



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

Marco Temporal Indígena e a Conciliação em Controle Abstrato de Constitucionalidade:
limites, possibilidades e desafios

GIULIA MARIAH PEREIRA OLIVEIROS TAVARES

Brasília
2026

GIULIA MARIAH PEREIRA OLIVEIROS TAVARES

Conciliação no Controle Abstrato de Constitucionalidade e o Marco Temporal Indígena:
limites, possibilidades e desafios

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília (FD-UnB).

Orientador: Professor Doutor Miguel Gualano de
Godoy

Brasília

2026

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor **Miguel Gualano de Godoy**

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB) e Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná (FD-UFPR)

Orientador

Professora Doutora Paula Pereira Pessoa

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)

Examinadora

Especialista André Luiz de Araújo

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (FD-UFPR)

Examinador

AGRADECIMENTOS

Quando eu tinha uns 5 anos perguntei à minha mãe se podia cantar profissionalmente uma língua inventada por mim ou palavras sem sentido. Ao que ela me respondeu que não, pois as pessoas precisavam me entender (certamente não é mulher afeita ao experimentalismo musical). Depois disso, e da percepção de que não tenho ritmo algum, botei na minha cabeça que queria fazer Direito, apesar da inexistência de uma influência familiar no meio. Essa vontade que, na época de vestibular, tornou-se certeza, fez do meu ingresso na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília a realização de um sonho de vida, literalmente. E o caminhar por essa fase da vida, a qual já relembro com saudades, só foi possível pelo em razão do amor, apoio, amizade e união de várias pessoas.

Agradeço à minha mãe, Cida, por ter me dado a liberdade de ser quem eu sou; pela herança do riso solto, que torna a vida mais leve; e pela atenção e cuidados diários, que evocam sempre o sentimento único de pertencimento ao mundo, próprio de quando se é amada e lembrada. Seu amor incondicional me protege. Ao meu pai, Júlio, por ter instilado em mim a consciência do poder transformador da educação e do trabalho duro; pela firmeza realista (às vezes, pessimista) que provocou em mim a vontade de ser mais e melhor; pelas oportunidades de vida que me alçaram a um lugar de privilégio. Ao meu irmão, Gabriel, por abrir caminhos. Amo vocês.

Em seu célebre discurso “Universidade: para quê?”, Darcy Ribeiro disse que “a primeira obrigação da comunidade de professores e alunos da UnB é olhar para frente para prefigurar, aqui e agora, utopicamente, o que, dentro de dez ou vinte anos, a UnB há de ser”. Acredito ter tido o privilégio de conviver com professoras e professores que, movidos por esse espírito utópico e sonhador, engrandecem a Universidade de Brasília e, em especial, a Faculdade de Direito, tornando-a um lócus de excelência, inovação e produção de conhecimento crítico, livre e democrático. A esses docentes, tenho muito a agradecer pela troca e pelo brilho no olhar com que vivem e ensinam o Direito. Registro, assim, meu muito obrigada aos docentes Juliano Zaiden, Cristiano Paixão, Menelick de Carvalho Netto, Paulo Henrique Blair, Beatriz Vargas, Jorge Galvão, Amanda Athayde, Renata Maciel e Daniela Marques.

Agradeço, em particular, ao Prof. Dr. Miguel Godoy, por ter me concedido a honra de ser sua orientanda, pela compreensão nos momentos difíceis e pelo incentivo constante em buscar excelência. Em especial, agradeço imensamente a oportunidade de ter sido sua aluna em STF e Processo Constitucional, não apenas por ter sido o melhor curso da minha graduação, mas também pela inspiração de acompanhar um professor profundamente comprometido com a docência, com o rigor normativo e acadêmico e, sobretudo, com o Brasil. Foi a partir do seu curso que tive a certeza e alegria de seguir no Direito Constitucional. Muito obrigada por confiar em mim. Aproveito também para agradecer os membros da banca que, gentilmente, se dispuseram a avaliar este trabalho em pleno verão.

Não poderia deixar de registrar também minha profunda gratidão pela minha amiga Izabella R. Xavier, que me ensinou o beabá da advocacia e me conduziu a novos voos que eu sequer imaginava serem possíveis. Talvez contaminada pelos vários relatos de ambientes advocatícios hostis, jamais poderia imaginar que a minha chefe no meu primeiro emprego em escritório se tornaria uma amiga tão querida e, mais do que isso, a principal razão para que eu pudesse sonhar outros sonhos. Hoje, tenho a certeza de que é nesses encontros inesperados que a vida se faz e se refaz, sem aviso prévio. Muito obrigada, Izinha. Agradeço, ainda, ao Bruno Lunardi por botar fé em mim e pela ajuda em navegar o mundo complexo da política.

Agradeço imensamente ao Senador Randolfe Rodrigues pela oportunidade ímpar de acompanhar, em primeira mão, as principais discussões sobre o rumo do país. Obrigada por ter acreditado que uma pirralha de 22 anos, com muito gosto pela política e sem parentes importantes, pudesse assessorá-lo no Plenário. Acredito que o seu acolhimento comigo seja, para usar os seus próprios termos, um “significado diagnóstico” da sua convicção de que esforço e comprometimento são capazes de desafiar o *status quo*. Compartilhar essa trajetória com um mandato comprometido com a construção de um país mais justo, igual e fraterno é, sem dúvida, a maior conquista da minha vida. Por isso, em nome dos chefes de gabinete Diego Scardone e Ricardo Leão Dias, agradeço também a todos os colegas do Senado Federal. Diego, muito obrigada pelos ensinamentos e pela inspiração de ser sempre tão gentil, mesmo nos momentos de alta pressão (e, na política brasileira, sabemos que eles são muitos). Dias, muito obrigada pela compreensão e pelo acolhimento. Felizmente, agora posso dar uma resposta positiva à sua pergunta recorrente: “cadê o TCC?”. Tá aqui, finalmente!

A escrita deste TCC, além de um desafio acadêmico, foi também um desafio pessoal, superado com o apoio e o carinho dos meus amigos. Como lembra Clarice Lispector, a ideia do “se eu fosse eu” fala do medo de viver plenamente, a ponto de que, se fôssemos realmente nós mesmos, “os amigos não nos cumprimentariam na rua”. Por isso, quero agradecer àqueles amigos que me permitem ser eu mesma e que, ainda assim, continuam a me cumprimentar na rua. Amo muito vocês.

À Rafaella Bacellar, sem os seus conselhos e questionamentos este trabalho não teria saído. Sua paixão e compromisso pelo Direito são referências para mim. Apesar da falta que vou sentir em gastar litros de gasolina dando volta ao redor da sua casa em conversas noturnas, fico muito feliz de ver você realizando seus sonhos. Obrigada por ser sempre meu colo, cúmplice e ótima companhia, até nos rolês mais errados.

À Amanda Martins Köhler, minha *mamacita*, por ser, literalmente, a pessoa mais engraçada do planeta Terra. Mamacitinha, obrigada por me ouvir sempre, inclusive nas minhas loucuras, pelos conselhos pragmáticos e por ser a pessoa com as histórias mais cativantes da mesa. Sua existência alegria a minha vida.

Aos caras mais incríveis que saíram da SGAS 601. Ao Joaquim Rocha Guedes, meu *neneco*, por ser meu melhor amigo e estar sempre presente apesar da distância geográfica, pelas intermináveis discussões sobre o certo e o errado, ainda que eu invente minhas opiniões na hora, e pelas pernoites na kitnet mais resenha de São Paulo. Ao Igor Torres, pela amizade, pelo gosto compartilhado pela MPB e pela inspiração em seguir os sonhos. Ao Gabriel Seabra, revelando sua faceta escondida, por ser tão carinhoso e paciente e por ter me acolhido nas minhas infinitas lamúrias ao longo do ano. Ao Alexandre Raposo, pelas horas de conversa sobre tudo e nada. Ao Pedro Sydrião, por ser tão parceiro e amável.

À Júlia Fidanza, por ter entrado na minha vida no momento que mais precisava e por compartilhar comigo o processo de escrita. Ao Pedro Antônio Matos, pela companhia nos estudos e pelo entusiasmo leve e resolutivo com que encara a vida, fazendo as coisas parecerem sempre fáceis e próximas.

Ao Alexsander Bispo, de mentor à *imagine all the people* em tempo recorde. Obrigada por sempre me botar para cima.

À Hanna Brito, com quem, apesar da sazonalidade dos encontros, sei que sempre posso contar.

Também agradeço aos amigos cujas trocas me enriquecem e cuja companhia resgata a potência do encontro e da partilha (me lembrando, a cada dia, que minha extroversão e meu afeto só encontram sentido na presença do outro). Agradeço a Bella Alarcão, Isabela Clímaco, Gabriela Dantas, João Victor Freitas, Pedro Paulo Marques, Artur Seppa, Juliana Scandiuizzi, Daniel Vianna, Duda Lima, Vitor Borges, Humberto Souto, Victor Caetano e Fernanda Freitas, Lorenzo Mainardes, Hugo Marques, Clara Furtado e Diego Matos.

A Universidade de Brasília foi, para mim, muito mais que uma sala de aula: foi o lugar da experimentação e do coletivo. Levo daqui uma vivência que, no futuro, narrarei com saudosismo aos meus filhos. Tudo isso graças aos encontros que a Faculdade de Direito me proporcionou no desespero compartilhado antes das provas, nas conversas nos bancos do pilotis, nas bebedeiras das festas universitárias, na dedicação aos projetos de extensão e nas trocas amigas dentro da sala de aula. Por isso, tenho muito a agradecer a todos e todas que de uma forma ou de outra fizeram a minha graduação ser mais agradável. Muito obrigada Letícia Rejane, Mariana Lima, Vítor Larrosa, Marcos Teixeira, Pablo Matheus, Caio Ruggiero, Ana Clara Carvalho, Gustavo Henrique Lemos, Gyovanna Eduarda, José Henrique Lavocat, Eduardo Gallotti, Luiz Gallotti, Maria Clara Leitão, Luiz Henrique, Maria Eduarda Ferraz, Pedro Trajano, Letícia Cunha, Iara Mussel, Tenesse Braga, Roney Olímpio e Igor Caldas. E um agradecimento especial ao Lucas Orsi, que, além de ser uma inspiração na área, sem saber, me introduziu ao Direito Constitucional: foi o medo de que ele achasse meus trabalhos de História do Direito ruins que me fez estudar o suficiente para me apaixonar pela matéria.

Por fim, agradeço à Luna Boianovsky, que acompanhou de perto minha trajetória desde o bar dos calouros. Obrigada pelos momentos de identificação e admiração, os quais me ajudaram a moldar quem me tornei hoje, seis anos após a Estação 102.

“Tudo que diz respeito ao humano, suas vidas, suas criações, me importam supremamente. Dentro do humano, o povo brasileiro, seu destino, é o que mais me mobiliza. Nele, a ínvia indianidade brasileira, que consegue milagrosamente sobreviver. Mas, sobretudo, a massa de gente nossa, ainda em fusão, esforçando-se para florescer numa nova civilização tropical, mestiça e alegre.”¹

“A vida me fez de vez em quando pertencer, como se fosse para me dar a medida do que eu perco não pertencendo. E então eu soube: pertencer é viver.”²

¹ Trecho do texto “Fala aos Moços”, de Darcy Ribeiro. Publicado na Revista Carta nº 12 em agosto de 1994.

² Trecho da crônica “Pertencer”, de Clarice Lispector. Publicada no livro “A Descoberta do Mundo” em 1984.

RESUMO

O presente trabalho analisa os limites jurídico-constitucionais da conciliação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a partir do estudo do caso do marco temporal indígena e da comissão de conciliação instituída pelo Supremo Tribunal Federal no contexto das ações que questionam a Lei nº 14.701/2023. Parte-se da constatação de que a ampliação de mecanismos consensuais na jurisdição constitucional, embora apresentada como resposta pragmática à judicialização de conflitos estruturais, tensiona pressupostos centrais do modelo concentrado, especialmente a natureza objetiva do processo, a indisponibilidade de direitos fundamentais e o dever indelegável da Corte de exercer a guarda da Constituição. Sustenta-se que tais tensões se agravam quando a conciliação incide sobre direitos fundamentais de minorias historicamente vulnerabilizadas, como os direitos territoriais indígenas. A pesquisa desenvolve-se em três eixos principais: (i) a reconstrução histórico-constitucional da trajetória dos direitos indígenas no Brasil, do indigenato à Constituição de 1988 e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; (ii) investigação sobre a tramitação da Lei 14.701/2023 a partir da teoria da legislação; e (iii) a análise crítica da conciliação em controle abstrato, com especial atenção às disfuncionalidades institucionais decorrentes da tentativa de composição prévia ao julgamento de mérito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Conciliação constitucional; Marco Temporal; Controle Abstrato; Direitos Indígenas.

ABSTRACT

This study examines the constitutional and procedural limits of conciliation within abstract constitutional review, based on the analysis of the indigenous temporal framework case and the conciliation commission established by the Supreme Federal Court in the context of actions challenging Law No. 14701/2023. It starts from the premise that the expansion of consensual mechanisms in constitutional adjudication, although presented as a pragmatic response to the judicialization of structural conflicts, strains core assumptions of the centralized review model, particularly the objective nature of the proceedings, the non-disposability of fundamental rights, and the Court's non-delegable duty to act as guardian of the Constitution. These tensions are exacerbated when conciliation affects the fundamental rights of historically marginalized minorities, such as indigenous territorial rights. The research is structured around three main analytical axes: (i) a historical-constitutional reconstruction of the trajectory of indigenous rights in Brazil, from the theory of *indigenato* to the 1988 Constitution and the jurisprudence of the Supreme Federal Court; (ii) an investigation into the legislative process of Law No. 14701/2023 through the lens of legislative theory; and (iii) a critical analysis of conciliation in abstract constitutional review, with particular attention to the institutional dysfunctions arising from attempts at consensual resolution prior to a decision on the merits.

Keywords: Supreme Federal Court; Constitutional conciliation; Temporal framework (Marco Temporal); Abstract constitutional review; Indigenous rights.

SUMÁRIO

<u>I. INTRODUÇÃO</u>	15
<u>II. DO INDIGENATO AO MARCO TEMPORAL: A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</u>	20
<u>II.1. DO IMPÉRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1934</u>	22
<u>II.2. A TEORIA DO INDIGENATO NO SÉCULO XX: RECONHECIMENTO E DISPUTAS INTERPRETATIVAS</u>	26
<u>II.3. DIREITOS INDÍGENAS SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988: AVANÇOS NORMATIVOS E RETROCESSOS JURISPRUDENCIAIS</u>	31
<u>II.4 O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1031: A REVISÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL</u>	51
<u>III. A TRAMITAÇÃO DA LEI Nº 14.701, DE 2023 NO CONGRESSO NACIONAL: TEORIA E PRINCÍPIOS DA LEGISLAÇÃO:</u>	63
<u>III.1. A RETOMADA DO PL Nº 490, DE 2007 E A FORMAÇÃO DA LEI Nº 14.701, DE 2023 EM CONTEXTO DE CONFLITO INTERINSTITUCIONAL</u>	65
<u>III.2. A RACIONALIDADE LEGISLATIVA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: AVALIAÇÃO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO NA LEI 14.701, DE 2023</u>	73
<u>IV. A ADC Nº 87 E A ADI Nº 7582 E A CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: DISFUNCIONALIDADES E EXTRAPOLAÇÕES</u>	95
<u>IV.1. A LEI 14.701, DE 2023 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A COMISSÃO ESPECIAL DE CONCILIAÇÃO</u>	97
<u>IV.1.A. A PREVENÇÃO DA RELATORIA DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1031</u>	102
<u>IV.2. A NATUREZA DO CONFLITO CONSTITUCIONAL E OS RISCOS DA RAZÃO PRIVATISTA: LIMITES DOUTRINÁRIOS À CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO</u>	104
<u>IV.3. A IMPOSSIBILIDADE DE CONCILIAR APENAS EFEITOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO</u>	125
<u>IV.4. A ESFERA DO INDECIDÍVEL E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES MATERIAIS À AUTOCOMPOSIÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO</u>	139
<u>IV.5. DÉFICITS DE REPRESENTATIVIDADE E ASSIMETRIA DE PODER: OS RISCOS DA CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</u>	152
<u>IV.6. PARÂMETROS NORMATIVOS PARA A CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO E A RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO STF</u>	162

<u>V. CONCLUSÕES</u>	177
<u>VI. REFERÊNCIAS</u>	183

I. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional brasileira atravessa um período de aguda transformação, caracterizado por uma tensão dialética entre a judicialização de conflitos políticos estruturais e a busca por novas bases de legitimidade para as decisões da Suprema Corte. Não raras vezes, o Supremo Tribunal Federal (STF) é instado a decidir sobre desacordos morais profundos e disputas interinstitucionais que tensionam os limites da separação de poderes, ao menos na formulação de sua teoria tradicional. É nesse cenário de judicialização estrutural e de crise de legitimidade decisória que a ampliação do uso de mecanismos consensuais na jurisdição constitucional tem sido apresentada, nos últimos anos, como resposta pragmática à complexidade crescente dos conflitos constitucionais contemporâneos. Em um contexto marcado por elevada polarização política, multiplicidade de atores institucionais e disputas estruturais de longo prazo, a conciliação surge como instrumento potencialmente apto a produzir soluções dialogadas, reduzir tensões entre Poderes e conferir maior estabilidade às decisões judiciais.

