

O EFEITO *BACKLASH* E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O MARCO TEMPORAL: Uma Análise a Partir da Teoria da Decisão Judicial de Ronald Dworkin

Marcelino Meleu

Universidade Regional de Blumenau – Furb. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Blumenau/SC, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0003-2567-7248>

Feliciano Alcides Dias

Universidade Regional de Blumenau – Furb. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Blumenau/SC, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0003-4936-9987>

Larissa Aline Maahs

Universidade Regional de Blumenau – Furb. Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Blumenau/SC, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0001-5713-2192>

RESUMO

Este artigo tem por objetivo geral analisar a PEC nº 48/2023, além do entendimento do STF, no julgamento do RE nº 1017365, de modo a verificar se a tese do marco temporal mostra-se íntegra e coerente com o sistema constitucional vigente. Diante disso, questiona se a PEC nº 48/2023, que propõe o marco temporal, além de não se mostrar íntegra e coerente com os princípios constitucionais, não induz a um efeito *Backlash*. A pesquisa é relevante devido à reação de senadores ruralistas que, após a derrota no STF, protocolaram proposta de emenda à Constituição (PEC 48/2023) para validar a tese do marco temporal. Os objetivos específicos são: discorrer sobre a tese do marco temporal e o julgamento RE nº 1017365 do STF; identificar a proposta de emenda constitucional (PEC 48/2023) e o efeito *Backlash*; e, demonstrar a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. Considerando a natureza qualitativa desta pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, e, como procedimentos, a pesquisa bibliográfica e a análise de decisão judicial. Este artigo conclui, a partir da bibliografia analisada, que a PEC nº 48/2023, além de não se mostrar íntegra e coerente com os princípios que regem a sociedade e com a Constituição Federal brasileira de 1988, representa ato de retaliação à decisão do STF.

Palavras-chave: marco temporal; Efeito *Backlash*; teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

**THE BACKLASH EFFECT AND THE SUPREME COURT'S DECISION ON THE TIME FRAME:
AN ANALYSIS BASED ON RONALD DWORKIN'S THEORY OF JUDICIAL DECISION-MAKING**

ABSTRACT

The general objective of this article is to analyze PEC nº 48/2023, in addition to the STF's understanding in the judgment of RE N. 1017365, in order to verify whether the temporal milestone thesis is complete and consistent with the constitutional system in force. This raises the question of whether PEC nº 48/2023, which proposes the time frame, not only fails to demonstrate integrity and coherence with constitutional principles, but also induces a backlash effect. The research is relevant due to the reaction of rural senators who, after the defeat in the Supreme Court, filed a proposal to amend the Constitution (PEC 48/2023) to validate the thesis of the time frame. The specific objectives are: to discuss the temporal milestone thesis and STF judgment RE 1017365; to identify the proposed constitutional amendment (PEC 48/2023) and the Backlash effect; to demonstrate Ronald Dworkin's theory of judicial decision. Considering the qualitative nature of the research, Karl Popper's hypothetical-deductive method will be used, as well as bibliographical research and analysis of judicial decisions. Based on the bibliography analyzed, the article concludes that PEC nº 48/2023, in addition to not showing integrity and coherence with the principles that govern society and with the Brazilian Federal Constitution of 1988, represents an act of retaliation against the STF's decision.

Keywords: time frame; Backlash Effect; Ronald Dworkin's theory of judicial decision-making.

Submetido em: 1/8/2024

Aceito em: 16/1/2025

Publicado em: 29/4/2025

1 INTRODUÇÃO

A “transição democrática”, com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), trouxe a esperança de consolidar um Estado Democrático de Direito no Brasil. Após mais de 35 anos, todavia, percebe-se um retrocesso crescente na realização de direitos garantidos pela Constituição, especialmente em relação às minorias, como no caso dos povos indígenas.

É preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 concedeu direitos significativos aos povos indígenas no Brasil. Dois dispositivos fundamentais são o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam (previsto no artigo 231 da CF/88) e o direito ao pleno exercício de sua capacidade processual para defesa de seus interesses (como descrito no artigo 232 da CF/88) (Brasil, 1988).

