

Recebido em: 10/07/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11300



ATIVISMO JUDICIAL, BACKLASH E MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: RESISTÊNCIA E REPERCUSSÕES

JUDICIAL ACTIVISM, BACKLASH AND THE TEMPORAL FRAMEWORK OF INDIGENOUS OCCUPATION IN BRAZIL: RESISTANCE AND REPERCUSSIONS

Rodrigo de Lima Leal

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
rodrigodelimalleal@hotmail.com

Jean Karlo Woiciechoski Mallmann

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
jkmallmann@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3483-7381>

Luiz Felipe Ferreira dos Santos

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
luizfelipe@sfn.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-1673-8398>

RESUMO: O Brasil passa por um momento de tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A jovem democracia brasileira está sendo atingida por erosões, aptas a lhe causar recuos no regime político, conforme se denota a partir do estudo da Teoria do Pêndulo Democrático, de Arthur Schelesinger Jr. Grupos políticos e parte da sociedade têm criticado decisões judiciais, em especial as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, acusando a Corte de uma postura de excessivo ativismo judicial. Exemplo dessas manifestações sociais e institucionais podem ser percebidas em casos paradigmáticos, como ocorreu no *leading case* julgado no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC, que estabeleceu a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional (Tema 1031), cuja decisão da Suprema Corte foi no sentido da inconstitucionalidade da tese do marco temporal sobre terras indígenas. O Poder Legislativo, em reação a essa decisão, aprovou a Lei nº 14.701 de 2023, que ficou conhecida como “Lei do Marco Temporal”, intensificando as tensões entre os poderes e enfraquecendo as instituições e a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Backlash; Democracia; Marco Temporal de Ocupação Indígena; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Brazil is going through a moment of tension between the Legislative and Judiciary Powers. The young Brazilian democracy is going through moments of erosion, being in moments of retreat according to Arthur Schelesinger Jr.'s Theory of the Democratic Pendulum. Political groups and part of society have criticized judicial decisions, especially those handed down by the Federal Supreme Court, accusing them of being activists, this is what happened during the judgment of Extraordinary Appeal 1017365 (Theme 1031), which ruled that the thesis of the time frame on indigenous lands was unconstitutional. The Legislative Branch, in reaction to this decision, approved Act n. 14.701 of 2023, intensifying tensions between the powers and weakening institutions and democracy.

KEYWORDS: Judicial Activism; Backlash; Democracy; Temporal Framework of Indigenous Occupation; Brazilian Supreme Court.

Como citar: LEAL, Rodrigo de Lima; MALLMANN, Jean Karlo Woiciechoski; SANTOS, Luiz Felipe Ferreira. Ativismo Judicial, Backlash e Marco Temporal de Ocupação Indígena no Brasil: Resistência e Repercussões. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 325-344, 2024.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Brasil passa por recuos e erosões¹ na sua jovem democracia, os quais são caracterizados pelos constantes ataques às instituições.

A sociedade aponta um culpado, um inimigo ficcional (Abboud, 2022). E o escolhido foi o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, que passou a ser apontado por todas as mazelas que ocorrem no Brasil. Um dos fatores que podem ter potencializado a escolha desse “inimigo” e a disseminação massiva do sentimento negativo tenha sido o fácil acesso à comunicação; explica-se, com a era das redes sociais, quem não tinha vez nem voz passou a ter acesso a um número incalculável de ouvintes. Os filtros editoriais deixaram de existir e qualquer pessoa com acesso a um smartfone e uma rede social pode ser ouvido por uma quantidade significativa de pessoas.

Outro fator de preponderância na escolha de inimigos é a utilização de discursos incisivos (ou mesmo apelativos, ofensivos que beiram ou caracterizam-se por discurso de ódio) por parte de grandes *players* da política nacional e internacional². Percebe-se que os agentes políticos ultrapassam o

¹ A expressão erosão democrática se refere às ameaças à democracia tradicional, com a proximidade a regimes autocráticos.