Essa racionalidade, contudo, quando transposta para o controle abstrato de constitucionalidade, desafia pressupostos centrais do modelo concentrado, notadamente a natureza objetiva do processo, a indisponibilidade de direitos fundamentais e o dever indelegável do Supremo Tribunal Federal de exercer a guarda da Constituição. A tensão torna-se ainda mais aguda quando a conciliação incide sobre controvérsias que envolvem direitos fundamentais de minorias historicamente vulnerabilizadas e a própria definição do conteúdo normativo constitucional. Nesses casos, a consensualidade deixa de operar como simples técnica procedimental e passa a interferir diretamente na estrutura decisória do controle concentrado, no alcance das decisões constitucionais e na autoridade normativa da Corte. O problema que se coloca, portanto, não é meramente instrumental, mas estrutural: trata-se de compreender se, e em que condições, a conciliação pode ser compatibilizada com a lógica do controle abstrato sem produzir tutela deficiente, assimetrias decisórias ou erosão da força normativa da Constituição.

Diante desse tensionamento político, jurídico e institucional, a controvérsia em torno dos direitos territoriais indígenas, plasmada na tese do marco temporal, ganha contornos ainda mais sensíveis. O conflito em questão não é apenas fundiário ou antropológico; trata-se de um

embate eminentemente constitucional e institucional, que incide sobre direitos materialmente fundamentais historicamente associados à função contramajoritária da Constituição e à própria ideia de limite ao poder político. De um lado, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema nº 1.031 da Repercussão Geral, rejeitou a tese do marco temporal, reafirmando o caráter originário dos direitos indígenas. De outro, o Congresso Nacional, em reação legislativa imediata, fenômeno que a doutrina classifica como *backlash*, promulgou a Lei nº 14.701/2023, restabelecendo o marco temporal e impondo restrições ao usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas.

A opção da Corte por instaurar um procedimento conciliatório antes da definição do mérito constitucional deslocou para um espaço consensual questões centrais relativas à validade da norma, à extensão dos direitos territoriais indígenas e aos limites da atuação legislativa diante de entendimentos anteriormente firmados pelo próprio Tribunal. O caso revela, de forma paradigmática, os riscos decorrentes da inversão do roteiro decisório tradicional do controle abstrato, no qual a tentativa de composição antecede a fixação dos parâmetros normativos constitucionalmente indisponíveis. Em meio a celebração de uma nova técnica de decisão, em tese, dialógica e o entusiasmo intrínseco ao que é novo e inovador, importa refletir até que ponto o Tribunal pode transigir normas constitucionais e se a pacificação social, um dos fins da jurisdição, pode ser lograda a partir da relativização de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas.

À vista disso, o problema central que orienta esta pesquisa consiste em indagar quais são os limites jurídico-constitucionais e procedimentais da conciliação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, especialmente quando estão em jogo direitos fundamentais indisponíveis e a definição do próprio conteúdo normativo da Constituição. A partir da experiência da comissão de conciliação instituída pelo STF para tratar da Lei nº 14.701/2023, investiga-se se a adoção de mecanismos consensuais antes da definição do mérito constitucional é compatível com a natureza objetiva do controle concentrado e com o dever da Corte de exercer, de forma indelegável, a função de guarda da Constituição.

Para operacionalizar essa investigação e evitar dispersão teórica, o problema desdobra-se em três eixos analíticos estruturantes. Em primeiro lugar, examina-se em que medida a natureza objetiva do controle abstrato e a teoria dos direitos fundamentais impõem limites materiais à autocomposição constitucional. Em segundo lugar, analisa-se se é

juridicamente possível dissociar, em sede de conciliação prévia, o juízo de validade constitucional do juízo de eficácia ou de gestão de consequências. Por fim, investiga-se quais são os custos institucionais e democráticos decorrentes da adoção de práticas consensuais em contextos marcados por assimetria de poder decisório e déficits de representatividade, como ocorre nos litígios envolvendo direitos indígenas.

A hipótese sustentada neste trabalho é a de que a conciliação no controle abstrato de constitucionalidade só é admissível depois de uma decisão de mérito que fixe parâmetros normativos claros e delimite o conteúdo constitucionalmente indisponível. Sustenta-se que o caso do marco temporal evidencia as disfuncionalidades institucionais de inverter esse roteiro: ao deslocar a conciliação para um momento anterior à declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal produz uma tutela deficiente dos direitos fundamentais, exacerba a assimetria decisória em desfavor dos grupos vulneráveis e enfraquece sua própria autoridade constitucional, transformando a Constituição em objeto de barganha política.

Para enfrentar essa problemática, o trabalho foi estruturado em três capítulos analíticos, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro deles dedica-se à reconstrução histórico-constitucional da política indigenista e dos direitos territoriais indígenas no Brasil, partindo do período imperial e avançando até a Constituição de 1988 e a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal. Essa retomada histórica não cumpre função meramente descritiva, mas desempenha papel metodológico central: a interpretação constitucional não ocorre no vácuo, sendo resultado de um processo marcado por avanços e retrocessos, disputas de sentido e rearranjos institucionais que iluminam as escolhas interpretativas do presente. Ao evidenciar a persistência de lógicas assimilacionistas, expropriatórias e economicistas ao longo do tempo, o capítulo demonstra como o marco temporal se insere em uma trajetória histórica de contenção e relativização dos direitos indígenas, apesar das rupturas promovidas pelo constitucionalismo pluralista de 1988.

Nesse capítulo, examina-se inicialmente o tratamento conferido aos povos indígenas no período imperial e nas primeiras constituições republicanas, com destaque para a formação da teoria do indigenato e para a progressiva constitucionalização dos direitos territoriais. Em seguida, analisa-se o papel da Constituição de 1988 como marco de ruptura normativa, ao reconhecer os direitos originários dos povos indígenas e consagrá-los como direitos materialmente fundamentais. Por fim, o capítulo aborda a construção jurisprudencial do

Supremo Tribunal Federal, com especial atenção ao caso Raposa Serra do Sol e ao Tema de Repercussão Geral nº 1031, evidenciando as ambiguidades e inflexões interpretativas que culminaram na reação legislativa materializada na Lei nº 14.701/2023.

O segundo capítulo examina, à luz da teoria da legislação, a tramitação da Lei nº 14.701/2023, com base em notas taquigráficas, pareceres e registros de deliberação, para avaliar a qualidade justificativa e a integridade procedimental do processo legislativo. A partir de categorias como racionalidade legislativa e publicidade deliberativa, identifica-se se a vontade institucional do Parlamento se formou sob condições adequadas de debate e enfrentamento de objeções relevantes. Sustenta-se que a aprovação ocorreu em contexto de reação ao julgamento do Tema nº 1.031 pelo STF, assumindo feições de backlash e sendo, em pontos decisivos, instrumentalizada como retaliação institucional. Com isso, a lei teria produzido um “fato consumado” normativo destinado a deslocar a disputa para o controle abstrato, com impactos sobre parâmetros constitucionais sensíveis, especialmente em matéria de direitos indígenas.

O terceiro capítulo concentra-se na análise da conciliação em sede de controle abstrato de constitucionalidade e no estudo de caso da Lei nº 14.701/2023 no Supremo Tribunal Federal, tomando como eixo empírico as ações ADI nº 7.582 e ADC nº 87, bem como os processos a elas apensados. O capítulo descreve a judicialização da lei e a decisão do Ministro Relator de suspender o andamento das ações para instaurar a mesa de conciliação, detalhando a mecânica processual adotada. A partir dessa reconstrução empírica, desenvolve-se uma análise crítica dos limites doutrinários e institucionais da conciliação no controle abstrato, abordando a inadequação da lógica privatista, a impossibilidade de conciliar apenas efeitos antes do julgamento de mérito, a indisponibilidade dos direitos fundamentais e os déficits de representatividade e assimetria de poder que marcam esse tipo de procedimento.

Na parte final do terceiro eixo, o trabalho avança para uma dimensão propositiva, sistematizando parâmetros normativos e procedimentais para a admissibilidade da conciliação no controle abstrato de constitucionalidade. Essas propostas visam não apenas corrigir as disfuncionalidades identificadas no caso concreto, mas contribuir para o aprimoramento da prática decisória e, por conseguinte, para o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal, preservando sua autoridade constitucional, sua legitimidade democrática e sua função contramajoritária de proteção de direitos fundamentais.

Metodologicamente, a pesquisa adota abordagem jurídico-dogmática, com apoio em análise institucional e estudo de caso. Inicialmente, procede-se à reconstrução histórico-constitucional do regime jurídico dos direitos territoriais indígenas e da formação da controvérsia em torno da tese do marco temporal, com o objetivo de contextualizar o conflito e explicitar sua densidade constitucional. Em seguida, desenvolve-se uma análise normativa e institucional da conciliação no controle abstrato de constitucionalidade, à luz da natureza objetiva desse modelo de controle e de seus limites estruturais. Por fim, realiza-se estudo de caso da comissão de conciliação instaurada no âmbito das ações de controle concentrado relativas à Lei nº 14.701/2023, a partir da análise de decisões judiciais, despachos, atas, manifestações das partes e propostas apresentadas no curso do procedimento. A avaliação do caso é guiada por categorias analíticas como indisponibilidade de direitos fundamentais, assimetria de poder decisório, separação entre juízo de validade e juízo de eficácia e custos institucionais da jurisdição constitucional.

Ao articular esses elementos, o trabalho busca contribuir para o debate contemporâneo sobre os limites da consensualidade na jurisdição constitucional, defendendo que a abertura ao diálogo e à negociação não pode ocorrer à custa da erosão dos parâmetros normativos que sustentam a Constituição como prática jurídica vinculante e como instrumento de proteção contramajoritária de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que aponta caminhos institucionais concretos para o aprimoramento da atuação do Supremo Tribunal Federal.

II. DO INDIGENATO AO MARCO TEMPORAL: A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Não são apenas os índios, mas também os brancos, que estão ameaçados pela cobiça de ouro e pelas epidemias introduzidas por estes últimos. Todos serão arrastados pela mesma catástrofe, a não ser que se compreenda que o respeito pelo outro é a condição de sobrevivência de cada um.”³

Este capítulo, dividido em quatro seções, destina-se a apresentar um panorama sobre o tratamento jurídico-constitucional conferido aos povos indígenas ao longo do tempo. Na primeira seção (II.1) examina-se como os povos originários, sobretudo no que tange aos direitos territoriais, permeavam as discussões do Império e o imaginário dos colonos, cujas concepções fluíam entre a defesa do “bom selvagem”, importada de Jean-Jacques Rousseau, e o rompante exterminador do projeto de interiorização do país.

Na segunda seção (II.2), explora-se a incorporação da teoria do indigenato ao texto constitucional a partir de 1934, marcada pela permanência de uma lógica assimilacionista. Também se examina a evolução do tratamento jurídico-constitucional das terras indígenas nas constituições posteriores, destacando os principais marcos e disputas interpretativas no século XX.

Na terceira seção (II.3), examina-se a Constituição de 1988, que, por meio do art. 231, consagrou os direitos territoriais, sociais e organizacionais dos povos indígenas, com base no princípio do pluralismo cultural. Ainda, será analisada a emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388), ocasião marcada pela guinada interpretativa em prol da tese do marco temporal.

Por fim, a quarta seção (II.4) será reservada ao exame do Tema de Repercussão Geral nº 1031, discutido no *leading case* do Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365/SC. Objetiva-se comprovar que o entendimento rechaçando o marco temporal, em 2023, configura, a um só tempo, ponto de inflexão na relação Supremo e Parlamento e o prenúncio do esvaziamento dos direitos fundamentais dos povos indígenas.

³ Epígrafe de Claude Lévi-Strauss à Davi Kopenawa e Bruce Albert. A Queda do Céu: Palavras de um xamã yanomami. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 07.

O propósito desta seção é construir um arcabouço jurídico e histórico que subsidie a discussão sobre os discursos proferidos no âmbito do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal quanto aos direitos dos povos indígenas, sobretudo os direitos territoriais. Para fins deste trabalho, reputa-se extremamente valiosa a compreensão da luta indígena no Brasil por dois motivos.

O primeiro deles é a que a história do Direito e da política indigenista muito nos ensina. Conforme leciona Cristiano Paixão, o Direito, enquanto campo do saber diferenciado e com regras próprias, visa o futuro, e para tal, precisa, no presente, “preencher a distância entre passado e futuro”. Precisamente por esta razão, cada norma que integra o sistema jurídico e suas respectivas interpretações e aplicações são resultados do constante processo de produção de sentido, o qual define e redefine o próprio ordenamento jurídico.⁴ Por óbvio, este processo não acontece no vácuo, de modo que, não raro, estamos entre um passado que nos invade e insiste em se impor e um futuro obstruído.⁵ Daí decorre a importância de saber a luta indígena e a posição do Estado brasileiro no decurso do tempo, justamente porque os discursos renovam-se na forma, mas mantêm um conteúdo bastante similar: de primazia dos interesses econômicos e latifundiários dos brancos. Nesse contexto, o futuro dos povos indígenas não se concretiza, relegando-os a um eterno *déjà vu*.

O segundo deles é a compreensão de que a história da democracia constitucional é uma história de avanços e retrocessos. Em verdade, elucidam Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Scotti, nos constituímos sob fundamentos instáveis, a partir de constructos sociais frágeis, e, precisamente por isso, precisamos reconhecer tais fundamentos como “conquistas históricas discursivas”, suscetíveis às mudanças, retrocessos e manipulações. Para os autores, o desafio do Direito Constitucional é, mesmo diante da racionalidade limitada, promover o “reencantamento” com o Direito, com a democracia e com os direitos fundamentais⁶. Assim, a

⁴ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte no Brasil: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze: Università degli Studi di Firenze, n. 43, p. 420, 2014.

⁵ PAIXÃO, Cristiano. Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito, p. 83. In: *As Formas do Direito, Ordem Razão e Decisão (Experiências Jurídicas Antes e Depois da Modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013. Na obra, Paixão aborda o conceito de “regime de historicidade”, teorizado por François Hartog, que se consubstancia na relação entre passado, presente e futuro e o relevo atribuído pela sociedade a cada um. Nesse sentido, valendo-se de Hartog, teoriza que o século XX contempla o regime de historicidade contemporâneo, uma nova experiência temporal na qual o futuro é temerário e há descrença no horizonte de opções.

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 25-3

um só tempo, o conhecimento da história enseja o reconhecimento de possíveis abusos e manipulações ao direito e do Direito e permite seu reencantamento pela indicação de soluções e caminhos que reforcem, ampliem e assegurem os direitos fundamentais.

II.1. DO IMPÉRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1934

Do século XVI ao XIX, os povos indígenas, especificamente as comunidades aliadas, integravam a política estatal a partir dos aldeamentos, que, a priori, eram organizados pelos jesuítas. Apesar disso, os aldeamentos estavam alinhados à política estatal das sesmarias, cujo objetivo capital era promover o cultivo e impedir o esvaziamento do interior. Nesse contexto, o arranjo de aldeias, operado a partir da lógica do “descimento”, isto é, dos deslocamentos dos indígenas, exercia tripla função: i) garantir proteção e acesso à terra para os indígenas; ii) convertê-los em súditos cristãos; iii) liberar mão de obra para os colonos.⁷

Nesse sentido, a vinculação entre Igreja e Estado na subjugação dos indígenas repousa na noção de que a subserviência precisa ocorrer em todos os planos. Manuela Carneiro, ao fazer a alusão à crônica portuguesa de Pero de Magalhães de Gândavo⁸, afirma que a ausência de fé, lei, rei e razão política são faces da mesma moeda: a autonomia e liberdade daqueles que se intentavam dominar.⁹

Assim, como é de praxe desde a chegada dos brancos, os indígenas faziam, da maneira que podiam, dos aldeamentos um local de resistência cultural e “recriação de identidades”¹⁰, em meio a um ambiente hostil ao seu modo de viver e se organizar, sobretudo considerando a

⁷ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 111-112, 2018.