Essa mudança na Constituição de 1988 reafirmou os direitos indígenas como direitos fundamentais, reconhecendo as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como direitos originários, consolidando o indigenato, reconhecendo que as comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, conferindo *status* constitucional à capacidade processual dos indígenas.

A Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004 — revogado em 2019 — (Brasil, 2004), bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNESCO, 2009), reafirmam o fim do regime tutelar e estabelecem que cabe aos Estados nacionais assegurar a consulta prévia, livre e informada sempre que medidas legislativas ou administrativas possam afetar diretamente os povos indígenas.

Ocorre que, após o advento da Constituição de 1988, que define que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis, sobreveio a tese jurídica do marco temporal. Segundo essa tese, somente os povos indígenas que já estivessem ocupando uma terra em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, teriam direito de reivindicá-la. Essa tese tem gerado debates e controvérsias, e sua aplicação tem impactos significativos na demarcação de terras indígenas no país, o que justifica a presente investigação.

Assim, em um primeiro momento, este trabalho abordará a tese do marco temporal e o julgamento do RE nº 1017365 no Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2023a). Após, analisará a proposta de Emenda Constitucional nº 48/2023 (Brasil, 2023b) e a eventual incidência do efeito *Backlash*. Por fim, propõe o estudo do tema à luz da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

A hipótese é de que a PEC nº 48/2023, com base na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, além de não se mostrar íntegra e coerente com os princípios que regem a sociedade e com a Constituição Federal brasileira de 1988, constitui ato de retaliação à decisão proferida no julgamento do RE nº 1017365 pelo Supremo Tribunal Federal, ocasionando assim, o chamado efeito *Backlash*.

A pesquisa foi realizada com observância ao método de abordagem hipotético-dedutivo de Karl Popper, e, como procedimentos, a pesquisa bibliográfica e a análise de decisão judicial. O método hipotético-dedutivo possui em comum com o “método dedutivo o procedimento racional que transita do geral para o particular, e com o método indutivo, o procedimento

experimental como sua condição fundante” (Mezzaroba; Monteiro, 2009, p. 68). No método hipotético-dedutivo de Karl Popper, há a verificação do problema, depois a formulação da hipótese de sua solução (conjecturas) e, após a condução do processo de falseamento dessas conjecturas objetivando sua refutação; caso contrário, as hipóteses serão corroboradas provisoriamente (Mezzaroba; Monteiro, 2009, p. 70).

2 A TESE DO MARCO TEMPORAL E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1017365 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) estabelece que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (Brasil, 1988, artigo 231).

Ademais, consta que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas habitadas em caráter permanente, além daquelas utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos naturais e as necessárias à sua reprodução física e cultural (Brasil, 1988, artigo 231, §1º).

O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, em seu artigo 65, estabeleceu o prazo de 5 anos para que o Poder Executivo demarcasse as terras indígenas ainda não demarcadas, o que não foi efetivado (Brasil, 1973, artigo 65). Por esse motivo, foi inserido no Ato das Disposições Transitórias (ADCT) da CF/88, no artigo 67, a determinação de que a União concluísse a demarcação das terras indígenas no prazo de 5 anos a partir de sua promulgação, ou seja, até 1993, o que também não foi cumprido (Brasil, 1988, artigo 67 do ADCT).

Para Hosoya, Brighenti e De Oliveira (2023, p. 7), é lento e possui viés eurocêntrico o processo de reconhecimento e respeito à identidade cultural e demarcação das terras. Os autores destacam que os direitos originários preexistem à chegada dos colonizadores ao continente e, portanto, não foram criados com a CF/88, e esses direitos precisam de reconhecimento.

Ainda, embora a CF/88 tenha avançado em estabelecer o conceito para terras tradicionalmente ocupadas, ela não trouxe as cosmovisões indígenas e não prevê formas de participação desses grupos, situação que inviabiliza a valorização e a apreciação de seus saberes (Hosoya; Brighenti; De Oliveira, 2023, p. 7-8).