² Em estudo sobre a despolitização e o populismo, Érica Baptista, Gabriela Hauber e Maiara Orlandini traçam um paralelo entre Donald Trump e Jair Bolsonaro, em que tratam a comunicação direta entre o líder e a população, de modo que, nessa comunicação, esse líder se coloca como detentor da verdade em contraposição a uma mídia que mente. Ocorre que esse ataque não se limita à mídia, mas é direcionado também aos opositores políticos que, no caso, podem vir do Poder Judiciário (2022). Ainda, Walter Barretto Jr. compilou 1.500 frases de Bolsonaro e seus seguidores. Para o estudo aqui proposto, merecem transcrição algumas delas: “(...) [Os ministros do STF] não servem pra porra nenhuma para esse país, não têm caráter, nem escrúpulo moral. (...) O que acontece, Fachin, é que todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa Corte (...) quantas vezes eu imaginei você na rua levando uma surra (...) Que que você vai falar? Que eu tô fomentando a violência? (...)’ Deputado Daniel Silveira (PSL-RJ). Fonte: Correio Brasiliense”; “‘Acreditem ou não, mas o STF quer acabar com o presidente, porém eles não irão conseguir por um motivo bem forte, mais da metade das cadeiras dos urubus de capa preta recebem propina (...)’ Leda Nagle, compartilhando no seu perfil do Instagram. Fonte: UOL, Notícias da TV”; “‘Presidente de El Salvador Nayib Bukele tem maioria dos parlamentares em seu apoio. Agora, o Congresso destituiu todos os ministros da suprema corte por interferirem no Executivo, tudo constitucional (...)’ Deputado Eduardo Bolsonaro (PSL-SP. Fonte: Próprio Twitter”; “‘De há muito, os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, extrapolam com atos os limites constitucionais. Na próxima semana, levarei ao presidente do Senado, Rodrigo Pacheco [(DEM-MG)], um pedido para que instaure um processo sobre ambos, de acordo com o art. 52 da Constituição Federal’ Presidente Jair Bolsonaro. Fonte: UOL.”. (2021, p. 139, 149, 153, 215).

debate institucional, de ideias, e proferem ofensas e ataques aos “adversários” políticos ou, no caso, ministros da Corte Constitucional.

Não é objeto deste estudo analisar as causas da escolha de um inimigo ficcional. Este ensaio se limitará a abordar a teoria de Georges Abboud e verificar se é legítimo tratar o Supremo Tribunal Federal como inimigo, se o julgamento do Recurso Extraordinário 1017365 (Tema 1031) tratou-se de um *backlash* e se isso é legítimo ou não à democracia.

Verifica-se que os ataques institucionais sempre vêm precedidos de decisões que alguns grupos políticos não concordam, e a ultrapassam o debate de ideias, passando a agredir as decisões proferidas, no caso pelo Supremo Tribunal Federal, intitulando-as por ativistas. Foi o que aconteceu quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1017365 (Tema 1031), que julgou pela inconstitucionalidade da tese do marco temporal sobre terras indígenas. Essa decisão passou a sofrer ataques de membros do Poder Legislativo, que a tratavam como uma decisão ativista do Supremo Tribunal Federal.

O Poder Legislativo reagiu, atuando com o que se convencionou denominar de efeito *backlash*, aumentando as tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário no País, enfraquecendo as instituições e enfraquecendo a democracia.

Por meio do presente trabalho, busca-se analisar as consequências do efeito *backlash* degenerativo para a democracia brasileira. Para operacionalizar o objetivo geral, são utilizados como objetivos específicos: a) estudar o atual estado da democracia brasileira a partir da teoria do pêndulo democrático de Arthur Schelesinger Jr.; b) entender o conceito de ativismo judicial e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal; c) analisar o efeito *backlash* ocorrido a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nº. RE 1017365, com Repercussão Geral (Tema 1031), que afastou a tese do marco temporal.

Foi feito um estudo baseado na pesquisa qualitativa. O método utilizado foi a análise teórico-crítica. Utilizou-se o método dedutivo, iniciando-se pela análise dos avanços e recuos na democracia até se chegar nos efeitos provocados pelas tensões entre o Poder Legislativo e Judiciário, que são

muitas vezes motivados por ataques fundamentados em um suposto ativismo judicial praticado por juízes e ministros.

A pesquisa foi dividida em três partes. No primeiro momento, apresentou-se a teoria do pêndulo democrático de Arthur Schelesinger Jr., baseada em avanços e recuos democráticos, sendo demonstrado o atual momento da democracia brasileira. No segundo momento, foi estudado o conceito de ativismo judicial, estabelecendo-se aquilo que não é ativismo, mas sim uma atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Por fim, apresentou-se consequências desses ataques movidos ao Poder Judiciário e do efeito *backlash*, em especial quando do julgamento da tese do marco temporal indígena, à democracia brasileira.

