügen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. São Paulo : Littera Mundi, 2001, p. 176-177. Para aprofundamentos, ver: LUCHI, José Pedro. Tensão entre autonomia privada e pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 47, n. 185, jan/mar, 2010.

[262] Nesse sentido, Habermas propõe indiretamente a integração entre constitucionalismo vs. democracia.

[263] Para Habermas, "[...] hoje o direito positivo não pode mais obter sua legitimidade recorrendo a um direito superior, o direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e pública pressupõe-se mutualmente". HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo : Edições Loyola, 2002, p. 294.

instâncias políticas, na medida em que a legitimidade do direito provém da operação da política institucional e da institucionalização de direitos – que ocorre quando estes últimos são deliberados e promulgados pelas instâncias políticas institucionais. Somente é legítimo, nesse contexto, o direito que foi produzido legitimamente e argumentativamente no âmbito desse poder[264]. O procedimentalismo democrático advogado por Habermas propõe que "somente o procedimento legitimaria o direito, no sentido de que deve ser aberto a todos o espaço para influenciar democraticamente nos processos políticos de formação da vontade"[265].

Nesse sentido, o judiciário e sobretudo a jurisdição constitucional assumem um papel também restrito – como o é na teoria de John Hart Ely, no tópico anterior.

> A política, na perspectiva levantada pelos procedimentalistas, constitui-se como um processo de argumentação racional, e não somente de poder, direcionado para um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável, de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas, tarefas para as quais o Poder Judiciário só pode ser mobilizado por razões que lhes são trazidas segundo a relação do "direito com a lei", restringido assim sua atividade pela legalidade imposta ao funcionamento do ordenamento jurídico. É, por fim, um paradigma fundado com uma separação mais clara entre os

---

[264] "Em linhas gerais, o paradigma procedimentalista parte da perspectiva de legitimidade do direito a partir da política, o que significa dizer que a política (por meio do Poder Legislativo, essencialmente) é quem se converte no instrumento de atuação do direito. Só é legítimo, dentro dessa perspectiva, o direito que houver passado pelo crivo daquele poder". RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental..., p. 94.

[265] RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental..., p. 94. Luiz Werneck Vianna escreve sobre isso que "A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada de uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária". VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 23.

> poderes, onde a interferência de um sobre os outros não é vista como salutar.[266]

Habermas não admite em sua teoria a imposição de valores por parte da jurisdição constitucional, empreendendo críticas inclusive à jurisprudência de valores na Alemanha[267], entendendo ser "evitável e controlável os excessos por parte do Poder Judiciário, no que concerne à criação judicial de normas"[268]. O papel da jurisdição constitucional é restrito a proteger os direitos fundamentais e resguardar os procedimentos democráticos, elementos essenciais de sua teoria da democracia e do direito. Nesse sentido, Maria Eugência Bunchaft, em análise do pensamento habermasiano, afirma que Habermas partilha de um ceticismo com relação à jurisdição constitucional, pelo fato desta ser de difícil compatibilização com os pressupostos democráticos. A autora afirma que Habermas entente que a jurisdição constitucional deve ser restrita a ponto de zelar pelos pressupostos comunicativos e "condições procedimentais necessárias à conexão entre autonomia pública e privada", de modo que os diferentes grupos sociais – inclusive as minorias insulares – devem ter a possibilidade de influenciar, "não apenas no processo pelo qual as leis são debatidas e criadas, como também no seu processo de concretização"[269].

Dessa forma, Habermas partilha de uma visão de que é competência do tribunal constitucional a função de evitar a posição paternalista que compreende a imposição de valores, de modo que "ao direito e à jurisdição constitucional, por consequência, competem os discursos de aplicação, não de justificação"[270]. Embora Habermas admita

---

[266] TEIXEIRA, Anderson; RADKE, Rafael. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial, p. 95.

[267] "[...] dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de modo diferente a partir da compreensão da 'ordem de valores da lei fundamental'. Esta antecipação de sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre a ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito". HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, p. 211.

[268] RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental..., p. 99.

[269] BUNCHAFT, Maria Eugenia. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. *Scientia Iuris*, v. 18, n. 1, 2014, p. 185.

[270] RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental..., p. 100.

– tal como Ely – que os tribunais devem agir de forma contramajoritária, para a defesa dos direitos fundamentais e também na medida em que compete aos tribunais a proteção de minorias vítimas da omissão estatal[271], ele não admite que os magistrados de um tribunal constitucional, ou mesmo de outras formas de jurisdição, de usurpar o papel de ir além de sua tarefa, como uma prática de ativismo judicial. Na sua visão, essa prática estaria em descompasso com a democracia deliberativa, além de representar riscos para a separação de poderes – como será melhor tratado no capítulo III deste trabalho.

Em efeito, a teoria de Habermas sofreu uma série de críticas por parte de seus intérpretes, em diversas áreas do conhecimento. Luis Felipe Miguel sistematiza suas críticas em seu livro "*Democracia e representação: territórios em disputa*". Miguel afirma que "Habermas reproduz, em seu modelo de esfera pública, as premissas dos teóricos liberais do contrato social. A igualdade substantiva não é importante"[272]; sua teoria "tem dificuldade de reconhecer a legitimidade da ação de grupos na arena política"[273]; na opinião de Miguel, "a comunicação face a face é um modelo impróprio para o entendimento da política, exatamente por descartar a questão da representação"[274]; Habermas não leva em consideração que "status, dinheiro, poder ou o domínio do padrão linguístico condicionam, de formas muito sutis, o acolhimento dado à intervenção de cada um dos falantes, ainda que, na aparência, não agridam as exigências do livre debate entre iguais"[275], além de que no "mundo real", como bem afirma Miguel, "os debates sempre são desvirtuados por diferenciais de poder, de autoridade e mesmo de acesso à fala", sobretudo em países periféricos no qual as dinâmicas de exclusão social são mais claras e evidentes.

Embora haja críticas à sua teoria, como evidenciado acima, a teoria procedimentalista habermasiana fornece um arcabouço reflexivo capaz de dimensionar uma prática jurídica constitucional em acordo com

---

[271] RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental..., p. 101.
[272] MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 69.
[273] MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa, p. 74.
[274] MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa, p. 75.
[275] MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa, p. 75.

os pressupostos de uma democracia deliberativa. Dessa forma, a teoria de Habermas assemelha-se, neste ponto, à teoria de Ely, na medida em que a teoria procedimental de Habermas busca "aliviar" e corrigir a sobrecarga de competências morais por meio de seu modelo procedimental[276]. No entanto, avança em relação a este último, sobretudo em razão de posicionar os direitos fundamentais – e aqui faz-se referência ao texto constitucional alemão que prevê os direitos fundamentais com ênfase nos direitos de primeira geração – na centralidade do controle judicial de constitucionalidade, dialogando de modo mais enfático com uma perspectiva substancial de democracia.

2.3 Carlos Santiago Nino

Carlos Santiago Nino foi um dos juristas e filósofos argentinos mais reconhecidos por seu trabalho teórico. Suas incursões não se restringiram ao direito constitucional, mas se inscrevem também na teoria e filosofia política, direitos humanos, teoria do direito, dentre outros. Carlos Nino é também reconhecido pela sua contribuição no campo da democracia deliberativa, ainda pouco explorada na academia brasileira. O objetivo desta seção é de descrever a teoria de Nino, sobretudo no que tange à sua concepção de democracia deliberativa que está diretamente atrelada ao modo como ele pensa e articula uma teoria da constituição e uma teoria da jurisdição constitucional democraticamente legítima e também procedimental.

Seu trabalho mais conhecido neste campo é o livro "*La constitución de la democracia deliberativa*"[277], escrito em 1996. No início do livro, Nino aponta a necessidade de compatibilizar dois valores que parecem, num primeiro momento, incompatíveis: a democracia e o constitucionalismo. Em efeito, Nino constata que os Estados contemporâneos, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, passaram a se autodenominar de "democracias constitucionais", na medida em que "el ideal de la democracia constitucional se extendió rapidamente por el mundo"[278]. De acordo com o autor, "muchos

---

[276] OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Jurisdição e moralidade*: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Tese de Doutoramento em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2006, p. 319.

[277] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona : Gladisa, 1997.

[278] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 13.

consideran que esta unión constituye un feliz matrimónio entre dos valiosos ideales y que la democracia constitucional es una forma de gobierno muy superior a la democracia pura o a un gobierno constitucional no democrático"[279]. Entretanto, esses dois valores, para Nino, permanecem em tensão constante – uma tensão que não configura no sentido de uma incompatibilidade absoluta – e, por isso, devem ser dirimidas pelo sistema político. Nesse sentido,

> Sin embargo, este matrimonio entre democracia y constitucionalismo no es sencillo. Sobreviven tensiones cuando la expansión de la primera conduce a un debilitamiento del segundo o, por el contrario, el fortalecimiento del ideal constitucional se convierte en un freno para el proceso democrático. Estas tensiones no son fáciles de detectar con precisión debido a la falta de certeza respecto de que es lo que hace que la democracia sea algo valioso, cual es el modelo de democracia que maximiza ese valor, y la oscuridad de la noción misma de constitucionalismo.[280]

Para Nino, portanto, o modelo de democracia adotado por determinado país, que necessariamente inclui a dinâmica de relação entre os poderes, pode aprofundar ou dirimir a tensão que existe entre o constitucionalismo e a democracia. Nesse contexto, o autor vai discutir as implicações dos modelos de democracia em seu livro, apontando que o controle judicial de constitucionalidade está na centralidade deste debate, e vislumbrando uma possível solução para a boa convivência entre os ideais da democracia e do constitucionalismo, que se inscreve na proposta da democracia deliberativa, e por isso, formula uma teoria constitucional da democracia deliberativa como alternativa para lidar com esse paradoxo[281].

---

[279] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 13.
[280] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 13-14.
[281] Para Vera Karam Chueiri e Miguel Godoy "Nino acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia. A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação numa ação comunicativa e argumentativa, a fim de que sejam tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, essas decisões não podem usurpar determinados direitos, conquistas, garantias, etc.,

Para construir sua teoria, Nino faz uma (re)leitura a partir das teorias de John Ralws[282] e de Jurgen Habermas[283], buscando a construção de uma proposta alternativa entre estes teóricos que preencha as lacunas deixadas por ambos. Nino aponta que John Ralws elabora uma perspectiva individualista da democracia, na medida em que demonstra que cada pessoa deve partir de sua "posição original" para conceber tanto os princípio de justiça, quanto aqueles que fundam a democracia, na medida em que cada um tem em si uma teoria moral completa[284]. Nino infere que muito embora Rawls veja aspectos positivos na discussão entre uma pluralidade de pessoas ao limitar a parcialidade, enriquecer as perspectivas e aumentar o conhecimento compartilhado, o autor não é claro em sua teoria quanto ao âmbito em que poderiam ser aplicados os benefícios que derivam da discussão coletiva, restringindo-se a uma abordagem meramente individualista dos fundamentos epistêmicos da democracia, calcado em um "elitismo moral exacerbado"[285].

Por outro lado, Habermas defende o exato oposto de Rawls ao conceber que somente o debate coletivo pode levar à justificação dos pressupostos da democracia. Para Nino, Habermas sustenta que o discurso prático é constituído por interações comunicativas, por meio do qual os participantes argumentam a favor ou contrariamente determinada pretensão, com a finalidade de obter um certo consenso entre eles[286]. Dessa forma, Nino afirma que "Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad, que son decisivos para otorgar validez a los princípios morales", no entanto, "[...] mientras para Rawls estos son presupuestos formales de un razonamiento moral

---

estabelecidos pela Constituição. O que diferencia Nino dos demais teóricos é que ele não pretende uma teoria que ignore e supere essa tensão. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela se deve conviver". CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. São Paulo : *Revista Direito GV*, 6(1), jan-jun, 2010, p. 171.

[282] Sobretudo a partir dos livros: RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Ática, 2000; e RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008.

[283] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. II, Op. Cit.

[284] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 155.

[285] GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*: análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. Medellín. *Revista Co-herencia*, vol 8, n. 14, jan-jun, 2011, p. 64.

[286] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 158.

monológico, para Habermas son reglas de una práctica social del discurso intersubjetivo"[287].

Nino busca, como já dito, construir uma alternativa as propostas de Rawls e de Habermas, diferenciando-se deles na medida em que concebe que o conhecimento sobre a verdade moral e sobre os pressupostos que fundamentam a democracia se edifica a partir de um procedimento que privilegie a discussão e a formação intersubjetiva das decisões, sem negar também a possibilidade dela ser feita de forma individual[288]. Ou seja, sua teoria da democracia deliberativa privilegia a formação conjunta da opinião a partir da discussão coletiva e da justificação destas opiniões frente aos demais sujeitos e seus argumentos, incrementando a capacidade epistêmica dos debatedores e, consequentemente, da própria democracia, mas sua teoria não nega a possibilidade da reflexão individual também produzir resultados produtivos e soluções corretas, "ainda que este método seja o menos confiável, dada a dificuldade da manutenção da imparcialidade"[289][290].

A essa teoria Nino atribui o nome de "construtivismo ético"[291]. O construtivismo ético, como prediz o autor, leva em consideração o "valor epistêmico da democracia", que coloca a imparcialidade na centralidade de debate democrático, já que para Nino, "la unanimidad

---

[287] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 160. Para aprofundamentos, também ver: LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. Florianópolis, *Revista Sequência*, n. 66, pp. 113-136, jul. 2013.

[288] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 165; GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*, p. 64.

[289] GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*, p. 64; NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 203-205.

[290] Nesse sentido, "Nino fundamenta o valor epistêmico da democracia na busca da solução mais adequada mediante práticas discursivas coletivas e(ou) individuais, e põe em evidência a imparcialidade como requisito essencial para a busca dessa solução. Nesse sentido, a princípio a unanimidade parece ser o equivalente funcional da imparcialidade. Se aqueles que podem ser afetados por uma decisão tiverem participado da discussão em condições de igualdade, a decisão tomada será, provavelmente, imparcial e moralmente correta, sempre que todos a aceitarem livremente e sem coerção" GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*, p. 64-65.

[291] NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

parece ser un equivalente funcional de la imparcialidad”[292]. O valor epistêmico da democracia requer que os sujeitos participem do debate democrático não somente para apresentar seus interesses, mas também para justifica-los intersubjetivamente sob a base de proposições normativas, que deveriam ser gerais e universalmente aplicadas[293]. Nesse sentido, “el valor epistémico de la democracia se aplica al proceso de decisión y discusión en general y no en cualquier decisión en particular”, de modo que “[...] esta visión no implica la proposición absurda de que la mayoría siempre tiene razón”[294]. Entretanto, para que seja efetivo, o construtivismo ético deve estar assentado em alguns pressupostos, como bem aponta Nino:

> La capacidade epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuínos; que el grupo tenga uma dimensión apropriada que maximice la probabilidade de un resultado correcto; que no haya ninguna mayoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorias cambie con las diferentes matérias; que los indivíduos no se encuenten sujetos a emociones extraordinárias.[295]

Nesse sentido, Nino aponta que quando as condições acima estabelecidas que promovem o valor epistêmico da democracia não são satisfeitas, estas não logram seu valor. Assim, nem todo processo chamado de “democrático” disfruta dos requisitos necessários para prover seu valor epistêmico. Observa-se, nessa esteira, que a teoria da democracia deliberativa de Nino está atenta aos procedimentos de gênese

---

[292] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 166.
[293] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 185.
[294] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 181.
[295] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 180.

das opiniões e, sobretudo, à qualidade do procedimento pelo qual elas são criadas e difundidas, não buscando alcançar o consenso como resultado mais adequado ou a solução mais justa. Para Nino, a democracia deliberativa funciona como método, aquele "mais confiável para transformar os interesses das pessoas, suas preferências e, assim, chegar ao resultado mais correto"[296]. Nino afirma que "a diferencia de Habermas, no concibo al consenso, ni siquiera cuando es alcanzado bajo condiciones ideales, como constitutivo de soluciones justas", para ele sua posição "solo intenta sostener que la democracia deliberativa es el método más confiable para lograrlo"[297].

É tomando em consideração essa construção teórica e esses pressupostos epistemológicos que Nino irá arquitetar sua teoria da Constituição e do controle judicial de constitucionalidade. Nesse sentido, Carlos Nino formula um modelo de Estado Constitucional "que integra una teoría de la democracia, una propuesta de justificación de los derechos humanos y una teoria de la Constitución"[298]. Isso corresponde aos conceitos de Nino de Constituição histórica, Constituição ideal de direitos e Constituição ideal de poder – no qual se insere o *judicial review* –, entendidos como elementos que se reforçam mutuamente.

A Constituição histórica para Nino é a considerada o pacto político de um país, uma "carta de navegación"[299], um pacto histórico de forças políticas e grupos políticos em oposição, ou como uma das ficções mais monumentais da cultura ocidental[300]. No dizer de Nino, a ideia de Constituição histórica apresenta dois paradoxos. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a Constituição histórica sofre uma indeterminação em relação à sua interpretação, abrindo espaço para inúmeras interpretações – muitas vezes até mesmo contraditórias. O segundo diz que a dimensão propriamente histórica da Constituição é considerada supérflua frente aos raciocínios práticos que justificam as ações[301]. O primeiro paradoxo emerge na medida em que a Constituição histórica se plasma em um texto e este texto "[...] debe ser convertido en

---

[296] GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*, p. 65.
[297] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 202.
[298] LEYVA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino…, p. 225.
[299] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 21.
[300] LEYVA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino, p. 250-251.
[301] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 30.

proposiciones que puedan servir como premisas para el razonamiento justificatório”[302]. O processo interpretativo, para Nino, “implica o uso de juízos morais não previamente estabelecidos”, de modo que essa indeterminação radical na intepretação do texto “é gradual e será muito maior quando a Constituição for concebida apenas como texto, e menor quando percebida também como prática social”[303]. A prática social constitui-se no histórico de atribuição de sentidos ao texto constitucional, ou seja, às respostas já dadas aos problemas constitucionais já postos. Isso permite compreender a Constituição histórica não como mero documento, mas como prática jurídica gerada por ele[304].

Nesse contexto, Nino é radical ao conceber que a Constituição histórica é dispensável, na medida em que os princípios morais que lhe expressam conteriam aquilo que ela aspira em forma de texto[305]. Esse argumento, como enfatiza Gabriele Polewka, pode ser rebatido ao conceber que “uma Constituição é relevante porque expressa uma convenção fundamental do país: um acordo no tempo entre diversos grupos sociais acerca de como o poder coercitivo do Estado será distribuído e limitado, ainda que restrinja a própria democracia”[306]. Nino faz uma analogia da sua ideia de Constituição histórica com o processo

---

[302] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 31. Nesse sentido: “convertir el texto en proposiciones que puedan servir como premisas del razonamiento justificatório implica vários passos. En primer lugar, se le debe asignar sentido a los actos linguísticos. Segundo, uno debe aplicar el critério general determinado más arriba al texto específico en cuestión. Tercero, deben superarse las numerosas indeterminaciones que aún existan. Cuatro, deben inferirse las consecuencias lógicas del material interpretado. Finalmente, debe aplicarse la proposicón normativa a los hechos específicos de la disputa en cuestión”. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 32.

[303] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*: liberdade religiosa x autonomia privada. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 57.

[304] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*, p. 57.

[305] “[...] una Constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de certo contenido necesário o básico. Si incluye tal contenido, es supérflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas diretamente de los princípios Morales que prescriben su contenido”. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 46.

[306] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*, p. 59.

de construção de uma catedral. De acordo com essa analogia, o jurista atua como o arquiteto que, para além de suas preferências pessoais, deve estar atento que algum sujeito no futuro irá concluir o projeto e de que alguns sujeitos no passado já realizaram escolhas, não podendo negligenciá-las[307].

Nesse sentido, a superfluidade e indeterminação encontram uma resposta nas práticas em que ela foi capaz de gerar, sendo esta a relevância da Constituição histórica que não pode ser negada. Entretanto, Nino ainda aduz que "nas situações em que as práticas são tão defeituosas que não podem ser melhoradas, está moralmente justificado decidir fora do contexto da Constituição histórica, à luz dos princípios derivados dos direitos fundamentais, ou seja, da Constituição ideal"[308]. Dessa forma, além da Constituição histórica, Nino descreve que existe uma Constituição ideal plasmada nos princípios ético-morais em que emanam os direitos fundamentais. Nino entende que "los derechos constitucionales son en última instancia derechos morales, y que derivan de princípios que tienen las propriedades de autonomia, finalidad, supervivencia, publicidad, universalidad y generalidad"[309][310]. Esses princípios se assentam numa concepção essencialmente liberal de direitos e correspondem a três grandes grupos: o princípio da autonomia da pessoa, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa[311].

O princípio da autonomia da pessoa se refere "a la libre acceptación de los princípios morales intersubjetivos y de ideales

---

[307] "[...] el juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contermporaneamente sus colegas, lo que es relevante para el princípio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedentes para el futuro". NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 67.

[308] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*, p. 61.

[309] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 73.

[310] É tomando em consideração a aproximação entre moral e direito realizada por Nino que muitos autores categorizam-no como "pós-positivista". Para aprofundamentos, ver: CASALMILIA. Postpositivismo. *Doxa*; NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos morales. *Doxa*, n. 7, 1990.

[311] A fundamentabilidade destes princípios são melhor explanados na sua obra Ética e Direitos humanos. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundamentación. 2ª Ed. Buenos Aires : Editora Astrea, 1989.

autorreferentes de excelencia personal”[312]. O princípio da autonomia pessoal, para Nino, determina o conteúdo dos direitos individuais básicos, inferindo bens que esses direitos protegem. Esses bens são as condições necessárias para a realização dos planos de vida baseados nesse ideal, sendo subjacentes a eles a vida psicobiológica, integridade corporal e psicológica, e liberdades de movimento, de expressão, acesso aos recursos materiais, liberdade de associação, liberdade de trabalho e liberdade religiosa[313]. O princípio da inviolabilidade da pessoa está assentado numa perspectiva coletivista de sociedade que incremente a autonomia pessoal. Nesse âmbito, ele infere uma diminuição da autonomia pessoal em prol de elementos coletivos, de modo que “a ideia central desse princípio é, em consonância com o anterior, a de que nenhum indivíduo deve ser privado das condições necessárias para a realização de sua autonomia sob o argumento de que essa privação favorece outros indivíduos”, ou mesmo “que não se pode impor às pessoas, contra sua vontade, sacrifícios e privações que não lhes tragam benefícios”[314]. Por fim, o princípio da dignidade da pessoa consiste em levar em conta os atos e decisões voluntários dos sujeitos com base em que contraiam obrigações, assumam responsabilidades e percam direitos[315].

Esses elementos teórico-epistemológicos são, portanto, as bases que edificam a teoria do controle judicial de constitucionalidade de Carlos Santiago Nino. Daí decorre, de acordo com o conceito normativo de direito de Nino, “que juízes e outros agentes do Estado têm a obrigação moral de considerar as normas jurídicas que estabelecem esses direitos, reconhecidos como parte da Constituição ideal”[316]. Em efeito, ao propugnar por uma democracia deliberativa, Nino aproxima-se de uma dimensão procedimental da democracia, entendendo que o controle de constitucionalidade pode ser compatibilizado com a teoria epistêmica da democracia e com o construtivismo ético. No entanto, em razão de sua fraca base democrática[317], o *judicial review* somente seria aceito na visão

---

[312] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 75.
[313] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 76.
[314] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*, p. 65.
[315] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 80.
[316] POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*, p. 63.
[317] Nino afirma que “la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa [...] tanto en el sistema norteamericano como en

de Nino em três ocasiões: 1) no controle do procedimento democrático; 2) na proteção da autonomia pessoal – que abrange os direitos fundamentais; 3) a proteção da Constituição histórica, ou seja, a Constituição como prática social[318]. Em breve síntese, Nino afirma que:

> Em su parte central, esta concepción del control judicial de constitucionalidad refleja la relación compleja entre la democracia deliberativa y las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional. Un reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritária por sobre cualquier outro procedimento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflitos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. Sin embargo, una forma matizada de control judicial de constitucionalidad puede asegurar que los resultados epistémicos que surgen del proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica.[319]

Nesse sentido, cabe fazer referência a dois pontos. O primeiro é a teoria do controle judicial de constitucionalidade de Nino também é

---

el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos indivuales, dirimir los conflitos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referenciadas al processo democrático”.. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 258-259.

[318] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 273-282.

[319] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 293. Para aprofundamentos, ver: NINO, Carlos Santiago. La filosofia del control judicial de constitucionalidad. R*evista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, sep-dec 1989; CUADROS, Oscar. Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoria del derecho de Carlos Santiago Nino. *Revista de Universidad Panamericana*, 2010. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires : Astrea, 1992.

concernido com o processo de representação de minorias, na medida em que o *judicial review* deve atuar também para "conter decisões majoritárias que prejudiquem indivíduos ou minorias isoladas"[320] no processo político-representativo e deliberativo. Isso definitivamente o aproxima da perspectiva de Ely e Habermas da atuação contramajoritária da corte. O segundo ponto é que muito embora Nino possa ser categorizado como um procedimentalista, sobretudo em razão da sua teoria do controle judicial de constitucionalidade ser restrito aos casos que ele mesmo pontua, o autor dialoga com aspectos e características de um substancialismo que sobretudo Ely, por exemplo, é tímido em apoiar. Nino, entretanto, aponta a necessidade dos magistrados e do Estado de defenderem os princípios que regem a Constituição histórica, sem os quais a própria noção de democracia restaria em grande medida obsoleta.