A demarcação de uma terra indígena é o meio administrativo que tem por objetivo a garantia do direito à terra. O processo de demarcação, regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96, o qual dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências, compreende as seguintes etapas:

- i) Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai; ii) Contraditório administrativo; iii) Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça; iv) Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incra; vi) Homologação da demarcação, a cargo da Presidência da República; vii) Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-ín-

dios que atendem ao perfil da reforma, a cargo do Incra; viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai (Funai, 2023).

De acordo com o último relatório sobre a violência contra os povos indígenas no Brasil, elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi, 2020), no ano de 2019 as terras indígenas somavam 1.298 áreas, das quais 829 (63%) possuíam alguma pendência do Estado para finalização do seu processo demarcatório e o registro como território tradicional indígena na Secretaria do Patrimônio da União. Não bastasse, das 829 áreas com pendência, um total de 536 áreas (64%) ainda não tiveram nenhuma providência adotada pelo Estado. Assim, somente 408 áreas chegaram à última fase do procedimento administrativo de demarcação (Cimi, 2020).

Segundo Carvalho e Correia (2023, p. 58), considerando que o procedimento de demarcação é o principal meio de efetivação do direito originário ao território dos povos indígenas no Brasil, os dados do relatório aprofundam a vulnerabilidade social imposta aos povos indígenas, que se estende desde o período de colonização europeia. O procedimento de demarcação confronta interesses de atores conflitantes na sociedade, posto que nem os povos indígenas, cujas terras tenham concluído o procedimento de demarcação, deixaram de estar suscetíveis à desapropriação territorial.

Em 2007 foi proposto o PL 490, que já sofreu muitas alterações ao longo dos anos, tendo sido desengavetado em três oportunidades. Ele é defendido pela bancada ruralista e, dentre seu alcance, está o “Marco Temporal”, que prevê a impossibilidade de ampliação das terras que já foram demarcadas e a permissão, por exemplo, de exploração de terras indígenas por garimpeiros e hidroelétricas, além de flexibilizar o contato com os povos isolados. Para Hosoya, Brighenti e De Oliveira (2023), entre outros, a proposta é inconstitucional, pois prevê alterações nos direitos já garantidos dentro da CF/88.

Um caso emblemático em nosso ordenamento foi o da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, demarcada em 1993 pela Funai, mas com a homologação do ato administrativo de demarcação pelo presidente da República somente em 2005. O território enfrentou diversos processos judiciais, alguns promovidos por entes federativos e parlamentares. Em 2009 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da demarcação, mas estabeleceu a tese do marco temporal, que exige a presença dos indígenas no ano de 1988 na área a ser demarcada (Brasil, 2009). Esse entendimento foi, posteriormente, aplicado em processos para anulação de demarcações concluídas e para contestar o reconhecimento do direito à terra pelos povos indígenas (Carvalho; Correia, 2023, p. 58).

No julgamento, portanto, do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal (STF), Recurso Extraordinário nº 3.388/RR, ficou definida a data da promulgação da CF/88 – 5 de outubro de 1988 – como marco insubstituível para o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas às suas terras tradicionais (Brasil, 2009).

Ainda, pela tese do marco temporal é necessária a comprovação do renitente esbulho, caso não seja provado que os indígenas ocupavam as terras objeto da demarcação em 5 de outubro de 1988. Renitente esbulho é o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e que persistiu até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da CF/88, materia-

lizado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada (Carvalho; Correia, 2023, p. 63).

O tema 1.031, de repercussão geral no STF, trata da definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 da CF/88 (Brasil, 2023a). O *Leading Case* é o RE nº 1017365, em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV, LIV e LV, e artigo 231, ambos da CF/88, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Fatma) de área administrativa declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina (Brasil, 2023a).

Em 27 de setembro de 2023, o STF, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial. Na oportunidade foi fixada a seguinte tese:

I – A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II – A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III – *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 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição*; IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República,

por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX – O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X – As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI – As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei (Brasil, 2023) (grifei).