1 O PÊNDULO DA DEMOCRACIA NA TEORIA DE ARTHUR SCHELESINGER JÚNIOR

O final da década passada e início desta década foram marcados por recuos democráticos, e isso não foi característica somente do Brasil, vários países ao redor do mundo passaram por retrocessos em suas democracias.³

No Brasil, até o início da década passada, os principais indicadores democráticos demonstravam avanços, com uma consolidação e fortalecimento da democracia, no entanto, os anos que se seguiram foram caracterizados por retrocessos e ataques ao regime democrático.

Esses recuos democráticos no Brasil foram iniciados ainda no ano de 2013, quando parte da população foi às ruas protestar por melhores políticas públicas; ocorre que tais protestos foram acompanhados da hostilização de políticos e gritos pelo combate à corrupção, o que veio a dar força à Operação Lava Jato (Avritzier, 2018).

Essas manifestações tiveram continuidade nos anos seguintes, passando por manifestações em 2015, o *impeachment* da então presidente da

³ Em estudo que se tornou referência, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) analisam “Como as Democracias morrem” e demonstram que, se antes as democracias sucumbiam por meio de quarteladas, atualmente a derrocada democrática ocorre veladamente, quando as instituições são minadas, a tolerância mútua entre os poderes deixa de existir, assim como a contenção ou reserva institucional, a democracia corre um sério risco.

República, Dilma Roussef, e vários conflitos entre o Poder Judiciário e o Congresso Nacional.

O fenômeno de avanço democrático, experimentado até o início dos anos 2010, seguido por um posterior recuo, não é característico apenas do Brasil, tais avanços e recuos ocorrem no mundo todo.

As últimas décadas haviam sido marcadas pelo considerável e exponencial aumento daqueles países que são considerados democráticos, e isso se deu em virtude da união de vários fatores, em especial geopolíticos, podendo-se destacar a transição política dos países comunistas do Leste Europeu, o fim de ditaduras na América Latina - a exemplo do ocorrido, inclusive, Brasil, com a redemocratização principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 -, e a democratização de vários países do continente africano (Martins, 2019).

Com isso, houve um aumento considerável dos países democráticos ao redor do mundo. O último grande avanço da democracia ao redor de todo o mundo ocorreu no início da década de 2010, com a “Primavera Árabe”, movimento de viés democrático iniciado na Tunísia em dezembro de 2010, que rapidamente se espalhou por todo o norte da África e Oriente Médio.

Porém, desde então, não só o Brasil passou por recuos democráticos, sendo verificados ao redor de todo o mundo notáveis movimentos do que pode ser considerado casos de erosão à democracia.

Pode-se destacar como países que passaram por erosões e rupturas democráticas nos últimos anos Guiné, Burquina Fasso, Gabão, Sudão, Mali, Myanmar e Chade. Em todos esses países houve uma ruptura democrática e início de regimes totalitários.

Destaque nesse período para o aumento da “anocracia”, neologismo que se refere a um regime de governo instável politicamente e marcado pela ineficácia governamental (Martins, 2019). As “anocracias” seriam intermediárias à democracia e à autocracia, isto é, está presente um regime democrático, porém, com características autocráticas.

Nada obstante, é comum que o desenvolvimento das democracias ocorra de forma cíclica, com momentos de avanços e fortalecimentos e outros de recuos e erosões (Martins, 2021).

Esses recuos democráticos ao redor no mundo, e no Brasil, podem ser explicados a partir da Teoria do Pêndulo da Democracia (Schelesinger Jr., 1999).

No livro *The Cycles of American History*, Arthur Meier Schlesinger Jr defende que fases extremamente liberais envolvem grandes esforços de reforma, que podem ser exaustivas e ocasionar retrocessos conservadores, também, os conservadores teriam vários problemas sociais, ensejando um movimento liberal, defende-se que esse ciclo é de aproximadamente 30 anos, que se trata da duração aproximada de cada geração da humanidade (Martins, 2021).

Nesse contexto de recuos democráticos, Samuel Issacharoff (2015) trata de democracias frágeis, que tem por características virem logo após um regime de exceção, clientelismo político, corrupção, partidos e instituições fracas.

O Brasil apresenta tais características, passando atualmente por um período de recuos e erosões a sua frágil democracia.