2.4 Norberto Bobbio

Norberto Bobbio foi um jurista, filósofo e político italiano, Professor da Universidade de Turim. Em seus escritos, Bobbio concentrou seu pensamento no campo da teoria do direito e da ciência política, não realizando grandes incursões no direito constitucional e na jurisdição constitucional. No entanto, seus estudos sobre democracia, direitos humanos e paz são considerados referência internacional tanto para a teoria do direito quanto para a teoria política, ao passo que suas reflexões contribuem mesmo indiretamente para o pensamento político-constitucional e para a teoria constitucional contemporânea, sobretudo em razão de ser um pensador que advoga pelo procedimentalismo democrático, entendendo a democracia como "o respeito às regras do jogo"[321].

Em um de seus mais conhecidos livros, intitulado "*Liberalismo e Democracia*", Bobbio aponta que a modernidade fundou-se sob o legado da democracia atrelado ao ideal insurgente do liberalismo iluminista, dando impulso e sustentação ao nascimento do constitucionalismo. Entretanto, liberalismo e democracia não nasceram, para Bobbio, como valores interdependentes. O liberalismo refere-se a uma determinada noção de Estado em que tem poderes e funções

---

[320] LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review, p. 123.

[321] Cfe. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: o respeito às regras do jogo. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

limitadas, que se contrapõe ao absolutismo da época. Já democracia refere-se a uma forma de governo, sendo aquela em que o poder não está nas mãos de um ou de poucos, contrapondo-se à aristocracia e monarquia. Assim, um Estado liberal não é, na modernidade, necessariamente democrático, da mesma forma que um Estado democrático não é necessariamente liberal[322].

Os direitos humanos e o constitucionalismo modernos nascem pautados no ideário do liberalismo insurgente. Foi somente a partir das incursões teóricas e normativas propostas ao longo do século XIX e, sobretudo do século XX, que esses valores passaram por um processo de integração mútua com a democracia, ao passo que cotidianamente fala-se de Estados liberal-democráticos, ou Estado Democrático de Direito[323]. Para Bobbio, existem razões para crer que atualmente o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal e que a salvaguarda desses direitos são necessários para o correto andamento da democracia[324]. Nesse sentido, para o autor, "o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade"[325] no mundo ocidental.

---

[322] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 2006, p. 7.

[323] Nomenclatura essa nascida no final da Segunda Guerra Mundial que parte da necessidade de se integrar a democracia à razão de Estado.

[324] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 43. Cabe observar que Bobbio entende o liberalismo como uma teoria dos limites do poder, ao passo que a democracia seria uma teoria sobre quem governa e seus procedimentos, cfe. BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia, p. 87-89. Nesse sentido, "la tesis de Bobbio es que hay una relación de continuidad y de apoyo recíproco entre el estado liberal, es decir, el estado de derecho (estado constitucional que implica derechos fundamentales y división de poderes) y el estado democrático, estado representativo basado en el sufragio universal. En el nivel institucional, el liberalismo se caracteriza por la búsqueda de mecanismos constitucionales para limitar el poder del estado y garantizar ciertas libertades básicas a los individuos. En el nivel ético-político, el valor fundamental del liberalismo es la defensa del individuo, de sus derechos y sus libertades básicas. Históricamente, los estados democráticos han terminado siendo la continuación necesaria del estado liberal, Cfe. YTURBE, Corina. Norberto Bobbio: democracia y derechos. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz. Vol. I. João Pessoa : Editora da UFPB, 2013, p. 204.

[325] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 44.

Observa-se que as incursões políticas na modernidade, entretanto, propiciaram uma integração produtiva entre liberalismo e democracia da mesma forma que causaram alterações nos sentidos impressos em ambas categorias. Bobbio aponta que o sentido moderno da democracia em relação ao liberalismo foi primeiramente fixado pelo clássico texto de Benjamin Constant intitulado "*Da democracia dos antigos à democracia dos modernos*", no qual ele faz uma correlação entre o ideal de democracia dos povos antigos, que o atrelavam à participação efetiva na vida política, à democracia da modernidade, que é atrelada ao nascimento da liberdade individual. Posteriormente, o sentido da democracia e do liberalismo foram ganhando novas nuances a depender do contexto político que se mira: democracia representativa, democracia social, democracia racial, democracia participativa, democracia deliberativa, dentre outras.

O pensamento de Bobbio sobre a noção de democracia também variou ao longo de seus estudos. O pesquisador Assis Brandão classifica o pensamento democrático de Bobbio em dois momentos: o ético e o procedimental. A concepção ética de democracia para Bobbio entende que ela seria portadora de um determinado fim, que de acordo com seu artigo intitulado *Giustizia e Libertà*, publicado em 1945, seria "l'educazione dei cittadini per la libertà"[326]. Brandão aponta que essa perspectiva inscreve "um Bobbio mais jovem, mais otimista, que dava mais relevância à participação da cidadania e acreditava na democracia como uma forma de governo capaz de educar os cidadãos para a liberdade"[327]. De acordo com o pesquisador, sua fase procedimental indicaria um Bobbio "mais maduro, mais realista, ora mais ora menos desencantado com as possibilidades da democracia, ora mais ora menos normativo, ora mais ora menos participativo"[328].

Como observa Assis Brandão, o procedimentalismo democrático de Bobbio sofreu nuances desde a década de 1950, quando foi exposto pela primeira vez em seu texto "*Democrazia e Dittadura*"[329]. Este texto é

---

[326] BOBBIO, Norberto. *Giustizia e Libertà*. In Resistenza. Giustizia e Libertà. XXXIII, aprile 1969.

[327] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*: a ética e a procedimental. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz, p. 141.

[328] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*, p. 141.

[329] Texto este que foi posteriormente integrado à obra: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo : Paz e Terra, 1986, pp. 135-166.

resultado da leitura kelseniana realizada por Bobbio do direito e da democracia, fato este que ele mesmo evidenciou. Neste texto, Bobbio "realiza uma defesa intransigente da democracia liberal contra a ditadura soviética, dá os primeiros passos no sentido de esboçar uma nova concepção de democracia"[330]. Conforme aponta Brandão, dentre os anos 50 até os anos 90, a perspectiva democrática procedimental de Bobbio foi mostrando-se ora mais participativa ora mais elitista, de acordo com a dinâmica dos acontecimentos políticos que marcaram a vida política italiana[331].

O procedimentalismo democrático de Bobbio pauta-se na compreensão da democracia como método – mas sem negar a necessidade de participação ampla da sociedade – naquilo que, posteriormente, Bobbio vai chamar de "universais procedimentais" que constituem as "regras do jogo" democrático. As regras do jogo, para Bobbio, "permitem a mais ampla e mais segura participação da maior parte dos cidadãos, seja de forma direta, nas decisões políticas, isto é, nas decisões de interesse de toda a coletividade"[332]. Muito embora defenda uma democracia representativa, Bobbio não abre mão da necessidade de formar a participação como componente que confere qualidade e maior legitimidade à democracia. O método democrático para Bobbio resume-se em seis pontos principais:

> 1. todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, etc. devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de expressar através do voto a própria opinião e/ou de eleger quem se expresse por ele; 2. o voto de todos os cidadãos deve ser de peso igual - isto é, deve valer por um; 3. todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres para votar, conforme opinião própria ormada, quanto mais

---

[330] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*, p. 157. "Não parece haver dúvidas em relação à ideia de que o embrião da concepção procedimental da democracia bobbiana se configura como uma dívida desse autor para com Kelsen. O seu núcleo é a ideia de que a democracia é um método de organização social" (p. 159).

[331] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*, p. 193.

[332] BOBBIO, Norberto. *Quais as alternativas para a democracia representativa?* In: BOBBIO, Norberto et al. *O Marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, pp. 34.

> livremente possível, isto é, numa competição entre grupos políticos organizados que disputam entre si para agregar os anseios e transformá-los em deliberações coletivas; 4. devem ser livres, também, no sentido de que devem ser colocados na condição de possuírem alternativas reais, isto é, de poderem escolher entre várias soluções; 5. seja por deliberações coletivas, seja por eleições de representantes, vale o princípio de maioria numérica, mesmo que possam se estabelecer diversas formas de maioria - relativa, absoluta, qualificada - em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; 6. nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em particular o direito de tornar-se maioria em igualdade de condições.[333]

Como bem salienta Bobbio, essas regras garantem os meios para que a democracia possa ocorrer, possa funcionar adequadamente. Contudo, elas não são isentas de valores. Como observa Assis Brandão, "os valores normalmente vinculados às referidas regras são aqueles prezados pela democracia, tais como a igualdade, a liberdade, a participação, a resolução pacífica de conflitos, a tolerância, etc."[334]. Do ponto de vista dos direitos das minorias, Bobbio mostra-se um intransigente defensor, como é possível de se extrair das seis condicionantes. O pesquisador italiano Ermano Vitale aponta que o sexto "universal procedimental" posto por Bobbio aponta para "el princípio de tutela constitucional de las minorías políticas contra el peligro de la tiranía de las mayorías"[335]. Trata-se de um dos fundamento da Constituição – e de relativização da regra da maioria –, ao passo que "não seria aceita, por exemplo, uma decisão que tivesse por conteúdo o tolhimento dos direitos das minorias, mesmo se tal decisão houvesse sido tomada de acordo com a regra da maioria"[336].

Em "*O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*", Bobbio externaliza sua teoria de modo mais claro, no qual aponta a

---

[333] BOBBIO, Norberto. *Quais as alternativas para a democracia representativa?*, p. 34.
[334] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*, p. 169.
[335] VITALE, Ermanno. Norberto Bobbio y la democracia procedimental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 26, 2005, p. 83.
[336] BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*, p. 169.

definição mínima de democracia como o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, pressupondo um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais devem ser os procedimentos[337]. Seu procedimentalismo democrático se inscreve, portanto, na busca pelos padrões mínimos que corroboram para que a democracia seja praticamente possível. Apesar de Bobbio realizar uma defesa intransigente da democracia procedimental, é perceptível que ele também dialoga, mesmo que de forma tímida, com uma dimensão substancial da democracia, que se inscreve na proteção constitucional e garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Em efeito, no verbete sobre democracia de seu *Dicionário de Política*, Bobbio, após traçar um balanço histórico sobre o conceito de democracia, finaliza com a seguinte reflexão: "o único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial"[338], levando a compreender que embora parta de uma concepção concreta e realista da democracia, ela somente se completa idealmente na sua articulação com uma dimensão substancial e utópica. Nesse sentido, cabe enfatizar a correspondência e interdependência que Bobbio atribui em seus trabalhos mais maduros entre a) democracia; b) direitos humanos; e c) paz, ou solução pacífica de conflitos.

Em *A Era dos Direitos*, Bobbio aponta que direitos humanos, democracia e paz são os três momentos necessários do mesmo movimento histórico, pois "sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos"[339], concluindo que a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos somente se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos direitos fundamentais[340]. Desse modo, Bobbio entende que o próprio conceito de democracia é indissociável do conceito de direitos humanos[341], demonstrando haver uma correlação direta entre

---

[337] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo, p. 18.
[338] BOBBIO, Norberto. *Democracia*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolà; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Brasília : Editora da UnB, 1998, p. 329.
[339] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004, p. 7.
[340] Cfe. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 7.
[341] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 47.

eles, sendo eles ainda o substrato de legitimidade dos governos, conforme atesta a pesquisadora Véronique Champeil-Desplats[342]. A pesquisadora ainda afirma, citando a biografia de Bobbio, que ele elogia uma democracia liberal-social, "na qual as liberdades e os direitos sociais são complementares e conciliados[343]. Nesse sentido, a pesquisadora infere que "apesar de o autor – Bobbio – afirmar que a sua concepção de democracia seria antes de tudo procedimental, ele nunca se separou realmente de uma concepção substancial dela"[344]. Bobbio esteve tão convencido da inter-relação entre democracia e direitos humanos que ele nunca considerou analiticamente o problema da compatibilidade desta visão com uma definição procedimental da democracia, aponta a pesquisadora[345].

Em efeito, Véronique Champeil-Despats demonstra em seu escrito que apesar de Bobbio ter raramente se manifestado sobre o controle de constitucionalidade, pode-se concluir de seu pensamento que o controle de constitucionalidade não é nem democrático nem antidemocrático, pois ele nem mesmo faz parte das regras constitutivas do jogo democrático. No entanto, o controle de constitucionalidade pode servir como um excelente instrumento nas democracias para servir de "título corretivo das decisões tomadas pela maioria, precisamente se for justificado pela proteção dos direitos humanos, que é para Bobbio um valor democrático", de modo que "os valores da democracia são então [...] a proteção do uso cotidiano e possivelmente desvirtuado destes procedimentos"[346].

Tomando em consideração esse percurso, pode-se concluir que Bobbio realiza uma defesa intransigente da democracia procedimental, entendida como o respeito às regras do jogo que confluem em proposições

---

[342] CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*: democracia e sentido da história. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz. Vol. II. João Pessoa : Editora da UFPB, 2013, p. 140.

[343] CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*, p. 146. Para aprofundamentos, ver: BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*, Roma: Laterza, 1999.

[344] CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*, p. 146.

[345] CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*, p. 147.

[346] CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*, p. 148.

mínimas a serem analisadas pelos Estados no âmbito de sua atuação cotidiana de deliberação pública. Contudo, Bobbio reconhece o valor dos direitos humanos, que por mais que sejam uma pauta liberal eles se integram perfeitamente e necessariamente à concepção hodierna de democracia, e também da democracia procedimental. Para ele, não há contradições em termos em defender uma perspectiva procedimental de democracia aliada à tutela constitucional dos direitos humanos, que necessariamente engloba – como é o caso brasileiro – a proteção dos direitos de minorias étnicas, como é o caso dos povos indígenas.

2.5 Objeções ao procedimentalismo democrático: o substancialismo dworkiano

As teorias do procedimentalismo democrático de Ely, Habermas, Nino e Bobbio são geralmente contrapostas aos teóricos que são categorizados como "substancialistas". Neste terreno, o trabalho do teórico e filósofo estadunidense Ronald Dworkin é considerado de grande valia para essa corrente de pensamento, de modo que sua teoria do controle de constitucionalidade edifica-se com pontos em tensão e contradição com a proposta propugnada pelos procedimentalistas, motivo pelo qual sua obra será explorada neste capítulo. O objetivo desta seção, portanto, é de descrever e contextualizar algumas objeções ao procedimentalismo democrático tomando em consideração a obra de Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin edifica uma sólida e bem elaborada teoria do direito e da Constituição com base em uma teoria da justiça, apresentada em diversos livros: "*Taking Rights Seriously*"[347], "*A Matter of Principle*"[348], "*Law's empire*"[349] e "*Freedom's law*"[350]. Partindo do modelo de direito da *common law*, Dworkin propõe uma *teoria interpretativa do direito* que se contrapõe ao Positivismo Jurídico de

---

[347] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachussets : Harvard University Press, 1977.

[348] DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge : Cambridge University Press, 1985.

[349] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Cambridge University Press, 1986.

[350] DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral Reading of the American Constitution. Cambridge : Oxford University Press, 1977.

Herbert Hart[351] e ao utilitarismo de Jeremy Bentham[352]. Para Dworkin, uma teoria do direito deve ser subjacente a uma teoria da legitimidade e a uma teoria da justiça legislativa, sendo esta, para ele, a "questão politicamente sensível do constitucionalismo". O autor afirma que o positivismo jurídico moderno é falho porque "rejeita a ideia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação", ou seja, "rejeita a ideia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade"[353]. Da mesma forma, o utilitarismo aplicado ao direito é também falho tendo em vista que "rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita"[354].

Nesse sentido, como elemento constitutivo de sua teoria, Dworkin constrói um modelo de normas no qual os princípios não representam uma dimensão extrínseca ao discurso jurídico, mas constituem o campo normativo do que se compreende por direito. O autor realiza uma distinção técnica entre "regras" e "princípios" – distinção esta que é encarada pela teoria do direito brasileira atual como hegemônica – como elementos constitutivos da norma[355]. Nesse contexto, Dworkin constrói a tese da "comunidade de princípios", levando em consideração o fato de que "somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer"[356]. Dworkin compreende que o direito, entendido enquanto regra e princípio, indubitavelmente cria uma possibilidade maior de argumentação, tendo em vista a elasticidade dos princípios presentes na Constituição e nos diferentes ramos do direito no âmbito das suas especificidades. Todos os que participam desse processo interpretativo[357], sobretudo os atores do Poder Judiciário, são

---

[351] HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. por Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

[352] BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislagion*. Kitchener : Batoche Books, 2000.

[353] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*, p. XIV.

[354] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*, p. XIII.

[355] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*, p. 23-72.

[356] DWORKIN, Ronald. *Law's empire. Op. Cit.*.

[357] Para Dworkin, "a análise jurídica é fundamentalmente interpretativa, e oferece uma avaliação geral da interpretação para descrever em que sentido ela assim é". DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. X.

responsáveis pela intepretação da lei, fazem parte da referida "comunidade".

Nesse sentido, para Dworkin, os juízes são obrigados a considerar os princípios na análise dos casos adjudicados, sob o risco de negação explícita do próprio conteúdo normativo do direito. Para o autor, entretanto, uma interpretação jurídica com base em princípios não significa o mesmo que a possibilidade de juízes imporem sua moral ou seus valores pessoais na prática interpretativa, isso porque uma interpretação com base em princípios é diferente da interpretação política. Os argumentos de princípios, na visão de Dworkin, são "baseados em direitos", na medida em que eles integram tecnicamente na própria estrutura daquilo que o autor considera ser o fenômeno jurídico. Já os argumentos políticos são externos ao direito, relativos, portanto, a uma outra racionalidade. Nesse contexto, "o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política"[358] sendo uma atividade estritamente jurídica.

A noção de "direito enquanto integridade", construída pelo autor, também posiciona Dworkin como contrário tanto ao passivismo[359] – como entende Sunstein – quanto ao ativismo judicial. Ambas as perspectivas são equivocadas na perspectiva de Dworkin, o passivismo porque, em suma, implica que os indivíduos não tem direitos contra maiorias política, e o ativismo por ignorar o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores e as tradições da

---

[358] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. X.

[359] "O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus *fundamentos intelectuais tomam-se invariavelmente* mais frágeis. Deve ser ou conter uma teoria sobree que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, *os indivíduos* não têm direitos contra as maiorias políticas - o que é estranho à nossa cultura constitucional - ou que a eqüidade, definida de um modo especial que zomba da própria idéia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas idéias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo. Isso significa que devemos aceitar a teoria contrária, a teoria bicho-papão que os passivistas chamam de "ativismo"?". DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 451.

cultura jurídica[360]. O direito enquanto integridade é uma teoria que propõe uma prática que consiste numa premissa de direção do Estado, mais que uma pura prática interpretativa, pois vincula tanto a atuação do Legislativo quanto o Judiciário[361] – apesar de Dworkin focalizar este último.

A integridade é, portanto, um ideal político que exige do Estado e da sociedade que ajam de acordo com um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto ao significados destes[362]. A integridade é um fundamento do direito e é o que garante a legitimidade e a operabilidade do direito em sociedade para o autor. O direito como integridade, nesse sentido, interpreta a prática jurídica como uma política em processo, ou como um "romance em cadeia", no qual as decisões da Corte não podem ser negligenciadas numa dimensão histórica, ao passo que também se refere a uma dimensão prospectiva, apontando para o futuro.

> O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como

---

[360] "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 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. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la". DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 451-452.

[361] "Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional [...]". DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 213.

[362] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 213.

> uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.[363]

Dessa forma, "o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade"[364], sendo um direito muito mais interpretativo que o convencionalismo ou o pragmatismo. Nesse sentido, Dworkin cria a figura do juiz "Hércules" como modelo paradigmático de juiz a ser seguido para que se alcance a integridade no campo judicial. O juiz Hércules é aquele que interpreta a Constituição considerando todos os aspectos envolvidos e fazendo o histórico de decisões chegar ao melhor resultado possível[365], de modo que "suas convicções sobre a justiça ou a política sábia se veem inibidas em seu julgamento interpretativo geral, não apenas pelo texto da lei, mas também por um grande número de considerações sobre a equidade e a integridade"[366]. De acordo com Dworkin:

> A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos. Na teoria constitucional, a filosofia é mais próxima da

---

[363] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 271.
[364] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 271.
[365] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 453.
[366] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 454.

> superfície do argumento e, se a teoria for boa, explicita-se nela.[367]

A missão hercúlea do juiz, nesse contexto, seria livre para concentra-se nas questões de princípio, podendo a partir disso, interpretar normas, criar direitos e formular ajustes naquilo que acredita ser o certo enquanto questão de princípio[368], alcançado, a partir disso, a melhor resposta para determinado caso adjudicado. Para tanto, Dworkin ainda enfatiza a necessidade de desenvolver uma abordagem interpretativa que se pauta numa "leitura moral da Constituição"[369], que implica na inserção da moralidade política no próprio âmago do direito constitucional[370], cuja autoridade suprema para compreendê-lo e interpretá-los é concedida aos juízes sobretudo àqueles da Suprema Corte. A moralidade está integrada nos princípios constitucionais e, por isso, eles devem ser levados em consideração quando for realizada a interpretação que seja condizente com eles – sobretudo com o fundamento do direito que, para Dworkin, assenta-se na ideia de equidade, ou igual consideração e respeito[371]. Evidente que há aí uma superação da dicotomia posta entre direito e moral[372], pondo o direito na dependência dos princípios morais que são adotados por juízes de determinada época[373] e, a partir disso, o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito[374].

Tomando em consideração esses pressupostos, Dworkin irá construir sua teoria do controle judicial de constitucionalidade. Para ele, os juízes podem anular uma lei ou decisão política tomada pelo Legislativo ou Executivo sem haver qualquer prejuízo ou danos maiores para a democracia, desde que o faça a partir de uma análise comprometida

---

[367] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 454.
[368] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 454.
[369] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição americana, Op. Cit.
[370] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição americana, p. 02.
[371] Trata-se da noção de justiça que embasa a teoria dworkiniana.
[372] Para Dworkin, a teoria do direito está fundamentada em julgamentos morais e éticos.
[373] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição americana, p. 05.
[374] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição americana, p. 06.

com os argumentos de princípios e a integridade do direito. Desse modo, Dworkin propõe que haverá sempre uma resposta correta mesmo para os chamados "*hard cases*", aqueles casos em que seja difícil chegar a uma solução jurídica, no qual o papel da interpretação e da argumentação por parte dos magistrados assume um papel relevante. Nesses casos difíceis, o juiz pode, com base na teoria da leitura moral da constituição, prever uma solução para o conflito mesmo que não haja previsão no texto constitucional para tanto.

O substancialismo de Dworkin trabalha com a noção de que a Constituição estabelece as condições e os pressupostos fundamentais que devem ser aplicados indiscriminadamente. Assim, "o poder judiciário possui um papel importante no que concerne à jurisdição constitucional, não tendo uma postura passiva diante da sociedade, mas de certo ativismo"[375]. Tal ativismo está inscrito na noção de que Dworkin entende que a atuação do Poder Judiciário é um componente fundamental da democracia, devendo a atuação do juiz ser ativa – não no sentido de um ativismo desregrado, como Dworkin bem questiona, mas – no sentido de concretizar os valores e princípios fundamentais. A figura de Hércules – que se assemelha a de um super-homem da filosofia Nitzscheana – é a que mais define esse processo.

O judiciário e, sobretudo, sua instância superior, o Supremo Tribunal Federal, funciona na teoria de Dworkin como o "guardião dos valores morais e fundamentais" de uma sociedade. Para ele, não há incompatibilidade desta "atuação" da Corte frente aos pressupostos de uma sociedade democrática. Ao contrário, para ele essa atuação do magistrado pode inclusive reforçar e fortalecer a democracia. A supremacia judicial é, portanto, um dos pressupostos de sua teoria. Para fundamentar sua concepção de democracia, Dworkin afirma, em primeiro lugar, que a leitura moral da constituição política "não só não é antidemocrática, como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia". Assim, "a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de

---

[375] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialistas. *Sequência*, Florianópolis, n. 65, 2012, p. 200. Para aprofundamentos, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

que não a tenham”[376], abrindo caminho e espaço para afirmar sua teoria. Dworkin ainda questiona se não seria o juiz Hércules um tirano? Sua resposta para a questão é de que:

> Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de "direito natural". Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da eqüidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norteamericanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes politicas subjacentes a essa questão. [377]

Para Dworkin, qualquer classificação acadêmica realizada ao juiz Hércules seria injusta. De acordo com Conrado Hubner, “a maioria das democracias constitucionais contemporâneas apresenta, como filosofia política de base, alguma versão d[a] explicação dworkiniana”[378], o que demonstra uma certa complacência e aderência dos teóricos constitucionais e dos juristas operadores de diferentes sistemas jurídicos para com sua teoria. Mesmo no Brasil, a teoria de Dworkin, desde o início de seus estudos[379] até hodiernamente[380], tornou-se hegemônica na literatura jurídica, sobretudo no campo do Direito Constitucional. A classificação das normas como regras e princípios e a consideração – muitas vezes acrítica – de que a argumentação e interpretação passam a ganhar cada vez mais espaço e centralidade dentro do direito brasileiro,

---

[376] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição americana, p. 9-10.
[377] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 474.
[378] HUBNER, Conrado. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.* Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2008, p. 3.
[379] KARAM, Vera. A *filosofia jurídica de Ronald Dworkin com possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.
[380] Talvez o grande expoente seja Luís Roberto Barroso.

que se insere na tradição do *civil law*, são constatações de que as ressonâncias de sua teoria estão impregnadas no imaginário do pensamento jurídico contemporâneo.