⁸ Em obra publicada em 1576, o cronista português Pero de Magalhães de Gândavo, escreveu que, ao falar da língua dos povos indígenas, que “a língua de que usam, toda pela costa, é uma: ainda que em certos vocábulos difere em algumas partes; mas não de maneira que se deixem uns aos outros de entender: e isto até altura de vinte e sete graus que daí por diante há outra gentildade, de que nós não temos tanta notícia, que falam já outra língua diferente. Esta de que trato, que é geral pela costa, é muito branda, e a qualquer nação fácil de tomar. Alguns vocábulos há nela de que não usam senão as fêmeas, e outros que não servem senão para os machos: carece de três letras, convém a saber, não se acha nela F, nem L, nem R, cousa digna de espanto porque assim não tem Fé, nem Lei, nem Rei, e desta maneira vivem desordenadamente sem terem além disto conta, nem peso, nem medida. GÂNDAMO, Pero de Magalhães. Tratado da terra do Brasil: história da província Santa Cruz, a que vulgarmente chamamos Brasil. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2008. p. 134 (Edições do Senado Federal; v. 100).

⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle). (Agenda Brasileira), p. 55.

¹⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 117

alta densidade sem estrutura e provisões necessárias. Não por outra razão, este período, conforme ressalta Manuela Carneiro, foi uma política “particularmente nefasta”, que propiciou o surgimento de epidemias.¹¹

À época, a preocupação colonial em relação às terras indígenas era subsidiária, sendo destinados mais esforços ao aliciamento de mão de obra e à inclusão - a partir do processo de aculturação forçada - dos indígenas na sociedade. Veja-se, inclusive, que não obstante o contexto da concentração latifundiária em razão das sesmarias, a legislação colonial editou o Alvará de 1º de abril de 1680, que aduziu:

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”

Este foi o dispositivo inaugural da tese do direito originário às terras indígenas, posteriormente retomado como alicerce da tese do indigenato, mas não o único. Em 1775, editou-se o Diretório dos Índios com o fito de dissolver, ao menos normativamente, as diferenças entre os indígenas e o restante dos súditos da Coroa para integrá-los na sociedade. Todavia, o Alvará Régio foi novamente reproduzido, inclusive com a previsão de que eram de posse indígena as terras a eles concedidas, sendo vedada sua perturbação¹².

A partir do século XIX, sobretudo depois da independência, há uma guinada na política indigenista: as terras indígenas passam a ser objeto de ganância e cobiça, enquanto a mão de obra torna-se tema secundário.¹³ Nesse contexto, a atuação da Corte era, em certa

¹¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle). (Agenda Brasileira), p. 12.

¹² ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 114-115, 2018.

¹³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle). (Agenda Brasileira), p. 18. Ver também: ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 118, 2018.

medida, dissimulada, pois operava em duas frentes paradoxais. A primeira delas é a tentativa de formar uma nação de um povo livre, em que o indígena era visto como símbolo nacional, endossado pela figura do “heroísmo indígena” do romantismo de José de Alencar e Gonçalves Dias¹⁴. No entanto, similarmente ao povo negro após a abolição da escravidão, essa “cidadania” enquanto igualdade jurídica, na verdade, não se materializou em nenhum aspecto da vida em sociedade, sendo a população das comunidades indígenas relegada à marginalização e à invisibilidade política¹⁵. A segunda é a diferenciação, feita pela diretriz dada na Constituição de 1824, entre os “índios mansos” e os “índios bravos”¹⁶, os primeiros, já que incorporados na sociedade, poderiam ter seus aldeamentos extintos, espaço então destinado apenas para a segunda categoria, com o objetivo de concentrá-los, desocupando o interior.¹⁷

Com efeito, a promulgação da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 - a Lei das Terras - representou marco decisivo na reorganização da propriedade fundiária brasileira. Com ela, houve a transição formal do domínio das terras do Estado imperial para a propriedade privada, mediante compra. Um de seus principais efeitos foi a categorização de “terras devolutas”, que, esclarece Júlio José Araújo Júnior, são caracterizadas pela ausência de títulos jurídicos legítimos, e não pelas condições de ocupação¹⁸.

No que concerne às comunidades indígenas, a Lei das Terras dispõe apenas sobre a reserva das terras devolutas à colonização. No entanto, atos posteriores preencheram algumas lacunas. A Decisão nº 92, de 21 de outubro de 1850, do Ministério do Império, assentou que o

¹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle). (Agenda Brasileira), p. 16-17. Ver também: ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 118, 2018. Ver também: CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o STF e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856 - 1923). In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Índios, direitos originários e territorialidade. Gustavo Kenner Alcântara, Lívia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia (orgs.). Brasília: ANPR, 2018. p. 179.

¹⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 119, 2018.

¹⁶ Categorização feita por Manuela Carneiro CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle). (Agenda Brasileira), p. 61.

¹⁷ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 119-121, 2018.

¹⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 122, 2018.

Império não reconhecia o vínculo dos indígenas com suas terras, determinando que elas fossem incorporadas ao patrimônio dos “nacionais”, por não mais servirem ao fim original, qual seja, o aldeamento. Ato contínuo, o Decreto nº 1.318, de 1854, imbuído da lógica colonialista, destinou apenas às “hordas selvagens” a possibilidade de criação de aldeamentos em terras devolutas. Essas áreas, destinadas exclusivamente ao usufruto indígena, seriam inalienáveis, embora essa proteção estivesse condicionada ao “grau de civilização” atribuído aos indígenas, permitindo, portanto, o esvaziamento futuro dessas garantias¹⁹. Aqui, o conceito de “terras reservadas” pode ter dupla interpretação: se de um lado remetia às terras originariamente ocupadas pelos povos indígenas, de outro passou a se aplicar também àquelas definidas pela administração imperial como apropriadas para aldeamento²⁰.

A partir de 1860, leis sucessivas facilitaram a perda das terras indígenas. Primeiro, a Lei 1.114, de 27 de setembro de 1860 permitiu a venda parcial das aldeias, com pequenos lotes para os indígenas. Depois, o Decreto nº 2.672, de 20 de outubro de 1875 autorizou a alienação total das aldeias extintas, exigindo dos indígenas o ônus da regularização de suas posses. Por fim, com a Lei nº 3.348, de 20 de outubro de 1887, as terras de aldeias extintas foram transferidas aos governos locais. Note-se, portanto, um processo sistemático de espoliação de terras.²¹

Inicialmente, os povos indígenas eram compulsoriamente aldeados e deslocados de seus territórios ancestrais. Em seguida, áreas de suas aldeias eram aforadas a terceiros, incentivando a entrada de não indígenas nas redondezas. Posteriormente, com a extinção administrativa dos aldeamentos, justificava-se a conversão dessas terras em patrimônio estatal sob o argumento de que os indígenas haviam se “misturado” à população nacional. A garantia legal da propriedade das aldeias extintas raramente se concretizava: na prática, os povos originários recebiam apenas pequenos lotes enquanto o restante era transferido para os entes federativos, que os dispunham conforme seus interesses fundiários. O resultado final era a

¹⁹ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 124, 2018.

²⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 125, 2018.

²¹ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 124-126, 2018.

completa expropriação dos territórios indígenas, um processo encoberto por uma série de atos legais e administrativos paulatinos.²²

Essa política de contenção das comunidades selvagens ambicionava a dominação para o suposto desenvolvimento do interior. Como relata Darcy Ribeiro, nos primeiros anos da República, houve a expansão territorial com ferrovias, barcos a vapor e linhas telegráficas. Esse avanço resultou em violentos conflitos, extermínio de tribos e forte pressão de colonos e autoridades por medidas que garantissem a segurança e o progresso. Como exemplo, tem-se os povos como os Xokleng, em Santa Catarina, que foram massacrados por bugreiros pagos por colonizadoras e pelo Estado, visando liberar terras para imigrantes europeus. Enquanto no sertão o índio era visto como inimigo a ser eliminado, nas cidades ele era idealizado como herói literário e símbolo nacional.²³

Outrossim, as comunidades hostis eram sujeitadas forçadamente à tentativa inexita de pacificação da Igreja Católica, cujos métodos, como revela Darcy Ribeiro, “levavam uma tribo após outra ao mais alto grau de desajustamento, sem que os missionários tomassem consciência do papel que sua própria intolerância representava no processo”²⁴. O malogro dessa política indigenista foi ponto de partida para o abandono não só do regime-jurídico legal orfanológico, erigido por força da Lei de 27 de outubro de 1834, a qual incumbiu ao juiz de órfãos a tutela dos povos indígenas hostis²⁵, mas também caminho para a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1910.

II.2. A TEORIA DO INDIGENATO NO SÉCULO XX: RECONHECIMENTO E DISPUTAS INTERPRETATIVAS

A lógica expropriatória que marcou o século XIX foi contestada por João Mendes Júnior com a formulação da teoria do indigenato, segundo a qual os povos indígenas detêm um direito congênito, isto é, originário, sobre suas terras. Isso significa que a legitimidade da posse independe de qualquer título formal, decorrente unicamente da condição de indígena.

²² ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 126, 2018.

²³ RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Círculo do Livro, [s.d.], p. 117-122.

²⁴ RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Círculo do Livro, [s.d.], p. 122.

²⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 120, 2018.

Nessa perspectiva, não se trata de direito adquirido, mas de um direito originário, anterior à formação do próprio Estado, que havia sido primeiro reconhecido no Alvará Régio de 1680.²⁶

Com efeito, João Mendes dá um novo entendimento às legislações. Ao interpretar o art. 72 do Decreto nº 1.318, de 1854, editado após a Lei das Terras, João Mendes Jr. destacava que o texto se referia exclusivamente à criação de colônias para “hordas selvagens”, não impondo a necessidade de legalização aos aldeamentos ou às terras tradicionalmente ocupadas. Com isso, afirmava-se que tais territórios não eram devolutos, mas sim terras privadas por ocupação originária, equiparáveis às posses passíveis de legitimação pelos demais brasileiros. Assim, o argumento basilar de João Mendes repousa na distinção entre o que seria terra indígena e a terra devoluta a partir de nova interpretação da Lei das Terras, que em seu art. 12 não teria declarado devolutas as terras indígenas, independente da categorização de “manso” ou “bravo”, mas sim destinado as terras devolutas à colonização. Por consequência lógica, defende João Mendes, apesar de não consumados na prática, o Alvará de 1º de abril de 1680; o Diretório de 1755; art. 12, I, da Lei nº 601/1850 e arts. 72, 73 e 75 do Decreto 1.318/1854 endossaram o indigenato.²⁷

As ideias de João Mendes Júnior, conquanto integracionistas, ajudaram a dar substrato normativo e histórico à nova política indigenista que se anunciou com o SPI e o Decreto nº 9.214, de 15 de dezembro de 1911, sendo a primeira vez que o respeito ao modo de viver indígena foi insculpido normativamente. Em verdade, referido decreto fundava-se em três princípios capitais: i) o relativismo cultural, considerando formas diferentes de viver e do saber; ii) proteção da comunidade indígena no seu habitat; e iii) vedação à separação da família indígena. No entanto, a prática dessas diretrizes foi muito timidamente desenvolvida em razão dos problemas logísticos, como a complexidade de acesso às remotas terras dos povos originários e, sobretudo, por uma razão política: as dificuldades do recém instituído SPI

²⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 126, 2018. Ver também: CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o STF e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856 - 1923). In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Índios, direitos originários e territorialidade. Gustavo Kenner Alcântara, Lívia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia (orgs.). Brasília: ANPR, 2018, p. 201.

²⁷ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 127, 2018.

contrariar os interesses escusos da elites.²⁸ Nesse contexto, cingido pelo ideário integracionista, o Código Civil de 1916 instituiu, em substituição à noção orfanológica, a tutela estatal dos indígenas, considerados relativamente incapazes, condição esta passível de transmutar-se em emancipação jurídica, a depender do grau de integração e assimilação dos preceitos da civilização ocidental²⁹.

Na Assembleia Constituinte de 1933, a temática indígena por pouco foi completamente esquecida, se não fosse manobra da bancada amazonense³⁰. O resultado foi o art. 129 da Constituição de 1934³¹, que ineditamente promoveu o reconhecimento constitucional da teoria do indigenato, com a seguinte redação:

Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nellas se achem permanentemente localizados sendo-lhes, no entanto, vedado alienar-as.

Além disso, legislar sobre a integração dos povos indígenas na “civilização” tornou-se competência privativa da União, conforme inteligência do art. 5º, XIX, “m”³². Em seguida, a teoria do indigenato foi ratificada pelo Decreto nº 736/1936, o qual afastava a classificação das terras indígenas como devolutas, incumbindo ao SPI adotar medidas como demarcação, legalização e proteção possessória (art. 3º, a). O regulamento também determinava a atuação do órgão nos casos de extinção de aldeamentos, destacando que a ausência de administração estatal não legitimava a perda das terras pelos indígenas ou seus descendentes (art. 3º, c). Posteriormente, o Decreto-Lei nº 9.760/1946 (art. 1º, h) confirmou como bens da União as terras de aldeamentos extintos não transferidas a entes públicos ou particulares.³³

As Constituições de 1937 e 1946 reproduziram o dispositivo supracitado. A Constituição de 1967, no entanto, promoveu uma mudança relevante ao retirar a expressão

²⁸ RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Círculo do Livro, [s.d.], p. 127-130.

²⁹ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 136, 2018.

³⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Índios, direitos originários e territorialidade. Gustavo Kenner Alcântara, Lívia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia (orgs.). Brasília: ANPR, 2018. p. 205.

³¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

³² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Índios, direitos originários e territorialidade. Gustavo Kenner Alcântara, Lívia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia (orgs.). Brasília: ANPR, 2018. p. 205.

³³ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 137-138, 2018.

“onde os índios se achavam permanentemente localizados” e estabelecer as terras indígenas, com o usufruto exclusivo dos recursos naturais pelos povos indígenas. A Emenda nº 1/1969, por sua vez, manteve a redação do texto antecessor, além de ter incluído a nulidade dos efeitos jurídicos daqueles que tenham posse, domínio e ocupação das terras habitadas pelos indígenas, situação esta que não enseja direito à indenização contra a União ou a Fundação Nacional do Índio.³⁴

À época, a doutrina majoritária adotou uma interpretação restritiva do dispositivo que estabelecia o respeito à posse indígena das terras, no sentido de i) condicionar o usufruto dos recursos naturais ao sedentarismo dos povos nas terras e ii) considerar as terras indígenas como uma concessão coletiva ao grupo. Havia, contudo, vozes dissonantes como, à época, de Gilmar Mendes Ferreira, defensor do entendimento de que, à luz do pluralismo, a norma, reproduzida desde 1934, apenas ratifica que as terras ocupadas por indígenas não são devolutas, ao revés, esses povos exerciam domínio coletivo, manifestado pelo ato-fato da posse em caráter permanente, na linha defendida pelo João Mendes Júnior.³⁵

A promulgação do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) manteve o paradigma tutelar. A norma dividia os indígenas entre “integrados”, “em vias de integração” e “isolados”, sob a lógica de que, ao se integrarem, deixariam de ser considerados índios – e, portanto, perderiam direitos especiais, inclusive sobre a terra. Além disso, ao reduzir a figura do indígena à condição de “silvícola”, reforçava estereótipos de primitivismo e negava a diversidade cultural dos povos originários, que só eram assim considerados aqueles que viviam na selva.³⁶

Como expõe a Júlio José Araújo Júnior, a discussão sobre os efeitos e escopo da nulidade dos títulos concedidos foi trazida à baila por Pontes de Miranda, em *Comentários à Constituição de 1967*, oportunidade em que afirmou ser nulo qualquer título concedido contra a posse de indígenas, ainda que anterior à Constituição de 1934, contanto que na data de sua promulgação estivesse sendo ocupada. Nesse diapasão, Gilmar Mendes, em artigo publicado em junho de 1988, tece três pontos fulcrais: (i) títulos emitidos após 1934 sobre terras

³⁴ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 139-140, 2018.

³⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 140-141, 2018.

³⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 141-142, 2018.

indígenas são inválidos; (ii) a violência contra os indígenas não convalida esses títulos; e (iii) toda controvérsia sobre posse indígena deve considerar como marco inicial o ano de 1934.³⁷

A questão sobre as indenizações aos proprietários em razão de reconhecimento de área indígena também foi abordada antes da Constituição de 1988. Na ACO 278-8/MT discutiu-se a possibilidade de indenização por desapropriação indireta em decorrência da criação do Parque Nacional do Xingu, no estado do Mato Grosso. Os autores da ação alegaram que o Estado havia alienado legalmente as terras a particulares em 1959, enquanto os povos indígenas somente teriam sido transferidos para a área em 1961. Nesse contexto, sustentavam a validade dos títulos de propriedade adquiridos anteriormente.³⁸

O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou uma interpretação que condicionava a proteção jurídica conferida pelo art. 198 da Constituição de 1969 à ocupação permanente da terra pelos indígenas. Logo, o reconhecimento da nulidade de títulos particulares só seria cabível se os povos originários já habitassem o território de forma contínua antes da constituição do parque. Tendo em vista que no caso concreto a presença indígena só se deu após a criação do Parque do Xingu, a indenização seria devida ao proprietário atingido pela desapropriação indireta. Como bem conclui Araújo Júnior, esse posicionamento revela, por um lado, a distinção estabelecida pela Corte entre terras permanentemente ocupadas por indígenas e aquelas com as quais sua relação não configurava habitação. Por outro lado, a decisão restritiva também reforça uma leitura do regime jurídico das terras indígenas: a validade da criação de reservas ou parques indígenas, sem obrigação de indenizar terceiros, dependeria da comprovação de uma ocupação histórica anterior por parte dos povos indígenas. Na ausência dessa comprovação, ainda que a terra venha a ser destinada aos indígenas, o direito à indenização dos particulares permanece reconhecido.³⁹

À vista disso, resta evidente que a discussão sobre possível marco temporal de terras indígenas e a possibilidade de indenizações para terceiros com título de domínio precede a

³⁷ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 144-145, 2018.

³⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 148, 2018.

³⁹ ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 150, 2018.

Constituição Cidadã, que, como se verá a seguir, buscou equacionar esse imbróglio interpretativo.

II.3. DIREITOS INDÍGENAS SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988: AVANÇOS NORMATIVOS E RETROCESSOS JURISPRUDENCIAIS

Com a militarização dos projetos de colonização, sob o pretexto de fomentar o desenvolvimento e a segurança nacional⁴⁰, o Regime Militar (1964-1985) conduziu o extermínio sistematizado dos povos indígenas. Segundo estimativas na Comissão Nacional da Verdade (CNV), 8.350 indígenas, de dez etnias, foram mortos pelos militares, sem contar as reiteradas violações aos direitos humanos⁴¹. Nesse contexto, a Funai militarizada, substituta do SPI, formou um “esquadrão da morte”⁴² contra os povos indígenas, muito pela sua contraditória vinculação ao Ministério do Interior, cuja diretriz era o desenvolvimentismo - predatório, diga-se.⁴³

A transição política entre o regime militar e a redemocratização foi “lenta e gradual”, de tal modo que os militares ainda participaram do que Maria D’Alva G. Kinzo chamou, em seu estudo transitológico, de “terceira fase da redemocratização” (1985-1989), caracterizada pelo protagonismo dos setores da sociedade civil e atuação deliberativa dos militares

⁴⁰ Nesse ponto, importa esclarecer que as Forças Armadas, à época, alegava que os pleitos dos povos indígenas i) configurava uma afronta à “política de integração” então vigente e ii) seria um privilégio em relação aos demais brasileiros por se tratar do reconhecimento “nações indígenas”, com condições diferenciadas de exploração dos recursos naturais. Ver: FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 142–175, 2016. No entanto, o reconhecimento de “povos” ou “nações indígenas” nunca foi uma ameaça real à integridade territorial do Brasil, tampouco à soberania, uma vez o pequeno tamanho populacional e a dispersão territorial das áreas indígenas tornaria qualquer empreitada separatista impossível, de modo que nunca sequer foi cogitado. Nesse sentido, a Convenção nº 169, no seu art. 1º, §3º, dirimiu quaisquer dúvidas, atribuindo o sentido adequado aos termos. Vide: CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: História, direitos e cidadania (Agenda Brasileira). Claro Enigma. Edição do Kindle, p. 127.

⁴¹ FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 145, 2016.

⁴² Segundo expressão usada por Antônio Iasi Júnior, secretário do CIMI, em 1977, em depoimento dado comissão parlamentar de inquérito da Câmara dos Deputados que apurava denúncias relativas à invasão de reservas indígenas. FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 147, 2016.

⁴³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: História, direitos e cidadania (Agenda Brasileira). Claro Enigma. Edição do Kindle, p. 97.

minorada, mas ainda presente⁴⁴. Na metáfora de Poliene Bicalho, a transição foi um “pêndulo” que pendia ora para poderes democráticos, ora para os autoritários⁴⁵.

Esse embate entre autoritários e progressistas estendeu-se à Assembleia Nacional Constituinte (ANC), quando, de um lado, os militares ocupavam-se, nos bastidores e por meio de seus representantes constituintes, para garantir uma dupla vitória no texto constitucional: i) manter o caráter integracionista no tratamento jurídico-normativo dos povos indígenas, que acabaria por elidir a cultura e o modo de vida indígena; e ii) impedir o reconhecimento das terras indígenas originárias para abrir caminho a exploração das riquezas minerais.⁴⁶ Do outro lado, as comunidades indígenas lutavam por um texto constitucional que fosse capaz de assegurar o direito de serem eles próprios, o que, inexoravelmente, significa proteger e garantir os seus territórios, onde se manifesta seu modo de viver, suas tradições e seu sustento.⁴⁷

Para fins deste trabalho, calha focar no debate constituinte do que poderia ser considerado terras indígenas, sujeitas à proteção constitucional. Nesse contexto, uma das primeiras emendas foi a de José Fernandes (PDT/MA), cuja sugestão propunha: “são reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados”, acatada por Bernardo Cabral (PMDB/AM), relator-geral da ANC.⁴⁸

No mesmo teor, foram enviadas várias outras emendas a partir da demanda do Conselho Nacional da Segurança (CNS)⁴⁹. A inclusão do termo “posses imemorais”, ao contrário do entendimento atual, foi, sem dúvidas, uma tentativa de restringir o acesso às

⁴⁴ KINZO, Maria D’Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. São Paulo em Perspectiva. São Paulo, v. 15, n. 4, p. 4-5, Dec. 2001.

⁴⁵ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, p. 208-209, 2010

⁴⁶ FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 155, 2016. Ver também: RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 10, 2025.

⁴⁷ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, p. 209-220, 2010

⁴⁸ RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 10-11, 2025.

⁴⁹ FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 158-159, 2016.

terras ao estabelecer um duplo critério, que deveria ser concomitantemente preenchido, quais sejam: i) as terras precisariam estar ocupadas desde os tempos imemoriais e ii) a ocupação deveria ter permanecido até o presente.⁵⁰

A certeza dessa visão restritiva é comprovada pelo discurso de seus contraditores, como o de Chagas Duarte (PFL/RR), na apresentação de emenda em sentido contrário:

Não se deve falar em posse imemorial de terras onde estejam localizados os indígenas. Se, na verdade, é interesse desta Constituinte oferecer uma garantia eficaz às populações silvícolas, cumpre garantir as terras por elas habitadas, ainda que a posse não seja imemorial. Constando essa qualificação no texto constitucional, certamente muitas questões serão ajuizadas, buscando o exato alcance do que seja posse imemorial, e buscando restringir os direitos dos índios.⁵¹

Outra ilustre figura que apoiou a retirada do termo “posse imemorial” foi Nelson Jobim (PMDB/RS), sob o argumento que, se assim fosse, as áreas que os indígenas estavam ocupando não seriam bens da União, excetuando as de posse imemorial.⁵²

Fato é que, apesar dos destaques e discursos objetivando a retirada do termo, o texto passou na Comissão de Sistematização e seguiu ao Plenário, última oportunidade para alteração no texto constitucional. Entrou em cena, então, Jarbas Passarinho (PDS/PA), bem quisto integrante da ala conservadora em razão da sua condição de militar e de destaque no quadro da ARENA, outrora membro. Pelo seu histórico, Passarinho foi o responsável por avalizar o acordo entre militares e indígenas a partir da apresentação da emenda que suprimiu o termo “posse imemorial”, aprovada por 497 favoráveis e 5 votos contrários. Longe de subverter os sentidos dos termos até então debatidos, a própria justificativa da emenda os reforçaram ao assentar que a “posse imemorial”, além de ser um termo obsoleto desde o Código Civil de 1916, poderia resultar na “expulsão ou perda do direito à terra pelas comunidades indígenas, inclusive prejudicando irreversivelmente aquelas já vitimadas por processos de transferência forçada.”⁵³

⁵⁰ RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 12, 2025.

⁵¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A) – Emendas oferecidas em plenário. Vol. 1. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988, p. 54 apud RAMALHO, RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 12, 2025.

⁵² RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 13, 2025.

⁵³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A) – Emendas oferecidas em plenário. Vol. 1. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988, p. 107 apud, RAMALHO, Walderez. Marco

Nesse viés, insta esclarecer que a “posse imemorial” e direitos originários dos indígenas sobre suas terras são termos que não se confundem. O primeiro diz respeito ao aspecto temporal da ocupação, ao passo que o segundo é fundamento basilar da teoria do indigenato, ou seja, está vinculado à noção de que o direito às terras indígenas precede e prescinde de qualquer título. Não por outra razão, o constituinte Moysés Pimentel (PMDB/CE) apresentou uma emenda, posteriormente rejeitada, que mantinha o requisito da “posse imemorial” e suprimia o termo “originário”, sob o fundamento de que o direito originário alçava o direito dos indígenas a um patamar superior ao restante do ordenamento jurídico brasileiro⁵⁴. Note-se que a intenção da emenda não é infirmar o requisito da ocupação em tempos imemoriais, mas tão somente retirar os direitos dos indígenas a suas terras, reconhecido desde 1680 como congênito, configurando mais uma empreitada contra os povos originários.

Outrossim, as discussões na ANC foram imensamente influenciadas pela atuação do Movimento Indígena do Brasil (MIB), o qual atraiu a atenção nacional pela resistência, resiliência e unidade, mesmo sendo representados por líderes de diversas etnias, cada qual com sua especificidade. Em verdade, a participação simbólica e emblemática dos indígenas, noticiada em jornais de grande circulação, jogou luz à necessidade da sociedade brasileira percebê-los de outra forma.⁵⁵ O primeiro grande ato foi em 22 de abril de 1997, oportunidade na qual cerca de 40 lideranças indígenas ocuparam o Congresso Nacional, com rituais e itens do seu modo de vida, como flechas e cocares, para entregar ao Deputado Ulysses Guimarães, presidente da ANC, a Proposta Unitária, elaborada por vários coletivos indígenas, para consolidar os interesses dos povos originários. Como bem elucida Poliene Bicalho, tratou-se de um momento simbólico por representar a primeira vez em que as crenças e os costumes dos povos indígenas foram levados ao centro do poder - não por meio de uma manifestação romantizada feita por brancos -, mas como expressão autêntica de um

temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 12, 2025.

⁵⁴ RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 16, 2025.

⁵⁵ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)*. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, p. 210, 2010

povo culturalmente diferenciado que, em um Estado Democrático de Direito, deveria ter o direito de ser ele mesmo.⁵⁶

Não obstante a derrota na Comissão de Sistematização, o MIB não esmoreceu; ao contrário, se fortaleceu na vigília, inclusive por meio da peregrinação em busca de apoio à causa, como na Universidade de Brasília (UnB), Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB), Ministério da Justiça (MJ), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), dentre outros atores da sociedade civil. Pela primeira vez na história, os indígenas foram protagonistas da discussão que lhes dizia respeito e cada dispositivo a eles atinente não passava despercebido. Nesse contexto, durante a ANC, 350 lideranças passaram pelo Congresso Nacional. Ali, vestidos como indígenas, na expressão de seus ritos, costumes e línguas, o MIB não deixava os constituintes se esquecerem de sua existência e de capacidade política e, precisamente por isso, foi fulcral para consagração do texto da Constituição de 1988.⁵⁷

A ampla e representativa atuação do MIB na ANC muito importa para a discussão dos direitos indígenas atualmente, uma vez que a Constituição de 1988 não é fruto do acaso, tampouco emergiu no vácuo. Ao revés, é corolário de um processo que, embora falho⁵⁸, foi aberto, plural e democrático e são precisamente estas qualidades que o legitima⁵⁹. Por óbvio,

⁵⁶ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)*. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, p. 218, 2010.

⁵⁷ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)*. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, p. 225-227, 2010.

⁵⁸ Ingo Wolfgang Sarlet anota que, embora a Constituição de 1987 tenha se valido de vários dispositivos aventados pela Comissão Afonso Arinos (Comissão de “Notáveis”, como ficou conhecida), a ausência de um anteprojeto sistematizados influenciou na insegurança e desordem dos trabalhos. SARLET, Ingo Wolfgang A. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 65.

⁵⁹ Conforme preconiza Menelick de Carvalho Netto, a Constituição de 1998 é fruto do rompante popular e democrático na esfera da sociedade civil brasileira no final da década de 1980. Senão vejamos: “A legitimidade da Constituição de 1988 veio de seu inusitado processo de elaboração. O Regimento Interno original do processo constituinte, que prefigurava segundo a prática até então adotada no país uma transição “pelo alto”, terminou tendo que ser totalmente revisto. A “comissão de notáveis”, que já havia elaborado uma proposta de Constituição, trabalhou inutilmente. O procedimento tradicional foi atropelado pela grande força popular já mobilizada no movimento das diretas já, e que diante da sua frustração decorrente da não aprovação da Emenda Dante de Oliveira e da morte do presidente eleito pelo Colégio Eleitoral como símbolo da transição para a democracia, Tancredo Neves, exigiu a formulação de um novo procedimento que se iniciou com a coleta de sugestões populares, ocasionando uma abertura e total democratização do processo constituinte. [...] A legitimidade da Constituição de 1988 advém do seu processo de elaboração democrático, aberto e participativo, processo esse que, deve ser condição de legitimidade para qualquer alteração mais ampla a que venha a se sujeitar a Constituição, algo que infelizmente não ocorreu nem mesmo na revisão de 1993 (realizada de forma apressada e irregular). Assim é que para o autor é inquestionável a legitimidade da Constituição de 1988.

a Constituição enquanto identificação comunitária⁶⁰, na qual todos se sujeitam às mesmas regras, é mutável, o que não significa dizer que o seja a critério de conveniência de quem quer que seja. Ao transmutar os sentidos dos termos e escolhas da Constituinte, sem a devida participação dos sujeitos dos direitos em questão, incorre-se em uma prática não só haurida de qualquer legitimidade democrática, como também em uma prática desconstituinte⁶¹.

Como se demonstrou, a articulação política e social do Movimento Indígena Brasileiro e seus aliados não foi em vão, resultando no histórico art. 231 da Constituição Federal, no qual evocou-se o “princípio da proteção da identidade”⁶², de modo a romper o paradigma assimilacionista e integracionista⁶³ para reconhecer, após quase 500 anos de contato, a ordem social indígena como própria e diferente daquela que organizada na Constituição para os não indígenas. Reconhece-se, portanto, que ser indígena não é um estado transitório e que sua organização social, costumes, línguas, tradições e territórios são

Questionável, por seu turno, seria precisamente a atuação privatizante que alguns personagens conseguem realizar no exercício dos mais relevantes cargos públicos da República. CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 18-19.

⁶⁰Segundo Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, a pergunta principal não é “o que é uma constituição?”, mas sim “o que a constituição constitui?”. Seguindo essa linha de pensamento, assevera ser uma “comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais na concretude de suas vivências cotidianas, em suma: uma determinada comunidade de princípios que se assume como sujeito constitucional, capaz de reconstruir permanentemente de forma crítica e reflexiva a eticidade que recebe como legado das gerações anteriores, precisamente restritos àqueles usos, costumes e tradições que, naquele momento histórico constitucional, acredita possam passar pelo crivo do que entende ser o conteúdo da exigência inegociável dos direitos fundamentais.” Vide: CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 2-7, 2020.

⁶¹Gerardo Pisarello define como processos desconstituintes ou constituintes desdemocratizadores aqueles que o poder, tanto político quanto econômico, é concentrado em poucas mãos, de modo a operar um esvaziamento do conteúdo democrático e garantista de constituições vigentes. Essa prática é capaz de superar os limites constitucionais e as “linhas vermelhas” que políticas estruturais não deveriam ultrapassar, deixando os órgãos de defesa das constituições impotentes. Interessa também salientar que todo processo desconstituinte é, em algum nível, constituinte, posto que engendra novos marcos jurídicos. Assim, o inverso também é verdadeiro: processos constituintes, em algum nível, desconstituem o regime anterior. Vide: PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014, p. 11-17.

⁶²FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. JusPodivim, 12ª edição, 2020, p. 2165.

⁶³CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 3949. Ver também: SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018, p. 146.

dignos de proteção constitucional.⁶⁴ Além disso, o art. 232 dispõe sobre o direito de comunidades indígenas representarem em juízo seus direitos e interesses, sem necessariamente o intermédio do órgão estatal.

Esse reconhecimento é resultado do “constitucionalismo multicultural”, no qual se encaixa não só a Constituição brasileira de 1988, como também a Constituição da Argentina, com a reforma de 1994, e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, editada em substituição à Convenção nº 107, na qual se endereçava a questão indigenista como um problema de integração a ser resolvido pela via econômica.⁶⁵

É precisamente nesse contexto que o art. 231 emerge como direito fundamental - mais especificamente um direito materialmente fundamental. A fundamentalidade de um direito, consoante ao ensinamento de Ingo Sarlet, pode ser formal ou material e, por força do art. 5º, §2º da Constituição de 1988, não se limita ao rol do Título II. Assim, para caracterizar um direito como fundamental no sentido material, é necessário verificar se o seu conteúdo compreende a decisão fundamental sobre a estrutura da sociedade e, sobretudo e especificamente, a posição que ocupa pela pessoa humana.⁶⁶

Aqui, cabe relevante esclarecimento: a fundamentalidade material não é aferível por critérios universais, de tal sorte que a análise é adstrita ao caso concreto, ressalvadas categorias consensuais, como liberdade, igualdade e dignidade humana. Dessa maneira, alerta Sarlet, o direito materialmente fundamental o é por dupla causa: i) pela relevância do bem jurídico tutelado e ii) pela vontade do constituinte em conferir àquele bem jurídico especial regime jurídico constitucional.