Em democracias frágeis, o Poder Judiciário possui um importante papel, pois além de garantir as regras do jogo democrático, a Justiça estatal deve garantir direitos e garantias fundamentais (Issacharoff, 2015). Nesse contexto de fragilidade democrática no Brasil foram criados “inimigos fictícios”, podendo-se citar a própria Constituição Federal, bem como o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, como veremos adiante.

2 ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em praticamente todos os países, seja de tradição romano-germânica (*civil law*), seja anglo-saxã (*common law*), existe um intenso debate acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário no controle de atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, quando está em jogo supostas ofensas às regras constitucionais. Discute-se sobre a legitimidade do poder de “dizer a última palavra”, dentro de um sistema de freios e contrapesos, próprio da separação de poderes e do regime democrático (*check and balances*).

O Poder Judiciário tem um forte papel de garantir as regras democráticas, e, seja em democracias fortes ou frágeis, que passam por momentos de recuos e erosões, o Poder Judiciário deve garantir o mínimo de conquistas do processo civilizatório, garantindo a aplicação de direitos fundamentais, o qual enseja num trunfo contra a maioria, mantendo as regras do jogo em pleno funcionamento, independentemente de ser a vontade de um número maior ou menor de pessoas. Logo, para garantir os direitos fundamentais, é natural que o Poder Judiciário assuma uma função de caráter contramajoritário.

Conforme Luís Roberto Barroso (2012), os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Assim, embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes (legislativo e executivo). A possibilidade de um órgão não eletivo como, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como uma dificuldade contramajoritária.⁴

Neste sentido, há pelo menos duas justificativas para defender a legitimidade democrática do ativismo judicial: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional, de sua vez, decorre dos próprios fundamentos do Estado Democrático, tendo em vista que a democracia não se resume ao princípio majoritário, competindo ao Judiciário proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, velando pelas regras do jogo democrático (Barroso, 2012).⁵ É dizer: “[...] ao juiz

⁴ A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander M. Bickel (1986 p. 16), em *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cuja 1ª edição é de 1962.

⁵ Dirley da Cunha Jr. (2020) agrega mais um motivo para a expansão da atribuição dos Judiciário. Para ele, trata-se de uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele

constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático”, salvaguardando “a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático” (Barroso, 2005, p. 47). Esse é o cerne da discussão, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Georges Abboud (2022) dedica o livro “Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional” para discutir o ativismo, mas em especial há um destaque para o ataque frequente que é praticado por toda a sociedade e por setores políticos ao poder judiciário.

Setores políticos indicam o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal como um inimigo ficcional, responsabilizando-o por todos os possíveis males que possam assolar o País.

Segundo Abboud (2022), existe um discurso extremista contrário à jurisdição constitucional contramajoritária, o qual desencadeia um verdadeiro ódio ou ojeriza pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Há uma necessidade de que se tenha um Judiciário forte em momentos de crises democráticas, para que se possa garantir direitos fundamentais, e, nesse sentido, é inegável que o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem sido responsável por conquistas para as minorias (Abboud, 2022).

Por esse papel contramajoritário do STF, a Corte tem sido apontada como fonte de contínuo e excessivo ativismo judicial.

Porém, para que se possa fazer críticas fundadas ao Poder Judiciário, e mais propriamente à Supremo Corte brasileira, faz-se necessário entender os reais motivos desse conjecturado ativismo judicial. Há uma grande confusão no tocante ao ativismo judicial, podendo se falar que existe uma verdadeira poluição semântica, o que ocasiona uma dificuldade ainda maior de se tratar

reclamado um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral; e na defesa dos direitos humanos e valores substanciais, em especial. Outrossim, é de se reconhecer que a própria força normativa da Constituição depende de um controle estatal para que, no dizer de Konrad Hesse (2004), a “Constituição real” se compatibilize com a “Constituição jurídica” e assim possa se tornar “força ativa, desde que presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (Hesse, 2004, p. 12, grifo do autor).

do fenômeno discutido, de forma que existem setores, tanto na doutrina, como no próprio Judiciário, que defendem de maneira ostensiva o ativismo judicial, sem sequer conhecer daquilo que estão respaldando (Abboud; Mendes, 2019).

Vários são os exemplos em que há essa confusão. Para o presente trabalho, como recorte metodológico e temático, discutir-se-á especificamente o debate sobre a fixação da tese do marco temporal das terras indígenas no STF.

No Recurso Extraordinário nº 1.017.365, oriundo do Estado de Santa Catarina, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional” (Tema 1031).