Dessa forma, na decisão supra o STF consolidou a proteção jurídica constitucional dos povos conforme os preceitos da CF/88, abrangendo aspectos como indigenato, função social da propriedade e preservação do meio ambiente. Essa consolidação confere às indígenas prerrogativas jurídicas efetivas, as quais não se configuram como favor ou caridade (Martins; Martins, 2023, *on-line*). Tal entendimento, todavia, está sendo objeto de discussão no parlamento, inclusive com proposta de Emenda Constitucional.

3 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 48/2023 E O EFEITO *BACKLASH*

Após a derrota no STF, também em setembro de 2023, senadores ruralistas protocolaram a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 48/2023, que pretende alterar o §1º do artigo 231 da CF/88, para definir marco temporal de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. No momento, a proposta está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (desde 4/10/2023) para elaboração de relatório pelo relator, senador Esperidião Amin (Brasil, 2023b).

A PEC nº 48/2023 é uma resposta à decisão do STF de rejeitar a tese do marco temporal. O texto do projeto pede a instituição do marco temporal para a demarcação das terras indígenas, considerando o dia da promulgação da CF/88 como baliza para a garantia do direito à terra. Ou seja, somente os povos que estivessem no território em 5 de outubro de 1988 teriam direito à demarcação (Brasil de Fato, 2023).

Segundo Marmelstein (2016, p. 3-5), o *backlash* é um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. A resposta não se dirige diretamente ao fundamento jurídico da decisão, mas à ideologia subjacente ao tema decidido. Por exemplo, se a decisão é conservadora, a reação pode vir de setores progressistas e vice-versa. Atualmente é mais comum um contra-ataque conservador em decisões de jurisdição constitucional consideradas de “vanguarda”.

Para Sunstein (2007), em alguns casos a antecipação de uma indignação pública em relação a uma decisão judicial deve ser levada em consideração pelos magistrados. Essa

posição baseia-se em duas principais razões, sendo uma consequencialista, ocasião em que os juízes devem considerar os potenciais efeitos implacáveis que uma decisão pode gerar caso ela venha a desencadear um forte *backlash* social. Ou seja, os magistrados precisam ponderar as consequências práticas de suas decisões, não se limitando apenas à análise jurídica. Outra, a epistêmica, envolve uma certa humildade por parte dos juízes, o que demanda a consciência dos magistrados de que nem sempre podem ter certeza absoluta sobre o significado correto da Constituição e de suas interpretações.

De acordo com Post e Siegel (2007, p. 376), o efeito “backlash exprime o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo da sua Constituição, mas o backlash também ameaça a independência do direito. O backlash ocorre quando a integridade do Estado de direito entra em conflito com a necessidade de legitimidade democrática da nossa ordem constitucional”¹. Desta forma, uma decisão da Suprema Corte “pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como do objetivo que ela procura promover”² (Sunstein, 1999, p. 59).

Há, portanto, diferentes visões sobre o fenômeno do *backlash* que podem ser compreendidas a partir da tensão entre a elaboração judicial do direito constitucional e os significados constitucionais gerados em outros âmbitos do sistema constitucional. Isso reflete o que Post e Siegel (2007, p. 379) denominam de *Systemic Perspective* (perspectiva sistêmica).

De Britto e Leal (2021, p. 279) afirmam que “a ideia de que pode, o Legislativo, desde que o faça por emenda à Constituição, ter a última palavra quanto à interpretação constitucional, abre espaço para a erosão da ordem jurídica”. A cidadania é a base de uma democracia e, segundo o artigo 1º, II, da CF/88, a República tem como um dos seus fundamentos a cidadania. O Congresso Nacional, ao promover reformas constitucionais – para as quais está autorizado – não pode fazê-las com o propósito, mesmo não revelado, de desmoralizar o Tribunal, humilhá-lo perante os cidadãos constitucionais ou simplesmente desacreditar seus precedentes (De Britto; Leal, 2021, p. 279).