Ora, dado o contexto de séculos de marginalização e genocídio, a garantia dos direitos indígenas de ser e de existir como tais revelou-se ser um bem jurídico que necessitava de especial proteção, alçando-o à fundamentalidade. Em verdade, é desdobramento lógico da pedra angular do Estado Democrático de Direito: o respeito à

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 3949-3952.

⁶⁵ SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018, p. 149.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 75-76.

dignidade humana, no seu sentido intrínseco⁶⁷, isto é, não pode uma vida humana, seja ela qual for, servir como meio, no caso, para a mera formação de mão-de-obra ou para integrar o projeto nacional utópico de povo pós independência. Além disso, pressuposto da dignidade humana é o direito ao reconhecimento⁶⁸, que opera um liame íntimo com o respeito à identidade. Como se não bastasse, a garantia dos direitos indígenas não só atinge as comunidades, mas a todos, já que o art. 215 e 216, da Constituição, assegura a diversidade cultural, constituindo patrimônio de todos os brasileiros.⁶⁹ Eis a relevância conteudista.

Já a relevância do processo constituinte se manifesta pela própria natureza analítica da nossa Constituição, em que o amplo e específico catálogo de direitos demonstra, nas palavras de Ingo Sarlet, “certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional”, expressada na tentativa de escudar as conquistas da Constituinte na eventualidade da atuação desvirtuada dos Poderes.⁷⁰ Em específico, a própria gramática do art. 231 manifesta a vontade do constituinte em não apenas reconhecer as terras indígenas aleatoriamente, mas garantir que estas sejam adequadas ao seu modo de vida e à sua organização social.⁷¹

Isso porque as terras indígenas, ou melhor, os territórios indígenas (TIs) não são propriedades no sentido civilista moderno, relativas à bem material ou ao meio de produção. São, na verdade, sustentáculo da organização social e da identidade étnica, sendo o “espaço

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

⁶⁸ Nas palavras de Daniel Sarmento, “violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitam a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações. É possível falar em um *direito fundamental ao reconhecimento*, que é um *direito ao igual respeito da identidade pessoal*. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes. [...] O direito ao reconhecimento, liga-se, assim, à dimensão intersubjetiva da dignidade, que expressa a ideia de que a ordem jurídica “deve zelar para que todos recebam igual (...) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade.” Ato contínuo, Sarmento versa sobre a importância da cultura para a identidade individual, sendo que, para povos tradicionais, a proteção é ainda mais importante, uma vez que grupos tradicionais são pautados por uma cultura social menos individualista, de tal modo que violações culturais geram mais danos à população. Além disso, as culturas dos povos tradicionais correm risco de destruição em virtude das pressões assimilacionistas e desagregadores da sociedade capitalista de massas. SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 257; 279-282.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 3952.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 66.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 3953.

socionatural” onde se vive individual e coletivamente.⁷² Em síntese, os TIs são condição de existência dos povos.

Apesar da conquista constitucional, os direitos indígenas passaram a ser tensionados por interpretações do Supremo Tribunal Federal (STF) que relativizam seu alcance. Nesse cenário, o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, no âmbito da Petição 3.388, revelou-se paradigmático ao consolidar a chamada teoria do fato indígena e, a partir dela, resgatar, sob a égide da Constituição de 1988, a tese do marco temporal de ocupação das terras indígenas. Essa construção interpretativa, contudo, firmou-se, nas palavras de Walderez Ramalho, sobre a noção de um “presente des-historicizado”⁷³. Tal estratégia argumentativa opera a contraposição entre os conceitos de tradicionalidade e imemorialidade, ao mesmo tempo em que privilegia a conciliação voltada ao atendimento dos “interesses relevantes” do Estado, relegando a segundo plano tanto o contexto da Assembleia Nacional Constituinte quanto a trajetória histórica de sistemáticos malogros impostos aos povos originários. Assim, ignora-se, a um só tempo, a história constitucional e a própria história dos povos indígenas.

A Petição 3.388, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tratou da ação popular, ajuizada em 2005, pelos então senadores do Estado de Roraima, Augusto Botelho e Mozarildo Cavalcanti, que pretendiam a anulação do Decreto Homologatório de 15.04.2005, responsável pela demarcação do Território Indígena Raposa Serra do Sol, uma área de 1.743.089 hectares, onde viviam aproximadamente 20 mil indígenas das etnias Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana. Alegaram, dentre outros pontos, fraude e insuficiência nos documentos científicos que subsidiaram a demarcação; desproporcionalidade da demarcação, aptas ensejar diversas externalidades negativas no âmbito social e econômico; prejuízo de interesses legítimos de terceiros não indígenas; e comprometimento da segurança e soberania nacional.

Por maioria de 9 a 2, em 2009, vencidos os votos do Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, o STF julgou parcialmente procedente a ação para declarar, no mérito, a constitucionalidade da demarcação contínua da TI Raposa Serra do Sol, com as

⁷² SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018, p. 154.

⁷³ RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, 2025, p. 6.

condicionantes institucionais, propostas no voto-vista do Ministro Menezes Direito, além da determinação de desocupação dos não indígenas do território. À primeira vista, pode-se imaginar que o julgamento representou uma conquista dos povos indígenas, considerando o tamanho significativo da TI Raposa Serra do Sol e a determinação de desocupação. No entanto, a análise das 19 condicionantes institucionais propostas e o próprio voto do ministro relator revela uma perspectiva colonialista sobre os indígenas, de modo a esvaziar a concretude normativa prevista no artigo 231 da Constituição, movimentação que acabou por legitimar a atuação da política anti-indigenista nacional, transcendendo o objeto da Petição 3.388.

Em seu voto, o Ministro Relator Ayres Britto endereça, no tópico que nominou de “falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento”, a questão da integração dos indígenas como um direito, na medida este fenômeno serviria para “agregar valor à subjetividade deles”, os permitindo aproveitar de “um estilo civilizado de vida tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente.”⁷⁴

Além disso, ao infirmar a afirmação genérica que comunidades indígenas obstruem o desenvolvimento nacional, o relator argumenta pelo caráter positivo do intercâmbio de culturalidades como uma oportunidade para “diversificar o potencial econômico” dos territórios dos entes federativos. Ainda, consignou como o direito fundamental dos indígenas “poder inteira-ser do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente”, definindo a aculturação enquanto processo de adaptação social, que não implicaria necessariamente a perda identidade pessoal e étnica.⁷⁵

O acórdão também consignou que a demarcação dos territórios indígenas, o trânsito de pessoas e mercadorias nesses territórios, o usufruto indígena das riquezas naturais e a atuação dos órgãos estatais deveriam ser condicionadas pelo cumprimento das dezenove salvaguardas institucionais, propostas pelo Ministro Menezes Direito. Ao longo do voto, o referido ministro ressaltou a importância da conciliação dos interesses indígenas com os demais interesses públicos nacionais. Em suas palavras:

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 290-291.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 288-291.

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um "tudo pode" para os índios e um "nada pode" para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação.⁷⁶

Nesse contexto, o que o ministro qualificou como expressão da “mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação” revela-se, na verdade, um “duplo vínculo”⁷⁷, conforme observa Cristhian Teófilo da Silva. Trata-se de uma lógica em que os “interesses relevantes” do Estado sobre os territórios indígenas assumem primazia sobre os interesses dos próprios povos originários, subvertendo a função essencial dessas terras: possibilitar o uso conforme seus costumes e tradições, garantindo, assim, a plena e digna existência dos indígenas. Exemplo disso, que não intenta ser exaustivo, é a condicionante nº 6, a qual ampliou a presença do controle do Estado sobre os territórios indígenas, na medida em que os abriram às Forças Armadas, à Polícia Federal, sem necessidade de consulta às comunidades, tampouco à Funai.

Pode-se citar, ainda, a determinação de que os entes federativos participem de todas as etapas da demarcação e a incumbência do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) para administrar o usufruto indígena nas áreas afetadas por unidades de conservação, representadas pelas condicionantes 19 e 8, respectivamente. Nesse arranjo, órgãos estatais assumem a posição de principais gestores e fiscalizadores do uso e do acesso, em detrimento da autonomia dos povos indígenas, de suas organizações e até mesmo do órgão indigenista.⁷⁸

No mais, no que concerne às manifestações do ministro relator, que adotou as condicionantes, é notório uma visão colonizadora da política indigenista proposta, uma vez que reforça e legitima a visão de superioridade cultural ao categorizá-los como “civilizados” em contraposição à “primitividade” indígena. Na prática, endossa e opera um direito auto

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 414.

⁷⁷ SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 33, n. 98, p. 6, 2018.

⁷⁸ SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 33, n. 98, p. 7-9, 2018.

atribuído e retroalimentar de um povo não indígena, de comandar e administrar a exploração dos territórios indígenas, sob o fundamento da própria superioridade.⁷⁹ Nesse ponto, importa ressaltar que não se defende aqui que os povos indígenas e seus modos de viver não podem ser discutidos pelo Estado, tendo em vista a sujeição de todos à soberania do Brasil, nação una. Todavia, não é razoável que, sob a égide da Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito, a Corte Constitucional se manifeste à luz da colonialidade de poder⁸⁰, que, como aduz Aníbal Quijano, funda-se, enquanto elemento constitutivo do padrão mundial de poder, na estratificação de raças, de modo a resultar na dominação social na dimensão intersubjetiva, social e cotidiana de grupos tidos como inferiorizados.

A ideia, por exemplo, de que o contato dos não indígenas com as comunidades seria positivo para diversificar a produção econômica está pautado por uma visão capitalista - braço econômico do padrão mundial de poder -, que não se coaduna com o modo de ser e viver dos povos originários. Ao revés, deveria ser ressaltado que o intercâmbio cultural é positivo pelo potencial de ampliar os horizontes da subjetividade e do conhecimento, o que só poderia acontecer a partir do reconhecimento do outro com igual respeito e consideração. Em verdade, essas manifestações, cujo teor é reiterado ao longo do voto, evidenciam uma guinada interpretativa em relação ao texto constitucional, uma vez que integram, na categoria proposta por Yrigoyen Fajardo, uma visão afeita ao “constitucionalismo social integracionista”, isto é, sob o prisma da regulação, há o endossamento da igualdade formal e a integração sem discriminação, sendo os indígenas “objetos de política” das elites hegemônicas, e não sujeitos de direito.⁸¹

De modo ainda mais significativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet. 3.388, fixou a tese do marco temporal, isto é, só seriam reconhecidos os territórios

⁷⁹ SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 33, n. 98, p. 9, 2018.

⁸⁰ QUIJANO, A. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. *Journal of World-Systems Research*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 342, 2000. DOI: 10.5195/jwsr.2000.228. Disponível em: <https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>. Vide também: CUNHA, L. H. M. Terras indígenas e o STF: análise de decisões na perspectiva decolonial de Aníbal Quijano (2009-2018), 110 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania - PPGDH do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília - CEAM, da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2019, p. 31-34.

⁸¹ SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018, p. 147.

indígenas que estivessem ocupados pelas comunidades à época da promulgação da Constituição, qual seja, 5 de outubro de 1988. Na visão do relator, a referida data representaria uma “chapa radiográfica da questão indígena”, escolhida pelo texto constitucional a partir da escolha do tempo verbal aludido no art. 231 ao reconhecer “terras que tradicionalmente ocupam”, em vez de a que venham ocupar. Afirmou, ainda, que o objetivo do texto constitucional, ao privilegiar o marco temporal, é “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena”, evitando, então, a proliferação fraudulenta de aldeias e a expulsões violentas dos indígenas de suas terras, realizadas para elidir os requisitos da tradicionalidade da posse.⁸²

Em complementação ao marco temporal, o reconhecimento dos territórios, conforme voto do relator, deve ser lastreado, também, no marco da tradicionalidade da ocupação. Tal requisito é preenchido pela continuidade da ocupação coletiva de um espaço fundiário, manifestada em uma dimensão espiritual e simbólica, em que viver em determinado território significa, ao mesmo tempo, pertencer a ele e reconhecê-lo como parte constitutiva da identidade indígena. Os limites do reconhecimento destes territórios, portanto, seriam adstritos à “a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas ‘para suas atividades produtivas’, mais ‘as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar’ e ainda aquelas que se revelarem ‘necessárias à reprodução física e cultural’ de cada qual das comunidades étnico-indígenas.” No mais, ressaltou que, se a reocupação até 5 de outubro de 1988 não ocorreu em virtude de renitente esbulho, não há a descaracterização da tradicionalidade.⁸³

Ato contínuo, o Min. Ayres Britto aponta que estes requisitos perfazem os quatro círculos concêntricos, teoria proposta pelo Nelson Jobim, em 1996, à época Ministro da Justiça. Aqui, convém a ressalva de embora tenha feito essa remissão, o inteiro teor do voto não deixa claro se de fato estaria estipulando a hierarquização desses requisitos. Explica-se: a supracitada teoria foi instituída pela Portaria nº 14, de 1996, que regulamenta o Decreto 1.775, de 1996, que dispunha sobre o procedimento de demarcação das terras. Ocorre que,

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 296 e 321.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 297; 301-303.

conforme entendimento jobiano, os relatórios, elaborados pelos técnicos da Funai, deveriam demonstrar a comprovação dos requisitos do art. 231, isto é, dos quatro círculos⁸⁴.

Para além disso, o ponto central é que os quatro círculos concêntricos, cuja ordem, acima citada, é a mesma apontada pela Ministro Ayres Britto, teriam uma caracterização mais bem definida e precisa em ordem crescente. Em outras palavras, o primeiro círculo (local onde se situa a comunidade indígena) é de aferição mais objetiva, ao passo que o terceiro e quarto círculo (condições para reprodução física e cultural) são completamente subjetivos, de tal sorte a emergir a necessidade de maior ônus argumentativo e investigativo para o reconhecimento da extensão das terras a serem reconhecidas.⁸⁵

Daí decorre a crítica, aventada pelo Instituto Socioambiental ainda em 1997, de que a Constituição não propôs ranqueamento dos elementos que perfazem os territórios indígenas, justamente por serem de igual importância para a garantia do modo de vida singular dos povos indígenas. Mas não só, os critérios propostos para aferição não levaram em consideração o referenciamento constitucional, qual seja, os usos, costumes e tradições de cada povo. A título de exemplo, tem-se a necessidade, determinada por Jobim, de levantar as taxas de natalidade, mortalidade e projeção das taxas de crescimento à luz do critério da reprodução física e cultural.⁸⁶ Ora, não que seja não um dado relevante, mas é imperioso que sua análise deva estar à luz dos costumes e espiritualidade de cada povo, uma vez que a vida e morte tem conceituações diferentes nas mundividências indígenas. Não obstante, a orientação jobiana não explicitou essa ressalva.

O voto do Ministro Menezes Direito, por sua vez, revestiu-se de maior ônus argumentativo ao inaugurar a teoria do fato indígena, segundo a qual a ocupação, em todos seus elementos, é um fato a ser verificado. À vista disso, substituiu-se o critério constitucional baseado na teoria do indigenato, explicitado na seção II.2, para entender que o texto constitucional, na verdade, propôs um marco temporal, qual seja, a data de sua promulgação, cujo fito é atribuir segurança jurídica e evitar as querelas investigativas acerca

⁸⁴ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim*. Organização de Fany Pantaleoni e Márcio Santilli. Documentos do Instituto Socioambiental, n. 3. São Paulo: Instituto Socioambiental, jun. 1997. p.20.

⁸⁵ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim*. Organização de Fany Pantaleoni e Márcio Santilli. Documentos do Instituto Socioambiental, n. 3. São Paulo: Instituto Socioambiental, jun. 1997. p.20.