A recepção de sua teoria no Brasil não deixa, entretanto, de ser problemática, e mesmo de surtir efeitos muitas vezes contrários ao que a própria teoria defende e reivindica. O jurista italiano Luigi Ferrajolli relata essa dificuldade em um texto publicado em 2010 na Revista científica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, intitulado "Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo"[381], no qual ele empreende uma análise dos desarranjos da recepção da teoria de Dworkin no Brasil a partir do filtro teórico do garantismo jurídico[382]. Categorizado no âmbito da celeuma jurídica daquilo que se convencionou chamar de "neoconsittucionalismo"[383], é constatável que a teoria de Dworkin foi instrumentalizada para legitimar o agigantamento visceral do poder do Judiciário no Brasil, colocando em cheque aspectos centrais da frágil democracia brasileira[384].

Em efeito, a crítica que a teoria de Dworkin direta ou indiretamente realiza para com os teóricos procedimentalista pode ser vislumbrada em pelo menos três pontos que estão todos relacionados entre si.

O primeiro deles diz respeito ao grau de argumentação e interpretação do direito. Dworkin entende que interpretação e argumentação estão na centralidade de sua teoria do direito, de modo que não é possível compreender o direito fora da lógica hermenêutica. O direito, para Dworkin, não é mero texto, mas é essencialmente uma atividade hermenêutica, capaz de descobrir a "norma". Os teóricos procedimentalistas não são contrário ou refratários à interpretação e argumentação, pois, de fato, a argumentação é um elemento que marca o direito não somente na modernidade, mas inclusive em épocas pré-modernas. Entretanto, para os teóricos procedimentalistas a

---

[381] FERRAJOLLI, Luigi. *Op. Cit*.

[382] Para compreender o garantismo, ver: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

[383] Para uma compreensão do termo neoconstitucionalismo, seu nascimento e a celeuma teórica que envolve sua aplicação, ver: MELO, Milena Petters. *As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina*: neoconstitucionalismo?. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Org.). *Constitucionalismo Latino-americano.* Tendências contemporâneas.. 1ed.Curitiba: Juruá, 2013, p. 57-85.

[384] Esse argumento será melhor tratado no capítulo III.

argumentação jurídica deve possuir limites, que são aqueles inscritos na lei e na própria Constituição e, portanto, a argumentação não constitui nessas teorias o eixo central que irradia a teoria do direito e da Constituição contemporâneas[385], mas sim o sentido e valor jurídico do próprio texto constitucional e legal – que pode ser desvirtuado quando transformado em norma.

O segundo diz respeito à relação entre direito e moral. Trata-se da clássica distinção que é feita pela literatura jurídica entre juspositivistas – que defendem um disntanciamento entre direito e moral – e os jurnaturalistas – que defendem a intrínseca e indissociável relação entre direito e moral. Embora não seja efetivamente uníssono entre os teóricos procedimentalistas o grau de relação que deve se impor entre direito e moral, é certo que todos os teóricos analisados entendem que há uma relação entre esses dois componentes, mas a interpretação constitucional deve ser restrita com relação à possibilidade de aplicação jurídica – numa "perspectiva jurídica" – dos pressupostos morais que tornaram-se jurídicos. Dworkin, como representante de um determinado substancialismo, entende que a interpretação da Constituição deve ser moralmente comprometida, tendo em vista que seu texto deve projetar-se na dinâmica de relação entre argumentação, hermenêutica e princípios. Por ser um crítico do positivismo jurídico – mas também não ser um jusnaturalista – Dworkin[386] pode ser caracterizado como um pós-positivista[387] ou mesmo um neoconstitucionalista – pois para muitos teóricos o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo são encarados como sinônimos.

O terceiro ponto diz respeito ao papel do judiciário e dos magistrados numa democracia, sendo este o ponto nevrálgico desta discussão. Para Dworkin o direito é um produto da hermenêutica e portanto a interpretação judicial está na centralidade de sua teoria. Ele entende que os magistrados estão em uma situação melhor para interpretar

---

[385] Num sentido contrário, ver o livro de Chaïm Perelman: PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

[386] Esse rótulo é também atribuído, por muitos autores, a Carlos Santiago Nino pelo fato dele entender que existe uma relação muito estreita entre direito e moral, de modo que entre os procedimentalistas estudados neste trabalho, Nino seria aquele que mais contundentemente admite uma relação entre essas duas categorias.

[387] O pós-positivismo, entretanto, não representa uma superação do positivismo, mas uma reinterpretação desta corrente de pensamento. Para aprofundamentos, ver: CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 12, 1998.

a Constituição, na medida em que eles encontram-se fora do jogo político, insulados do processo político e da pressão política, além de dar sustentação teórica para que magistrados decidam para além do texto constitucional nos chamados "casos difíceis". Já para os procedimentalistas, a Constituição é entendida como o resultado de uma discussão pública ratificada pelo povo, de modo que a interpretação não se restringe ao Poder Judiciário, e nem entende que esse Poder seja o *locus* mais adequado para essa atividade. Os procedimentalistas afirmam que os magistrados não estão necessariamente em uma situação melhor para interpretar a Constituição, tendo em vista que sua atuação não é necessariamente guiada pela neutralidade ideológica, o que não lhes retira por completo da dinâmica de forças políticas – não necessariamente da "política partidária" – de uma sociedade. Além disso, os procedimentalistas tendem a ver com maus olhos a atuação do Judiciário como "criador de direitos" ou "legislador positivo".

O quadro comparativo abaixo entre Dworkin e os procedimentalistas resume, em síntese, essas diferenças[388]:

Elemento	Dworkin	Procedimentalistas
Interpretação judicial	• Abordagem robusta à interpretação; • Juízes em melhor posição para interpretar, isolados do processo político e da pressão; • Decisões tomadas dentro de princípios que sempre existiram e são eternos, não como normas que fluem em resposta à sociedade;	• Interpretação exerce um papel restrito e autocontido; • Juiz não possui necessariamente a melhor posição para interpretar, pois não estão isolados por completo do processo político;

[388] Esse quadro foi, em grande medida, transposto do artigo: HUNTER, Tina. Interpretative theories: Dworkin, Substein and Ely, p. 96-97, com tradução minha.

Uso dos princípios	• Visto como essencial. É a única instrumento que temos em casos difíceis (penumbrais). Esses princípios não são carregados de valores e mudam, mas são atemporais;	• O uso dos princípios deve ser realizado com cautela pelo Judiciário.
Papel da Constituição	• Essencial para a Interpretação Judicial, e um dos pilares da interpretação;	• Essencial para o bom funcionamento dos poderes e garantia dos direitos fundamentais. Sua interpretação não se restringe ao Poder Judiciário.

As diferenças entre o substancialismo dworkiano e os procedimentalistas estudados neste trabalho mostram-se claros pelo menos nos três pontos citados. É evidente, entretanto, que no âmbito do próprio procedimentalismo existe inegávelmente uma dimensão substancial, que será melhor tratada na próxima seção.

2.6 Uma possibilidade de síntese crítica

A simbiose do procedimentalismo democrático dos autores trabalhados neste estudo coligado com o contraponto do substancialismo dworkiniano, permitem chegar a uma possibilidade de síntese tanto sobre o núcleo essencial reconhecido e advogado pela corrente teórica quanto sobre sua possibilidade de aplicação no horizonte de uma *práxis* construtiva. Para tanto, há a necessidade de avaliar dita correte teórica procedimental a partir do que autores brasileiros já escreveram sobre o tema e também levando em consideração a peculiar ordem constitucional brasileira, bem como o seu modelo de controle de constitucionalidade, que como já apontado no capítulo 1, para uma jurisdição constitucional *sui generis*.

Partindo de uma meta-análise dos teóricos estudados, pode-se elencar pelo menos três elementos que são consensuais no campo do procedimentalismo democrático. Tais elementos não podem ser

compreendidos de modo apartado ou isolado, mas eles se integram, interagem e entrelaçam para dar sustentação à proposta teórica. O primeiro elemento é a 1) *a conciliação entre os ideais do constitucionalismo e da democracia, no âmbito de uma tensão produtiva*. Os autores do procedimentalismo democrático são críticos à imposição por parte do Poder Judiciário, este que não é eleito democraticamente e, portanto, não presta *accountability* social e política, além de ser um órgão de estrutura aristocrática, nos demais poderes, sobretudo o Legislativo, que, no âmbito da teoria moderna da separação dos poderes é elencado como aquele mais representativo, e, portanto, como o Poder que seria dotado de uma maior legitimidade, além da rotatividade quadrienal o que permitiria a *accountability*.

O segundo elemento é 2) *a aposta no modelo de democracia deliberativa*. Apesar de John Hart Ely não ter em muito avançado no desenvolvimento teórico deste conceito o seu modelo de controle de constitucionalidade leva, inevitavelmente, também a uma compreensão da democracia na sua dimensão dialógica ou deliberativa. Muito embora haja divergências entre os teóricos tratados quanto a alguns aspectos relativos ao modo como a democracia deliberativa deve operar normativamente, é fato que o interesse deles por uma democracia que estabeleça condições para que todos interajam por meio do diálogo constitui um ponto essencial do procedimentalismo democrático.

O terceiro elemento é 3) *um modelo de controle de constitucionalidade discreto que age para garantir a democracia, tutelar os direitos fundamentais e a participação das minorias nos debates políticos*. Muito embora também haja divergências sobre o método e o alcance do controle de constitucionalidade – sendo o caso de Nino o mais emblemático por entender, em diálogo com uma dimensão substancialista, que o controle de constitucionalidade deve proteger também três valores fundamentais –, que ele dever servir para proteger a democracia, entendida aqui como os procedimentos democrático estabelecidos na Constituição, os direitos fundamentais também inscritos na Constituição e a proteção das minorias insulares sub-representadas frente às maiorias políticas no Parlamento.

Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto[389], ao realizar um estudo sobre a teoria constitucional democrático-deliberativa, aponta que

---

[389] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, democracia e igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (et. al.). *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 28-39.

esses autores entendem a igualdade como uma condição da democracia. O autor aponta pelo menos cinco pontos característicos dessa corrente teórica: a) compreendem que as sociedades contemporâneas são plurais, complexas e multiculturais, convivendo em seu interior com inúmeras doutrinas filosóficas, religiosas e morais e, diante disso, em vista da dificuldade de produção de consensos conteudísticos, as teorias democrático-deliberativas se alicerçam em condições procedimentais de legitimidade; b) apesar do dissenso no contexto do pluralismo, há a necessidade de perseguir o consenso, de modo que o núcleo central da democracia deliberativa consiste no dever se justificar publicamente as decisões perante os demais participantes da comunidade política, c) estando a validade dos conteúdos normativos sujeitos à possibilidade de serem defendidos argumentativamente no espaço público.

Essa participação deve ser gerida pelas normas de igualdade e simetria em que todos tenham o direito de participar e ter seu argumento levado em consideração. Assim, d) as normas que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa são justamente os direitos fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional, que não se restringem aos direitos "liberais" – ou àqueles historicamente entendidos como "direitos de primeira geração". De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, baseando-se na perspectiva habermasiana, o conceito de direitos fundamentais deve ser compreendido de modo amplo, incluindo nele as evoluções aquisitivas do constitucionalismo social e do constitucionalismo contemporâneo[390]. E, nesse sentido, e) se, no entanto, a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais – que correspondem às condições procedimentais da democracia se justifica o controle judicial de tais decisões pelo Judiciário, cabendo a ele controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais[391] e, dentre eles, encontram-se os direitos de povos indígenas.

O rol de características elencadas apresentam uma série de problemas de aplicabilidade numa realidade complexa como a brasileira, marcada por uma profunda desigualdade social, pela ineficiência de um Estado Providência, pela prevalência histórica de elites políticas, econômicas e, mais recentemente, religiosas, que se avultam de privilégios, o que marca um claro distanciamento entre o texto e o contexto das disposições constitucionais, e mais recentemente, pelo

---

[390] Cfe. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. p. 159-160.

[391] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, democracia e igualdade*, p. 37-39.

processo de desconstituição da República, desconstitucionalização dos direitos e ameaças à ordem democrática[392]. Em efeito, a dificuldade começa pelo fato de que, de acordo com pesquisas realizadas pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo[393], a população brasileira confia mais no Judiciário que no Legislativo. Isso, evidentemente, se deve a uma série de motivos e fatores, desde escândalos de corrupção envolvendo membro do Poder Legislativo e Executivo que se tornaram mais evidentes nos últimos anos e décadas, até a uma crise generalizada de representatividade política[394].

Em segundo lugar, a proposta de uma democracia deliberativa esbarra nas contradições – como já notadas – de profundas desigualdades socioeconômicas. Desde Pierre Bourdieu[395] e Pedro Demo[396] respectivamente, sabe-se que as desigualdades econômicas também se reverberam na dimensão cultural e política, gerando problemas graves sobretudo em sociedades com alto nível de apartamento social e econômico, como é o caso do Brasil[397]. Por fim, um controle de constitucionalidade discreto que age em prol da democracia e das minorias encontra barreiras 1) no próprio modelo de constitucionalidade brasileiro que ao juntar dois modelos – difuso e concentrado – propicia que seja menos discreto; 2) na falta de parâmetros bem definidos para a realização do controle de constitucionalidade; 3) e também na recente "elitização" dos membros do Poder Judiciário responsáveis por realizar tanto o controle difuso quanto o concentrado[398], que em razão de seus altos salários e alto prestígio social, em muitos casos se veem afastados do contato com a realidade social de minorias insulares – como é o caso das populações indígenas.

---

[392] Refiro-me aqui ao recrudescimento da extrema-direita ultraliberal-conservadora que se mostra paulatinamente crescente no cenário político brasileiro desde a metade do ano de 2013.

[393] FGV, Confiança na Justiça.

[394] Para aprofundamentos, ver: MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa. Op. Cit.

[395] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2001.

[396] DEMO, Pedro. *Pobreza política*. São Paulo : Cortez, 1991.

[397] Nesse sentido, ver a crítica de Seyla Benhabib à democracia deliberativa. BENHABIB, Seyla. *Claims of culture*. Equality and diversity in the global era. Princeton: Princeton University Press, 2002.

[398] HUBNER, Conrado. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. Op. Cit.

A dificuldades e fragilidades da aplicação do procedimentalismo democrático não implica no descarte da teoria, mas na proposição desta como horizonte normativo a partir da realidade jurídica brasileira atual. A Constituição brasileira de 1988, ao prever uma série de procedimentos democráticos, além de disposições que podem ser realizadas a partir de uma "leitura procedimental", traz também valores fundamentais que dificilmente podem ser definidos ou categorizados pelo legislador e que também vinculam a atuação dos três poderes. Trata-se do caso da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a liberdade (art. 5º caput), igualdade (art. 5º, caput), que são talvez os mais significativos. Nesse sentido, cabe questionar se o controle de constitucionalidade *à la brasileira* pode se restringir a um modelo meramente procedimental, desconsiderando princípios constitucionais que são de difícil aplicação procedimental e de difícil definição por parte dos legisladores? A meu ver, parece difícil sustentar um *procedimentalismo em stricto senso*, que se aproxima de um "formalismo", pelo qual entendo ser necessário que o procedimentalismo dialogue e seja concernida com uma dimensão material da democracia, na medida em que os direitos fundamentais são os requisitos jurídicos fundamentais para a ação política no contexto democrático.

Tomando isso em consideração, torna-se difícil delimitar com precisão a fronteira entre procedimentalismo e substancialismo, haja vista que todo procedimentalismo possui uma face substancialistas que propriamente o sustenta e legitima. Carlos Santiago Nino, por exemplo, apresenta, como já visto, um modelo de controle de constitucionalidade prevalentemente procedimental, mas que dialoga incisivamente com aspectos do substancialismo – como é o caso da defesa da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa humana em sua teoria do controle judicial de constitucionalidade. A discussão sobre os limites entre o procedimento e a substância é um problema em aberto para os procedimentalistas, haja vista que todo procedimentalismo pressupõe um nível de substancialismo e vice-versa. Essa discussão é bem relatada por Estefânia Barbosa e Katya Kozicki:

> Não obstante, ao admitirem o *judicial review* para garantia do processo democrático, como defende John Hart Ely, ou para proteção dos direitos que garantem a autonomia pública e privada dos cidadãos, bem como os direitos fundamentais à igualdade de chances, como sustenta Habermas, ou

> ainda, ao se admitir que a Jurisdição Constitucional atue para proteger os direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como também para defesa da autonomia privada e ainda para proteção da Constituição como prática social, como quer Nino, verifica-se que mesmo segundo uma concepção procedimental de democracia, abre-se a possibilidade de um julgamento substantivo por parte da Jurisdição Constitucional.[399]

A conclusão das autoras segue na esteira desta reflexão, pontuando que mesmo os teóricos do procedimentalismo democrático, ao advogarem em prol de uma jurisdição constitucional tímida e voltada para a garantia dos direitos fundamentais e do processo democrático, "não consegue evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamentos de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático"[400]. Isso porque ao defenderem o procedimento democrático na política como pressuposto de legitimação das leis, "os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, o que, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas"[401].

Nesta mesma linha de raciocínio se ancora o entendimento de autores brasileiros que pesquisam o tema da jurisdição constitucional, bem como de filósofos da política que se debruçaram sobre essa dicotomia. Maria Eugenia Bunchaft aponta que tanto perspectivas minimalistas quanto as maximalistas podem ser instrumentos de manutenção do *status quo* e, portanto, podem estar num grau maior ou menor de acordo com os pressupostos democráticos[402]. Nesse mesmo

---

[399] KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Democracia procedimental e jurisdição constitucional*. In: Anais do XVI Congresso Nacional de CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2007.

[400] KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia. *Democracia procedimental*, p. 6763.

[401] KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia. *Democracia procedimental*, p. 6763.

[402] Nesse sentido: "Como analisamos, tanto perspectivas maximalistas como minimalistas podem ser instrumentos de manutenção do *status quo*. O nível de deferência do Poder Judiciário irá depender do grau de participação popular e de

sentido, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao analisarem a questão da "última palavra" e parâmetros de autocontenção judicial apontam que a dicotomia substancialismo *versus* procedimentalismo deve ser superada por um lugar intermediário, no qual de um lado deve-se reconhecer a importância do papel do Judiciário na garantia da Constituição e dos fundamentos e pressupostos da democracia e, de outro, deve-se valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes constitucionais, sobretudo nos parlamentos[403].

Nesse sentido, cabe concluir que não é possível propugnar por uma teoria do *judicial review* meramente procedimental, isto é, que não leve em conta aspectos também substanciais – que se consubstancia num diálogo com a dimensão material da democracia, implicando a garantia material dos direitos fundamentais – que encontra-se no âmago do projeto constitucional de 1988. Dessa forma, este trabalho postula por uma visão procedimental que seja integrada a aspectos do substancialismo, na medida em que entende que o papel de uma Corte é o de proteger os procedimentos democráticos, tutelar os direitos fundamentais e as

---

discussão pública anterior à aprovação da lei. Não obstante, em se tratando de grupos minoritários, a intervenção judicial associa-se ao nível de participação e deliberação destes no processo democrático de elaboração da lei por meio de mecanismos como, por exemplo, audiências públicas. Portanto, em determinadas situações, ser maximalista também pode promover a democracia. Nesse particular, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas destes grupos, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso". BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade PUC-Rio*. V. 38, 2011, p. 179.

[403] "Em nossa opinião, deve-se buscar um lugar intermediário entre estas visões antagônicas. De um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia, sobretudo num contexto como o vivenciado no Brasil de hoje, de profunda crise de representatividade do Poder Legislativo. Mas, do outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal". SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, 2013, p. 158-159.

minorias insulares no processo de representação, em diálogo com pressupostos axiológicos constitucionais, presentes na Constituição de 1988, que são de difícil delimitação ou definição pelo legislador numa dimensão procedimental, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade – valores que, entende-se, guiaram e guiam o constitucionalismo democrático e não podem ser desconsiderados quando da análise do magistrado no controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Dessa forma, entende-se que assumir uma postura "procedimentalista" hodiernamente diz respeito, nesse contexto, ao rechaço à crença messiânica de que os juízes ou o Judiciário é ou que deve ser o lócus privilegiado para resolução de problemas políticos determinado país, ou mesmo na crença de que ministros e magistrados são moralmente superiores, atuando como a metáfora dworkiana de Hércules. O procedimentalismo democrático busca distanciar-se do paradigma do protegonismo judicial e de sua justificação teórica e empírica. Mas propõe defender a tese de que os juízes e magistrados são servidores públicos cuja função primordial é a defesa e afirmação da Constituição, sobretudo da democracia e dos direitos fundamentais nela inscritos. Nesse mesmo sentido, uma leitura procedimental da jurisdição constitucional coligada com aspectos substanciais não implica também em ser condizente com a tese da "última palavra" da Suprema Corte ou supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

O Judiciário não é – e não deve ser concebido como – o *lócus* por excelência de interpretação da Constituição. Isso porque "a Constituição é interpretada e concretizada também e sobretudo fora das Cortes, e seu sentido é produzido por meio de debates e interações que ocorrem nos mais diferentes campos em que se dá o exercício da cidadania", sendo essa "possibilidade de interpretação constitucional fora dos tribunais é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional"[404]. É somente a partir da criação de uma cultural constitucional em todas as instâncias do poder e também na sociedade pautada naquilo que Konrad Hesse chamava de "vontade de Constituição"[405], assim como uma cultura

---

[404] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia, p. 159-160. Nesse sentido, também ver: HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

[405] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Op. Cit.

dos direitos humanos, que será possível a experiência de uma radicalidade democrática e de um constitucionalismo radicalmente democrático. Como afirmam Vera Karam e Miguel Godoy, é somente a partir da aplicação da própria Constituição e da concretização de seus direitos que este documento atualiza e revigora sua potência e sua carga revolucionária[406]. Entende-se, portanto, que é somente a partir da aplicação da Constituição, que deve se dar nos mais diversos espaços do poder – Executivo, Legislativo e Judiciário – que torna-se possível o aprofundamento da experiência democrática e, consequentemente, da experiência constitucional – do constitucionalismo democrático.

---

[406] "[...] pode-se conceber que é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedecê-la.6,7 É através da concreção da própria Constituição que a potência, a carga revolucionária da Constituição é exibida e revigorada". CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista de Direito da GV*, v. 6, n. 1, 2010, p. 167.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA/SERRA DO SOL

Seguidamente à apresentação do caso Raposa/Serra do Sol, da descrição das questões normativas nele envolvidas e do contexto de sua judicialização, bem como das teorias do procedimentalismo democrático que serão utilizadas para empreender a análise subsequente, este capítulo tem por objetivo realizar uma reflexão crítica, a partir dos teóricos procedimentalistas analisados e dos direitos constitucionalmente previstos de povos indígenas, referente à atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade no caso Raposa/Serra do Sol. Busca-se, aqui, responder às perguntas de pesquisa realizadas na introdução do trabalho, quais sejam: a) pode-se afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo – ou positivo – no caso Raposa/Serra do Sol foi legítima? b) qual deve ser a postura da Corte Constitucional nos casos envolvendo direitos de povos indígenas – minoria étnica subrepresentada no Parlamento Nacional?; c) é legítimo que uma Corte Constitucional realize uma interpretação restritiva de direitos de minorias étnicas?

Para tanto, num primeiro momento busca-se realizar um breve diagnóstico do Supremo Tribunal Federal no Brasil contemporâneo, levando em consideração seu histórico recente e arquitetura normativa a partir da Constituição Federal de 1988. Nesse âmbito, procura-se compreender o papel da Corte Constitucional no Brasil a partir de seus eixos críticos e problemáticas estruturais que o leva(ra)m à produção de uma jurisprudência "juridicamente questionável", como ocorreu no caso Raposa Serra do Sol. Por fim, após a construção teórica da resposta às perguntas de pesquisa, busca-se dimensionar, num horizonte analítico-prospectivo, os desafios da Corte brasileira para com os direitos de povos indígenas no atual cenário – que se referem aos grandes desafios do constitucionalismo democrático contemporâneo –, e que se colmam em pelo menos quatro elementos: a) a necessidade de reforma institucional nas atribuições da Corte; b) a necessidade de desenvolver metodologias que propunham o diálogo intercultural, no qual tem papel estratégico, porém limitado, as audiências públicas; além do c) diálogo interinstitucional e interjurisdicional (*multilevel*), sobretudo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em causas que envolvam os direitos de povos indígenas; e d) a necessidade de abandonar práticas constitucionais autoritárias e, consequentemente, de (re)afirmar a

dimensão normativa e democrática da Constituição no que tange aos direitos fundamentais e, em específico, aos direitos de povos indígenas.

Entende-se que essas propostas podem contribuir para que essa instituição redimensione suas ações e, consequentemente, aumente o grau de legitimidade de suas decisões em casos difíceis sem, entretanto, se fazer valer de posturas ativistas descabidas – como naquelas em que atua como legislador ativo sem legitimidade para tanto – e sem realizar uma interpretação restritiva de direitos constitucionais de povos indígenas, buscando reconhecer e agir em prol da efetivação dos direitos de povos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, bem como da integração dessa minoria étnica e de suas pautas reivindicativas no processo político-deliberativo.

Além desses pontos, busca-se empreender uma crítica às "práticas constitucionais autoritárias" realizadas pelo Supremo Tribunal Federal que se pautam nesse contexto numa versão do populismo, naquilo que poderia ser chamado de "populismo judicial". Entende-se que a crítica é necessária em razão da proposta da presente dissertação, na medida em que ela se projeta de forma construtiva – na direção da construção de uma justiça constitucional adequada aos padrões da democracia deliberativa – e se alinha também às questões de natureza prospectiva que dizem respeito à inserção do diálogo no interior da teoria constitucional contemporânea.