O Regimento Interno do Senado, no artigo 4º, §2º, traz o seguinte compromisso a ser prestado pelo senador no ato de posse: “Prometo guardar a Constituição Federal e as leis do País, desempenhar fiel e lealmente o mandato de Senador que o povo me conferiu e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil” (Brasil, 1970).

O Regimento da Câmara, no artigo 4º, §3º, apresenta compromisso semelhante: “Prometo manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil” (Brasil, 1989).

Assim, todos os congressistas juram no ato da posse que irão defender a Constituição e não a atacar. A PEC nº 48/2023, contudo, nada mais é que uma retaliação à decisão proferida pelo STF no julgamento do Tema 1.031 de repercussão geral. A bancada ruralista, insatisfeita

¹ No original “Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy” (tradução livre nossa).

² Tradução livre nossa.

com a decisão do STF, propôs projeto para instituição do marco temporal, mesmo a decisão do STF estando em consonância com o disposto na CF/88.

4 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE RONALD DWORKIN

Conforme diversas correntes da teoria política, a legitimidade do Estado está fundamentada nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Além desses princípios, Dworkin introduz a integridade como uma quarta virtude, a qual proporciona uma interpretação moral do Direito e demanda coerência nas decisões políticas. Essa integridade refere-se à harmonia entre diferentes concepções de moralidade pessoal, à luz de princípios de moralidade política (Kallás Filho; Carvalho, 2017, p. 59).

Assim, para Dworkin (2014, p. 612-613), o direito está ligado a uma comunidade particular e é feito por seres humanos, em sua maior parte, por meio de decisões. Nesse espaço, a virtude, enquanto moral, envolve uma reunião de normas impostas a todos ou mediante padrões reunidos pela sociedade.

Como, porém, lembram Medrado e Noya (2016), apesar de defender uma interpretação construtiva para uma decisão judicial, Ronald Dworkin não apoia o ativismo judicial. Aliás, o autor cria, segundo a análise dos articulistas, mecanismos para coibir a postura ativista dos magistrados, pois,

Ao contrário do que pregam os seus críticos, Dworkin enfrentou e deu soluções para o problema do poder discricionário do juiz. Bem entendido, Dworkin não é um defensor do ativismo judicial, mas um crítico da inércia do direito que ele diagnosticou no positivismo jurídico. Os positivistas buscaram compreender o direito em sua dimensão mecânica, desvinculada da dimensão principiológica, por isso eles falharam em compreender o direito em sua complexidade. Também por isso, os positivistas não compreenderam que é possível estabelecer critérios para o exercício da jurisdição e assim encontrar uma solução correta para o caso concreto. Entretanto, isso não significa dar ao juiz o poder de ser ativista, mas, ao contrário, é uma busca de firmar os limites do poder jurisdicional segundo uma visão principiológica do direito (Medrado; Noya, 2016, p. 93-107).

O atuar do juiz, a partir da “abertura do Direito à Moral somente é aceitável ‘[...] através da institucionalização de direitos fundamentais (preferências para Dworkin)’” (Motta, 2010, p. 164). Ao discutirmos direitos fundamentais, todavia, é importante reconhecer que estamos lidando com princípios de natureza multidisciplinar que são amplamente reconhecidos na Constituição brasileira. Essa Constituição impõe ao Estado brasileiro a responsabilidade de atender a importantes demandas sociais, incluindo aquelas relacionadas aos Direitos Humanos. Assim, cabe ao Poder Judiciário enfrentar e superar quaisquer desafios ou aspectos negativos que possam surgir em decorrência da aplicação desses direitos (Meleu, 2013, p. 105).

O julgador, como executor das ações do Poder Judiciário, tem a obrigação de defender essa causa (Direitos Humanos). Segundo Ronald Dworkin (2002, p. 1-3), os juristas, quando defendem uma causa, aconselham seus clientes ou elaboram projetos de lei para atender a objetivos sociais específicos, enfrentando desafios técnicos no sentido de que há um acordo

geral entre os membros de sua profissão quanto ao tipo de argumento ou prova que é relevante. Os juristas chamam essas questões recalcitrantes de “relativas à teoria do direito”, e discordam quanto à importância de resolvê-las.