⁸⁶ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim*. Organização de Fany Pantaleoni e Márcio Santilli. Documentos do Instituto Socioambiental, n. 3. São Paulo: Instituto Socioambiental, jun. 1997. p.20.

da ocupação imemorial das terras indígenas. Dessa forma, o procedimento demarcatório deve averiguar a persistência e a constância da permanência, além dos fatores econômicos, ecológicos, culturais e demográficos.⁸⁷

Para justificar a teoria do fato indígena, o Ministro Menezes Direito fez a ressalva de que as “terras que os índios tradicionalmente ocupam” não significavam, pela presença do termo “tradicionalmente”, uma ocupação imemorial, afastando, portanto, a ideia de temporalidade em tempos remotos. Na verdade, então, seriam as terras que, no momento da promulgação, já estariam sendo ocupadas há algum tempo. Nesse momento, também fez a ressalva de que as terras abandonadas não poderiam ser reconhecidas por força da Súmula nº 650, do próprio STF, a qual aduz que os aldeamentos extintos não podem ser considerados bens da União nem na categoria daqueles que atualmente lhe pertencem ou venham a pertencer (art. 20, I, da CF88) tampouco enquanto terras tradicionalmente ocupadas por indígenas (art. 20, XI, da CF88).⁸⁸

Ainda, o voto afirma que adoção do marco temporal teria o condão de impedir o desapossamento ilícito dos indígenas, uma vez que abrangeria todas as terras indígenas existentes no momento da promulgação da Constituição. Assim, evitaria o desapossamento, à semelhança do que teria ocorrido após a Constituição de 1946, apesar desta garantir os direitos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles.⁸⁹ Nesse ponto, revela-se bastante interessante a interpretação dada ao art. 216 da Constituição de 1946⁹⁰. A uma porque todas as Constituições a partir de 1934 reproduziram a teoria do indigenato, de modo que a continuidade histórica do texto constitucional não corrobora a noção do fato indígena. A duas porque o desrespeito reiterado ao texto constitucional, no caso, o desapossamento ilícito dos indígenas, não pode justificar uma interpretação restritiva, para que então aqueles que não respeitavam a ordem constitucional passem a respeitá-la. Se assim fosse, se estaria a admitir a completa falta de eficácia normativa da Lei Maior e, por consequência, a

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 378-383.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 379-380.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 378-379.

⁹⁰ Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

incompetência da Corte Constitucional em atribuí-la a todos. Por óbvio, tal situação é inadmissível em um Estado de Democrático de Direito que opera sob o império da lei. A três porque a interpretação dos gramática constitucional de 1946 não enseja a ideia de que poderia ser possível o desapossamento dos indígenas após a promulgação da Constituição, sendo manifestamente ilícito, como bem reconhecido pelo próprio ministro. Nesse sentido, se faz pertinente os comentários de Pontes de Miranda

O texto respeita a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto de localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o artigo 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exija título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas é nula, por infração à Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do artigo 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra os silvícolas que tenham posse, e nas terras de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos de direito de propriedade e da posse (uso-fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjuquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional.⁹¹

No mais, especificamente no tópico do marco temporal, o Ministro Menezes Direito manifestou a necessidade compatibilização dos interesses públicos que, por também estarem esculpidos na ordem constitucional, estão em igual posição hierárquica aos direitos indígenas. Concluiu, então, que “o fato indígena poderá ter sua força jurígena condicionada por tais interesses.”⁹²

Com efeito, percebe-se que o argumento basilar no qual reside a justificativa do marco temporal é justamente a diferenciação entre tradicionalidade e posse imemorial. Como explicitado ainda nesta seção, o debate na Assembleia Nacional Constituinte foi de justamente suprimir a imemorialidade do texto constitucional precisamente porque representaria um critério restritivo ao reconhecimento dos territórios indígenas. No entanto, manteve-se o reconhecimento aos direitos originários sobre as terras, privilegiando a

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. v. V. [S.l.]: [s.n.], 1953. p. 335–336.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388 RR. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 03 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 181/2009, de 25 set. 2009, p. 389.

continuidade constitucional histórica da teoria do indigenato, logo, não há que se falar em qualquer marco temporal. A tradicionalidade, portanto, não é um fator temporal, mas tão somente antropológico que objetiva aferir a ocupação fundiária à luz do modo de ser e viver dos indígenas, mediante a análise da cultura, tradição, usos, costumes e rituais.

O marco temporal, portanto, não se sustenta como critério legítimo para definir os direitos territoriais indígenas. Ainda que, em uma hipótese meramente argumentativa, se admitisse a sua existência, não poderia ele se vincular à Constituição de 1988. Isso porque, desde 1680, conforme demonstrado na seção II.1, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a teoria do indigenato, isto é, os direitos originários dos povos indígenas. Tal reconhecimento, apesar das violências sistemáticas praticadas pelos não indígenas, jamais foi afastado; ao contrário, foi incorporado ao texto constitucional de 1934. Assim, se fosse possível falar em marco temporal - o que não se admite -, este se encontraria na Constituição de 1934, interpretação que, embora igualmente inadequada por afrontar a essência dos direitos indígenas, revela-se historicamente mais consistente do que aquela que busca fixá-lo em 1988.⁹³

À vista disso, a argumentação em defesa do marco temporal padece de um equívoco histórico na medida em que a interpretação sobre a “ocupação tradicional” foi artificialmente vinculada à posse imemorial, em detrimento da própria concepção constitucional de direitos originários. Nesse movimento, o STF produziu um consenso hegemônico artificial que, instrumentalizado por meio do esquecimento e em nome da pacificação social, legitima interesses das elites ruralistas, transformando a Corte em agente de uma política de esquecimento deliberada, capaz de silenciar o passado para consolidar uma narrativa conveniente à manutenção da ordem estabelecida.⁹⁴ Essa situação ilustra como o direito é disputado e, conseqüentemente, produzido, ao menos em parte, mediante a “política do tempo”, categoria proposta por Berber Bevernage. Isto é, atores sociais estabelecem ou tentam estabelecer fronteiras entre passado e presente não só a partir de “verdades objetivas” sobre situações pretéritas, como também de “instrumentos de historização”, de tal sorte a

⁹³CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o STF e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856 - 1923). ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018, p. 222.

⁹⁴ OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. Mediações - Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 22, n. 2, p. 339-340, 2017.

selecionar o que deve ser considerado como útil e válido ou anacrônico e desatualizado, não servindo para aplicação do direito.⁹⁵

Esse quadro resulta, em última análise, em uma dupla penalização das comunidades indígenas. Primeiro, porque foram historicamente expulsas de seus territórios por meio de violência e processos de assimilação forçada. Segundo, porque agora lhes é negado o direito de reaver suas terras em razão da ausência física na data de 1988. A retórica de pacificação social adotada pelo STF oculta o caráter colonial dessa escolha interpretativa, que criminaliza e culpabiliza as vítimas pela perda territorial. Essa lógica inverte a responsabilidade histórica, fazendo recair sobre os povos indígenas a culpa pelos crimes cometidos contra eles. Fato é que, ao privilegiar a conciliação de interesses hegemônicos em detrimento da reparação histórica, o STF perpetua a exclusão dos povos originários e reforça um projeto jurídico-político que nega a eles não apenas a terra, mas também o reconhecimento pleno de sua condição de sujeitos de direitos.⁹⁶

Nesse contexto, - apesar de o próprio Tribunal, em 2013, em sede de embargos de declaração⁹⁷, ter consignado que a decisão no caso Raposa Serra do Sol, inclusive as salvaguardas constitucionais, não tinha efeito vinculante e nem poderia ser aplicado automaticamente -, na prática, tornou-se um caso paradigmático que norteou a atuação do STF nos casos envolvendo indígenas. À título de parametrização, conforme levantamento feito por Luiz Henrique Matias da Cunha, tem-se que, de 2009 a 2018, dos 42 argumentos aventados pelo STF, selecionados a partir do termo “marco temporal”, 25 citaram a Petição 3.388.⁹⁸ O caso da TI Guyraroká, em sede do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 29087 foi o primeiro a ter a sede do marco temporal aplicada, à luz da Pet. 3.388, resultando, em 2014, na anulação da demarcação de 11 mil hectares, em Caarapó, no Estado do Mato Grosso do Sul, que serviam de habitat para o povo Guaranis Kaiowás. Povo este que sequer participou do processo, diante da negativa do pedido formal realizado pela

⁹⁵ RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 45, n. 98, p. 4, 2025.

⁹⁶ OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 22, n. 2, p.341.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 23.10.2013, DJe 04.02.2014.

⁹⁸ CUNHA, L. H. M. Terras indígenas e o STF: análise de decisões na perspectiva decolonial de Aníbal Quijano (2009-2018), 110 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania - PPGDH do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília - CEAM, da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, p. 77-81, 2019.

comunidade, sob a argumentação, alheia ao art. 232, da Constituição, de que a FUNAI já estaria os representando.⁹⁹

Nesse contexto, convém igualmente destacar o caso da TI Limão Verde, em que o STF, também com base no Caso Raposa Serra do Sol, anulou a demarcação do território, no Mato Grosso do Sul, do povo Terena. Na oportunidade, STF restringiu ainda mais a noção de “renitente esbulho”, exigindo um conflito possessório judicializado até 1988 para reconhecer o direito indígena, além de, novamente, ter negado a participação da comunidade no processo, justificando que não haviam comprovado qualquer prejuízo na não participação, considerando a atuação do MPF e da Funai. Daí emerge a constatação de que a Corte Constitucional, ao não conseguir se afastar das lentes da colonialidade, atribuiu aos territórios indígenas o conceito civilista de propriedade, não considerando se tratar, por essência, de matéria constitucional de direitos fundamentais.¹⁰⁰ Mas não só, ao impor a judicialização, negligencia as formas próprias de resistência dos povos indígenas, os obrigando a adotar um recurso que é típico de não brancos, em mais uma tentativa de obstrução do alcance dos direitos indígenas.

Conclui-se, portanto, que o modo como o STF decidiu a Pet. 3.388, inclusive usando termos abstratos em vez de específicos à TI Raposa Serra do Sol, contribuiu para dar legitimidade simbólica às frentes ruralistas, que passaram a se mobilizar de forma mais coesa contra os direitos indígenas.¹⁰¹ Com o julgamento da Pet. 3.388, as ações contra a política indigenista tomaram novos contornos, se estendendo, inclusive, até ao próprio chefe do Executivo Federal, responsável pela demarcação, que, em 2017, aprovou o Parecer 001/2017, da Advocacia-Geral da União (AGU), no qual determinou que toda a Administração Pública deveria “respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal

⁹⁹ SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, p. 159-161, 2018

¹⁰⁰ SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, p. 158-163, 2018

¹⁰¹ SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 33, n. 98, p. 13, 2018.

Federal na Pet. 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).¹⁰²

Mais uma vez, a normatividade das normas constitucionais foi distorcida. Nesse caso, a adoção de um parecer com força normativa, com base em precedentes notoriamente não vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), é tecnicamente equivocada e inconstitucional por desvirtuar a natureza da atuação da Advocacia Pública, como bem explica Manoel Lauro Volkmer de Castilho. Enquanto o STF, no exercício de sua jurisdição, tem a liberdade de interpretar a Constituição e proferir decisões que podem gerar precedentes e súmulas, a Advocacia Pública, como representante da parte, não possui a mesma autonomia. O parecer, ao transformar uma decisão casuística do tribunal em uma norma administrativa inflexível e de aplicação obrigatória, cria uma interpretação vinculante que o próprio STF não estabeleceu - ao menos normativamente -, com esse propósito. Essa ação não só distorce a decisão original, fazendo dela um paradigma de interpretação que não é, mas também se opõe à própria Constituição, pois atribui um poder normativo à Advocacia Pública que é exclusivo do STF.¹⁰³

Todo esse percurso interpretativo culminante, portanto, na aplicação do marco temporal em casos subsequentes, revela a complexa posição do Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito. A Corte, ao relativizar direitos fundamentais e adotar uma visão colonialista, demonstra como o modo, o momento e a extensão de suas decisões são cruciais para a efetivação ou esvaziamento da Constituição. A análise desse histórico torna-se, portanto, fundamental para compreendermos as movimentações futuras do Tribunal, especialmente no Tema de Repercussão Geral 1031, em que a Corte revisitou a tese do marco temporal, desta vez com o efeito *erga omnes*. Como se verá no Capítulo IV, a reação a esse julgamento, no entanto, culminou em um novo capítulo, no qual a Corte Constitucional, mais uma vez, assumiu o protagonismo ao buscar a compatibilização com os interesses das elites ruralistas, agora, com uma nova forma de julgamento: a conciliação no controle concentrado de constitucionalidade, tema central deste trabalho.

¹⁰² CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. O parecer GMF 05/2017 da AGU e a Constituição. Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n. 10, p. 86, 2018

¹⁰³ CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. O parecer GMF 05/2017 da AGU e a Constituição. Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n. 10, p. 112-113, 2018

II.4. O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1031: A REVISÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL

O RE 1017365/SC, que deu origem ao Tema de Repercussão Geral nº 1031, na origem tratava-se de ação de reintegração de posse, na qual a Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente de Santa Catarina (FATMA) alegou que cerca de cem indígenas ocuparam, em 2009, parte da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, uma área adjacente à Terra Indígena Ibirama-La Klanõ. A sentença, favorável à FATMA, considerou a presença indígena uma turbacão à posse legítima da fundação, argumentando pela ausência de elementos que comprovassem a ocupação tradicional, conforme exigido pelo artigo 231 da Constituição Federal. O Tribunal de Justiça, ao manter a decisão no bojo da apelação, sustentou que, sem a delimitação definitiva da área como indígena - já que o processo demarcatório ainda estava em transcurso -, não seria razoável retirar a posse da FATMA sem o devido processo legal e indenização¹⁰⁴.

Ato contínuo, a Funai interpôs Recurso Extraordinário (RE), no qual arguiu que a área já havia sido reconhecida administrativamente como de ocupação tradicional indígena. Assim, a decisão do Tribunal *a quo* se afastou da hermenêutica constitucional ao priorizar o registro imobiliário em detrimento dos direitos originários dos povos indígenas, que são imprescritíveis e inalienáveis. Nesse ponto, ao contraditar a tese do marco temporal para demonstrar a relevância jurídica e social do recurso, a Funai enfatizou que a demarcação não cria, mas apenas declara a relação congênita entre os indígenas e a terra, em consonância com a teoria do indigenato incorporada pela Constituição de 1988.¹⁰⁵

Ao chegar na Suprema Corte, os autos foram distribuídos ao Ministro Edson Fachin por conexão, já que era de sua relatoria a Ação Cível Originária (ACO) nº 1100, cujo objeto também era a Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ. Em fevereiro de 2019, o Plenário Virtual reconheceu a repercussão geral do feito em razão da continuidade dos conflitos latifundiários, ressaltando que o caso Raposa Serra do Sol não teve força vinculante e, por isso, a Corte precisaria debruçar-se novamente sobre o tema, agora para decidir com efeitos *erga omnes*. Estabelece-se, então, a seguinte controvérsia acerca da “definição do estatuto

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1.031 da Repercussão Geral). Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 27 set. 2023. Diário Justiça Eletrônico: 15 fev. 2024, p. 24-26.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1.031 da Repercussão Geral). Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 27 set. 2023. Diário Justiça Eletrônico: 15 fev. 2024, p. 26-27.

jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988.”¹⁰⁶

Em 2020, em meio a pandemia de COVID-19, o Ministro Edson Fachin endereçou a questão da vulnerabilidade epidêmica das comunidades a partir da suspensão nacional de todos os processos judiciais envolvendo disputas possessórias e ações anulatórias de demarcação de terras indígenas. Essa medida, que vigoraria até o fim da pandemia ou o julgamento final do Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1.031), o que ocorresse por último, baseou-se no princípio da precaução. A Corte reconheceu que a perda da posse em um momento de crise sanitária poderia fragilizar drasticamente os povos indígenas e aumentar sua vulnerabilidade ao contágio.¹⁰⁷

Logo em seguida, o Ministro Fachin suspendeu os efeitos do Parecer nº 001/2017, da AGU, com o fito de assegurar o resultado útil do processo. Ele ressaltou, ainda, que as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol não deveriam ser aplicadas de forma automática e descontextualizada. Até porque, como bem reforçou, a decisão anterior da Corte não reduziu a demarcação de terras a um mero cálculo matemático, exigindo a consideração de aspectos antropológicos, modos de vida e a ocorrência de esbulhos renitentes.

O voto do relator Min. Fachin representou a retomada da hermenêutica constitucional de proteção aos direitos territoriais dos povos indígenas. O Ministro criticou as condicionantes estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol, apontando que a decisão, além de não ter efeito vinculante, teve resultado oposto ao do que inicialmente se pretendia, ou seja, em vez de pacificar a questão fundiária, provocou a paralisação das demarcações e o aumento do número de conflitos fundiários. À vista disso, atribuiu a judicialização e insegurança jurídica à omissão estatal, uma vez que os órgãos, descumprindo o mandamento constitucional de demarcação, se abstiveram de proceder com o procedimento demarcatório. Neste ponto, Fachin ressaltou que instituições responsáveis atuam com “incúria”.