3.1 Supremo Tribunal Federal: questões relevantes e problemas institucionais

A discussão sobre o "modelo" de Suprema Corte a ser adotado no Brasil tomou espaço na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Naquele tempo, houveram inúmeras propostas e disputa política e teórica em torno do "modelo" a ser adotado. O artigo "O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo"[407], de Andei Koerner e Lígia Barros de Freitas, sintetiza e esquematiza as propostas que foram realizadas naquele âmbito, tendo por enfoque o STF como "objeto de deliberação". As discussões se restringiram em alguns pontos específicos a respeito da estrutura do STF e os instrumentos de controle de constitucionalidade, sobretudo os legitimados para propor a ação direta

[407] KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, 88, 2013, pp. 141-184.

de inconstitucionalidade[408]. No que se refere à estrutura do STF foram formuladas três propostas:

> Primeiro, a criação do tribunal constitucional ou tribunal das garantias constitucionais, que foi apresentada, discutida e aprovada em subcomissões diferentes com as mesmas linhas gerais: um tribunal autônomo com atribuições exclusivas sobre questões constitucionais, com ministros temporários, ou escolhidos pelo Congresso Nacional, ou pelos três poderes da República. Na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, o tribunal constitucional foi defendido por Vivaldo Barbosa (PDT/RJ)40, com base na proposta da OAB. Na subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e das garantias, o tribunal das garantias constitucionais foi proposto pelo relator Lysâneas Maciel (PDT/RJ) com base na ideia de José Paulo Bisol, relator da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem. Uma segunda proposta era a criação no STF de uma seção especializada para conhecer as questões constitucionais, composta por ministros temporários. O STF manteria sua função unificadora da legislação federal, com ministros vitalícios. A proposta foi formulada pelos juízes paulistas da Apamagis e defendida na subcomissão por Michel Temer (PMDB/SP) e apoiada pelo presidente José Costa (PMDB/AL). A terceira proposta era a continuidade do STF, que permaneceria como tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios. A tese, defendida por Maurício Corrêa (PDT/DF), apoiava os posicionamentos do próprio STF, da AMB e do governo, expostos em audiência pública pelo ministro Sydney Sanches, pelo jurista Milton dos Santos Martins e pelo ministro da Justiça, Paulo Bossard.[409]

---

[408] KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte, p. 163.

[409] KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte, p. 163-164.

Houve, naquele momento, um relativo "consenso" entre os representantes políticos e a academia em prol da criação de uma "corte constitucional" que também teria por objetivo o controle externo do Judiciário, além da necessidade de motivação obrigatória das decisões judiciais, particularmente nas decisões do próprio STF[410]. Muito embora esse "consenso" tenha marcado presença, o STF não figurou na Constituição de 1988 como uma "Corte Constitucional" em *stricto senso* como o são as cortes europeias continentais, por exemplo. Mencionado consenso implicaria, entretanto, na atribuição deste órgão de certa independência do Poder Judiciário, funcionando de forma restrita ao âmbito do controle de constitucionalidade, e não como última instância recursal – tal como o desenho constitucional o moldou na Constituição de 1988. Tal escolha política tem impactos na forma pela qual as decisões são tomadas na Corte, que refletem numa maior atribuição de casos a serem decididos que dizem respeito a temas e questões que não tenham pertinência ao controle de constitucionalidade. O STF, portanto, não funciona como uma corte "especializada" em matéria constitucional, mas como um tribunal recursal que, além de ter a atribuição de realizar o controle de constitucionalidade concentrado e difuso, tem a atribuição de decidir questões constitucionais[411] de outras naturezas.

Nesse mesmo sentido, a Reforma do Judiciário ocorrida em 2005, por meio da emenda Constitucional n. 45/2004, foi responsável por um novo incremento nas atribuições do Supremo Tribunal Federal. No que concerne ao controle de constitucionalidade, houve a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a possibilidade de declaração de efeito vinculante em outros recursos, a criação da súmula vinculante, o aumento dos sujeitos legitimados para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade e a criação do Conselho Nacional de Justiça. Todas essas inovações estão relacionadas com o processo de agigantamento de poderes e atribuições deste órgão – como já tratado no Capítulo I –, o que abre espaço para uma atuação cada vez mais política e ativista.

---

[410] KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte, p. 167.

[411] O que leva Daniel Sarmento a falar da configuração de uma "ubiquidade constitucional". Cfe. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, v. 2, 2006, pp. 83-118.

O agigantamento das atribuições do Supremo Tribunal Federal, no qual ele é considerado um órgão recursal na dinâmica judicial, somado a uma realidade marcada pelo aumento do acesso à justiça[412] e da judicialização da política, implica no fato de a Corte ter, em muitos casos, que se debruçar em casos que não tenham relação direta com o *judicial review*[413], o que pode prejudicar a construção das decisões mais relevantes no campo do controle de constitucionalidade – que seria, pelo menos em tese, a função primordial de qualquer Corte Constitucional. Nessa esteira de pensamento, Virgílio Afonso da Silva também aponta a fragilidade da Corte na construção argumentativa e deliberativa de suas decisões. A tese do autor é de que "internal rules and practices – variables that are almost never taken into consideration in the debate on judicial review – may by foresting or hindering deliberation, strongly affect, positively or negatively, the legitimacy of a court"[414]. Em efeito, Virgílio Afonso da Silva aponta que o STF possui uma estrutura institucional que não propicia o debate entre magistrados e a efetiva deliberação no âmbito do *judicial review*, o que leva a uma certa insuficiência de legitimidade de suas decisões mesmo no ponto de vista estritamente jurídico.

Os problemas, entretanto, não são somente em caráter institucional, mas também dizem respeito aos posicionamentos de ministros e da Corte em conjunto sobre questões relativas aos direitos humanos de povos indígenas. Nesse contexto, é possível se constatar que a atuação regular do STF desde a redemocratização do país é marcada por um provincianismo constitucional que resulta em um isolacionismo jurídico[415] – fato que será melhor explicado nos próximos tópicos. Essas

---

[412] Constatação esta realizada por uma série de relatórios do Conselho Nacional de Justiça, como o que segue: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Supremo em ação 2018*: ano-base 2017. Brasília : CNJ, 2017.

[413] SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional. Op. Cit.

[414] SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, pp. 557-584, 2013. "I argue that if the legitimacy of judicial review depends, among many other things, on the potential of courts of being a locus of rational deliberation, then the German Constitutional Court and the American Supreme Court - to name only two paradigmatic courts in this debate - are far more different than may be supposed at first sight. And, of course, this difference holds not only between these paradigmatic courts", p. 559.

[415] Categorias trabalhadas no texto: FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In. BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). Direitos de povos indígenas em disputa. São Paulo : Editora UNESP, 2018, p. 145.

categorias expressam que a Corte pouco dialoga com o direito internacional dos direitos humanos, com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com as inovações do constitucionalismo latino-americano e europeu – que configuram o patrimônio comum do constitucionalismo democrático[416] – por meio de uma abordagem a partir do direito constitucional comparado.

No que tange aos direitos de povos indígenas, como já bem relatado no capítulo I, é difícil, e muitas vezes torna-se precário, construir um raciocínio jurídico sem levar em consideração a normatividade internacional. A negligência da referida normatividade resulta na inaplicabilidade de direitos já assegurados aos povos indígenas nestes âmbitos de normatividade. Alguns deles, como é o caso da consulta prévia, estão apenas positivados em documentos internacionais. Nesse mesmo sentido, "a violação dos compromissos internacionais do Estado no campo dos direitos humanos em geral está associada a uma violação de direito constitucional"[417], resultando num isolacionismo jurídico.

> Essa ignorância programática do direito internacional dos direitos humanos corresponde a uma cultura jurídica isolacionista, marcada pelo provincianismo constitucional, isto é, em que a interpretação da Constituição é realizada à margem dos parâmetros jurídicos internacionais ou simplesmente estrangeiros.[418]

Nesse sentido, Pádua Fernandes aponta que esse fenômeno está inscrito em uma cultura jurídica que em grande medida é cínica e infensa aos direitos humanos. A face dessa "cultura" manifesta-se ainda em pelo menos três pontos: a) predomínio de uma cultura jurídica privatista que pouco se abre para uma abordagem juspublicista Constitucional e comprometida com o direito internacional dos direitos humanos; b) o fato de pouco se leva em consideração – e de não ter havido sequer consolidação no plano fático – (d)os pressupostos de uma justiça de transição, o que afeta direta ou indiretamente a concretização (ou não) dos

---

[416] ONIDA, Valerio. *La costituzione ieri e oggi*. Op. Cit.

[417] FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*, p. 145.

[418] FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*, p. 145.

direitos de povos indígenas; e, c) as práticas judiciais que não condizem com o Estado multicultural reconhecido na Constituição de 1988.

Em efeito, no que tange ao primeiro ponto, é evidente que a cultura jurídica brasileira foi historicamente edificada – e em grande medida permaneceu – sob o signo e a influência do direito privado, sobretudo as influência do Código Napoleônico que reverberou no Código Civil de 1916. Somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 e do processo de constitucionalização do direito (civil, penal, trabalhista, previdenciário, ambiental, dentre outras áreas) promovido por este texto constitucional e da cláusula de abertura da Constituição para com o direito internacional dos direitos humanos é que referida cultura jurídica passou a ser paulatinamente transformada, abrindo espaço para uma abordagem constitucional do direito e da própria refundação da teoria do direito, e consequentemente, para a introjeção na cultura jurídica nacional de uma abordagem juspublicista[419] consolidada. No entanto, essa "transição paradigmática" é ainda marcada por uma série de conflitos e resistência no interior do campo jurídico, o que dificulta a sua consolidação.

No que se refere ao segundo ponto, é importante pontuar que o Supremo Tribunal Federal, e o Judiciário brasileiro de modo geral, é em grande medida refratário àquilo que a literatura jurídica apelidou de "justiça de transição"[420]. Essa postura, que pode ser considerada incondizente com o direito internacional público aprofunda a relação de tensão entre o Estado brasileiro e os povos indígenas. Isso porque o relatório da Comissão Nacional da Verdade revelou que a ditadura militar impetrou uma série de crimes contra os povos indígenas, dentre eles a expulsão sistemática de diversas etnias de suas terras. Por essa razão, uma das recomendações do relatório da CNV relativa aos direitos de povos indígenas aponta para a necessidade de "regularização a desinstrução das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV", isso considerando os casos de esbulho e subtração territorial ocorridos no período ditatorial em específico.

---

[419] Nesse processo tiveram especial relevância os seguintes autores: José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari e Paulo Bonavides.

[420] Essa afirmação se faz tendo por pressuposto comparativo os outros países do Cone Sul que conseguiram realizar processos de transição adequados. No Brasil, o exemplo mais evidente talvez seja a declaração da constitucionalidade da Lei da Anistia pelo STF no ano de 2010 (conforme ADPF 153 de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil para revisão da Lei 6.683/79).

Com relação ao terceiro ponto, é também evidente que embora o direito brasileiro tenha reconhecido em seu texto constitucional uma concepção relevante de multiculturalismo, o que permite inclusive se falar teoricamente de um "Estado multicultural", ainda permanecem uma série de práticas na esfera pública e judicial que são incompatíveis como o ideal multiculturalista proposto e encorajado pelo texto constitucional. As práticas assimilacionistas ainda marcam presença no imaginário político e social e recorrentemente são instrumentalizadas pelas instâncias políticas e judiciais, como é o caso da tese do marco temporal, objeto de análise deste trabalho. A remanescência deste imaginário que fundamenta uma série de práticas políticas e judiciais é um dos motivos da permanência de uma estrutura estatal que perpetua as relações de violência simbólica e estrutural. Sobretudo no que tange às minorias étnicas, é necessário que a jurisdição constitucional leve à sério os dispositivos constitucionais que dizem respeito ao reconhecimento de sua cultura, de seus direitos territoriais e da sua autodeterminação, bases que sustentam a construção do Estado multicultural indigenista no país.

Dessa forma, entende-se que há a necessidade de rever uma série de práticas da Corte, e do Judiciário de modo geral, que estejam em desacordo com pressupostos do Estado democrático de direito. Isso não implica, frisa-se, que a Corte atue como legislador ativo em casos difíceis, ou que ela deva ter uma postura ativista no sentido descrito por Ronald Dworkin, mas que tenha uma postura sensível em relação à realidade de exclusão política que cerca minorias étnicas como é o caso dos povos indígenas brasileiros. Isso também não implica, como já afirmado – e nem busca-se advogar nesse sentido – que a Corte tenha ou teria alguma postura no terreno de uma representação substancial da sociedade, pois a ela não cabe, nem mesmo do ponto de vista histórico, esse papel[421].

---

[421] Como bem aponta Jane Reis Gonçalves Pereira, a questão sobre uma possível "representatividade política" do Poder Judiciário passou a tomar corpo na teoria constitucional brasileira recentemente. A autora desenvolve uma abordagem cética e cautelosa em relação a essa ideia. De acordo com ela, a emergência dessa concepção não pode pressupor o credenciamento e reconhecimento de credenciais democráticas ao Judiciário, devendo, no máximo, servir como parâmetro de controle da sua funcionalidade democrática, com a atribuição de novos ônus e limites à atuação da corte. Nesse sentido, partindo da clássica teoria da representação de Hannah Pitkin, pode-se dizer que o Judiciário pode, em certa medida, ser dotado de uma representatividade descritiva (identitátia), na qual as instituições estatais devem refletir a composição de uma sociedade plural. Isso porque existe um liame entre o conceito de representação e legitimidade do Judiciário, na medida em que as democracias plurais querem imprimir em suas

O Supremo Tribunal Federal, portanto, convive ainda hoje com uma série de dificuldades sejam do ponto de vista estrutural – no âmbito das suas atribuições, composição, etc. – sejam do ponto de vista de seus procedimentos internos e da qualidade de suas decisões – e, de fato, mostra-se evidente que os problemas estruturais implicam também em problemas na esfera procedimental e na qualidade das decisões, de modo que elas se retroalimentam. Entende-se, portanto, que há a necessidade de se repensar a estrutura do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de 1) melhorar a qualidade argumentativa da jurisprudência produzida, e consequentemente, 2) aumentar o grau de legitimidade democrática desta instituição.

3.1 O Supremo Tribunal Federal como legislador ativo

O caso Raposa/Serra do Sol é de interessante análise para analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo. Em efeito, algumas das salvaguardas institucionais, como já visto no capítulo I, não correspondem e não encontram fundamento na normatividade da Constituição nem mesmo no que prescrevem os tratados internacionais relativos direta ou indiretamente aos direitos de povos indígenas. Nesse mesmo sentido, a tese do marco temporal posta em cena no mesmo caso também não encontra qualquer relação ou expressão no texto constitucional. Tratou-se, portanto, de uma clara atuação da Suprema Corte como legislador ativo utilizando-se de padrões morais políticos, ou seja, como produtor e não mero aplicador de normas jurídicas, o que causou ainda um mal-estar jurídico e político no país, levando a outros membros do Poder Judiciário a adotarem a tese jurídica e politicamente controversa.

A questão de o Judiciário ter ou não legitimidade para atuar como legislador ativo remonta, inevitavelmente, às clássicas concepções de separação de poderes arquitetadas na gênese da era moderna a partir do

---

instituições simbolicamente os variados segmentos da sociedade civil. No entanto, é difícil – e em certo sentido "perigoso" – defender a representatividade política do judiciário nos outros âmbitos do conceito de representatividade proposto por Pitkin, quais sejam: representação formalística, simbólica e, sobretudo, substantiva. Cfe., ver: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Jurispoiesis*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 343-359, 2014. Para aprofundamentos, ver: PITKIN, Hannah Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

iluminismo francês. A teoria de Montesquieu, muito embora signifique uma racional delimitação das funções do Estado, foi construída com o intuito de delimitação do poder absoluto do monarca através da lei que buscava fundir e dinamizar as funções primordiais do Estado em três dimensões distintas[422]. A tese que dá sustentação a essa teoria é de que em não havendo limites para o poder permanece a tendência de quem o detém venha a abusá-lo. Daí a necessidade de estabelecer limites à sua atuação por meio da lei[423].

A teoria da separação dos poderes consiste, portanto, numa estrita divisão de tarefas entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. Pelo primeiro poder, "o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas". Já o Executivo "determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões". Por fim, o Judiciário "pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos"[424], sendo este último o "poder de julgar". Na perspectiva do clássico, não há liberdade se não houver uma estrita separação e, consequentemente, a concentração de poderes nas mãos de uma pessoa[425]. Nesse sentido, o autor afirma que "não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo [...] e se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor"[426].

A teoria de Montesquieu influenciou o pensamento político de diversos outros pensadores bem como a estrutura política de incontáveis Estados-Nação após a consolidação da era moderna. Max Weber, um dos

---

[422] Para aprofundamentos, ver: ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu*: La politique et l'histoire. Presses Universitaires de France, 1959.

[423] Nas palavras de Montesquieu: "Cést une expérience éternelle, que tout homme qui a du povoir est porte à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve dês limites. Qui lê dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puísse abuser du povoir, il faut que, par la disposition dês choses, lê povoir arrête le povoir". MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002, p. 165.

[424] MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Op. Cit. Para aprofundamentos, ver: BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da Divisão dos Poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, pp. 25-46, jan/dez, 2007.

[425] "Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares". MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 166.

[426] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, p. 166.

pais da sociologia, afirma também em uma de suas obras clássicas "Economia e Sociedade"[427], que o poder deve ser dividido em pelo menos três vertentes. Nesse sentido, "a atividade das associações públicas na área do 'direito' apresenta dois aspectos: a 'criação do direito' e a sua 'aplicação', que, por sua vez, tem sua continuação puramente técnica na 'execução'"[428]. No que se refere à aplicação do direito, Max Weber aponta que "significa para nós a utilização daquelas normas estatuídas e das respectivas 'disposições jurídicas' (a serem deduzidas das primeiras pelo esforço do pensamento jurídico) a 'fatos' concretos que são a elas subsumidos"[429]. Do outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos da América, a teoria de Montesquieu ganhou outros contornos, resultando na teoria dos "*checks and balances*" que se assenta numa releitura mais fluida das atribuições de cada poder, e não tão estanque, focalizando a dinâmica interna[430].

A teoria de Montesquieu influenciou a construção do pensamento político-constitucional brasileiro, desde a elaboração da primeira Constituição de 1824[431] e as subsequentes, na qual também se encontra presente na Constituição de 1988. Nesta última, a separação dos poderes está expressa logo em seu artigo 2º, no qual dispõe que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", sendo considerada ainda "cláusula pétrea" pelo texto constitucional, de acordo com o art. 60, § 4º, inciso III. Dessa forma, a

---

[427] WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo : Editora da UnB, 2004.

[428] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, p. 10.

[429] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, p. 10.

[430] Para aprofundamentos, ver: MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação dos poderes no pensamento constitucional brasileiro. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 28.2, p. 13-27, 2008; CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*? Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

[431] Cabe aqui ressaltar que essa Constituição também sofreu influência do pensamento de Benjamin Constant, por meio do qual se deu a introdução do Poder Moderador. Essa teoria, entretanto, não seguiu nos textos constitucionais posteriores, onde predominou o desenho institucional de Montesquieu. Para aprofundamentos, ver: CIRYL LYNCH, Edward. *O momento monárquico:* o poder moderador e o pensamento político imperial. Tese de Doutoramento em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, IUPERJ, 2007.

separação dos poderes é um princípio fundamental ou um fundamento da República Federativa do Brasil.

Contudo, embora seja um princípio constitucional, é evidente que a separação dos poderes no Brasil, e em grande parte do mundo, sofreu modificações com relação a sua teoria clássica concebida por Montesquieu. Isso porque tornou-se comum inserir modificações, inclusive do ponto de vista constitucional, que arquitetam possibilidades de "intereferências" de um poder sobre outro com maior frequência, além da atribuição dos poderes atípicos de cada poder constituído, o que impossibilita falar de uma estrita referência à teoria clássica de Montesquieu nos dias de hoje. Para muitos autores, entretanto, não faz mais sentido se falar em uma estrita separação dos poderes aos moldes de Montesquieu, havendo a necessidade de construir novas teorias e novas competências num mundo marcado pelas constantes mudanças sociopolíticas, pela globalização e pela contestação aos valores que encontram-se no fundamento do pensamento político moderno. Cabe questionar, portanto, se faria sentido se falar na teoria da separação dos poderes em tempos de fluidez e globalização econômica, política e cultural pelo qual grande parte do mundo – e também o Brasil – encontram-se atualmente?

As incursões do constitucionalismo contemporâneo a partir da ascensão da jurisdição constitucional enquanto paradigma jurídico tendencialmente universal, ao posicionar a atividade jurisdicional na centralidade de dos debates jurídicos e políticos propiciou o inexorável incremento das funções não somente dos magistrados – ou ministros – que compõem as Cortes Supremas, mas de todo o Judiciário de modo geral[432]. No Brasil, essas alocação de competências no âmbito do Judiciário é marcada por inúmeras emendas constitucionais que garantiram aos juízes a atuação não como legisladores passivos, como bem determinava Hans Kelsen, mas como legisladores ativos. Existem diversos exemplos disso na ordem constitucio nal brasileira: a) o mandado de injunção; b) súmula vinculante; e mais recentemente c) a tese do estado de coisas inconstitucional[433], dentre outros – que concedem ao Judiciário

---

[432] Para Mauro Capelletti, "Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato de que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século". CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*?, p. 31.

[433] Trata-se de uma tese importada da Corte Constitucional colombiana, que legitima uma atuação "ativista" dos magistrados da Suprema Corte nos casos que

e ao Supremo Tribunal Federal um vasto campo de atuação que pode ser considerada "ativista".

Além disso, aquilo que muitos autores vem chamando de uma "aproximação entre *common law* e *civil law*" também surte efeitos no ato de legislar dos magistrados. Esse fenômeno é bem tratado pelo jurista italiano Mauro Capelletti. De acordo com ele, o grande problema não é o da clara oposição entre as funções de interpretar e criar o direito – o que ele chama de doutrina "separatista" dos dois momentos –, mas o problema é outro, ou seja, o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários[434]. Para Mauro Capelletti, portanto, a criação do direito por parte dos juízes é algo dado por certo, tendo em vista que a interpretação e aplicação da lei sempre conta com um grau de criatividade[435] que, para ele, é inescapável. Isso torna-se um problema maior quando se refere às cláusulas abertas presentes na Constituição ou em legislações esparsas que, caso não sejam analisadas na perspectiva procedimental – de modo que o legislador seja encarregado de definir seu conteúdo e significado – abre-se o caminho para uma espécie de substancialismo em que juízes decidem conforme sua consciência[436]. Nesse contexto, para Capelletti:

> O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda intepretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a

---

envolvem violações massivas e sucessivas aos direitos humanos. Para aprofundamentos, ver: LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva; DORNELLAS, Mariana Ávila. *O litígio estrutural e o estado de coisas inconstitucional*: relatos do Presídio de Governador Valadares. In. II Seminário Internacional sobre Pesquisa em Prisão, 2016, Petrópolis.

[434] CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*?, p. 21.

[435] CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*?, p. 22.

[436] O termo "decido conforme minha consciência" é retirado do livro de Lênio Streck. Para aprofundamentos, ver: STRECK, Lênio. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

> compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, aplica-los e realiza-los em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.[437]

Nesse sentido, o autor afirma que o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário "perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados". Para o autor, esse ideal representou, e representa, a existência de um Legislativo e Executivos não controlados, "pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública"[438]. Dessa forma, Capelletti aponta que a melhor forma de pensar a divisão de poderes no atual contexto das sociedades complexas não seria a partir do ideal de separação de poderes de forma estrita, mas a partir da interpretação estadunidense à ideia de separação de poderes de Montesquieu, que resultou na já pontuada teoria dos *checks and balances*. Na perspectiva dele, apesar do judiciário ter mostrado sua ascensão nos últimos anos e décadas, também é fato que os demais poderes vem cada vez mais atuando de forma incisiva, legislando mais e expedindo cada vez mais atos administrativos, o que causa aquilo que ele chama de "poluição jurídica", ou seja, a enorme emissão de atividade legislativa e administrativa no ambiente da vida sociopolítica –, constitui um fenômeno que, embora também possa produzir receio, está atrelada a uma realidade do nosso tempo"[439]. Nesse sentido, tomando em consideração a teoria dos *checks and balances*, ao ser construída de forma mais dinâmica que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, Capelletti afirma que a ascensão do judiciário e sua atuação cada vez maior como legislador ativo seria uma forma "natural" de contrabalançar a atuação dos demais poderes.

As teorias do procedimentalismo democrático, entretanto, oferecem uma outra interpretação sobre esse fenômeno, contestando muitos dos argumentos apresentados por Capelletti – que são, a grosso modo, defendidos pela teoria jurídica contemporânea hegemônica. Dentre os autores procedimentalistas tratados neste trabalho, Habermas é o que mais desenvolve a teoria da separação dos poderes a partir de uma abordagem procedimental. No primeiro volume do livro "*Direito e democracia*", Habermas aponta que a lógica de divisão dos poderes

---

[437] CAPELLETTI, Mauro. Juízes julgadores?, p. 21.
[438] CAPELLETTI, Mauro. Juízes julgadores?, p. 22.
[439] CAPELLETTI, Mauro. Juízes julgadores?, p. 52.

constitui um dos princípios do Estado de direito[440]. Na perspectiva habermasiana, o Estado de direito tem por elemento central a lei, que é o resultado de uma prática discursiva e da deliberação pública – democracia deliberativa –, sendo portanto, o resultado de uma democracia procedimental que preza pela soberania popular[441]. No Estado de direito, a lei é o parâmetro para a atuação dos sujeitos jurídicos, para que se garanta a segurança jurídica por meio do princípio da vinculação da justiça – Poder Judiciário – ao direito e aos poderes vigentes[442].