Um jurista preocupa-se com o conceito de infração legal não porque ele não tenha consciência de como os tribunais empregam o termo, ou quais são as regras para determinar quais são as infrações legais, mas porque ele usa o conceito não-jurídico de infração para justificar ou criticar as leis (Dworkin, 2002, p. 5).

Dworkin (2002, p. 6-7) explica que John Chipman Gray e Oliver Wendell Holmes publicaram apresentações céticas do processo judicial, desmascarando a doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes. Tal abordagem foi ampliada nos anos 20 e 30 do século 20, transformando-se no movimento intelectual “realismo legal”. Os líderes do movimento (Jerome Frank, Karl Llewellyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) sustentam que a teoria do direito ortodoxa falhou ao adotar uma abordagem doutrinária.

Os adeptos da teoria do direito ortodoxa tentavam descrever os juízes concentrando-se apenas nas regras mencionadas em suas decisões. Os realistas, por outro lado, consideravam isso um equívoco, alegando que os juízes baseiam suas decisões em suas próprias preferências políticas e morais e, em seguida, selecionam uma regra jurídica apropriada para sua justificação. Os realistas exigiam uma abordagem científica que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade (Dworkin, 2002, p. 6-7).

No livro “Levando os direitos a sério” (2002) Dworkin deixa claro que as ideias jurídicas nunca são somente jurídicas. Ao incorporar uma ideia ou um ideal, está também congregado um ideal político. A teoria de Dworkin é sobre “o que o direito é” e “o que ele deve ser” (Berwig, 2015, p. 207-208).

Dworkin (2002, p. 10) afirma que os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes divergem e que, com frequência, suas decisões refletem sua formação e seu temperamento. Ainda, os juristas não sabem se a divergência deve ser lamentada, aceita como inevitável ou aplaudida como dinâmica, e de que modo tudo isso se vincula às questões cruciais que eles enfrentam, como as da obrigação política e da aplicação da lei.

Os juristas apoiam-se pesadamente nos conceitos correlatos de direito jurídico e obrigação jurídica e os utilizam como base sólida para fazer reivindicações e exigências, bem como para criticar os atos das autoridades públicas. A compreensão sobre esses conceitos, todavia, é frágil e, constantemente, há dificuldade em conceituar direitos e obrigações jurídicas (Dworkin, 2002, p. 23).

O positivismo possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras. Embora nem todo filósofo que é denominado positivista as subscreva da maneira que eu as apresento, elas efetivamente definem a posição geral que desejo examinar. Esses preceitos-chaves podem ser formulados da seguinte maneira: (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público (...). (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”,

de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa (Dworkin, 2002, p. 27- 28).

Para Herbert Hart, uma regra pode ser obrigatória porque é aceita ou porque é válida (*apud* Dworkin, 2002, p. 32-33). A versão do positivismo, defendida por Hart, possui um teste fundamental chamado por Dworkin de teste de origem ou *pedigree*, derivado da regra do reconhecimento, que confere validade às regras. Para esse teste de reconhecimento da validade das regras, não importa o conteúdo da norma (regra), mas seu reconhecimento como válida. A validade está emprestada pela autoridade da instituição que a promulga (Morking; Júnior, 2015, p. 192).

Dworkin argumenta que a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e, então, em nada contribui para a decisão. Assim, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-nada, ou seja, uma orientação é aplicada em detrimento da outra (Dworkin, 2002, p. 39).

Os princípios, por sua vez, enunciam uma razão que conduz o argumento a certa decisão. Além disso, os princípios possuem a dimensão do peso ou importância e, por isso, podem ser balanceados com outros princípios. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (Dworkin, 2002, p. 42).