O julgamento foi iniciado ainda em 2021, a partir da discussão de uma situação específica no Estado de Santa Catarina, com uma ação de reintegração de posse movida pelo referido Estado em face do povo indígena *Xokleng*.

A chamada “tese do marco temporal” defendia que os povos indígenas só pudessem reivindicar territórios que ocupavam na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de 1988. Essa tese terminava por limitar o direito de comunidades originárias aos seus territórios, a partir de uma linha temporal que restringiria o conceito de direito tradicional à terra.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que:

[...] 4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso.

5. O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.

6. A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil.

7. A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, nos termos do §1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade.

8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas.

9. A proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2023).

Essa decisão foi alvo de críticas por grupos políticos e sociais, os quais a balizaram como uma decisão ativista do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, faz-se necessário uma apresentação conceitual do ativismo judicial para que se possa sair da penumbra que é provocada pela poluição semântica sobre o termo, tanto criticada por Abbud (2022).

Inicialmente, é interessante que se estabeleça aquilo que não é ativismo judicial, isto é, decisões legítimas e pautadas na Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, o controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, quando tais atos se mostrarem materialmente ou formalmente contrários à Constituição Federal; e, em segundo lugar, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, com o fito de proteger direitos fundamentais contra maiorias e contra o próprio Estado (Abboud, 2022).

Essa segunda situação, inclusive se trata de papel direto e típico do Poder Judiciário em tempos de crises democráticas, e parece se tratar do fundamento do Supremo Tribunal Federal na decisão que rejeitou a tese do marco temporal.

O ativismo judicial se trata, ao contrário disso, de uma suspensão daqueles pré-compromissos da ordem democrática, referentes à Constituição Federal ou às leis, pelo Poder Judiciário, cedendo lugar para critérios

subjetivos de juízes, sendo uma troca do sistema jurídico que é institucionalizado nas leis e na jurisprudência, pela ideologia, pela política, pelo senso de justiça e pelo moralismo do julgador (Abboud; Mendes, 2019).

São feitos ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto da tomada de decisões ativistas, com o claro objetivo de buscar o seu enfraquecimento institucional.

Outra consequência desses ataques institucionais é o surgimento de tensões entre os poderes. No caso do marco temporal das terras indígenas, meses após a decisão no RE nº 1.017.365/SC, julgado em sede de repercussão geral (Tema 1031), e que rejeitou a tese de que os povos indígenas somente pudessem reivindicar seus territórios ocupados na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.701, de 2023 (Lei do Marco Temporal), definindo sobre o direito dos indígenas sobre às terras tradicionais de forma oposta ao *leading case*. Cabe analisar se isso seria um possível revanchismo ou retaliação entre poderes, fenômeno descrito no direito norte-americano com o termo *backlash*, enfraquecendo a democracia; ou se, mesmo diante do conflito decisório, os atos do Poder Legislativo podem ser considerados, ainda assim, uma forma de resolução amparada nos parâmetros normais do jogo democrático.

3 BACKLASH E A LEI DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO INDÍGENA

No final do ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do marco temporal indígena, conforme descrevemos no multicitado RE nº 1.017.365/SC (Tema 1031), com repercussão geral, definindo o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

A mencionada decisão proferida pelo STF alcançou uma maioria de 9 votos contra 2, rejeitando assim a tese que propunha a definição de um marco temporal baseado na data de promulgação da Constituição de 1988. Em síntese, diante da tese rejeitada, ficou definido que não seria possível a utilização da data de promulgação da Constituição Federal de 1988

(05/10/1988) como termo final para determinar a ocupação tradicional de terras por comunidades originárias no Brasil.

Ocorre que, repise-se, meses depois do julgamento, o parlamento promulgou com vetos parciais, a Lei nº 14.701/2023, a qual ficou conhecida como “Lei do Marco Temporal das Terras Indígenas”, regulamentando “[...] o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas [...]”.

O artigo 4º da Lei 14.701/2023 utilizou justamente como marco temporal para a definição do direito dos indígenas às terras tradicionais a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, o Congresso Nacional decidiu por meio de lei federal de modo completamente antagônico àquilo que fora decidido em julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal, o que inevitavelmente gerou um ponto de atrito entre as decisões político-jurídicas tomadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

Por óbvio, é inegável que isso ocasionou o aumento de tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário, visto que meses antes da promulgação da lei, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a tese de inconstitucionalidade do marco temporal. De forma indireta, embora decorrente do processo legislativo ordinário, a definição também estabeleceu certa tensão institucional entre o Executivo e o Legislativo, visto que a presidência da República apresentou vetos, que foram rejeitados em sua maioria pelo Congresso Nacional.