Habermas considera que o princípio da legalidade do Estado e do governo expressa o núcleo da divisão dos poderes em uma sociedade democrática que não concentra os poderes nas mãos de um ou outro sujeito. Dessa forma, "com base na teoria discursiva do poder, a constituição de poderes separados dentro do estado de direito tem como finalidade garantir que o poder administrativo reproduza o poder comunicativo gerado pelos cidadãos"[443]. Nesse raciocínio, Habermas afirma que as "leis formam a base para pretensões jurídicas individuais; estas resultam da aplicação de leis a casos singulares, seja pelo caminho da administração, seja pelo caminho autoexecutivo"[444], havendo na sua teoria procedimental, uma separação entre a criação e fundamentação do direito e a aplicação e justificação do direito. Essa separação não se dá por si mesma, mas existem razões pragmáticas para que ela ocorra, que inevitavelmente sugerem uma "separação entre poder legislativo e o judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificização da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial"[445].

Entretanto, existem outros argumentos que, para Habermas, também seriam importantes para levar em conta a separação de poderes. Em primeiro lugar, Habermas aponta que há uma distinção lógica e

---

[440] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, Op. Cit.
[441] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 187.
[442] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 212-213.
[443] DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista Transformação*, São Paulo, v. 32, 2009, p. 130-131.
[444] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 187, p. 215.
[445] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 215.

argumentativa entre a fundamentação e aplicação de normas, o que se reflete nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente de diferentes maneiras.

> Em discursos jurídicos de aplicação é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível é adequada. Esse tidpo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papeis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípi ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes. De outro lado, a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativa. Por essa razão, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação.[446]

Nesse sentido, a partir do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais pela Justiça, resultam os demais princípios para a especificação de tarefas, além do modo de trabalho e da garantia do *status* de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais[447]. A partir da diferenciação funcional que se colma na separação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, o que remete à lógica de argumentação que introduz a diferença entre fundamentação e aplicação das normas, "a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem

---

[446] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 215-216.
[447] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 187, p. 216.

por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente" de tal modo que "o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos"[448].

A separação dos poderes, nesse contexto, é arquitetada na teoria procedimental de Habermas a partir da ideia de que a organização do Estado de direito deve servir à auto-organização política autônoma de uma comunidade, que se constitui com o auxílio do sistema de direitos no qual todos possam exercer sua liberdade enquanto membros dela. Para Habermas, as instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade por meio da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social[449].

No entanto, Habermas também aponta que uma visão estanque da separação dos poderes, nos moldes desenhados por Montesquieu não faz mais sentido hodiernamente. Referindo-se ao tribunal constitucional, Habermas demonstra que o sistema clássico de separação de poderes não corresponde mais à intensão de proteger a autonomia privada e pública de modo indissociável, pois se pauta em uma perspectiva liberal de direito. O autor afirma que o tribunal constitucional deve, portanto, examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e de condições procedimentais do processo de legislação democrática[450]. Nesse sentido, a teoria da separação dos poderes ganha uma complexidade adicional.

---

[448] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 187, p. 216.

[449] Paráfrase de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. I, p. 187, p. 220.

[450] "O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do estado, não correspondem mais a esta intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependentes por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir o direito de

Carlos Santiago Nino também parte de uma ideia de separação de poderes para construir sua teoria da democracia e do controle de constitucionalidade. De acordo com Leopoldo Lama Levya, quando Nino aponta a relevância da constituição histórica ele apela para seu caráter convencional-limitativo, "según la cual la operatividad de una democracia depende en gran medida de su arraigo en un orden constitucional que garantice la separación de poderes y lo respeto por los derechos fundamentales"[451]. Na mesma esteira, o pensamento de Bobbio[452] - que parte da perspectiva kantiana – e de Ely[453] seguem este caminho.

Do ponto de vista da dogmática constitucional, como já pontuado, é difícil falar em uma separação estrita de poderes, na medida em que a interlocução entre as diferentes "tarefas" de cada ramo do Estado encontram convergências. Pensando no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, existem mecanismos constitucionais que garantem a atuação no controle de constitucionalidade do STF e de demais juízes como "legisladores ativos", como é o caso do Mandado de Injunção e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, que garantem essa possibilidade. Dessa forma, do ponto de vista da legitimidade, não parece ser possível afirmar, partindo de uma perspectiva procedimental do direito, que toda atuação do Judiciário como "legislador ativo" seria ilegítima. Isso porque cabe lembrar que os instrumentos judiciais citados foram inseridos no texto constitucional ou regulamentados por meio de lei, o que em tese demonstra que houve legitimidade democrática para tanto. Isso porque os autores analisados entendem ser a lei a expressão máxima da democracia, devendo ser constituída através de um processo deliberativo no qual todos devem ter o direito e a condição de participar e argumentar – de modo que seu argumento deve ser levado em consideração pelos demais interlocutores, seja para concordar ou discordar – tendo o Parlamento como o espaço por

---

participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso o tribunal precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e de condições procedimentais do processo de legislação democrático.". HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, p. 326.

[451] LEVYA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial. *Revista Justicia Electoral*, v. 1, n. 8, 2011, p. 251.

[452] Cfe. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo : Editora Mandarim, 2000.

[453] Cfe. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Op. Cit.

excelência desta produção comunicativa e normativa.

Tomando isto em consideração, pode-se concluir que nem toda atuação do Supremo Tribunal Federal como "legislador ativo" pode ser, de pronto, considerada "ilegítima". Uma atuação da Corte neste sentido que esteja de acordo com o que prevê o próprio ordenamento jurídico dificilmente poderá ser considerada "ilegítima". Da mesma forma, uma atuação "ativista" no sentido de garantir direitos para minorias a partir de uma leitura sistemática do próprio texto constitucional – como ocorreu no caso do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo – também não seria possível categorizá-la como "ilegítima". O que mostra-se ilegítimo, do ponto de vista das teorias procedimentais analisadas, e inconstitucional, do ponto de vista da dogmática constitucional, parece ser a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo nas ocasiões em que não haja previsão legal ou constitucional para tanto. E, também, oferecendo uma intepretação contrária ao que prevê o texto constitucional sobre direitos de uma minoria política e étnica.

No caso Raposa Serra do Sol, observa-se que não houve legitimidade na atuação da Corte como legislador ativo, pois 1) do ponto de vista da dogmática constitucional, a ação popular não é mecanismo adequado para uma possível atuação da corte como "legislador ativo"; e, 2) a atuação da Corte foi incondizente com um dos pressupostos dos teóricos procedimentalistas, que se consubstancia na defesa dos direitos fundamentais e, sobretudo, daqueles de minorias, o que resultou na criação de teses pela corte que são contraditórias com o que prevê o próprio texto constitucional. Nesse sentido, pode-se dizer que a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol foi ilegítima e inconstitucional.

3.2 A postura do Supremo Tribunal Federal frente aos povos indígenas

Os povos indígenas brasileiros são uma minoria étnica. De acordo com os dados mais recentes do IBGE, datados de 2010, os povos indígenas brasileiros somam cerca de 896,9 mil pessoas[454], com uma população crescente que deve se acercar atualmente (2019) de 1 milhão de indígenas. Além de serem uma minoria étnica, eles são

---

[454] De acordo com o último Censo realizado. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo de 2010*. Disponível em: < https://censo2010.ibge.gov.br/> Acesso em 09 set 2018.

subrepresentados no Congresso Nacional, de modo que na atual legislatura há apenas uma índia autodeclarada eleita, e seus direitos e interesses são constantemente alvos de grupos políticos e econômicos[455]. Esse cenário dificulta sobremaneira que os interesses indígenas encontrem espaço no Parlamento Nacional, no qual esses povos ficam, em grande medida, à mercê de representantes políticos que se simpatizam com sua causa e com suas reivindicações política.

Mesmo após o processo de constitucionalização mais abrangente dos direitos de povos indígenas ocorrido com a Constituição de 1988, esses povos convivem uma série de ameaças a seus direitos provenientes tanto do Poder Executivo, quanto do Legislativo e Judiciário. No campo do Poder Executivo, a construção de empreendimentos que diretamente atingem as terras, meio ambiente e cultura de povos indígenas, violando o direito de consulta e de autodeterminação, tornou-se uma prática recorrente nos últimos governos. O caso de Belo Monte talvez seja o mais significativo. Além disso, a administração federal tem se empenhado, desde a formulação da tese do marco temporal no caso Raposa Serra do Sol, a aplicar essa tese nos casos em que envolvem a atuação da administração pública por meio de Pareceres com aval da Advocacia-Geral da União – conforme já visto no capítulo 1.

No âmbito do Poder Legislativo, as ameaças se apresentam ainda mais contundentes. Recentemente, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDMH) listou 40 ameaças legislativas aos direitos humanos que estão em trâmite naquele órgão. Dentre as propostas, existem duas que diretamente afetam aos direitos de povos indígenas, enquanto que outras quatro afetam indiretamente. A começar pelas que ameaçam indiretamente existe a proposta de 1) venda de terras para estrangeiros[456], o que pode inclusive afetar terras de povos

---

[455] Na história política brasileira, apenas dois índios conseguiram se eleger para o cargo de Deputado Federal. O primeiro deles foi Mario Juruna, eleito pelo Estado do Rio de Janeiro na legislatura de 1983-1987, e a segunda foi Joênia Wapichana, índia nascida na TIRSS, eleita pelo Estado de Roraima para a legislatura de 2019-2022.

[456] "7. VENDA DE TERRAS PARA ESTRANGEIROS. Desde 2015 a proposta que permite a venda de terras para estrangeiros está com urgência aprovada, para que possa ser apreciada pelo Plenário da Câmara. Defendido pela bancada ruralista, o PL viola a soberania nacional. Alexandre Conceição, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, sintetiza: "Numa ponta, nós lutamos pela distribuição de terras para produzir alimento; na outra, eles querem justamente entregar essas terras e jogar as comunidades para as periferias das grandes cidades", agravando a exclusão social. (PL 4059/2012)". JOÃO, Padre. *40*

indígenas que ainda não foram demarcadas; 2) o novo Código de Mineração[457], que também tem influência em áreas indígenas; 3) e o fim do licenciamento ambiental[458], que impacta as comunidades indígenas na medida em que se tornará mais fácil realizar empreendimentos em áreas limítrofes às terras indígenas – que possam direta ou indiretamente afetá-las – sem o devido controle estatal. Além dessas, existem ainda aquelas que ameaçam diretamente os direitos de povos indígenas:

> 12. FIM DAS DEMARCAÇÕES INDÍGENAS. A Proposta de Emenda à Constituição, que já foi aprovada em Comissão Especial e está pronta para o Plenário da Câmara, prevê a competência do legislativo para demarcar terras – o que impossibilitará, na prática, futuras demarcações. Além disso, transforma as terras tradicionais em equivalentes da propriedade rural: podem ser arrendadas, divididas e permutadas e ainda receber

---

ameaças legislativas aos direitos humanos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/40-ameacas-legislativas-aos-direitos-humanos. Acesso em 19 jul 2018.

[457] "10. MINERAÇÃO. O projeto de Código da Mineração vai no sentido contrário ao das necessidades indicadas pelo maior desastre ambiental da história do Brasil, provocado pela mineração empresarial: a tragédia de Mariana. O código mais incentiva que regula a mineração. Os substitutivos apresentados – um dos quais escrito no computador de uma mineradora – fragilizam o controle estatal e a capacidade de o Poder Público atuar no planejamento desse setor estratégico. (PL 37/2011)". JOÃO, Padre. *40 ameaças legislativas aos direitos humanos*. Op. Cit.

[458] 11. "FIM DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. O presidente da Frente Parlamentar da Agropecuária anunciou que acordou com o Governo Federal a aprovação do "auto-licenciamento" ambiental - que permite às empresas obter o licenciamento com o simples preenchimento de um formulário, retirando do Estado o poder de controlar os empreendimentos em prol do meio ambiente. Segundo a mesma fonte, este acordo permitirá, ainda, a dispensa do licenciamento. Outro projeto, apelidado de "fast track" ambiental, simplifica o licenciamento. Além disso, três projetos legislativos apresentados pela bancada ruralista visam a autorizar a construção de hidrovias sem necessidade de licenciamento ambiental, nos rios Tapajós, Tocantins e Araguaia, e Paraguai. A informação é do site Intercept. (PL 3729/2004, PLS 654/2015, PDCs 118, 119 e 120/2015)". JOÃO, Padre. *40 ameaças legislativas aos direitos humanos*. Op. Cit.

empreendimentos econômicos. Isso permite a investida do agronegócio e das mineradoras sobre terras indígenas homologadas, acabando com a noção de tradicionalidade. A PEC estende o "marco temporal" (necessidade de estar sobre a terra tradicional na data de promulgação da Constituição de 1988) também às comunidades quilombolas. Ou seja, é danosa também para essas comunidades tradicionais. Algumas demandas de ruralistas expressas na PEC 215 foram regulamentadas por Portaria do Ministro da Justiça. A norma, de hierarquia inferior à lei, relativiza o parecer técnico da FUNAI. Agora, o Ministério da Justiça pode rever o procedimento. A Portaria abre espaço para pressão dos ruralistas e para adoção imediata do "marco temporal". A norma, além de inconstitucional, fere a Convenção 169 da OIT, que determina que os povos indígenas devem ser consultados previamente sobre medidas que os afetem.[459]

13. CPI DO INCRA E DA FUNAI. Tramita, desde novembro de 2015, Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados para investigar as atividades da Fundação Nacional do Índio e do Instituto de Colonização e Reforma Agrária na demarcação de terras indígenas e quilombolas. A CPI está em sua segunda versão, pois foi extinta e recriada na sequência durante esse período. Seu maior objetivo é paralisar o processo de reforma agrária e a demarcação de terras tradicionais. O colegiado, comandado por ruralistas, tem se dedicado a investir contra minorias e trabalhadores do campo, perseguindo, com fundamentos políticos e não técnicos, gestores, lideranças e pesquisadores que atuam em causas relacionadas à questão agrária. Seus trabalhos, conduzidos de forma parcial, arbitrária e atabalhoada, padecem de vícios profundos. As arbitrariedades da CPI podem ser sintetizadas em quatro aspectos: a) falta de fato determinado para a investigação, que é uma exigência constitucional; b) prorrogação do seu funcionamento sem acordo e fora dos requisitos

[459] PEC 215/2000, Portaria n° 68, de 14 de janeiro de 2017.

> regimentais -- em menos de duas semanas a CPI, extinta por ter extrapolado em muito o prazo regimental, foi recriada; c) diligências em terras indígenas sem autorização dos indígenas e com a presença de policiais armados na tomada dos depoimentos; d) quebra do procedimento -- em uma CPI, o correto é se aprovar os pedidos de indiciamento após a conclusão dos trabalhos. Nesta, entretanto, aprovou-se solicitação de abertura de inquéritos disciplinares e policiais contra Procuradores Federais, antropólogos, professores e lideranças indígenas, antes do relatório final. Além disso, ocorreu quebra de sigilo de diversas organizações da sociedade civil, inclusive científicas e religiosas, antes do relatório final. Dentre elas, do Conselho Indigenista Missionário, ligado à Igreja Católica, a mais importante organização não-indígena de apoio à causa indígena no Brasil. Foi aprovada também a quebra de sigilo da Associação Brasileia de Antropologia (ABA) – os cientistas têm sido um dos principais alvos da ofensiva ruralista.[460] (grifo meu)

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 2015/2000 talvez seja a "ameaça legislativa" que mais tem repercutido do ponto de vista político e midiático. Trata-se de uma mudança que é aparentemente sutil – a transferência do Poder Executivo ao Legislativo da competência para a demarcação das terras indígenas –, mas que surtirá efeitos incontáveis, tendo em vista que é no âmbito do Poder Legislativo nacional que possui bancadas favoráveis ao agronegócio e claramente contrárias, em sua grande maioria, aos direitos de povos indígenas. Cabe ainda pontuar, como já ressaltado, as Propostas de lei (PL 490/2007; PL 1.216/2015; PL 1.218/2015; PL 7.813/2017) que buscam "legalizar" a tese do marco temporal.

Nesse sentido, tomando em consideração as referidas propostas legislativas legislativas e administrativas aos direitos de povos indígenas – que são uma marca da história da política do país e também dos demais países americanos –, bem como a perspectiva dos teóricos

---

[460] JOÃO, Padre. *40 ameaças legislativas aos direitos humanos*. Op. Cit

procedimentalistas em relação ao controle de constitucionalidade, nasce o presente questionamento: qual deve ser a postura do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade no caso de alguma destas propostas – contestadas veementemente pelos povos indígenas de todo o país – venha a ser aprovada no Legislativo ou determinada pelo Executivo? O Supremo Tribunal Federal seria legitimado para atuar no controle de constitucionalidade? E, como deve ser a atuação desta instituição diante de um casos emblemáticos como o Raposa/Serra do Sol?

Os teóricos procedimentalitas – como já visto – afirmam ser legítimo um controle de constitucionalidade de leis discreto que age para garantia a democracia, proteção das minorias e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, constata-se que para esses autores a Corte Constitucional possui uma função contramajoritária[461] – como já visto –, que implica em atuar numa espécie de "contracorrente" ou "contrabalanceamento" em face de decisões majoritárias tomadas pelo Parlamento ou pelo Executivo, que sejam contrárias aos direitos fundamentais e aos direitos de minorias reconhecidos pela Constituição ou pela Legislação ordinária, no caso aos direitos de povos indígenas. O pressuposto que sustenta este argumento é a defesa de um modelo de democracia deliberativa.

De acordo com Luís Roberto Barroso, "o papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Executivo quanto do Legislativo", implicando na possibilidade de "juízes não eleitos sobreporem a sua intepretação da Constituição à de agentes públicos eleitos"[462]. A necessidade de proteção das minorias é evidenciada em teorias como a do positivista Hans Kelsen. Referido autor é enfático sobre a indispensabilidade de proteção de minorias no momento da deliberação, para que assim seja possível garantir os direitos do maior número de pessoas possíveis[463]. Luís Roberto Barroso ainda aponta que "ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este

---

[461] Cfe. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: Op. Cit.

[462] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, vol. 9, n. 4, 2018, p. 5.

[463] "De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria". KELSEN, Hans. *A democracia*. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 67.

papel com parcimônia e autocontenção", isso porque, em sua perspectiva, "é relativamente reduzido o número de leis federais declaradas inconstitucionais"[464].

A defesa de um controle de constitucionalidade que atue de forma contramajoritária é, contudo, algo que se observa tanto dentre os teóricos procedimentalistas quanto entre os substancialistas, como é o caso de Ronald Dworkin. No entanto, não se considera neste trabalho que isso equivaleria à defesa de uma atuação da Suprema Corte como "legislador ativo", na medida em que ao realizar o controle de constitucionalidade, a Corte deve atuar como um "legislador negativo"[465]. Da mesma forma, essa atuação não implica na compreensão de que a Suprema Corte seria "representativa", isto é, que ela fosse um órgão cujos membros exerceriam uma espécie de representatividade[466]. Isso porque o STF não possui em sua constituição e não exerce em sua atividade a característica da representatividade política, sendo esta relegada aos demais poderes – Executivo e Legislativo.

Em efeito, o procedimentalismo democrático dos autores analisados neste trabalho advoga por uma atuação do controle de constitucionalidade que tenha especial preocupação com os direitos de minorias. O argumento gira em torno da perspectiva da atuação contramajoritária, que posiciona o controle de constitucionalidade na interface do sistema político majoritário, na medida em que ele funcionaria como um contrabalanço a este último. Dessa forma, o controle de constitucionalidade tem legitimidade para agir no sentido de garantir os direitos de povos indígenas quando eles são violados pela política ordinária, garantindo os limites constitucionais plasmados no âmbito dos direitos indígenas no país.

Além disso, a atuação da corte no controle de constitucionalidade – como já pontuado – numa dimensão procedimental, e numa democracia

---

[464] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista, p. 5.

[465] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

[466] Essa tese é defendida pelo jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, cujo argumento se resume na seguinte sentença: "Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador". BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista, p. 6.

constitucional, deve pautar-se na normatividade constitucional e – pelo menos numa dimensão normativa – plasmada na noção de democracia deliberativa que, como já visto, constitui o cerne e a base estrutural da teoria procedimental do direito e da democracia. Nesse sentido, buscando-se uma síntese construtiva entre os teóricos procedimentalistas, pode-se dizer que a atuação contramajoritária da corte, com vistas a proteger os direitos de minorias – como é o caso dos Povos Indígenas – deve estar atenta à *qualidade deliberativa do processo legislativo, bem como do respeito aos direitos e procedimentos, ou da construção argumentativa e normativa que gerou o ato administrativo*.

Ou seja, o processo deliberativo que permeia determinada questão política que afeta diretamente uma determinada minoria, em que essa minorias teve participação ativa de modo que seus argumentos foram levados em consideração pelos votos majoritários, além do respeito aos direitos fundamentais e procedimentos constitucionais, não representa, em tese, qualquer desvirtuamento da ideia de democracia deliberativa. Nesse caso, não haveria necessidade – e legitimidade – do Supremo Tribunal Federal atuar para invalidar determinada lei ou emenda constitucional. De outra forma, se no processo político que discute determinada questão política que diretamente afeta aos povos indígenas, essa minoria ser desqualificada e não ser oferecida a ela a possibilidade de fala ou de participação no debate, cujo resultado da deliberação não levou em consideração suas reivindicações e seus argumentos, e em havendo o desrespeito aos procedimentos e direitos fundamentais, sobretudo os direitos de povos indígenas já reconhecidos, haveria a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em agir no âmbito do controle de constitucionalidade para invalidar referida legislação ou ato normativo.

Uma das condições para sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade é o respeito aos direitos fundamentais, sobretudo – no caso dos povos indígenas – o respeito aos seus direitos constitucionalmente reconhecidos. Os direitos fundamentais ao vincularem os três poderes, apontam que estes devem agir de acordo com esses parâmetros normativos. A partir do momento em que um ato legislativo ou administrativo viola algum direito fundamental previsto na Constituição Federal, o controle judicial de constitucionalidade tem a legitimidade de agir no sentido de declarar inconstitucional aquele ato. Esse critério mostra-se ainda mais importante no âmbito dos atos administrativos, tendo em vista que na maior parte dos casos não há um efetivo debate – uma efetiva deliberação pública – quando da promulgação destes atos, de modo que os direitos fundamentais

funcionam como um parâmetro normativo que balizam o espaço de liberdade, igualdade e solidariedade dos cidadãos de uma determinada jurisdição.

Pensando nas populações indígenas brasileiras, que além de serem subrepresentadas no Parlamento Nacional, suas pautas são muitas vezes negligenciadas tanto no Executivo quanto no Legislativo nas mais diversas esferas (nacional, estadual, municipal e distrital), caberia ao controle judicial de constitucionalidade analisar a qualidade do processo deliberativo que gerou o ato – seja uma lei ou ato administrativo – bem como se este ato não viola os direitos constitucionais de povos indígenas inscritos na Constituição Federal, especificamente nos arts. 231 e 232 e seus respectivos incisos e parágrafos, além dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos para que a deliberação ocorra de forma saudável e sustentável.

Nesse sentido, a postura da Corte frente aos povos indígenas deve ser o de proteger seus direitos inscritos na Constituição Federal e garantir a eles a possibilidade de participação política nos processos deliberativos numa dimensão e perspectiva contramajoritária. Uma Corte Constitucional que nega ou busca restringir sem fundamentos objetivos a normatividade constitucional, e que não analisa os processos políticos que possam negligenciar as demandas e reivindicações de minorias étnicas que foram historicamente estigmatizadas, está contribuindo para a perpetuação da violência estrutural que atinge essas populações, e para a ineficácia e inefetividade dos seus direitos e da própria Constituição. O papel da Corte no âmbito do controle judicial de constitucionalidade é o de evitar que injustiças e violências transmutadas em textos legislativos e atos da Administração Pública perpetuem a condição de subalternidade e invisibilidade jurídica de minorias étnicas.

Dessa forma, em resposta à pergunta de pesquisa acima posta, entende-se que o controle judicial de constitucionalidade, numa perspectiva procedimental, justifica-se e legitima-se na defesa dos direitos fundamentais, sobretudo na tutela e proteção dos direitos de minorias, no âmbito da noção de democracia deliberativa. A atuação da Corte nos casos que envolvem os direitos de povos indígenas deve ser no sentido, portanto, de lhes garantir a participação nos processos políticos de modo que suas reivindicações e argumentos sejam ouvidas e levados em consideração nos processos deliberativos, no sentido de garantir a constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos que lhes afetem, postulando pelo art. 231 e 232, coligados com outros demais

artigos e preceitos fundamentais do texto constitucional, além dos seus direitos constitucionalmente reconhecidos.

3.4 Uma interpretação restritiva do STF aos direitos de povos indígenas

A Constituição Federal de 1988, como visto, assegura uma série de direitos aos povos indígenas que se encontram sistematizadas nos artigos 231 e 232, bem como em dispositivos esparsos ao longo de seu texto. Os dispositivos compreendem, numa análise sistemática, um *núcleo essencial*, que diz respeito à 1) proteção de suas terras e seus direitos territoriais – pode-se afirmar que a Constituição enfatiza esse ponto em razão da "questão indígena"[467] no país –; 2) a proteção da cultura e de seus direitos culturais; e 3) a proteção de sua autodeterminação. Embora a Constituição preveja uma série de direitos aos povos indígenas, duas constatações relativas a eles também são evidentes: a) esses direitos são cotidianamente violados tanto pelo Poder Público quando pela ação de sujeitos privados[468]; e b) existe uma tendência, historicamente insculpida, a interpretar esses direitos de forma restritiva tanto por parte do Legislativo e Executivo, quanto por parte do Judiciário. O caso Raposa Serra do Sol evidenciou amplamente esta tendência que se inscreve na atuação dos três poderes. A criação da tese do marco temporal pelo STF e sua incorporação pela pauta política do Executivo e Legislativo demonstram claramente referida tendência e predisposição a interpretar os direitos constitucionalmente previstos de forma restrita – muitas vezes negligenciando o próprio sentido literal da Constituição.