Apenas regras ditam resultados. A regra é abandonada ou mudada quando se obtém um resultado contrário. Os princípios não, eles inclinam a decisão em uma direção – embora de maneira não conclusiva – e sobrevivem intactos quando não prevalecem (Dworkin, 2002, p. 57).

(...) é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e os juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Esse fato coloca o positivista diante da seguinte difícil escolha. Ele poderá tentar mostrar que os juízes, quando invocam princípios desse tipo, não estão apelando a padrões jurídicos, mas apenas exercitando seu poder discricionário. Ou poderá tentar mostrar que, contrariamente às minhas dúvidas, um teste comumente aceito sempre identifica os princípios que os juízes consideram como fazendo parte do direito e os distingue dos princípios que eles não consideram como tal. Defendi que nenhuma das duas estratégias pode ser bem-sucedida (Dworkin, 2002, p. 73-74).

Os princípios jurídicos entram em conflito e interagem entre si de modo que cada princípio relevante para um problema oferece uma razão a favor de uma solução, mas não

o determina. O juiz enfrenta a tarefa de avaliar esses princípios conflitantes e antagônicos, chegando a uma solução com base nesses princípios em vez de identificar um dentre eles como válido (Dworkin, 2002, p. 114).

A dimensão de peso ou importância dos princípios deve ser avaliada pelo julgador à luz do caso concreto examinado, aplicando-se o princípio que possuir maior peso para uma decisão justa. O princípio, então, fecha a interpretação e limita o poder discricionário (Morking; Júnior, 2015, p. 191-192).

Sobre o julgamento do tema 1.031, de repercussão geral no STF, que possui como Leading Case o RE 1017365, revendo entendimento anterior (sem repercussão geral, mas com aplicação em vários casos), entendeu que a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme previsto no §1º, artigo 231 da CF/88, independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da CF/88 (Brasil, 2023b). A decisão do STF, assim, consolidou a proteção jurídica constitucional dos povos conforme os preceitos da CF/88 (Martins; Martins, 2023, *on-line*).

Com base, todavia, na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, a PEC nº 48/2023, proposta pela bancada ruralista em verdadeiro efeito *backlash* à decisão do STF, com previsão do marco temporal, não se mostra íntegra e coerente com os princípios constitucionais e com a nova visão de mundo da CF/1988. Como a regra do marco temporal não vai ao encontro dos princípios que regem a sociedade e com o sistema constitucional vigente, ela não pode ser aplicada.

A PEC nº 48/2023 é inconstitucional, pois prevê alterações nos direitos já garantidos dentro da CF/88. O Legislativo, apesar de poder propor proposta de emenda à Constituição, não pode fazer isso com o propósito de desmoralizar o Tribunal, pois tal conduta abre espaço para a erosão jurídica (De Britto; Leal, 2021, p. 279).

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que a hipótese do presente trabalho foi confirmada, pois, com base na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, a tese do marco temporal, objeto da PEC nº 48/2023, não é íntegra e coerente com os princípios que regem a sociedade e com a Constituição Federal brasileira de 1988.

Os direitos originários, previstos no artigo 231 da CF/88 em relação aos indígenas, não foram criados, mas, sim, reconhecidos, uma vez que preexistem à chegada dos colonizadores ao continente. Apesar disso, os indígenas continuam sendo vítimas de violações, em especial referente aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, previsto no §1º do artigo 231 da CF/88, com a tentativa de instituição do controverso marco temporal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema 1.031, de repercussão geral, que possui como Leading Case o RE 1017365, entendeu que a proteção constitucional aos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho. Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal abrangeu aspectos como indigenato, função social da propriedade e preservação social do meio ambiente.

O Legislativo, entretanto, em verdadeira retaliação à decisão do Supremo Tribunal Federal (efeito *backlash*), o que abre espaço para a erosão jurídica, propôs a PEC nº 48/2023, que prevê alterações nos direitos já garantidos pela CF/88 aos indígenas.