Há de ser destacado que na Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, justifica a rejeição à tese do marco temporal, apresentando veto político e jurídico, isto é, fundamentando tanto na sua contrariedade ao interesse público como na sua inconstitucionalidade:

[...] [A Lei do Marco Temporal] estabelece que a comprovação dos requisitos mencionados seria devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos e que a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracterizaria o seu enquadramento como terras habitadas em caráter permanente, ressalvado o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. Ainda, define como renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada,

situação que excepciona quanto à cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, que inviabilizaria o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.

Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no caput do art. 231 da Constituição Federal, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas (BRASIL, Presidência da República, 2023).

Os vetos foram, em sua maioria, rejeitados pelo Congresso Nacional, conforme o Veto nº 30, de 2023, o que denotou o jogo de força em que os Poderes se contrariam. Fato é que a tese do marco temporal tem especial relevo e interesse para grandes produtores rurais em contraposição ao direito dos indígenas, notadamente por poder alterar a definição de propriedades sobre imóveis rurais, tendo a escolha política do Congresso aparentemente se alinhado mais ao interesse do capital, especialmente do agronegócio.

Certo é, porém, que o tema veio a tona porquanto o STF decidiu de forma diversa aos interesses políticos que se supunha existentes e que, posteriormente foram confirmados pela aprovação da Lei do Marco Temporal. Essa tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, aliás, já vem crescendo nos últimos anos, ocasionando em algumas situações o efeito *backlash*. Segundo Cass Sunstein (2009), o efeito *backlash* se trata de uma grande desaprovação por parte da opinião pública de uma decisão proferida pela Suprema Corte, havendo uma atuação política e social com o objetivo de retirar a sua força normativa.

No Brasil, até então, o melhor exemplo de *backlash* era decorrente da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, em que a Suprema Corte definiu a inconstitucionalidade da vaquejada e, logo em seguida, foi aprovada a Lei nº 13.364, de 2016, que regulamentou e reconheceu a vaquejada como manifestação e patrimônio cultural brasileiro (Abboud, 2022).

A aprovação da Lei nº 14.701/2023, com a definição da tese do marco temporal de ocupação indígena, passamos a ter mais um grande exemplo do efeito *backlash*, tendo em vista a reação quase imediata do Congresso Nacional à decisão do Supremo Tribunal Federal. Deve-se destacar que foram apresentadas ações discutindo a constitucionalidade desta Lei no STF.

Apesar de, inicialmente, se ter uma visão negativa do efeito *backlash*, trata-se de um dissenso que é legítimo entre os Poderes. Dentro das regras do jogo democrático, o efeito *backlash* pode ser tratado entre as instituições e evoluir para um diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo, o qual também poderia evoluir para um diálogo com a própria sociedade civil, além dos demais setores que podem trazer conhecimentos que são metajurídicos para a solução dos casos mais complexos que são submetidos à jurisdição constitucional (Abboud, 2022).

A resposta ou análise sobre ser positiva ou negativa a resposta institucional de um Poder com relação a outro passa por uma série de fatores. Explica-se: o efeito *backlash* traduz-se positivo se houver um diálogo-debate de ideias, com objetivo de aprimorar a democracia. Não há deslegitimação no parlamento alterar o ordenamento jurídico se pautado em critérios sociais, jurídicos, econômicos, entre outros. É dizer: é legítimo quando respeitado os limites constitucionais.

Ocorre que o efeito *backlash* se torna negativo quando a alteração sobredita está motivada por interesses velados e antidemocráticos. A constatação de um bom ou mau *backlash* é tarefa complexa e foge aos limites propostos neste estudo. No entanto, deve-se verificar caso a caso qual foi a real intenção do legislador, verificar se ocorreu uma mera situação de dissenso democrático entre os poderes, ou se está diante de uma discordância puramente político-ideológica, pois a decisão favorece um grupo político tido como “inimigo”. Há de se verificar, portanto, não só os parâmetros formais

(observância do processo legislativo, por exemplo), como também a questão material (o que normalmente depende de um critério mais subjetivo, tendo em vista não ser incomum a real intenção da legislação não fazer parte das justificativas do projeto de lei nem dos debates em plenário).