O Ministro defendeu a necessidade do STF assumir um papel ativo na elucidação das possibilidades hermenêuticas do art. 231 da Constituição, de modo a interpretar os direitos fundamentais à luz dos casos concretos. Assim, considerando a fundamentalidade, a atuação

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1.031 da Repercussão Geral). Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 27 set. 2023. Diário Justiça Eletrônico: 15 fev. 2024, p. 25;28.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1.031 da Repercussão Geral). Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 27 set. 2023. Diário Justiça Eletrônico: 15 fev. 2024, p. 30.

da Corte deveria se guiar por quatro premissas basilares quanto aos direitos indígenas : i) são sujeitos às cláusulas pétreas; ii) detém imunidade à vontade de maiorias legislativas, uma vez que o Brasil se vincula a compromissos internacionais, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas; iii) submetem-se à vedação ao retrocesso e à proibição da proteção deficiente; iv) deviam ser aplicados com base no princípio da máxima eficácia.

Na oportunidade, o Ministro também adversou a teoria do fato indígena. Segundo ele, a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” não se relaciona com um marco temporal justamente porque seu fundamento reside na teoria do indigenato, cuja incorporação pela Constituição de 1988 não representou nenhuma inovação, e sim um “continuum” da tradição jurídica de reconhecimento. No mais, entendeu que a noção de que o constituinte teria adotado o marco temporal em razão do tempo verbal do presente do indicativo, adotado no dispositivo, é equivocada e não corrobora com o prazo quinquenal do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), sendo este uma norma programática, e não decadencial. Dessa maneira, a tese do fato indígena, destacou, é incompatível com a história de violências estatais, como remoções e massacres, não sendo uma escolha acertada negligenciar todo o panorama histórico.

No que tange ao renitente esbulho, exceção da não aplicabilidade do marco temporal trazida pelo Caso Raposa Serra do Sol e posteriormente conceituada no caso Limão Verde, o no qual se demandou a judicialização possessória, defendeu não ser aplicável já que i) não considerou as diferenças formas de resistência dos povos indígenas, de modo que a judicialização, em específico, não se afigura como um meio típicos dos povos e ii) até 1988, a judicialização dependia da intervenção dos órgão da União, os quais, não raro, tinham interesses divergentes aos dos indígenas. À vista disso, não seria razoável a Constituição “incentivar conflitos para legitimar e reconhecer direitos”, tampouco demandar a resistência à opressão de forças maiores, significando a morte e, no limite, a sucumbência total dos povos.

Endereçou, ainda, a questão acerca da dupla afetação de terras indígenas e unidades de conservação ao endossar que as políticas ambientais são compatíveis ao modo de vida indígena e devem contar com a participação das comunidades, nos termos da Convenção nº 169 da OIT. De maneira correlata, em virtude da posse qualificada e usufruto exclusivo dos

recursos naturais pelos indígenas, as terras estariam sob o regime de *res extra commercium*, ou seja, não são passíveis de negociações e transações privadas. Nesse contexto, no que tange títulos fundiários de particulares, assinalou que desde a Constituição de 1934 tem-se pela nulidade, independentemente pela data da expedição, de modo que apenas as benfeitorias de boa-fé poderiam ser indenizadas, embora não fossem justificativa para obstruir a continuidade do procedimento demarcatório.

Em síntese, o voto do ministro Edson Fachin, acompanhado integralmente pelas Ministras Cármen Lúcia, Rosa Weber e pelo Ministro Luiz Fux, se alicerçou em três pilares capitais: i) a inaplicabilidade histórica e hermenêutica do marco temporal e do renitente esbulho; ii) a fundamentalidade dos direitos indígenas e, por consequência, sua especial salvaguarda interpretativa; e iii) a valorização do procedimento antropológico para a aferição dos critérios para a demarcação dos territórios, sempre contando com a participação ativa das comunidades. Como se verá a seguir, a tese por ele proposta não foi plenamente acatada ao final do julgamento, no entanto, a *ratio decidendi* de seu voto é bastante representativa de que é, de fato, possível a atuação da Corte Constitucional em prol dos direitos fundamentais de minorias marginalizadas, sobretudo enquanto *locus* de debate deliberativo, participativo e democrático, ponto a ser melhor explorado no Capítulo IV.

Os Ministros Nunes Marques e André Mendonça, por sua vez, divergiram do relator, votando pela manutenção da tese do marco temporal. As argumentações convergiram para a necessidade de compatibilizar o direito indígena à terra com os princípios da segurança jurídica e da preservação da ordem social. Ambos defenderam que uma interpretação irrestrita da Constituição, quer dizer, o indigenato, poderia resultar em reivindicações territoriais ilimitadas, ao que ele entendeu como reivindicações de territórios imemoriais, colocando em risco a estabilidade da propriedade privada e a soberania nacional.

O Ministro Nunes Marques iniciou seu voto com um resgate histórico que reconheceu a resistência e os sofrimentos dos povos indígenas frente a perseguições e violências. Contudo, ao analisar a relação entre a teoria do indigenato e a do fato indígena (o marco temporal), ele argumentou que a aplicação absoluta do indigenato seria inviável, pois comprometeria a segurança jurídica. Ressaltou, ainda, que o marco temporal oportuniza os direitos territoriais aos indígenas de 1988 e seus descendentes ao mesmo tempo que objetiva

“anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica.”

Para o Ministro Nunes Marques, a decisão no caso Raposa Serra do Sol, foi, portanto, efetiva enquanto mecanismo de pacificação fundiária e, eventual guinada interpretativa, significaria retorno do conflito fundiário. Convém destacar, ainda, o entendimento, contrário ao do Ministro Relator, de que não seria possível a ampliação de territórios já demarcados no sentido de que, análoga ao princípio do *uti possidetis*, do direito internacional, a comunidade que estava ocupando em 1988 tem o direito de ali permanecer, mas vedada a posterior expansão territorial. Por fim, além de propor fixação de tese mantendo o marco temporal, também votou pela manutenção das condicionantes prolatadas na Pet. 3.388.

De forma similar, o voto do Ministro André Mendonça também se concentrou na centralidade da segurança jurídica. Ele manifestou preocupação com a “abertura interpretativa” que a adoção exclusiva da teoria do indigenato poderia causar. Assim como Nunes Marques, ele defendeu o marco temporal como critério objetivo, utilizando o renitente esbulho como a única exceção possível. O Ministro André Mendonça, todavia, propôs ênfase em soluções alternativas, como a criação de novas reservas indígenas por meio de processo expropriatório com indenização, além de valorizar o laudo antropológico como elemento fundamental para a caracterização da tradicionalidade. Em sua perspectiva, o marco temporal, associado ao renitente esbulho, não eliminaria a proteção constitucional, mas a delimitaria, permitindo que conflitos passados e complexos fossem resolvidos por meio de mecanismos de conciliação.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Tema 1.031 concentrou-se na defesa da segurança jurídica e em uma interpretação restritiva do conceito de “necessariedade” das terras indígenas, previsto no § 1º do artigo 231 da Constituição Federal. O Ministro questionou de forma incisiva os critérios para definir, de modo concreto, o território indispensável à sobrevivência e à reprodução cultural dos povos originários, argumentando que este debate fundamental tem sido relegado a segundo plano.

Em seu entendimento, não se pode admitir uma concepção ilimitada de terras imemoriais, sendo imprescindível que os critérios constitucionais sejam considerados para evitar interpretações excessivamente amplas ou arbitrárias. Nesse sentido, o Ministro criticou a exclusividade do laudo antropológico como instrumento de decisão. Para ele, a avaliação da

tradicionalidade não pode depender unicamente da opinião desses especialistas, mas deve ser complementada por uma diversidade de estudos técnicos, incluindo análises cartográficas, fundiárias, históricas, sociológicas, ambientais e jurídicas. Gilmar Mendes destacou a necessidade de participação efetiva dos possuidores das áreas a serem demarcadas, como forma de garantir o contraditório e a pluralidade de perspectivas. Nesse viés, chegou a dizer que, mesmo que um estudo antropológico assim decida, “o texto constitucional não dá liberdade para chegarem ao seu apartamento [do Ministro Edson Fachin] em Curitiba”¹⁰⁸, já que há a exigência de requisitos jurídicos.

Outro ponto de destaque no voto foi a crítica à atuação de ONGs e de setores tidos como “tuteladores” da causa indígena. O Ministro sugeriu que a postura desses agentes, muitas vezes, perpetua a condição de dependência e pobreza dos povos indígenas, em contradição com seus próprios interesses. Para ele, é crucial superar uma visão ingênua e protecionista da política indigenista, vinculando-a ao desenvolvimento nacional e ao protagonismo dos povos envolvidos. No campo jurídico-administrativo, Gilmar Mendes enfatizou que o procedimento de demarcação é regido por lei e regulamento, devendo garantir o devido processo legal. Ele defendeu que, uma vez finalizado e registrado, o processo de demarcação configura coisa julgada administrativa, não passível de revisão, exceto em caso de erro grave e insanável. Essa interpretação, ainda que contrária à doutrina majoritária, fundamenta-se na proteção da segurança jurídica e na vedação de revisões meramente de oportunidade e conveniência.

Ainda, retomou a jurisprudência da Petição 3.388 (Raposa Serra do Sol), destacando os fundamentos do marco temporal e da tradicionalidade como critérios cumulativos. Em seu voto, defendeu a manutenção desse entendimento, embora posteriormente tenha votado pela superação da tese, ressaltando o dever do Supremo de uniformizar sua jurisprudência (artigo 926 do CPC). Assim, legitimou o Parecer 001/2017/AGU, que consolidou a tese do marco temporal. Contudo, reconheceu que, nos casos em que não se comprova a posse imemorial, o Estado pode recorrer à desapropriação por interesse público, com indenização justa e prévia ao proprietário, para criar áreas reservadas a comunidades indígenas.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Tema 1.031 da Repercussão Geral. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 27 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 4 out. 2023, p. 829.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes fez menção expressa ao papel do Poder Legislativo na resolução da questão territorial indígena. Ele indicou que projetos de lei sobre o tema tramitavam no Congresso Nacional e que o "Legislativo saberá conduzir este debate, em um diálogo institucional que não poderá ser tido como interferência entre os Poderes."¹⁰⁹

Já o voto do Ministro Alexandre de Moraes constatou que a questão territorial indígena é singular no cenário internacional, sem modelos de solução que tenham conseguido, simultaneamente, reparar violações históricas e garantir a eficácia plena dos direitos originários. Em sua fundamentação, ressaltou que o modelo de tutela da Constituição de 1988 privilegiou o direito à diferença. Assim, ao abordar a tese do marco temporal, afirmou que o critério, a despeito de objetivar a segurança jurídica, não tinha o condão de gerar a pacificação, na medida em que ignora situações concretas, desrespeitando direitos fundamentais. Para ilustrar, ele citou o caso da comunidade Xokleng, violentamente expulsa de seu território em 1930. Pela tese do marco temporal, essa comunidade não teria direito ao território, o que, segundo o Ministro, seria frontalmente contrário ao espírito da Constituição de 1988.

No mais, e eis aqui um dos principais debates do julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência, logo em seguida aprofundada pelos votos Ministro Cristiano Zanin e do Ministro Dias Toffoli, acerca do escopo da indenização devida àqueles posseiros de boa-fé. Para ele, nesses casos, a responsabilidade é do Estado, que não promoveu o devido processo demarcatório no tempo adequado. Nessa perspectiva, não é socialmente aceitável que tais proprietários sejam indenizados apenas pelas benfeitorias realizadas, uma vez que isso configuraria uma forma de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público e não contribuiria para a pacificação social.

À vista disso, estabeleceu duas hipóteses que gerariam o direito de indenizar por parte do Poder Público. A primeira diz respeito aos casos em que as comunidades indígenas estavam ocupando ou resistindo ao esbulho, sendo legítima apenas a indenização pelas benfeitorias de boa-fé realizadas. A segunda, mais ampla, é no caso de, mesmo fora do marco temporal, quando comprovadas a legalidade da aquisição e a boa-fé do ocupante, sendo indenização devida não apenas em relação às benfeitorias, mas também a terra nua, em

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Tema 1.031 da Repercussão Geral. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 27 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 4 out. 2023, p. 903.

respeito ao direito de propriedade, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além de se orientar pela busca de uma solução pacífica e equilibrada para o conflito.

À vista disso, o voto do Ministro Dias Toffoli se destacou pela tentativa de construir uma tese que tentava conciliar elementos apresentados pelo relator, Ministro Edson Fachin, e também por outros ministros que se manifestaram. Nesse contexto, para além da rejeição do marco temporal, merece especial relevo a temática da indenização aos ocupantes não indígenas de boa-fé, diante da constatação de que a omissão estatal na demarcação gerou conflitos complexos e situações de difícil solução jurídica e social.

Ao enfrentar a questão indenizatória, Toffoli retomou o disposto no art. 231, § 6º, da Constituição, segundo o qual são nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação de terras indígenas, excetuando-se apenas a indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé. Seguiu, no entanto, o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, que, segundo ele, representaria um ponto de convergência entre as diferentes posições na Corte, tanto entre os ministros que defendem a adoção do marco temporal quanto entre aqueles que o rejeitam.

Assim, no que tange ao reconhecimento de indenização aos ocupantes de boa-fé munidos de justo título, para além das benfeitorias, defendeu que a indenização pela terra nua, com o fundamento no art. 37, §6º, da Constituição, propondo que a apuração desse valor ocorra de forma paralela ao levantamento fundiário já previsto no processo demarcatório, evitando atrasos e assegurando ao particular uma saída justa e previsível. No entanto, acautelou que a indenização em dinheiro deve ser a última opção, de modo a priorizar alternativas como reassentamento, cessão de terras públicas ou outros meios menos onerosos ao erário.

O Ministro exemplificou alternativas para a reparação, destacando experiências inovadoras, como a do Estado do Rio Grande do Sul, que ofereceu terras públicas à União para, simultaneamente, saldar parte de sua dívida e regularizar a situação de comunidades indígenas. Esse tipo de solução, segundo Toffoli, evidencia que a questão exige um pacto federativo e arranjos cooperativos, nos quais a indenização não recaia unicamente sobre os cofres da União, mas seja compartilhada entre os entes envolvidos.

Tal entendimento se baseou na ideia de que há um problema histórico da titulação irregular em terras indígenas que não se limita a ocupações de má-fé. Assim, devido à sucessão de registros e ao estímulo estatal à colonização, muitas terras tradicionalmente

indígenas acabaram sendo ocupadas por particulares de boa-fé, que receberam títulos aparentemente legítimos. Para esses casos, o Ministro Toffoli sustentou a necessidade de se reconhecer uma responsabilidade indenizatória do Estado, decorrente de sua própria omissão e da participação, direta ou indireta, da União, dos estados e até dos municípios na titulação indevida.

Ao final, o colegiado optou pela fixação de uma tese mais analítica, com 13 itens, aprovados por maioria, dentre os quais se consignou pelo(a) i) reafirmação do caráter declaratório da demarcação; ii) distinção entre posse civil e posse tradicional indígena, caracterizada pelo uso segundo costumes e tradições, nos termos do art. 231, da Constituição; iii) aplicação do art. 231, §6º para indenizações de benfeitorias feitas de boa-fé; iv) afastamento do marco temporal de ocupação; v) essencialidade do laudo antropológico; vi) descabimento de indenização em terras já reconhecidas, salvo aquelas judicializadas; vii) pelo direito do usufruto das riquezas naturais exclusivo; viii) caráter inalienável, indisponível e imprescritível dos territórios indígenas; ix) possibilidade de redimensionamento do território em caso de descumprimento do 231 a partir do prazo decadencial de 5 anos; x) a função da União em demarcar terras indígenas, de modo que as áreas reservadas são uma exceção, criadas apenas se a demarcação for impossível, devendo as comunidades serem ouvidas; xi) compatibilidade da tutela constitucional do meio ambiente com a ocupação tradicional da terras indígenas, sendo garantido o exercício das atividades tradicionais das comunidades; xii) endosso e reafirmação do art. 231, da Constituição.

Vale destacar, nesse ponto, o Item V¹¹⁰, o qual dispôs o dever de indenização pela União, com direito de regresso em face do ente federativo que concedeu o título, pelas terras nuas em caso ausência de ocupação indígena à época da promulgação da Constituição ou de comprovado renitente esbulho. O STF entendeu que caso seja impossível o reassentamento, a União deverá pagar imediatamente ao possuidor a indenização em dinheiro ou em títulos da

¹¹⁰ Cujas integralidade aqui se reproduz: “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.”

dívida agrária a indenização devida pela parte da terra incontroversa, sendo garantido o direito de retenção. Em outras palavras, enquanto a União não pagar a indenização, o não indígena tem o direito de reter as terras. Note-se, portanto, que o Tribunal, ainda que tenha afirmado que esse processo ocorrerá em autos apartados, estabeleceu uma condição que, inexoravelmente, vai delongar o já moroso processo de demarcação e, no limite, inviabilizá-lo, considerando a contínua crise das contas públicas.