Em efeito, a tendência de interpretação restrita dos direitos de povos indígenas é resultado de uma construção histórica da cultura jurídica brasileira. Como aponta a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, muito embora houvesse previsão constitucional sobre a proteção das terras indígenas desde a Constituição de 1934 – além das leis anteriores que garantiam esse direito aos povos indígenas brasileiros –, os poderes constituídos realizaram inúmeras manobras hermenêuticas – e inclusive no campo da regulamentação de leis, em decretos, portarias,

---

[467] Em efeito, como afirmam antropólogos e indigenistas, a "questão indígena" no Brasil continua sendo a posse e a demarcação de suas terras.

[468] As violações são constatadas e relatadas em relatórios de Organizações não-Governamentais, bem como naqueles produzidos oficialmente pela Organização das Nações Unidas.

dentre outros – para inviabilizar a garantia material do conteúdo dos dispositivos legais[469]. Essa prática também teve espaço no Judiciário brasileiro e se impunha quando as demandas políticas passavam a ser judicializadas[470]. Ela é resultado direto do processo de violência estrutural e simbólica sofrida pelos povos indígenas desde os tempos de colonização portuguesa, que permaneceram vigentes na cultura jurídica brasileira mesmo havendo expressão normativa em contrário senso apontado para a necessidade de garantir a esses povos suas terras e sua posse sobre elas.

Apesar desta tendência que se evidencia pelo registro histórico dos povos indígenas no Brasil, é notável também que desde a Constituição de 1988, existem práticas judiciais em diversas instâncias que vão de encontro com tal perspectiva e garantem materialmente os direitos territoriais de povos indígenas. Nesse sentido, tomando em consideração a decisão do STF no caso Raposa/Serra do Sol, cabe questionar se é legítimo, do ponto de vista dos autores do procedimentalismo democrático, que o STF, no âmbito do controle de constitucionalidade, realize uma interpretação restritiva dos direitos de povos indígenas inscritos na Constituição Federal de 1988? Essa questão se insere no contexto das discussões sobre as teorias da interpretação constitucional e do papel do STF no trato com o texto constitucional e os direitos fundamentais.

Como já evidenciado no capítulo anterior, o atual debate sobre o papel das Cortes Constitucionais no âmbito do controle judicial de constitucionalidade perpassa, pelo menos, por duas perspectivas teóricas "antagônicas" sobre o papel do magistrado em sua atividade. Uma visão, defendida por Dworkin, aponta que a atuação do magistrado pode ser ampla e restrita dentro dos limites jurídicos, sendo uma tarefa essencialmente interpretativa, no qual o magistrado se converte em uma espécie de teórico do direito, o intérprete por excelência do texto constitucional, encarregado de dar a resposta certa para determinado caso. Outra, defendida pelos teóricos procedimentalistas, defende que o papel do magistrado no controle judicial de constitucionalidade desse ser contido, restrito a determinadas questões procedimentais e constitucionais e sem grandes divagações hermenêuticas.

A partir da análise realizada no capítulo II pode-se colher e concluir, entretanto, que ambas as correntes não legitimam e não dão

---

[469] Cfe. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios do Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
[470] Cfe. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios do Brasil*. Op. Cit.

sustentação para uma interpretação restritiva dos direitos de minorias étnicas subrepresentadas no Parlamento Nacional. Nenhuma destas correntes admite uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas[471]. Para ambas as perspectivas, a aplicação do direito é uma questão de "prudência", na qual o magistrado não pode deixar de levar em consideração o "contexto"[472] dos casos que são levados para análise e nem dos "sujeitos" que judicializam. A análise jurídica e judicial não é – e não pode ser – feita em desconexão com a realidade empírica. Isso implica, consequentemente, em que o controle judicial de constitucionalidade não seja ator da negação de sentido amplo aos dispositivos constitucionais que tutelam os direitos de minorias étnicas que, em grande parte das vezes, não possuem o capital político e simbólico suficiente para utilizar na defesa de seus direitos constitucionalmente reconhecidos.

Do ponto de vista dos autores estudados neste trabalho, observa-se que os direitos de minorias constitui valor central que deve ser protegido pelo controle de constitucionalidade. Apesar de o termo "minoria" ser comumente utilizado por estes autores para se referirem a minorias "políticas", o debate recente em torno de outras minorias sociais estigmatizadas resultou na ressignificação desta categoria, sobretudo nos países periféricos. No momento em que a Constituição de 1988 reconheceu os direitos de povos indígenas de modo sistemático em seu texto, não cabe se fazer referência – ao menos do ponto de vista da dogmática constitucional – ao termo minorias somente como indicador de "minorias políticas", mas também deve-se levar em consideração a previsão expressa de direitos constitucionais para "minorias étnicas" – como é o caso dos povos indígenas brasileiros.

No caso Raposa Serra do Sol, a tese do marco temporal é uma clara evidência da aplicação de uma interpretação restritiva do artigo 231 da Constituição Federal. O texto constitucional expressamente prevê no

---

[471] Do ponto de vista de Ronald Dworkin, membros de minorias tem menos poder do que membros individuais de outros grupos e, dessa forma, "eles tem o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos". Para ele, as minorias organizadas são beneficiadas com a transferência da pauta de discussão política para a judicial, pois, segundo ele, há maior possibilidade que seus direitos sejam negligenciados no fórum político que possui característica contramajoritária. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 31-32.

[472] Em efeito, as teorias do direito contemporâneas sustentam que a aplicação do direito está diretamente relacionada com determinada situação empírica – inter-relação entre texto e contexto – que necessariamente deve estar presente na interpretação jurídica.

aludido artigo "[...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-la, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". No momento em que o STF condiciona, sem expressa determinação constitucional ou legal, o direito originário dos povos indígenas às suas terras por meio de um critério extrajurídico[473] que alude à necessidade desses povos estarem nas suas respectivas terras na data da promulgação do texto constitucional – mesmo tendo em vista que houveram esbulhos possessórios e ser dificultosa a constituição de prova dos exílios ocorridos em períodos não-democráticos, como foi a ditadura militar – ele está, evidentemente, dando uma interpretação restritiva a esse direito.

Nesse sentido, pode-se apontar ao menos três pontos que se edificam no âmbito da perspectiva procedimental da jurisdição constitucional que vão de encontro com uma análise restritiva aos direitos de povos indígenas: a) a tutela constitucional as minorias étnicas; b); a obrigação de atuação da Corte de forma contramajoritária em respeito à Constituição e, c) a obrigação da Corte de defender os direitos humanos e fundamentais de modo geral e específico. Da mesma forma, pode-se listas ao menos três causas que levaram o Supremo Tribunal Federal a realizar uma interpretação restritiva dos direitos de povos indígenas no caso Raposa Serra do Sol: a) a ausência de uma leitura sistemática do texto constitucional; b) a influência das concepções políticas pessoais de magistrados, da grande mídia e de grupos políticos contrários aos direitos indígenas; além da c) ausência de diálogo hermenêutico entre o STF e a Corte Interamericana e dos parâmetros normativos internacionais. Passa-se a uma breve análise sobre eles.

O constitucionalismo contemporâneo, nascido – como já visto no capítulo I – com o final da Segunda Guerra Mundial é caracterizado pela abertura dos textos constitucionais a novos sujeitos e novos direitos. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 é caracterizada pela proteção dos direitos de povos indígenas. Resultados de um processo de mobilização política que marcou presença no cenário brasileiro desde a década de 1970, esses direitos constituem um núcleo de garantias formais contra a violência material e histórica impetrada contra os povos indígenas ao longo de décadas e séculos. A garantia material desses direitos pelos poderes constituídos é condição de existência para os povos indígenas brasileiros e sua violação, seja por parte de atores privados, seja por parte

---

[473] Entende-se aqui o termo "extrajurídico" como um elemento que não encontra previsão seja no âmbito constitucional, internacional ou infra-constitucional.

do Estado – o que é ainda mais grave – solapa diretamente a dimensão procedimental e substantiva da democracia brasileira. Dessa forma, uma interpretação restritiva a esses direitos representa a negação não só dos pressupostos de um Estado Democrático de Direito, mas também de uma concepção integrada de democracia – como visto no Capítulo II – que entende que a defesa da Constituição é um elemento central para o funcionamento do jogo democrático e para a garantia das condições de participação política e reconhecimento social.

A jurisdição constitucional contemporânea, que se firmou também no final da Segunda Guerra Mundial, por meio da criação de Cortes Constitucionais responsáveis por realizar o controle concreto e abstrato de constitucionalidade, é marcada pela preocupação – e reconciliação – com os direitos de minorias[474] e, portanto, pela atuação contramajoritária dessa instituição – nas mais diversas instâncias, internacional e interna. O objetivo precípuo dessa característica, teorizada num primeiro momento por Alexander Bickel[475], é de definir a atuação do Poder Judiciário no sentido de defesa da Constituição, mesmo diante de situações em que maiorias momentâneas no Legislativo busquem subverter seus dispositivos normativos, ao mesmo tempo que também dá sustentação para a atuação do Judiciário e da Suprema Corte na defesa dos direitos de minorias. Portanto, o Judiciário é legitimado a agir em prol da garantia da normatividade da Constituição. Nesse sentido, uma interpretação restritiva a direitos de minorias étnicas pode ser entendida como o exato contrário de uma atuação contramajoritária, isso porque o *status* de minoria étnica implica na construção sociopolítica de inúmeros e profundos desacordos políticos[476] sobre esses direitos, de modo que uma interpretação que lhes seja restritiva e sem fundamentos jurídicos para tanto, mostra-se como uma contradição jurídica em termos que age em detrimento dos direitos de povos indígenas.

---

[474] Flávia Piovesan, ao fazer referência ao aprimoramento da jurisdição internacional no campo dos direitos humanos, afirma que eles passaram pela afirmação de sua universalidade e indivisibilidade da mesma forma que por um processo de especificidade, que se reverbera no reconhecimento e garantia dos direitos de minorias étnicas, sociais e políticas. Para aprofundamentos, ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Saraiva, 2005.

[475] Cfe. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: Op. Cit.

[476] Para uma análise sobre direitos e desacordos políticos, ver WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Madrid : Macial Pons, 2005.

Cabe ainda apontar que o Supremo Tribunal Federal é uma instituição que deve prezar pela positividade da Constituição, pela legalidade e constitucionalidade dos seus atos, da mesma forma que deve primar pela legalidade, a constitucionalidade e também os tratados e convenções internacionais que o Estado brasileiro faça parte. Muito embora a crítica sociológica brasileira posicione a experiência da legalidade – e, consequentemente, a constitucionalidade – ainda como uma possibilidade[477], do ponto de vista teorético-constitucional e também da dogmática constitucional, deve-se prezar pela defesa da normatividade da Constituição e, sobretudo, dos direitos fundamentais que nela se encontram ora de forma sistemática, ora de forma dispersa. Os teóricos procedimentalistas defendem a necessidade do respeito aos direitos humanos e fundamentais como condição de existência das democracias constitucionais. Nesse contexto, a interpretação restritiva ao direito à terra dos povos indígenas – dispositivo este que pode ser entendido como um direito fundamental, além de ser um direito humano reconhecido pela Convenção 169 da OIT – se projeta como uma debilitação da própria noção de democracia e na simbolização de um dispositivo constitucional, que se converte naquilo que Marcelo Neves chama de "constitucionalização simbólica"[478].

Como listado, também é possível de notar alguns elementos que levaram à dinâmica de interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas no caso Raposa Serra do Sol, tomando como referência a tese do marco temporal. O primeiro deles é a ausência de uma leitura sistemática da Constituição de 1988. Uma análise jurídica da jurisprudência do referido caso mostra que a interpretação do artigo 231 do texto constitucional não levou em consideração outros dispositivos normativos, sejam eles gerais ou específicos aplicados aos povos indígenas. Em nenhum momento do acórdão se faz referência a um dos fundamentos normativos da República Federativa do Brasil, inscrita em seu artigo 1º, inciso III da Constituição vigente, que é "a dignidade da pessoa humana". Entende-se, portanto, que uma análise jurídica que leve em consideração uma leitura sistemática do texto constitucional dificilmente poderia legitimar, do ponto de vista normativo-hermenêutico, a arquitetura de uma tese que faticamente tolhe direitos de

---

[477] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: Op. Cit.

[478] NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo : Martins Fontes, 2011; NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo : Martins Fontes, 2014.

povos etnicamente minoritários com um histórico de atrocidades que lhes assola.

O segundo ponto a ser tratado é a influência político-midiática nas decisões da Corte. Desde a decisão proferida pela corte em 2007 no Mandado de Injunção n. 708 (MI 708/DF), processo que evidencia o ponto de virada na jurisprudência do STF em razão de que nele – e a partir dele – a Corte passou a adotar uma postura ativa como legislador ativo, as influências políticas vem se mostrando cada vez de forma mais frequente tornando-se mais evidente os interesses e as disputas no âmbito do controle de constitucionalidade de lei, o que exprime uma dimensão política desse instituto. Constata-se também, como é perceptível no caso Raposa/Serra do Sol, a utilização de elementos extrajurídicos em decisões proferidas pela corte. A criação de parâmetros extrajurídicos pelos ministros põe em cheque a legitimidade de atuação desta instituição, além de dar sustentação para a judicialização de causas políticas[479]. Entende-se, portanto, que as decisões que tomam em consideração elementos extrajurídicos como fundamento, seja pela influência política ou midiática, como é o caso do marco temporal, subvertem o sentido do controle de constitucionalidade, que serve justamente para ter a Constituição – e não elementos externos a ela – como parâmetro jurídico de análise, além de base hermenêutica.

Por fim, cabe ressaltar novamente a ausência de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em efeito, este também é um dos motivos que abriram caminho para a Corte a edificar a tese do marco temporal. Numa breve análise da jurisprudência da CIDH – como já realizada nos tópicos anteriores – não caberia espaço hermenêutico para uma tese que dificulta o reconhecimento do direito coletivo de povos indígenas sobre suas terras. Referido isolacionismo da Corte frente à jurisprudência internacional relativa aos direitos humanos é um problema crítico para as minorias étnicas do país, que acabam por terem que recorrer às instâncias internacionais por não haver a devida e efetiva resposta por parte das

---

[479] Para aprofundamentos, ver: FERNANDES, Ricardo de Vieira de Carvalho. As influências extrajurídicas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, v. 38, p. 95-112, 2012; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade de leis no Brasil. *Revista de Sociologia da USP – Tempo Social*, v. 28, n. 1, 2016; FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protaginista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, vol. 87, 2012.

autoridades políticas e, muitas vezes, judiciais do país. Além disso, a ausência de diálogo dificultam as constatações que o STF pode fazer sobre o grau de desenvolvimento da jurisprudência de uma Corte Internacional especializada que constantemente é incitada a discutir e decidir sobre os direitos de povos indígenas.

Esta análise demonstra empiricamente que a constitucionalização dos direitos indígenas no Brasil convive com paradoxos e contradições que se expressam de modo mais claro e contundente no campo da jurisdição constitucional. A aplicação da tese do marco temporal no caso Raposa/Serra do Sol demonstra que o STF sucumbiu em grande medida às reivindicações políticas de setores do Congresso Nacional ligados ao agronegócio em detrimento do conteúdo normativo das disposições constitucionais. Esse setor está representado nesse caso pelos impetrantes da Ação Popular[480]. Observa-se que a tese do marco temporal se transmutou do âmbito da reivindicação política reacionária[481] aos direitos de povos indígenas para a esfera judiciária.

Tomando essas reflexões em consideração, constata-se, em resposta à pergunta de pesquisa formulada, que não é legítimo, do ponto de vista das teorias do procedimentalismo democrático integrado, ao STF empreender uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas no Brasil. Isso porque esse tipo de interpretação vai na direção contrária à obrigação desta instituição de atuar de forma contramajoritária e de tutelar os direitos de minorias étnicas que não possuem representatividade no Parlamento Nacional. Da mesma forma, esse tipo de interpretação pode levar à desconfiguração e à simbolização do texto constitucional, na medida que sua aplicação será condicionada ao marco temporal, um critério extrajurídico formulado pela Corte para restringir a abrangência desses direitos constitucionais. Ao STF cabe, portanto, interpretar e aplicar os dispositivos da constituição da forma mais positiva possível a esses grupos vulneráveis, sem qualquer intensão de debilitar ou atrofiar a abrangência desses direitos.

Como aponta Vera Karam, é a partir da aplicação da própria Constituição, ou seja, da concretização os direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária no Estado Democrático de Direito[482]. Isso implica no fato de que sua

---

[480] Ambos são ligados a bancadas ruralistas nacionais e estaduais.

[481] Entende-se por "reacionário", no debate político, os grupos políticos que são contrários à integração sociopolítica de grupos marginalizados.

[482] CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 58, 2013, p. 35.

aplicação deve ocorrer no sentido de salvaguardar os direitos fundamentais, sobretudo no que concerne aos direitos de minorias étnicas, como é o caso dos povos indígenas. É somente a partir da concretização dos direitos de povos indígenas inscritos na Constituição de 1988 – seja pelo Judiciário quando decide, seja pelo Executivo e Legislativo quando administram e legislam – que a radicalidade democrática torna-se possível e que os ideais do constitucionalismo e da democracia verdadeiramente harmonizam-se em uma tensão produtiva.

3.5 Sobre a necessidade de reformas institucionais, diálogos interculturais e interinstitucionais no Supremo Tribunal Federal

A análise crítica empreendida até este momento aponta a necessidade de aprimoramento da dinâmica institucional do STF para que sua atuação no campo da jurisdição constitucional torne-se mais legítima, condizente com os pressupostos democrático, além de juridicamente procedimental. Nesse sentido, este trabalho não busca somente empreender uma análise crítica da atuação do STF no caso Raposa/Serra do Sol, mas também busca ser propositivo na medida em que objetiva contribuir para o aperfeiçoamento da institucionalidade democrática brasileira, com o objetivo de contribuir para o aumento de legitimidade das decisões proferidas pela Corte. O tom propositivo deste trabalho se concentra tanto na dinâmica do controle de constitucionalidade em *lato sensu*, quanto na relação do STF para com os direitos de povos indígenas, em *stricto sensu*.

Numa perspectiva histórica, pode-se dizer que a promulgação da Constituição de 1988 suscitou uma série de debates sobre possíveis reformas no Poder Judiciário desde a década de 1990. Referidas discussões que ganharam espaço nas instâncias políticas e também na academia, resultaram na promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004[483], conhecida como a "Reforma do Judiciário". Em texto datado de 2004, a cientista política Maria Tereza Sadek apontava que "o Judiciário brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, está na berlinda e não apresenta mais condições de impedir mudanças"[484]. Como

---

[483] Para aprofundamentos, ver: SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Revista Estudos Avançados USP, v. 18, 51, 2004.

[484] SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas, p. 79. Neste texto, a autora aponta que naquele momento o Judiciário brasileiro passava por uma grande crise de legitimidade que se refletia no nível de desconfiança de atores sociais em seu trabalho. A autora assim disserta: "A situação brasileira recente

já citado neste trabalho, as inovações trazidas pela referida Emenda Constitucional estão a) a extinção dos tribunais de alçada; b) a criação do Conselho Nacional de Justiça; c) a ampliação do acesso à justiça; e d) a atribuição de efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal após a sua confirmação por dois terços de seus integrantes. No que se refere ao controle de constitucionalidade, as mudanças substanciais foram realizadas pela Emenda Constitucional n. 3/2003, que a) criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) criou a ação de descumprimento de preceito fundamental; c) atribuiu eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de ação declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal[485]. No que se refere ao controle de constitucionalidade, pode-se entender que:

> No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade inaugurado a partir da Constituição de 1988 tem passado por reformas e ajustes ao longo desses últimos vinte anos. Com a Emenda no 3, de 17 de março de 1993, introduziu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Em nível infraconstitucional, ressaltem-se a aprovação da Lei no 9.868/99 e a da Lei no 9.882/99, dispondo a primeira sobre o processo e o julgamento da ADI e da ADC perante o STF, e a

---

difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário." (p. 84); além disso: "A indiscutível insatisfação com a prestação jurisdicional, embora central na elaboração de qualquer diagnóstico, encobre questões diversas, provenientes de causas diferentes, provocando conseqüências distintas. Convém, pois, discernir as questões. Trata-se, certamente, de um problema que não se circunscreve à instituição, produzindo efeitos abrangentes, interferindo na ordem legal, passando pela garantia dos direitos individuais e coletivos e até mesmo interpondo sérios obstáculos à implementação de projetos de desenvolvimento e de inserção da economia nacional na nova ordem internacional." (p. 84).

[485] Ressalta-se que as iniciativas para a reforma do Judiciário não partiram somente do Poder Legislativo. O Poder Executivo criou a Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça.

> segunda, sobre o processo e o julgamento da ADPF. A EC no 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu novos mecanismos no sistema de controle concreto de constitucionalidade. No âmbito do controle concreto, a Emenda Regimental do STF no 45, de 18 de maio de 2011, ampliou a competência das Turmas do STF para o processo e o julgamento de várias classes processuais e suas respectivas matérias, tais como: extradições, mandados de segurança, mandados de injunção, habeas corpus e outras ações de interesse da magistratura e dos tribunais.[486]

Embora haja críticas pontuais aos novos mecanismos introduzidos pela Reforma, em artigo posterior[487], Maria Tereza Sadek constatou – em perspectiva otimista – que esta reforma propiciou mudanças importantes e ensejou a utilização de novos instrumentos que foram capazes de alterar o *status quo* da estrutura do Poder Judiciário. Para ela, "os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral dos recursos repetitivos e da transcendência permitem que tribunais tenham maior controle da pauta de julgamentos e acentuem seu papel de Cortes voltadas para questões de interesse geral" de modo que "sua atuação como mais uma instância recursal para litígios individuais, repetitivos e de pouca expressão coletiva"[488]. No que toca ao controle de constitucionalidade, as críticas mais recentes – como também foi demonstrado no capítulo I – vão no sentido de apontar que o STF tem tomado uma postura "mais política"[489] e "ativista", como também indicam ex-ministros da Corte[490].

---

[486] MEDEIROS, Orionte Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, Número 200, out/dez 2013, p. 206.

[487] Cito apenas a crítica à Súmula Vinculante, feita pelo jurista Lênio Streck. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Op. Cit.

[488] SADEK, Maria Tereza. *Inovar para julgar mais rápido*. Consultor Jurídico, São Paulo, 11 fev 2009.

[489] Cfe. MEDEIROS, Orionte Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988, p. 206.

[490] Cfe. ALVES, José Carlos Moreira. *Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves*. Valor Econômico, São Paulo, 23 ago. 2011.

Nesse sentido, o estudo detalhado do caso Raposa Serra do Sol a partir dos teóricos do procedimentalismo-integrado apontam que as referidas reformas não são suficientes para conter arbitrariedades no campo da hermenêutica constitucional, além da atuação do STF como legislador ativo, tendo pelo contrário aberto caminho em direção oposta, em casos no qual ele não é legitimado para tanto, o que caracteriza a já constatada politização desta instituição. Permanece a necessidade, portanto, de apontar as fragilidades institucionais para que elas possam ser sanadas seja por meio de reformas jurídico-constitucionais, seja também através da mudança na cultura jurídica. Essa discussão perpassa a necessidade de aprimoramento da institucionalidade do STF, no sentido de torná-lo uma instituição que se assemelhe mais a um tribunal constitucional com as peculiaridades brasileiras[491]. Nesse sentido, há a necessidade de 1) atenuar as atribuições deste órgão para que ele seja responsável pelas causas constitucionais de cunho mais relevante e não seja mais uma instância recursal; 2) propiciar os mecanismos de argumentação interna do tribunal; 3) propiciar o caminho para a unidade institucional e decisória; 4) decisões claras, objetivas que vinculem a opinião jurídica do tribunal.

Do ponto de vista da qualidade das decisões da Corte, mostra-se evidente a necessidade de se repensar a dinâmica deliberativa intra-institucional. Como aponta o constitucionalista Mark Tushnet, "diálogo" é uma categoria que recentemente passou a integrar o vocabulário da teoria da Constituição com certa proeminência e centralidade[492]. Nesse mesmo sentido, Peter Häberle também aponta para a necessidade do *diálogo jurídico* (*Rechtgespräch*) na dinâmica interna das Cortes como elemento essencial para a "abertura da interpretação" constitucional[493]. Para Virgílio Afonso da Silva, esta categoria ganhou essa projeção a partir dos estudos empreendidos em torno da ideia de democracia deliberativa[494], no qual o pesquisador aponta que os debates tem se concentrado no âmbito dos poderes representativos e raramente levam em

---

[491] Por "peculiaridades brasileiras" refiro-me ao modelo híbrido de controle de constitucionalidade consagrado na Constituição de 1988.

[492] « The concept of dialogue has become a central feature in contemporary thinking about constitutional review ». TUSHNET, Mark. Dialogue and constitutional duty. *Harvard Public Law Review*, n. 12-10, 2012.

[493] HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997, p. 20-21.