No Brasil, esse fenômeno evoluiu para o que Georges Abboud chama de “efeito *backlash* à brasileira” ou “degenerado”, em que os membros do Poder Legislativo, por estarem insatisfeitos com uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal, tentam colocá-lo contra a parede a partir da apresentação de vários pedidos de *impeachment* (Abboud, 2022).

Isso, reiteradamente ocorre a partir da acusação, na maioria das vezes equivocadas, de que o Supremo Tribunal Federal está tomando decisões ativistas. Isso ocorre, notadamente, porquanto há confusão daquilo que de fato é ativismo judicial, e essa confusão termina por desencadear e servir de pano de fundo para o efeito *backlash*.

Como já mencionado acima e defendido por Georges Abboud (2022), o controle dos atos dos poderes, quando tais atos se mostrarem contrários à Constituição Federal e às leis, bem assim a atuação contramajoritária do Poder Judiciário com o objetivo de proteger direitos fundamentais, não se trata de ativismo judicial.

Nos parece que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031), em que o Supremo Tribunal Federal afastou a tese do marco temporal indígena, houve uma atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, com o fito de proteger direitos fundamentais contra agressões oriundas da maioria e do próprio Estado.

Não há que se falar em ativismo, como argumentado por parlamentares com o intuito de justificar o efeito *backlash*.⁶ Essas críticas ao Supremo Tribunal Federal, quando desprovidas de rigor técnico e baseadas em viés puramente ideológico, possuem apenas uma finalidade: enfraquecer a instituição. O que não é saudável para o Estado Democrático de Direito brasileiro, notadamente por reduzir o diálogo interinstitucional entre os poderes.

⁶ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/marcos-do-val-destaca-aprovacao-do-marco-temporal-pela-ccj-e-critica-stf>.

Esse ataque institucional por parte de membros do Poder Legislativo a membros do Poder Judiciário, em especial de pedidos de *impeachment*, motivados por supostas decisões ativistas de Ministros do Supremo Tribunal Federal, cria um campo fértil para que, em um futuro próximo, o Poder Executivo possa agir da mesma forma contra o Poder Legislativo, iniciando uma degeneração democrática, quando o chefe do Executivo vem a colocar a população contra o Judiciário e o Legislativo, os quais passam a serem vilões (Abboud, 2022).

Em tempos de fragilização democrática, o Judiciário precisa ser forte e garantir as regras do jogo democrático, além de garantir o respeito aos direitos fundamentais por parte do Estado e pelas maiorias formadas, em face das minorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passou-se por um momento que pode ser definido como recuo democrático, conforme demonstrado pela Teoria do Pêndulo da Democracia defendida por Arthur Schelesinger Jr. (1999). O Brasil apresenta características de uma democracia frágil: vinda após um regime de exceção, clientelismo político, corrupção e partidos e instituições fracas.

Com isso, o Poder Judiciário possui um importante papel, além de o Judiciário ser garantidor das regras do jogo, seja na democracia forte ou na frágil, também representa instância de manutenção do mínimo de conquistas do processo civilizatório, ou seja, a conquista de direitos fundamentais.

Ocorre que o Poder Judiciário vem sofrendo ataques, os quais se fundamentam em supostas decisões ativistas tomadas por ministros do Supremo Tribunal Federal. Foi o caso da rejeição à tese do marco temporal indígena no Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031)⁷, em que se

⁷ Ao destacar a aprovação do Marco Temporal pela CCJ, o Deputado Federal Marcos do Val (Podemos-ES) declarou: “Ficar sujeito à decisão monocrática de um imperador, e lutar contra o ativismo judicial e pela verdade dos fatos não é e nunca será fácil, mas não vou recuar jamais. A justiça não pode fazer política, não pode legislar. O ativismo judicial não pode existir.” Disponível em: <https://shre.ink/82zu>. Acesso em 22 abr. 24. Conforme noticiado em diferentes canais de comunicação, a bancada ruralista do Congresso Nacional classificou a decisão do Supremo Tribunal Federal, relacionada ao marco temporal, como ativismo. A saber: <https://shre.ink/82RJ>. Acesso em 22 abr. 24. E: <https://shre.ink/82zI>. Acesso em 22 abr. 24.

decidiu a partir de uma proteção aos direitos fundamentais da minoria em face de ataques e agressões perpetrados pelo Estado e pela maioria. A decisão judicial desagradou a classe política e foi objeto de uma retaliação por meio do uso do processo legislativo.