Como a previsão da PEC nº 48/2023 não se mostra íntegra e coerente com os princípios constitucionais e com a visão de mundo da CF/1988, mesmo caso seja aprovada, suas regras não devem ser aplicadas com base na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, pois estão em dissonância com o sistema constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

- BERWIG, Juliane Altmann. O recurso extraordinário nº 608.482 lido a partir da perspectiva hermenêutica de Ronald Dworkin. In: MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; CRISTIANETTI, Jéssica. *A arena de disputa da teoria do direito no STF*. Porto Alegre: Fi, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388 – RR*. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Brasília. 3 de abr. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1031*. Relator ministro Edson Fachin. Brasília. 27 de set. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 48 de 2023*. Brasília. 21 de setembro de 2023b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160148>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno*. Resolução nº 93, de 1970. Brasília. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/regimento-interno>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno*. Resolução nº 17, de 1989. Brasília. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm.
- BRASIL DE FATO. *Após derrota no STF, senadores ruralistas protocolam PEC para validar tese do marco temporal*. 22 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/09/22/apos-derrota-no-stf-senadores-ruralistas-protocolam-pec-para-validar-tese-do-marco-temporal>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- CARVALHO, Cláudio Oliveira de; CORREIA, Julliana Santos. O marco temporal e a judicialização da demarcação de terras indígenas no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, n. 25, p. 52-78, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/51803>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Relatório violência contra os povos indígena no Brasil*. Dados 2019. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.
- DE BRITTO, Nara Pinheiro Reis Ayres; LEAL, Saul Tourinho. Supremas Cortes e Efeito Backlash: o caso das “Vaquejadas” no Brasil. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano VII, n. XII, p. 273-290, 2021.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 612-613.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FUNAI. *Entenda o processo de demarcação*. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atualizacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- KALLÁS FILHO, E.; CARVALHO, M. M. F. A virtude da integridade para uma teoria da legislação. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, v. 5, n. 10, p. 46-65, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2017.10.46-65>. Acesso em: 17 dez. 2024.

- MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. TERCEIRO SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha, Itália, 2016.
- MARTINS, Robson; MARTINS, Erika Silvana Saquetti. *Tema 1.031 do STF: função social do usufruto de terras indígenas*. Consultor Jurídico. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-06/tema-1-031-do-stf-funcao-social-do-usufruto-de-terras-indigenas/>. Acesso em: 26 jan. 2024.
- MASSARENTI HOSOYA, Laisa; BRIGHENTI, Clóvis A.; DE OLIVEIRA, Osmarina. Território indígena brasileiro e sua relação com as teses do Indigenato, Marco Temporal e Renitente Esbulho. *Tekoa*, [S. l.], v. 3, n. 3, 2023. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/tekoa/article/view/3785>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- MEDRADO, Vitor Amaral; NOYA, Henrique Cruz. Teria Dworkin defendido o ativismo judicial? *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 93-107, jun. 2016.
- MELEU, Marcelino da Silva. *O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORKING, Francelize Alves; JÚNIOR, Dicesar Beches Vieira. Ronald Dworkin e o direito como integridade: uma teoria da decisão judicial aplicada ao direito do trabalho. *Revista Paradigma*, v. 24, n. 1, 2015.
- MOTTA, Francisco J. Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights. Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007, p. 389. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 13 jan. 2024.
- SUNSTEIN, Cass. R. If people would be outraged by their ruling should judges care? *Public Law Working Paper*, University of Chicago, n. 151, 2007, p. 1-65. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=965581. Acesso em: 15 jan. 2024.
- SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. R. Problems With Minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, p. 1.899-1.918, 2006. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/problems-with-minimalism/>. Acesso em: 3 jan. 2024.

Autor Correspondente

Marcelino Meleu

Universidade Regional de Blumenau – Furb

Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

R. Antônio da Veiga, 140 – Itoupava Seca, Blumenau/SC, Brasil. CEP 89030-903

mmeleu@furb.br

A revisão de português deste artigo foi realizada com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por meio da Chamada Pública nº 30/2023 – Programa Editorial – Processo 401194/2024-8.



Este é um artigo de acesso aberto distribuído
sob os termos da licença Creative Commons.