[494] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 209.

consideração o Poder Judiciário – considerado por muitos antidemocrático e antideliberativo por excelência[495]. Contudo, como aponta o autor, "a despeito do inegável caráter contramajoritário do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, parece-me haver um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito à interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas"[496].

Virgílio Afonso da Silva cita a obra de John Rawls[497], segundo o qual as Supremas Cortes podem ser considerados o *locus* por excelência da deliberação racional e da razão pública. A razão pública, para Rawls, "é um padrão de argumentação moral que deve disciplinar a deliberação política, mas que não se confunde com ela e, portanto, subsiste enquanto critério para julgar a legitimidade das decisões"[498]. Rawls indica que "ao contrário do que ocorre com os poderes políticos – e mesmo com a sociedade civil organizada – os membros de um tribunal não podem invocar sua moralidade, sua religiosidade e suas ideologias pessoais para fundamentar suas decisões"[499], de modo que os Tribunais superiores – como é o caso do Supremo Tribunal Federal – devem se utilizar da prática deliberativa, da razão pública e dos valores juridicamente reconhecidos pela Constituição como parâmetro decisório imprescindíveis e incontornável.

Nesse sentido, cabe falar, portanto, de pelo menos duas formas de deliberação que os tribunais podem promover institucionalmente, a interna e a externa. Virgílio Afonso da Silva, tomando a perspectiva teórica de John Ferejohn e Pasquino[500], aponta que "[...] a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção". Já a deliberação externa "consiste no esforço de

---

[495] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 209.
[496] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 209.
[497] RAWLS, John. *Political liberalism*. New York : Columbia University Press, 2005.
[498] HUBNER, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 205. Para aprofundamentos, ver: RAWLS, John. *Political liberalism*. Op. Cit.
[499] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 209.
[500] FEREJOHN, John ; PASQUALE, Pasquino. *Constitutional courts as deliberative institutions* : towards an institutional theory of constitutional justice. In : SADUR-SKI, Wojciech (Org.). *Constitutional Justice, east and west* : democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Den Haag : Kluwer, 2002.

convencer atores externos ao grupo”[501]. No que se refere aos tribunais, portanto, “a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja, no interior do próprio tribunal; a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele”[502]. Em efeito, o autor aponta que tomando em consideração essa perspectiva, “é possível perceber uma diferença crucial entre os modelos europeu e norte-americano: no primeiro a deliberação é sobretudo ‘interna’; no segundo é sobretudo ‘externa’”[503].

O autor conclui sua pesquisa afirmando que os ministros do STF pouco interagem entre si, de modo que é necessário tornar o STF um órgão que tenha voz própria, que não seja a simples soma de 11 votos insulares. Além disso, há pouca deliberação, pouca busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros e, portanto, deliberação jurídica. O autor argumenta que “se o tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser o *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF”[504]. Isso não implica na importação de modelos ou ações de controle de constitucionalidade, mas uma mudança no campo da cultura jurídica constitucional do país. Isso também implica em inferir uma compreensão básica dos teórico procedimentalistas, que vislumbra o controle de constitucionalidade como “parte do jogo democrático”, ou seja, como uma instituição que busca pela preservação da democracia e pela legitimidade[505].

No âmbito desta proposta, o jurista argentino Roberto Gargarella aponta para o caminho daquilo que ele denomina de “constitucionalismo dialógico”. Essa é, para o autor, uma novidade do constitucionalismo contemporâneo que corresponde a uma série de inovações legislativas que propiciam o debate no âmbito institucional. Gargarella cita o caso da *Canadian Charter of Rights* e da sua famosa *notwithstanding clause* além do “novo modelo constitucional da *Commonweath”*. No que se refere aos direitos de povos indígenas, o autor aponta o recente reconhecimento pela Convenção 169 da OIT do “direito de consulta”, destinado a assegurar às

---

[501] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 210.
[502] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 210.
[503] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 211.
[504] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 219.
[505] SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade, p. 221.

populações afetadas pelas novas formas de exploração econômica[506]. Esta seria uma forma de diálogo necessário entre Estado e Sociedade. Por fim, o autor aponta as práticas dialógicas que são propiciadas pelos tribunais constitucionais da América Latina. Para ele, tratam-se de práticas cada vez mais frequentes impulsionadas muito especialmente – mas, não unicamente – pelos tribunais superiores. Nesse sentido,

> Conforme a esta práctica, y típicamente ante litigios de tipo estructural […] que involucran problemas públicos de primera importancia, y masivas y graves violaciones de derecho, los tribunales se han animado a tomar medidas originales, incluyendo de modo notable convocatorias a audiencias públicas, en las que muy habitualmente participaron no sólo las partes involucradas (encabezadas, normalmente, por representantes estatales de niveles y jurisdicciones diferentes), sino también representantes diferentes de la sociedad civil (desde organizaciones de consumidores, a movimientos de víctimas o asociaciones de consumidores). A través de dichas audiencias, los tribunales i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática

[506] "Años más tarde, se sumaría a la Convención la Declaración de la ONU, de 2007, también referida a los derechos de los pueblos indígenas; y algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que el proceso de consulta constituye ya un "principio general del Derecho Internacional". GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.) *Por uma justicia dialógica*: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 02.

> propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen.[507]

De acordo com Gargarella, estas práticas dialógicas não são incompatíveis com o princípio da separação dos poderes e, em meu ponto de vista, com a tradição do positivismo jurídico, pois elas não podem ultrapassar os limites normativos estabelecidos pela lei e pela Constituição. Elas implicam, entretanto, no incremento de uma cultura jurídica que preze pela consolidação do diálogo e não da disputa. Para tanto, Gargarella propõe aquilo que alguns teóricos do procedimentalismo democrático também propõem, que é o aprofundamento da experiência democrática por meio da democracia deliberativa. Isso inevitavelmente pavimentaria o caminho para a adaptação das estruturas institucionais – inclusive aquelas judiciais – para o diálogo. Trata-se de uma inovação ambiciosa para o país como o Brasil que ainda não conseguiu garantir materialmente grande parte dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, entendidos como componentes de uma dimensão substancial da democracia num país profundamente desigual. No entanto, esta continua sendo uma aposta, pois não há democracia real sem espaços de livre manifestação, de debate e de diálogo, isto é, sem a inclusão do outro.

Nesse sentido, tomando essas incursões teóricas como pano de fundo, o estudo aprofundado do caso Raposa/Serra do Sol indicou, a meu ver, a necessidade de (re)pensar o diálogo nas instituições jurídicas como elemento de 1) melhora da qualidade deliberativa, e 2) melhora da fundamentação jurídica das decisões, o que implica um grau maior de probabilidade do não cometimento de "erros judiciais" que possam influenciar populações de grande número – como é o caso da tese do marco temporal, tomada para análise neste trabalho – ainda mais na atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade. Para tanto, pontua-se pelo menos dois âmbitos de diálogo em que entende-se que seja essencial o desenvolvimento do diálogo: a) diálogos entre cortes; b) diálogos interculturais no âmbito intra-institucional.

O primeiro ponto, portanto, refere-se ao diálogo entre as cortes. Em efeito, o aprimoramento da jurisprudência internacional no campo dos

---

[507] GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, p. 02. O autor cita o caso Saramaka *vs*. Surimane, julgado em 28 de novembro de 2007 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como exemplo.

direitos humanos em muito contribuiu para construir uma perspectiva emancipatória desses direitos no âmbito jurisdicional. Nesse mesmo sentido, houve um aprimoramento da normatividade jurídica internacional, que também diz respeito ao campo do direito de povos indígenas – como já visto no capítulo I – de modo que todo controle de constitucionalidade feito atualmente também tem que ser e funcionar na perspectiva do controle de convencionalidade[508]. Como já demonstrado, a normatividade e jurisprudência internacionais no campo do direito indígena avançou consideravelmente nos últimos anos e décadas, de modo que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos tem demonstrado cada vez mais sua eficácia para a garantia de direitos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Para Flávia Piovesan, "o controle de convencionalidade e diálogo entre jurisdições constitui tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, refletindo a emergência de um novo paradigma"[509] que se caracteriza pela passagem da hermética pirâmide centrada no *State Approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights Approach*. A autora aponta que a construção da cultura do controle de convencionalidade baseado no *Human Rights Approach* implicaria em pelo menos sete pontos de ação: 1) promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da

---

[508] Sobre o controle de convencionalidade, ver: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, jan/jul 2012. A autora cita José Joaquim Gomes Canotilho para referir-se à abertura do direito constitucional ao direito internacional dos direitos huamans: "Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (…) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (…) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional)", cfe: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra : Almedina, 1993. Para aprofundamentos, ver: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabrício Bittencourt da; JARDIM, Tarcísio dal Maso. *Controle de Convencionalidade*. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2016. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[509] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições, p. 68.

OEA; 2) fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica; 3) fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; 4) fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; 5) dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; 6) aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; e 7) dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais[510]. Tratam-se, todos os pontos, da necessidade de um engajamento dos operadores do direito e da comunidade jurídica de modo geral, mas entende-se que eles seriam favoráveis e contribuiriam significativamente para a implantação por via judicial dos direitos indigenistas no Brasil.

O segundo ponto diz respeito à necessidade de diálogos interculturais no âmbito intra-institucional. Em efeito, a interculturalidade nasce como uma nova proposta paradigmática de relação entre Estado e sociedade no âmbito da gestão da pluralidade inerente em diferentes contextos sociais[511]. De acordo com Boaventura de Sousa Santos, a interculturalidade implica em uma hermenêutica diatópica, ou seja, no qual o sujeito convive com um pé numa cultura e um pé noutra[512]. Ela permite que o entendimento cultural entre duas culturas, epistemologias e visões de mundo diferentes torne-se possível, abrindo o caminho para o entendimento mútuo entre atores culturais diferenciados[513]. Num Estado marcado pelo pluralismo cultural e étnico, que congrega povos indígenas que partilham de diversas epistemologias, práticas e concepções de mundo, mostra-se necessário que seus direitos reconhecidos pelo Estado e inscritos na Constituição sejam interpretados levando em consideração sua própria cosmovisão – sem, entretanto, infringir os limites normativos do próprio texto constitucional. No que tange aos direitos de povos indígenas, uma interpretação que leve em consideração a cosmovisão desses povos permite dar maior legitimidade às decisões proferidas pela Corte no controle de constitucionalidade, também dificultando a

---

[510] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições, p. 89-93.
[511] Cfe. DULCE, Maria José Fariñas. *Democracia y pluralismo*. Op. Cit.
[512] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas mãos de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo : Cortez, 1997.
[513] Para aprofundamentos, ver: WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul-dec 2008.

possibilidade de erros e de aplicação de teses extrajurídicas que na prática tolhem os direitos desses povos.

Ambas as propostas acima elencadas e detalhadas buscam trazer maior legitimidade ao exercício do controle de constitucionalidade, além de funcionarem como balizadores de decisões que estejam em maior acordo com o sentido da Constituição e dos tratados internacionais que o Brasil ratificou e que integram – sob o signo da concepção de uma Constituição aberta aos direitos humanos – a Constituição numa dimensão não necessariamente formal, mas material. Cabe ressaltar que as propostas estão de acordo com as bases epistemológicas deste trabalho, quais sejam: a) a tradição do juspositivismo, não na sua dimensão clássica, porém de um neopositivismo jurídico; e b) a perspectiva de uma democracia procedimental que reconhece a necessidade do incremento ao direito à participação política, dos direitos fundamentais e da democracia deliberativa, inclusive nos processos decisórios intra-institucionais.

3.5 Jurisdição constitucional e direitos indigenistas: entre democracia e autoritarismo

A análise acima empreendida permite constatar que a construção material do Estado democrático de direito no Brasil encontra inúmeras e incontáveis dificuldades. Isso se revela na complexidade que envolve a garantia de direitos básicos para minorias étnicas por parte dos três poderes. As populações indígenas brasileiras convivem com a constante ameaça – mesmo em tempos "democráticos" – a seus direitos e à sua existência física. Nesse sentido, a esfera da jurisdição constitucional, sobretudo o controle de constitucionalidade, também se posiciona como um "campo de batalha" pelo fato de ser um limbo que se coloca nos limites do direito e da política. Mostra-se evidente uma "*crise do judicial review*" no Brasil, no qual o Judiciário adentra de forma frequente em competências que são relegadas a outros poderes – o que coloca em xeque sua legitimidade democrática – além de atuar cada vez mais como legislador ativo em casos no qual não há legitimidade do ponto de vista legal e democrático para tanto. Isso demonstra e reforça a constatação já realizada neste trabalho de ausência de parâmetros claros e pré-definidos para a realização do controle de constitucionalidade no país – o que é reforçado por um modelo de controle judicial de constitucionalidade extremamente complexo e alicerçado em teorias jurídicas que pouco ou nada discorrem sobre sua compatibilidade com uma perspectiva democrática.

Mostra-se evidente, portanto, a permanência das estruturas de poder autoritárias que historicamente marcaram o constitucionalismo latino-americano. Esta é uma das crítica compreendidas por Roberto Gargarella[514] e Roberto Mangabeira Unger[515] à centralização e verticalização dos poderes nas Constituições da América Latina. Gargarella aponta que inexistem ou são escassas as estruturas que favorecem o diálogo democrático em grande parte destes países, além das condições materiais e institucionais para que ela ocorra, fragilizando o processo de tomada de decisões. Para o autor, há uma mescla entre o "novo" e o "velho" no constitucionalismo latino-americano, de modo que o "novo" é representado pela ampliação do rol de direitos e sujeitos de direitos, ao passo que o "velho" é caracterizado pelas instituições e a concentração de poder, seja nas mãos do Presidente da República – no qual o autor cunha o termo "hiperpresidencialismo" – seja nas mãos do Judiciário, que cada vez mais vem usurpando competências e atribuições antes relegadas a outros poderes[516].

Gargarella vai conceber que essas "novas estruturas" são bloqueadas pelas "velhas estruturas", ou seja, os direitos reconhecidos pela Constituição de 1988 encontram bloqueios institucionais – mas, não meramente institucionais – que tornam mais difícil sua implantação, sobretudo no que tange aos novos direitos sociais e os direitos multiculturais[517]. No Brasil, o hiperpresidencialismo descrito por Gargarella encontra-se em convivência desarmônica com um Poder Judiciário que cada vez mais avoca para si competências que são de outros poderes. Trata-se da emergência de um novo elemento do regime de poder do país, que conta com uma participação cada vez maior dos magistrados, sejam aqueles das instâncias inferiores, sejam os das superiores. Em razão disso, o aprimoramento da institucionalidade é algo tão importante quanto o reconhecimento de novos direitos, pois as instituições devem estar preparadas para tornar os direitos efetivos. Trata-se da necessidade, levantada por Gargarella, de preocupar-se com a parte "orgânica" da

---

[514] GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires : Katz Editores, 2014.

[515] UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada*: uma alternativa progressista. São Paulo : Boitempo, 1999.

[516] Cfe. GARGARELLA, Roberto. La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericanas: entre lo viejo y lo nuevo. *Revista Nueva Sociedad*, n. 257, 2015.

[517] GARGARELLA, Roberto. La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericana, p. 104.

Constituição, que não passou por profundas transformações em sua estrutura com o processo de democratização do país logo após a ditadura militar, implicando na permanência de estruturas autoritárias moldadas pelos regimes anteriores.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional – entendida como um dos elementos do maquinário constitucional – que deveria ser guiada pelo pressuposto democrático acaba por ganhar uma outra roupagem jurídica, que se assemelha a um neocolonialismo do Estado democrático de direito. Como aponta Marcelo Neves, o Estado democrático de direito no Brasil, e em grande parte do mundo, encontra-se em uma encruzilhada: de um lado encontram-se as forças do mercado e da globalização neoliberal, do outro encontram-se as forças fundamentalistas – sejam religiosas, culturais, políticas, dentre outras[518]. Cada uma delas tenta impor por meio do direito e da política a sua visão de mundo, suas concepções e práticas consideradas moral e politicamente aceitáveis. Esse conflito, que tem por palco o Estado democrático de direito, pode resultar, em muitos casos, num processo de desconstitucionalização fática, ou de constitucionalização simbólica[519] de determinados dispositivos normativos do texto constitucional.

Em efeito, torna-se evidente uma crise no direito, sobretudo no direito constitucional, que consequentemente implica – numa análise mais profunda – em um crise da própria democracia, seja ela representativa, deliberativa ou participativa. Nesse cenário, a judicialização da política pode figurar como estratégia política fundamental do neoliberalismo e neoconservadorismo. O caso Raposa Serra do Sol evidencia claramente o processo de judicialização de uma causa, que havia sido resolvida inclusive com participação popular, da esfera política para outra, judicial, com o intuito de travar no Supremo Tribunal Federal uma nova trincheira política sobre os direitos indígenas e, também, sobre o significado da Constituição. Trata-se, em última instância, da incapacidade de grupos políticos, cada vez mais evidente, em estabelecer o diálogo democrático entre diferentes grupos sociais, o que implica na necessidade de recorrer a uma outra instância, Judicial, para solucionar problemas políticos. Ou seja, trata-se de uma judicialização da política que se converte em politização da justiça e implica na despolitização da democracia[520].

---

[518] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. Op. Cit.

[519] NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. Op. Cit.

[520] MELO, Milena Petters. Palestra "*Constituição e as recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina*". I Congresso Internacional de Direito

A decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, ao inovar na ordem jurídica no sentido de interpretar restritivamente os direitos de povos indígenas por meio da tese do marco temporal, se coloca no exato sentido contrário à perspectiva da dogmática constitucional e da democracia constitucional. Uma democracia constitucional exige, como afirma Norberto Bobbio, o respeito às regras do jogo democrático[521], o que implica no fato de que os Poderes devem agir de acordo com suas atribuições constitucionalmente previstas, e não devem, seja um ou outro, usurpar a competência ou atribuição de outros poderes. Isso acaba por enfraquecer a autonomia do direito abrindo espaço ao "moralismo jurídico" e ao "populismo judicial".

Nesse sentido, entende-se que o desapego à dogmática da Constituição aliada à despreocupação com os pressupostos democráticos de uma prática judicial abrem o caminho para se falar na permanência de "práticas constitucionais autoritárias". Se os pressupostos de um Estado democrático de direito não foram observados na construção judicial da tese do marco temporal – e de algumas das 19 salvaguardas institucionais –, torna-se evidente que permanecem práticas constitucionais autoritárias – e que elas não se restringem à temática do direito indígena. Não deve-se confundir "práticas autoritárias" com "constitucionalismo autoritário", como propõe Mark Tushnet. Tushnet identifica o "constitucionalismo autoritário" como um sistema de governo que combina uma razoável processo eleitoral livre e justo com um moderado teor de controle repressivo à liberdade de expressão além de limites às liberdades pessoais[522]. Evidentemente, o caso Raposa Serra do Sol não adequa-se teoricamente à proposta teórica de Tushnet neste seu trabalho.

Em efeito, entende-se que falar em um "constitucionalismo autoritário" pode ser entendido como um contrassenso, na medida em que o constitucionalismo é em essência um ideal liberal que visa a contenção do poder e a garantia de direitos. Desse modo, não há como se falar em um "constitucionalismo autoritário", mas sim de realidades constitucionais que preservam elementos autoritário, ou de um autoritarismo constitucional. Trata-se de uma "prática político-constitucional" que violenta a isonomia entre diferentes grupos sociais,

---

Constitucional: 30 anos da Constituição de 1988 – Em defesa do Estado Republicado e Democrático de Direito. Ordem dos Advogados do Brasil/SC. Florianópolis, 2018.

[521] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Op. Cit.

[522] Cfe. TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015.

étnicos e políticos, seja por meio da argumentação e hermenêutica constitucional, seja por meio de medidas políticas, perpetuando as estruturas de dominação política de determinada sociedade.

A atuação do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol pode ser definida desta forma. Trata-se de um autoritarismo constitucional impetrado contra povos originários por meio da argumentação e hermenêutica constitucional – pelo processo de construção da "norma jurídica" –, que está coligada com um discurso que deslegitima direitos historicamente conquistados e, do ponto de vista material, implica na constitucionalização simbólica dos direitos indígenas reconhecidos no texto constitucional de 1988. Importante pontuar que uma prática constitucional autoritária quando praticada pelas altas instância judiciais trata-se de um fenômeno de grande exponencialidade, pois em tese não existem outros mecanismos jurídicos para recorrer de determinada decisão, além do fato de que tal decisão é agraciada com o valor supostamente jurídico das altas cortes de justiça, abrindo espaço para outros tribunais e magistrados de menor escala também o pratiquem.

Essas práticas alimentam-se de um populismo judicial, como bem aponta Eneida Desirée Salgado. Na perspectiva da autora, o populismo não se restringe mais somente à esfera política, ela se transplantou ao Judiciário, no qual a "moralidade" toma o lugar da "Constituição" e o Judiciário se projeta como "soberano" – em termos schmittianos – capaz de decidir sobre o Estado de exceção. Ela aponta que os magistrados, talvez inspirados por Dworkin e por uma leitura particular e parcial da alegoria de Hércules, pensam que são "semideuses", capazes de melhorar o produto do poder constituinte e aperfeiçoar moralmente a sociedade por decisões "supostamente justas"[523]. Abre-se o caminho, nesse contexto, para um decisionismo desregrado, marcado pela perda da referência do texto constitucional além do desprezo pela democracia. A autora conclui que as práticas do "ativismo judicial" para além dos limitas constitucionalmente postos e com fundamentos em argumentações extrajurídicas sugere que o messianismo e o populismo se descolaram da estrutura estatal.

Essas práticas ainda acabam por subverter a própria lógica do controle de constitucionalidade, que pretende ser um controle a partir do próprio texto constitucional e converte-se no uso abusivo da Constituição

---

[523] SALGADO, Eneida Desirée. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, 2018.

contra ela mesma. Trata-se da prevalência de uma suposta "governabilidade" em detrimento da democracia[524].

Tomando em consideração uma realidade constitucional que, ao menos do ponto de vista teórico, é marcada pela relação sinérgica entre os ideais do constitucionalismo e democracia – no âmbito de uma tensão produtiva –, o autoritarismo constitucional não pode e não deve naturalizar-se no âmbito da jurisdição constitucional. Isso porque à jurisdição constitucional cabe, numa perspectiva procedimental, a garantia da democracia e dos direitos fundamentais numa perspectiva contramajoritária, além da garantia dos direitos de minorias étnicas e sua inclusão no processo político-deliberativo. O constitucionalismo nasce na modernidade com o intuito de coibir as práticas autoritárias e absolutistas, como freios ao poder, e portanto, as práticas autoritárias que subjazem a um Estado democrático de direito, devem ser coibidas, inclusive quando partem da maior instância do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal. É nesse contexto que se inscreve a necessidade de reafirmar a Constituição como o fundamento da democracia, como o caminho para a ação política democrática.

Em efeito, a jurisdição constitucional pode assumir uma dimensão emancipatória quando trata de resguardar a democracia e os direitos de minorias étnicas e políticas que se encontram numa dinâmica de subalternidade política. As promessas inscritas no texto constitucional, e sua garantia material, são o substrato que alimentam a democracia, as utopias[525] e a emancipação concreta dos sujeitos de determinada sociedade. Os direitos indígenas previstos na Constituição de 1988, resultados de um largo e difícil processo de luta por sua positivação, são a condição de existência dessas populações e, portanto, são a condição de existência do resguardo e da afirmação de uma possível identidade brasileira. A não garantia desses direitos, portanto, não representa somente uma afronta do ponto de vista jurídico a esses povos e a

---

[524] Cfe. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de et al (Orgs.). *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003.

[525] Nesse sentido, Dominique Rousseau vai afirmar que a "utopia", ao lado dos direitos fundamentais e da organização dos poderes, é um dos elementos constitutivos da ideia moderna de Constituição. ROUSSEAU, Dominique. Le droit constitutionnel continue: institutions, garantie des droits et utopie. *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l`étranger*, n. 130, v.6, pp. 1517-1533, 2014.

ineficácia de seus direitos, mas é uma questão atinente a todos aqueles que se reconhecem como brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso Raposa Serra do Sol é um oportuno caso para pensar de forma ampla sobre o estado da jurisdição constitucional no Brasil hodierno. Mostra-se evidente, diante da análise do referido caso e de suas implicações, que inexistem critérios objetivos para a realização do controle de constitucionalidade, de modo que a introjeção de teorias – bem como a interpretação que se dá a elas – que admitem um grau de liberdade relativamente grande aos magistrados, sobretudo na tarefa de interpretar e aplicar o texto constitucional em *leading cases*, – e que advogam pela "supremacia judicial" – implica , em certos casos – como o evidenciado –, em um descompasso com a própria democracia e com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica, que deve guiar a atuação do Poder Judiciário e demais poderes.

Da mesma forma, o caso é oportuno para pensar a situação dos direitos indígenas no país. Observa-se, a partir das pré-conclusões realizadas no trabalho, que existe uma tendência por parte dos três poderes em interpretar restritivamente os direitos de povos indígenas. Do ponto de vista do direito positivo, é perceptível que nos últimos anos houve um processo de alargamento de direitos aos povos indígenas, seja no âmbito interno – com o texto constitucional, além de diversas políticas públicas sancionadas desde a promulgação da Constituição –, seja em âmbito internacional – com a promulgação e revisão de instrumentos importantes para a proteção de seus direitos e aperfeiçoamento da jurisdição internacional. No entanto, a prática política e judicial no Brasil mostra-se, em grande medida, infensa ao seu papel de colmar a distância entre o texto e o contexto no que se refere aos direitos indígenas, na medida em que adota práticas integracionistas e assimilacionistas que são teoricamente incondizentes com o modelo de Estado multicultural reconhecido e arquitetado pela Constituição de 1988.