Ademais, embasados nos supostos atos de ativismo praticados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo apresenta diversos pedidos de *impeachment* de membros do Tribunal, além de propostas legislativas com o fito de limitar decisões dos Ministros.

Exemplo disso é a PEC n° 50/2023, que “altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais”.

Quanto à Lei n° 14.701/2023 (Lei do Marco Temporal Indígena), que estabeleceu, entre outras coisas, um marco temporal para o reconhecimento de terras indígenas, tal discussão retornou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de três diferentes ações diretas de inconstitucionalidade.

A ADI n° 7.583 foi apresentada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PcdoB) e pelo Partido Verde (PV), requerendo que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da Lei n° 14.701/2023, adotando assim, em definitivo, o afastamento da tese do marco temporal para a ocupação de terras por comunidades originárias, reconhecendo que o marco temporal não é compatível com a proteção constitucional aos direitos dos povos indígenas aos seus territórios. A ADI 7.582, apresentada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pela Rede Sustentabilidade, requer a inconstitucionalidade da Lei do Marco Temporal, sob o argumento de violação aos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Já a ADC 87 defende a Lei do Marco Temporal, requerendo-se a declaração de constitucionalidade da norma.

As decisões ativistas devem ser criticadas, não havendo que se falar em bom ou mau ativismo, o ativismo é pernicioso ao Estado Democrático de Direito. No entanto, não se deve confundir o ativismo com a concretização da Constituição e a atribuição de sua força normativa (Abboud, 2022).

Deve-se, de igual modo, combater o *backlash* degenerativo, em especial quando motivado pelo combate a um suposto ativismo, o qual tem por intuito apenas afastar decisões que determinado espectro político não concorde, mesmo que não ativistas.

Além dos ruídos causados à democracia, nesse caso em específico da tese do marco temporal, existem abusos praticados pelo Estado e pelas maiorias em face de direitos de uma minoria pouco observada, mas ainda resistente no nosso País, os povos originários indígenas.

Resta aguardar o julgamento de tais ações, e que tal cenário de apontar os Ministros do Supremo Tribunal Federal como inimigos, a partir de pedidos de *impeachment*, criação de leis contrárias àquilo que foi decidido e de outras propostas à limitação de seus poderes, não tenha criado um cenário de inibição dos julgadores, sob pena de se ingressar em uma democracia degenerativa.

Para que se possa reverter o lado para o qual o pêndulo da democracia se move, de erosões para avanços democráticos, o primeiro passo é o fortalecimento das instituições.

A defesa à democracia e às instituições se confundem com ensinamentos indígenas. Segundo Ailton Krenak (1999, p. 27), “você não pode se esquecer de onde você é e nem de onde você veio, porque assim você sabe quem você é e para onde você vai!”. É importante que se lembre de onde viemos, tanto no tocante ao regime autoritário que precedeu a nossa jovem democracia, quanto aos atentados violentos aos direitos dos povos originários no Brasil, para que possamos saber que ainda somos uma frágil democracia e para onde queremos ir, com o fortalecimento de instituições e da democracia, além da busca pela garantia aos direitos fundamentais dos povos originários.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT, 2022.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 1008, out. 2019.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013-2018. **Novos Estudos CEBRAP**, [S. l.], v. 37, n. 2, p. 273-289, 2018.

BAPTISTA, Érica Anita; HAUBER, Gabriela; ORLANDINI, Maiara. Despolitização e populismo: as estratégias discursivas de Trump e Bolsonaro. **Media & Jornalismo**, Belo Horizonte, v. 22, n. 40, p. 105-119, 2022. Disponível em: <https://impactum-journals.uc.pt/mj/article/view/10279>. Acesso em: 04 mai. 2024.

BARRETO JR., Walter. **Bolsonaro e seus seguidores: 1560 frases**. São Paulo: Geração Editorial, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale, EUA: Yale University Press, 1986.

CUNHA JR., Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n. 5, jan.-jun. 2011.

HESSE, Samuel. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. Cambridge University Press, 2015.

KRENAK, A. O eterno retorno do encontro. In: NOVAES, A. **A outra margem do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Flavio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 29-41, jan. 2019.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The cycles of American history**. Boston, EUA: Mariner Book, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?**. Consultor jurídico. Disponível em: <https://shre.ink/82y7>. Acesso em: 11 dez. 2023.

SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?**. Princeton-Oxford, EUA: Princeton University Press, 2009.