Em efeito, mostra-se evidente que perpetua-se a dinâmica histórica de negação/negligência sistemática aos direitos de povos indígenas, mas que se realiza por outros meios. Se ao longo da história brasileira a negação/negligência de seus direitos ocorria sobretudo na – e através da – esfera do Poder Executivo, por meio de atos administrativos e práticas legiferantes que negavam o teor do conteúdo permissivo e concessivo das leis gerais e do estabelecido nos textos constitucionais, hodiernamente essa tarefa está sendo realizada, com prevalência, pelo Poder Judiciário, em especial a partir do caso analisado. A judicialização

excessiva de causas políticas transformou-se em uma estratégia política dos poderes constituídos, e tem feito do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal um novo ator político capaz de interferência no campo da definição e gestão de políticas públicas, inclusive no âmbito da política indigenista.

A tese do marco temporal, focalizada neste trabalho, entendida como uma tese extrajurídica criada no caso também em evidência Raposa Serra do Sol, converteu-se na inovação e repercussão de maior expressividade do caso em questão. Apesar de ter sido criada no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, o que implica a consequente restrição de seus efeitos ao caso concreto, ela passou a ser aplicada – e ainda continua sendo aplicada –, em *contrario sensu*, pelo Judiciário brasileiro, representando grave insegurança jurídica para os direitos de povos indígenas brasileiros. As práticas cada vez mais frequentes do Judiciário e da Suprema Corte como legislador ativo e como intérprete restritivo dos direitos de povos indígenas tem evidenciado uma dinâmica de instrumentalização das interpretações constitucionais em prol da negação dos direitos de povos indígenas inscritos no texto constitucional, perpetuando "práticas constitucionais autoritárias".

Em efeito, este cenário impõe a necessidade de 1) resgatar o sentido e a legitimidade da política, relegitimá-la e refundá-la, como apontam diversos teóricos da política como Chantal Mouffe[526]. O descrédito pelo qual perpassa a política institucional contemporânea e a crescente descrença nas instituições políticas e nos representantes políticos – o que conforma uma "crise da política, da representação e da democracia" contemporâneas –, coloca o Judiciário e, sobretudo, as Supremas Cortes como arenas alternativa do jogo político, na qual a judicialização pode ganhar um sentido e uma dinâmica de estratégia política de grupos sociais e políticos desassistidos, bem como daqueles que operacionalizam o aparato estatal. Relegitimar, refundar e reconceber a política implica em "democratizar a democracia", como afirma Boaventura de Sousa Santos[527], relegitimando o *status* de sujeito político – e de direitos – autêntico numa dinâmica deliberativa e participativa. Isso, entretanto, não implica inexoravelmente em afirmar que não se vislumbra uma potencialidade emancipatória na jurisdição constitucional, mas tem-se como premissa que a sua realização deve ser restrita e

---

[526] Cfe. MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político.* Op.Cit.

[527] SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos para a democracia participativa. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2002.

racionalizada, haja vista que ela demonstra e caracteriza um processo mais amplo de desintegração política e social.

O cenário descrito também impõe a necessidade de 2) se repensar os parâmetros do controle de constitucionalidade. Para tanto, entende-se que os teóricos procedimentalistas analisados contribuem significativamente para esta tarefa ao demonstrar que o controle de constitucionalidade deve ser pautado por maior racionalidade – proteção dos direitos fundamentais, dos direitos de minorias étnicas e políticas e o controle dos procedimentos políticos, que implica no resguardo da própria democracia. É evidente que inexistem critérios constitucionais ou legais para a realização desta tarefa, o que dificulta inclusive a estruturação de qualquer crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal. Os teóricos do procedimentalismo democrático fornecem subsídios teóricos para pensar numa jurisdição constitucional que seja adequada aos pressupostos de uma democracia deliberativa e da legitimidade democrática que, portanto, resgate o sentido da política em sociedades, como a brasileira, dela órfã. Discutir a democracia constitucional e práticas constitucionais democráticas, todavia, também implica na necessidade de pensar a sua antítese, isto é, as práticas constitucionais autoritárias que podem ser derivadas da jurisdição constitucional, como *locus* específico de poder, e que se reverberam no sentido de uma nova forma de violência, e se propagam pela instrumentalização do moralismo jurídico e do "populismo judicial".

Foi possível notar que os teóricos procedimentalistas analisados possuem pontos de divergência, porém também convergências, pelo qual focalizou-se nestas últimas, com o intuito de resgatar o "espírito" de uma teoria procedimental do direito e da democracia. Como se evidenciou, não é possível postular uma leitura formalista do texto constitucional, em razão do número de cláusulas abertas nela positivadas, que indicam concepções políticas da modernidade. Determinado grau de substancialismo – que pressupõe um certo nível de discricionariedade aos magistrados – também é parte característica de uma leitura adequada da Constituição no contexto de sua práxis e de suas promessas. Contudo, a pontuação da necessidade de interligar o procedimentalismo com uma dimensão substancial, sob o signo da complexidade das relações jurídicas e políticas contemporâneas, resulta em pelo menos três interrogantes que, embora estejam para além do escopo da presente pesquisa, estão a ela relacionadas e merecem reflexão e aprofundamento em posteriores investigações: a) qual o grau de substancialismo admitido em um paradigma procedimental?; b) como se deve equacionar e readequar o

papel da argumentação e retórica jurídica num paradigma procedimental levando-se em consideração que ambas assumiram uma prevalência na teoria constitucional contemporânea dominante?; c) quais são as transformações no campo da cultura jurídica, bem como os redimensionamentos dessa perspectiva teórica, que são necessárias para sua correta aplicação no contexto brasileiro? Esses questionamentos, entretanto, não põem em xeque a legitimidade da corrente teórica procedimental, mas apontam para novas possibilidades de influxos e reflexões sobre a perspectiva teórica abordada.

No que se refere às hipóteses deste trabalho, é possível afirmar que elas foram confirmadas em partes. Para a pergunta de pesquisa sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais atuarem como legisladores ativos, a hipótese negativa confirmou-se em parte, na medida em que os teóricos do procedimentalismo democrático não fornecem subsídios teóricos que deem sustentação a esta tese, pois se pautam numa concepção de separação de poderes, no qual o Judiciário é responsável pela aplicação e não pela feitura da lei. Mas, quando há expressa previsão legal para tanto – como no caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e no Mandado de Injunção –, entende-se que o Judiciário é legitimado para agir desta forma. No que toca à pergunta de pesquisa sobre a legitimidade das cortes constitucionais em empreenderem uma interpretação restritiva aos direitos de povos indígenas, cuja hipótese era negativa, ela foi confirmada. Isso porque se constatou que tanto os teóricos procedimentalistas analisados quanto a teoria substancial de Dworkin não permitem que se interprete de modo restritivo direito de povos indígenas que são no contexto social brasileiro considerados minorias étnicas e políticas. Já a terceira pergunta de pesquisa, sobre qual deve ser a postura do Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam os direitos de povos indígenas, levando-se em consideração que tratam-se de minorias étnicas subrepresentadas no Parlamento Nacional, a hipótese, que se confirmou, aponta para o sentido de que a Corte Constitucional deve atuar no controle de constitucionalidade de modo contramajoritário, assegurando os direitos de povos indígenas garantidos pelo texto constitucional. Nesse contexto e tomando em consideração essas reflexões, não existem elementos procedimentais que legitimem e sustentem a tese do “marco temporal” criada no caso Raposa Serra do Sol.

O caso Raposa Serra do Sol influenciou a dinâmica política e jurídica relativa aos direitos de povos indígenas no Brasil. O nível de complexidade da causa, aliado à influência política e midiática ao longo do seu processo de reconhecimento e demarcação, bem como de judicialização no Supremo Tribunal Federal é um campo também a ser

explorado e pesquisado. Em efeito, o estudo deste caso demonstra ainda que: 1) ela aponta para um rompimento do otimismo que existe com o Poder Judiciário na resolução de questões "políticas" e aponta para a necessidade de pensar em "mais Ulisses e menos Hécules" na realização da jurisdição constitucional. 2) o controle de constitucionalidade no Brasil é marcado por uma via dúbia e contraditória com relação às minorias. Por um lado o Supremo Tribunal Federal mostra-se aberto aos direitos de minorias quando tratam-se de pautas de cunho "liberal", como é o caso do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo e do aborto de anencefálos, mas por outro, quando tratam-se de temas relativos à terra – que dizem respeito a uma dimensão inclusive de interesses econômicos mais abrangentes – o Supremo Tribunal Federal mostra-se reacionário, mesmo se a causa envolver direitos de povos indígenas, como é o caso analisado.

Além disso, mostra-se evidente que 3) grandes questões e conflitos da história brasileira permanecem vigentes na realidade política brasileira, porém com nova roupagem. A "questão indígena", aquela relativa à reivindicação de suas terras para a demarcação, continua vigente em um contexto política e juridicamente marcado por contradições e paradoxos. Da mesma forma, os "conflitos agrários", longe de serem problemas do passado longínquo de um Brasil rural, permanecem presentes na cartografia política brasileira, marcando presença nas mais variadas frentes de disputas políticas, seja no Executivo, no Legislativo – cujo representante maior é a "bancada do boi" no Congresso Nacional – e no Judiciário, pela qual a tese do marco temporal é sua herdeira legítima. Esta história deixa suas marcas no presente e redimensiona um futuro incerto para os direitos de povos indígenas no país, também no âmbito da jurisdição constitucional, que implica na atribuição de significado à Constituição. A eleição do governo de Jair Bolsonaro em 2018 pode ser o estopim de uma institucionalização crescente de perdas de direitos, o que, em última instância, representa também a perda de vínculos da própria democracia e de sua dimensão emancipatória, podendo ainda resultar na instrumentalização política do Judiciário.

À guisa de conclusão, cabe pontuar que os direitos de povos indígenas são conquistas que enriquecem tanto o constitucionalismo quanto a democracia, além do sentido da identidade brasileira e da identidade constitucional do país, entendidas enquanto patrimônio comum do povo brasileiro. A reafirmação dos fundamentos constitucionais, da fundamentalidade da Constituição e, também, dos

direitos indígenas nela inscritos, pelos poderes constituídos é o elemento que impulsiona o aprofundamento da experiência democrática e, consequentemente, da experiência constitucional. A preservação desses direitos não é, portanto, de interesse único e exclusivo dos povos indígenas, mas é uma questão atinente ao povo brasileiro, é uma questão atinente ao meio ambiente, é, portanto, uma questão atinente à humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AB'SÁBER, A região da Reserva Indígena Raposa/Serra do sol: prévias para seu entendimento. *Estudos Avançados* (USP), 23 (65), 2009.

ABRA ZAMORA, Jorge Luis; SPECTOR, Ezequiel. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.* Vol. III. Ciudad de México : UNAM, 2006.

ACKERMAN, Bruce. *We the people*: foundations. Vol. I. Cambridge : Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism.* Virginia Law Review 83, nº. 4, pp. 771-797, 1997.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Malheiros, 2008.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu*: La politique et l'histoire. Presses Universitaires de France, 1959.

ALVES, José Carlos Moreira. *Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves*. Valor Econômico, São Paulo, 23 ago. 2011.

ANAYA, James. *Indigenous peoples in international law*. New York : Oxford University Press, 1996.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo : FAPESP, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo : Editora Sumaré, 2002.

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *A Constituição de 1988 e os direitos indígenas*: uma prática assimilacionaista? In: CUNHA, Manuela

Carneiro da & BARBOSA, Samuel (Orgs.). Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. São Paulo : Editora da UNESP, 2018.

ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalizacíon e derecho*. In CARBONELL, MIGUEL. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid : Frotta, 2003.

BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo : Plêiade, 2001.

BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação*: direito à diferença. São Paulo : Plêiade, 2011.

BARBOSA, Samuel. Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil. In: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da. Direitos dos povos indígenas em disputa.

BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo : Editora Unesp, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, vol. 9, n. 4, 2018.

BHABHA, Homi. *Nuevas minorias, nuevos derechos*: notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires : Siglo XXI, 2013.

BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura*: igualdad y diversidad en la era global. Traducido por Alejandra Vassallo. Buenos Aires : Katz, 2006.

BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura*: igualdad y diversidad en la era global. Traducido por Alejandra Vassallo. Buenos Aires : Katz, 2006.

BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros*. Extranjeros, residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2005.

BENHABIB, Seyla. *Claims of culture*. Equality and diversity in the global era. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislagion*. Kitchener : Batoche Books, 2000.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil*: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). Tese de doutoramento. Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, 2010, p. 179.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. Minnesota, West Publishing, 1988.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Esfera pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser. *Scientia Iuris*, v. 18, n. 1, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade PUC-Rio*. V. 38, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolà; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília : Editora da UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: o respeito às regras do jogo. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo : Editora Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo : Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Democracia*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolà; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Brasília : Editora da UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Giustizia e Libertà*. In Resistenza. Giustizia e Libertà. XXXIII, aprile 1969.

BOBBIO, Norberto. *Quais as alternativas para a democracia representativa?* In:

BOBBIO, Norberto et al. *O Marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*, Roma: Laterza, 1999.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da Divisão dos Poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, pp. 25-46, jan/dez, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2001.

BRANDÃO, Assis. *As duas concepções de democracia em Bobbio*: a ética e a procedimental. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz,.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*: textos temáticos. Vol II. Brasília : CNV, 2014.

BRASIL. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília : Ministério da Justiça, 2014.

BRUBACKER, Stanley. Fear of judging: a comementary on Ely's theory of judicial review. *The Political Science Review*, v. 12, 1982.

BURCKHART, Thiago; MELO, Milena Petters. *O constitucionalismo da diversidade*: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters;

CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Políticas constitucionais e sociedade*: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades. 1ª Ed. Curitiba : Primas, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra : Almedina, 1993.

CAPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores*? Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 12, 1998.

CAVALCANTE, Thiago. Terra indígena: aspectos históricos da construção de um conceito jurídico. *História* (São Paulo), v. 35, n. 75, 2016.

CHAVES, Ronaldo Santana. *A teoria procedimental de Habermas*: a superação do conflito entre autonomia privada e autonomia pública, Dissertação de Mestrado em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

CHAMPEIL-DESPATS, Véronique. *Norberto Bobbio e os direitos humanos*: democracia e sentido da história. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz. Vol. II. João Pessoa : Editora da UFPB, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 58, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista de Direito da GV*, v. 6, n. 1, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. A *filosofia jurídica de Ronald Dworkin com possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.

CIRYL LYNCH, Edward. *O momento monárquico*: o poder moderador e o pensamento político imperial. Tese de Doutoramento em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, IUPERJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Supremo em ação 2018*: ano-base 2017. Brasília : CNJ, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso comunidade indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Estado da Nicarágua*, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso Povo Indígena Xucurú vs. Estado do Brasil*, 2018.

CORWIN, Edward. Marbury vs. Madinson and the doctrine of judicial review. *Michigan Law Review*, vol 12, n. 7, 1914.

COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and disctrust : a theory of judicial review. *Valparaíso University Law Review*, v. 15, n. 3, 1981.

CUADROS, Oscar. Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoria del derecho de Carlos Santiago Nino. *Revista de Universidad Panamericana*, 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios do Brasil*: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo : Cosac Naify, 2009.

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

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Novos Estudos*. CEBRAP, v. 37, p. 429-443, 2018.

CUNHA, Manuela Carvalho. *Apresentação*, In: JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*. Op. Cit.

CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Revista Espaço Ameríndio*, v. 6, 2012.

DALLARI, Dalmo. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 111, jul./set. 1991.

DALLARI, Dalmo. *Os direitos humanos dos índio*. In: MIRAS, Julia Trujillo (et. al.). Makunaima Grita! Op. Cit.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando*: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro : Rocco, 1987.

DEMO, Pedro. *Pobreza política*. São Paulo : Cortez, 1991.

DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabrício Bittencourt da; JARDIM, Tarcísio dal Maso. *Controle de Convencionalidade*. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2016.

DUSSEL, Enrique. *El encubrimiento del otro*: hacia el origen del ‘mito de la modernidad’. La Paz : CLACSO, 1994.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista Transformação*, São Paulo, v. 32, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachussets : Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge : Cambridge University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Cambridge University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral Reading of the American Constitution. Cambridge : Oxford University Press, 1977.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo : Martins Fontes, 2016.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT*: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas*: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

FAJARDO, Raquel. *Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In: LOPEZ, Mikel Berraondo (Org.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbau : Universidad de Deusto, 2006.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protaginista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, vol. 87, 2012.

FARIÑAS, Maria José Dulce. *Democracia y Pluralismo*. Madrid : Dykinson, 2014.

FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, Volumen XIII, 2001.

FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*. In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

FEREJOHN, John ; PASQUALE, Pasquino. *Constitutional courts as deliberative institutions* : towards an institutional theory of

constitutional justice. In : SADUR-SKI, Wojciech (Org.). *Constitutional Justice, east and west* : democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Den Haag : Kluwer, 2002.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as forças armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. *Revista Insurgência*, Brasília, ano 1, vol. 1, n. 2, 2015.

FERNANDES, Pádua. *A proteção das terras indígenas no direito internacional*: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In. BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). Direitos de povos indígenas em disputa. São Paulo : Editora UNESP, 2018.

FERNANDES, Ricardo de Vieira de Carvalho. As influências extrajurídicas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, v. 38, p. 95-112, 2012.

FERRAJOLLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de John Hart Ely. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, v. 1, 2010.

FREILAG, Barbara. *A teoria crítica*: ontem e hoje. São Paulo : Brasiliense, 1988.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires : Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La “sala de máquinas” de las constituciones latinoamericanas: entre lo viejo y lo nuevo. *Revista Nueva Sociedad*, n. 257, 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.) *Por uma justicia dialógica*: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GRANO, Joseph. Ely’s theory of judicial review: preserving the significance of political process. *Ohio State Law Journal*, Volume 42, Issue 1, 1981.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation : between law and politics. *Nujs Law Review*, n. 15, 2001.

GODOY, Miguel. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*: análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. Medellín. *Revista Co-herencia*, vol 8, n. 14, jan-jun, 2011.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Educação e Sociedade*, n. 66, abril de 1999.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo : Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa : Edições 70, 1968.

HABERMAS, Jürge. *Consciência Moral e Agir comunicativo*. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jügen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. São Paulo : Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action*: reason and the rationalization of society. Vol I. Boston : Beacon Press, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I e II. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, 1995.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. por Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília : IBDC, 2010.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HUBNER, Conrado. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.* Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2008.

HUNTER, Tina. Interpretative theories : Dworkin, Sunstein e Ely. *Bond Law Review*, Volume 17, Issue 2, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo de 2010*.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Impactos da PEC 215/2000 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente*. 2015.

JOAQUIM, Ana Paula. *Direito Constitucional Indígena*: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, USP, 2013.

JÚNIOR, João Mendes. *Os indígenas do Brazil*: seus direitos individuaes e políticos. São Paulo : Typ. Hennies Irmãos, 1912.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*: desenvolvimento histórico e estágio atual. Traduação de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, 88, 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nov*a, n. 57, 2002.

KOZICKI, Kátya; ALEXANDRE, André Demétrio. A (in)justiça de transição para os povos indígenas do Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Democracia procedimental e jurisdição constitucional*. In: Anais do XVI Congresso Nacional de CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2007.

KRAMER, Larry. *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review. New York : Oxford University Press, 2004.

LAGES, Anabelle Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol*: sujeitos, ambiguidades e poderes na principal corte jurídica do Brasil. Tese de Doutoramento. Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

LAGES, Anabelle Santos. A medida do decidir: atuação do STF nos processos de demarcação territorial pós-julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Novos Cadernos NAEA, v. 18, n. 3, set-dez, 2015.

LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva; DORNELLAS, Mariana Ávila. *O litígio estrutural e o estado de coisas inconstitucional*: relatos do Presídio de Governador Valadares. In. II Seminário Internacional sobre Pesquisa em Prisão, 2016.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia
Estrutural II. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1976.

LEYVA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino, p. 250-251.

LORENZETTO, Bruno Menezes. *O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição*. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. Florianópolis, *Revista Sequência*, n. 66, pp. 113-136, jul. 2013.

LUCHI, José Pedro. Tensão entre autonomia privada e pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 47, n. 185, jan/mar, 2010.

MARÉS DE SOUSA FILHO, Carlos Frederico; SILVA, Liana Amin Lima da. *Marco temporal como retrocesso aos direitos originários indígenas e quilombolas*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; TARREGA, Maria Cristiana Vidotte Blanco. Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia : Editora da Puc-Goiás, 2017.

MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação dos poderes no pensamento constitucional brasileiro. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 28.2, p. 13-27, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Orionte Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, Número 200, out/dez 2013.

MELO, Milena Petters. *As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina*: neoconstitucionalismo?. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. (Org.). Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas.. 1ed.Curitiba: Juruá, 2013.

MELO, Milena Petters. Palestra "*Constituição e as recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina*". I Congresso Internacional de Direito Constitucional: 30 anos da Constituição de 1988 – Em defesa do Estado Republicado e Democrático de Direito. Ordem dos Advogados do Brasil/SC. Florianópolis, 2018.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princenton University Press, 1999.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Editora Martin Claret, 2002.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona : Paidós Ibérica, 1999.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS,

Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos para o cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003.

NIEZEN, Ronald. *The origins of indigenism*: human rights and the politics of identity. Berkeley : University of California Press, 2003.

NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos morales. *Doxa*, n. 7, 1990.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundamentación. 2ª Ed. Buenos Aires : Editora Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago. La filosofia del control judicial de constitucionalidad. R*evista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, sep-dec 1989.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires : Astrea, 1992.

NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona : Gladisa, 1997.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Jurisdição e moralidade*: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Tese de Doutoramento em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade de leis no Brasil. *Revista de Sociologia da USP – Tempo Social*, v. 28, n. 1, 2016.

ONIDA, Valerio. *La Costituzioni ieri e oggi*. Bologna : Il Mulino, 2008.

OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento, p. 320.

PEGORARI, Bruno. A tese do marco temporal como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Aracê – Direitos Humanos em Revista*, ano 4, número 5, 2017.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo : Martins Fontes, 1998..

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, jan/jul 2012.

POLEWKA, Gabriele. *A proteção (judicial) de direitos nas democracias constitucionais*: liberdade religiosa x autonomia privada. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2016.

POLI, José Vinícius. *Controle de constitucionalidade*: das teorias da última palavra à teoria do diálogo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, 2012.

POZZOLLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (Coord). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid : Trotta, 2003.

RADKE, Rafael & TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 155, jul/dez 2017.

RAMOS, Alcida. *Indigenism*: ethnic politics in Brazil. Madison : University of Wisconsin Press, 1998.

RANCIÈRE, Jacques. *La haine à la démocratie*. Paris : La Fabrique, 2005.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008.

REIS, Jane. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *JURISPOIESIS*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 343-359, 2014.

RESENDE, Ana Catarina Zema de. *Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960-2010)*: uma análise histórica à luz do sistema-mundo e do pensamento decolonial. Tese de Doutoramento. Programa de Pós-Graduação em História. Universidade de Brasília, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialistas. *Sequência*, Florianópolis, n. 65, 2012.

ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos*: paradoxos e contrastes. In: BIGONHA, Antonio Carlos A. e MOREIRA, Luiz (orgs). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROUSSEAU, Dominique. Le droit constitutionnel continue: institutions, garantie des droits et utopie. *RDP – Revue du droit public et de la science politique en France et à l`étranger*, n. 130, v.6, pp. 1517-1533, 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Revista Estudos Avançados USP, v. 18, 51, 2004.

SADEK, Maria Tereza. *Inovar para julgar mais rápido*. Consultor Jurídico, São Paulo, 11 fev 2009.

SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo : Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica à razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo : Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas mãos de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo : Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. *Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Silvio Coelho dos. *Povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, v. 2, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, 2013.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

SIEDMAN, Louis. *Our unsettled Constitution*: a new defense of constitutionalism and judicial review. New Haven : Yale University Press, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, pp. 557-584, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*. In SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Tutela aos índios*: proteção ou opressão? In: SANTILI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multuculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos para o cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de et al (Orgs.). Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira de et al (Orgs.). *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* 1. ed. Trad. Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos originarios*: el debate necesário. Buenos Aires : CLACSO, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy*: what Constitutions do. Oxford : Oxford University Press, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388/RR*, julgamento 19/03/2009, Relator: Min. Carlos Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avalino Titton. Petrópolis : Editora Vozes, 2007.

TRIBE, Laurence. *The invisible Constitution*. New York : Oxford Press University, 2008.

TUSHNET, Mark. Dialogue and constitutional duty. *Harvard Public Law Review*, n. 12-10, 2012.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton : Princeton University Press, 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada*: uma alternativa progressista. São Paulo : Boitempo, 1999.

VIANNA, Luís Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro : IUPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palacios; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, 2008.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba : Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 111 2017.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*. In: BITTAR, Eduardo (Org.). História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo : Atlas, 2003.

VITALE, Ermanno. Norberto Bobbio y la democracia procedimental. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 26, 2005.
WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Madrid : Macial Pons, 2005.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul-dec 2008.

WARREN-SCHERER, Ilse; LUCHMAN, Lígia (Org.). *Movimentos sociais e participação*: abordagens e experiências no Brasil e na América Latina. 1. ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2011.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol 2. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo : Editora da UnB, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª Ed. São Paulo :Saraiva, 2015.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito da FGV São Paulo*, v. 6, jan-jul 2010.

YTURBE, Corina. Norberto Bobbio: democracia y derechos. In. TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz. Vol. I. João Pessoa : Editora da UFPB, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos y justicia. Madrid : Trotta, 2003.