Essa ressalva é de muita valia porque é necessário não só que uma Corte Constitucional, ao julgar direitos fundamentais, os reafirme, mas também os viabilize. Nesse sentido, Daniel Sarmiento, em seu Parecer acerca do voto do Ministro Alexandre de Moraes, afirmou que a indenização prévia configura uma inversão de valores, uma vez que se privilegia os direitos patrimoniais de não indígenas em detrimento dos direitos existenciais dos povos originários.¹¹¹ Sarmiento assinala, ainda, que os direitos fundamentais estão resguardados pela proibição da proteção deficiente e pela vedação ao retrocesso e, caso se condicione a demarcação ao pagamento da indenização, a União frequentemente poderá invocar a “reserva do possível” como justificativa pela mora na demarcação. Acontece que em uma ponderação de direitos fundamentais, a prevalência recai naquele que afigura como condição de existência de certo grupo.¹¹²

Inclusive, a prática da indenização prévia entre as comunidades quilombolas, conforme Decreto nº 4.887/2003, executada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma (INCRA) já é um prenúncio do perigo de sua extensão às comunidades indígenas. Apesar da demarcação quilombola também ser um mandamento constitucional, conforme art. 68 do ADCT, apenas 44 comunidades foram tituladas pelo INCRA, sendo 23 apenas parcialmente. Isso significa, conforme dados coletados pela organização Terra de Direitos, que, no ritmo atual, para a conclusão de todos os processos demarcatórios abertos no INCRA seriam necessários 1.170 anos.¹¹³ Na realidade, a falência do Estado em proteger as comunidades originárias converte-se em um processo de aniquilação, transvestido de legalidade jurídica.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. Parecer jurídico, 30 jul. 2023, p. 7.

¹¹² SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. Parecer jurídico, 30 jul. 2023, p. 8; 20; 35;38.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. Parecer jurídico, 30 jul. 2023, p. 35.

A opção do Tribunal em assim se suceder é imbuída, conforme apresentado nos votos, pela necessidade de conferir segurança jurídica aos atos de boa-fé dos não indígenas na ocupação de terras indígenas, sem necessariamente estar adstrita à uma análise casuística, como aconselha, inclusive, o Ministério Público, cuja 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, editou, em 2014, o Enunciado 11, o qual aduz que a proteção da confiança legítima desses ocupantes dependeria de análise casuística.¹¹⁴ Observa-se, entretanto, que a defesa da segurança jurídica voltada exclusivamente aos não indígenas - desconsiderando a aplicação do mesmo princípio aos povos originários, que igualmente são titulares desse direito-, constituiu o fundamento central da reação do Congresso Nacional ao Tema nº 1031.

O Congresso Nacional, logo após a conclusão do julgamento no Supremo Tribunal Federal, aprovou a Lei 14.701, de 2023 (Lei do Marco Temporal), a qual subverteu a decisão da Corte para retomar o marco temporal, estabelecer um novo regime indenizatório e de ocupação estatal nas terras indígenas. Referida Lei é objeto da ADC nº 87, da ADI nº 7582 e apensas, e são discutidas perante os trabalhos da comissão de conciliação do Supremo Tribunal Federal, representando um dos casos paradigmáticos sobre conciliação em controle concentrado de constitucionalidade, cujo debate transcende os direitos indígenas e deságua na reflexão sobre os limites e desafios da nova técnica decisória do Tribunal, ocupando discussões sobre transação de direitos fundamentais, representatividade na conciliação, afastamento normativo, posição e conduta das cortes constitucionais e de quem é a última palavra sobre a Constituição.

A análise empreendida até aqui demonstrou que a questão indígena, no Brasil, não pode ser compreendida apenas pela lente das disputas fundiárias contemporâneas. O longo percurso histórico, que remonta à teoria do indigenato como fundamento jurídico da posse imemorial, passando pela Constituinte de 1987–88 e pela afirmação constitucional dos direitos originários, até chegar às recentes decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, revela uma constante tensão entre reconhecimento formal e negação prática desses direitos. Esse panorama, que combina conquistas normativas, retrocessos legislativos e interpretações judiciais ambíguas, constitui o pano de fundo necessário para compreender a densidade do momento atual, em que a questão indígena se converte em palco de disputas maiores sobre a própria configuração da jurisdição constitucional.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. Parecer jurídico, 30 jul. 2023, p. 29.

A reação do Congresso Nacional, com a edição da Lei nº 14.701/2023, ao reinstaurar a tese do marco temporal e criar um novo regime indenizatório, exemplifica o quanto os direitos indígenas permanecem vulneráveis às investidas políticas. A reação legislativa ensejou as ações de controle concentrado de constitucionalidade, submetidas a uma tentativa de conciliação no próprio Supremo Tribunal Federal, movimento que, longe de representar apenas um ajuste procedimental, projeta dilemas estruturais. Afinal, até que ponto é admissível transacionar direitos fundamentais em um espaço destinado a garantir sua supremacia? Como assegurar a representatividade efetiva dos povos indígenas em arenas de negociação historicamente alheias à sua voz? E em que medida a normatividade constitucional pode ser afastada em favor de arranjos políticos ditados pela conjuntura?

Essas indagações tornam claro que a controvérsia não se restringe apenas à proteção territorial indígena: o que se coloca em debate é a própria legitimidade da jurisdição constitucional e os limites da atuação expansiva do STF. A experiência da conciliação em controle abstrato, especialmente quando aplicada a um caso paradigmático como o dos direitos indígenas, desnuda a tensão entre a função do Tribunal como guardião da Constituição e sua autoproclamação como instância mediadora de conflitos sociais e políticos. No capítulo seguinte, será possível observar como esse modelo, ainda em construção, desafia não apenas a efetividade da proteção constitucional dos povos originários, mas também a definição última sobre quem, em um Estado constitucional, tem a prerrogativa de dizer o que é, e o que não é, a Constituição.

III. A TRAMITAÇÃO DA LEI 14.701, DE 2023 NO CONGRESSO NACIONAL: TEORIA E PRINCÍPIOS DA LEGISLAÇÃO

“A lei, em sua majestosa igualdade, proíbe tanto o rico quanto o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão.”¹¹⁵

Este capítulo parte da premissa de que a Lei nº 14.701/2023 não pode ser compreendida apenas como um texto normativo isolado, mas como o resultado de um processo político-jurídico específico, atravessado por disputas institucionais e escolhas procedimentais que condicionam sua racionalidade e sua legitimidade. Em matérias constitucionais sensíveis, sobretudo quando envolvem direitos fundamentais de minorias e o desenho do próprio pacto constitucional, a forma de produção da lei constitui elemento analítico indispensável: não apenas porque revela o tipo de justificação pública mobilizada pelo legislador, mas porque permite identificar déficits deliberativos, falhas de integridade procedimental e estratégias de aceleração decisória que, ao final, projetam efeitos diretos sobre a judicialização e sobre a atuação subsequente do Supremo Tribunal Federal. Assim, a análise da tramitação legislativa aqui desenvolvida cumpre função dupla: de um lado, reconstrói a trajetória concreta que conduziu à aprovação da lei; de outro, avalia, com instrumentos teóricos específicos, a qualidade racional e democrática desse percurso.

Para alcançar esses objetivos, o capítulo é dividido em dois eixos. No primeiro, reconstrói-se a trajetória da tramitação que culminou na Lei nº 14.701/2023, a partir da retomada do PL nº 490/2007 e de sua transformação substantiva por meio do substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados. O foco não recai apenas sobre marcos cronológicos, mas sobre os momentos de inflexão procedimental que revelam a lógica política subjacente ao avanço do projeto: a reativação do tema em meio ao julgamento do Tema nº 1.031 no STF; o papel da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e a consolidação do texto sob o argumento de “segurança jurídica” e “paz social”; a resistência e os constrangimentos enfrentados pelas lideranças indígenas durante a tramitação; e, por fim, a aceleração deliberativa em 2023, com urgência na Câmara e votação célere no Senado, em paralelo ao calendário decisório do Supremo. Ao narrar esse percurso, o capítulo evidencia um dado estrutural: a dinâmica legislativa não se desenvolveu em um vazio institucional, mas em

¹¹⁵ FRANCE, Anatole. The red lily. New York: Brentano's, 1898, p. 91.

interação reativa com a jurisdição constitucional, produzindo um ambiente de colisão entre poderes que ajuda a explicar tanto a densidade do conflito quanto as opções posteriores do STF.

No segundo eixo, o capítulo desloca o olhar da mera descrição do processo para uma avaliação crítica de sua racionalidade, mobilizando a teoria da legislação como chave analítica. Parte-se da ideia, associada à concepção de Manuel Atienza, de que a racionalidade legislativa integra um continuum de racionalidade prática: os déficits ocorridos no momento da produção normativa não desaparecem na etapa jurisdicional, mas reaparecem sob a forma de judicialização intensa, instabilidade normativa e disputas sobre legitimidade democrática. Com base nisso, emprega-se um arcabouço teórico que permite examinar a qualidade da deliberação legislativa em diferentes níveis, clareza linguística, coerência jurídico-formal, eficácia pragmática, adequação teleológica, legitimidade axiológica e metarracionalidade proporcional, e, complementarmente, aplica-se um roteiro metodológico de análise da tramitação legislativa que organiza a investigação em etapas verificáveis: identificação do problema e objetivos declarados, reconstrução estratégica da tramitação, exame de alterações textuais, mapeamento e classificação dos argumentos, identificação de falácias políticas, verificação de elementos simbólicos e avaliação global do debate. A análise se ancora em um corpus empírico composto por relatórios e notas taquigráficas oficiais da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, permitindo avaliar não “intenções subjetivas” dos parlamentares, mas a formação da vontade institucional sob critérios controláveis de integridade procedimental e justificabilidade pública.

A principal aposta analítica do capítulo é demonstrar que a tramitação da Lei nº 14.701/2023 expressa um conjunto de fragilidades que transcendem o conteúdo do marco temporal em sentido estrito. De um lado, a ausência de consulta prévia, livre e informada, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, a restrição de participação indígena no processo e a rejeição sistemática de emendas apontam para um déficit democrático e representativo. De outro, a centralidade de argumentos de autoridade (notadamente a invocação seletiva do precedente Raposa Serra do Sol), o uso recorrente de retóricas de perigo e a aceleração deliberativa em momentos estrategicamente conectados ao calendário do STF sugerem a presença de uma racionalidade política que, em pontos decisivos, prevaleceu sobre a racionalidade legislativa, com impactos diretos sobre a qualidade justificativa do texto final.

Em termos institucionais, sustenta-se que a lei operou como tentativa de produzir um fato consumado normativo em face de uma decisão iminente — ou já proferida — da Corte, deslocando o conflito para o controle abstrato e impondo ao STF o custo de decidir sob condições de elevada tensão interinstitucional.

Com isso, o capítulo prepara o terreno para a etapa seguinte do trabalho. Ao evidenciar como a lei foi produzida, em interação reativa com a jurisdição constitucional, com déficits deliberativos e com forte carga simbólica, torna-se possível compreender por que a judicialização subsequente se dá em patamar de conflito institucional e por que a conciliação, adotada pelo STF logo após a fixação da tese do Tema nº 1.031, não pode ser avaliada sem considerar o contexto político-legislativo que a precede. A pergunta que se abre, ao final, é inevitável: diante de um processo legislativo marcado por fragilidades de racionalidade e de legitimidade, quais são os limites da atuação do Supremo e, mais especificamente, que consequências decorrem de a Corte ter optado por suspender o juízo clássico de validade para instaurar um procedimento conciliatório no controle abstrato? Essa indagação, que emerge diretamente do diagnóstico aqui construído, é o ponto de passagem para o próximo capítulo, no qual se examinam as condições de admissibilidade e os limites estruturais da conciliação na jurisdição constitucional concentrada.

III.1. A RETOMADA DO PL Nº 490/2007 E A FORMAÇÃO DA LEI Nº 14.701/2023 EM CONTEXTO DE CONFLITO INTERINSTITUCIONAL

Enquanto ocorria o julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1031, o Congresso Nacional retomou a tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 490, de 2007, o qual, inicialmente previa a alteração do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) para que as terras indígenas fossem demarcadas por lei, ou seja, aprovadas pelo parlamento. Na justificção, o autor da matéria, Deputado Homero Pereira (PR/MT), argumentou que FUNAI demarcava os territórios indígenas com base em “critérios subjetivos próprios”, relacionados a sua função precípua de assistir aos povos indígenas. Ato contínuo, destacou que a demarcação não é adstrita apenas à política indigenista, envolvendo diversos outros interesses, os quais transcendem a competência administrativa da FUNAI.¹¹⁶

¹¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 490, de 2007. Avulso. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=444088&filename=PL%20490/2007

Em maio de 2021, depois de dois anos da designação da relatoria do Deputado Arthur Oliveira Maia (DEM-BA), foi apresentado o relatório na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), no qual dispôs também de outros projetos apensados¹¹⁷. O relator entendeu ser “imprescindível que o poder legislativo consolide o entendimento jurisprudencial do STF [formando a partir do julgamento do caso Raposa Serra do Sol] e da AGU/Presidência da República [exarado no Parecer 01/2017/GAB/CGU/AGU] sobre o regime jurídico constitucional demarcatório de terras indígenas do art. 231 da CF/88 em lei ordinária, como instrumento de paz social e segurança jurídica”.¹¹⁸ À vista disso, apresentou substitutivo¹¹⁹ ao PL 490/2007, no qual, em 34 artigos, dispôs sobre reconhecimento, demarcação, uso e a gestão das terras indígenas no Brasil.¹²⁰

O projeto classificou as terras indígenas em três modalidades: i) tradicionalmente ocupadas; ii) reservadas; e iii) adquiridas. As terras tradicionalmente ocupadas são definidas como aquelas que, em 5 de outubro de 1988, eram simultaneamente habitadas, utilizadas para atividades produtivas, necessárias à preservação ambiental e à reprodução física e cultural das comunidades indígenas. Ainda, reproduziu a excepcionalidade do renitente esbulho, conceituado como “efetivo conflito possessório” que perdurou até o marco temporal, sendo comprovado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. Quanto ao procedimento demarcatório estabeleceu i) a participação obrigatória dos estados e municípios em que se localize a área objeto de demarcação; ii) a faculdade de participação das associações interessadas, desde que autorizadas em assembleias gerais convocadas para esse

¹¹⁷ Para fins didáticos, reproduz-se disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD): Art. 139. A distribuição de matéria às Comissões será feita por despacho do Presidente, dentro em duas sessões depois de recebida na Mesa, observadas as seguintes normas: I - antes da distribuição, o Presidente mandará verificar se existe proposição em trâmite que trate de matéria análoga ou conexa; em caso afirmativo, fará a distribuição por dependência, determinando a sua apensação, após ser numerada, aplicando-se à hipótese o que prescreve o parágrafo único do art. 142.

Art. 142. Estando em curso duas ou mais proposições da mesma espécie, que regulem matéria idêntica ou correlata, é lícito promover sua tramitação conjunta, mediante requerimento de qualquer Comissão ou Deputado ao Presidente da Câmara, observando-se que: II - considera-se um só o parecer da Comissão sobre as proposições apensadas.

¹¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 490, de 2007. Relatório do Dep. Arthur Maia. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2009613&filename=Tramitacao-PL%20490/2007

¹¹⁹ Na prática, o relator do projeto tem total autonomia para modificá-lo por meio de emendas. Uma delas é a emenda substitutiva que, nos termos do art. 118, §4º do RICD, é a “apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se “substitutivo” quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa.”

¹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 490, de 2007. Relatório do Dep. Arthur Maia. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

fim; iii) a vedação da possibilidade de ampliação das terras já demarcadas; e iv) a sujeição dos processos em trâmite à lei. No que concerne à indenização, definiu que, enquanto o processo de demarcação não for concluído e as benfeitorias de boa-fé não forem indenizadas, nos termos do art. 231, §6º, da Constituição, os ocupantes não indígenas poderão permanecer na área e continuar exercendo plenamente o uso e o gozo da posse, sem qualquer limitação. Ademais, fixou-se que, se houver título ou posse legítima concedida pelo Estado em área reconhecida como indígena, a desocupação deverá ser indenizada, pois se trata de erro do Estado, aplicando o art. 37, §6º, da Constituição.

As áreas indígenas reservadas, por sua vez, foram classificadas como aquelas destinadas pela União para garantir a subsistência e preservação cultural das comunidades, podendo ser constituídas por terras devolutas, públicas ou desapropriadas por interesse social, sendo propriedade da União, mas geridas pelas comunidades sob supervisão da Funai. Além disso, o projeto autoriza a retomada ou destinação dessas áreas para outros fins públicos ou para a reforma agrária, caso deixem de cumprir sua finalidade. Por fim, as áreas adquiridas abrangem terras obtidas por meios civis, como compra ou doação, aplicando-se a elas o regime jurídico da propriedade privada.

No sentido das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, o projeto propôs, quanto ao uso e gestão das terras, autonomia às comunidades indígenas para definir formas de ocupação e utilização, mas limita o usufruto indígena, excluindo o aproveitamento de recursos hídricos, potenciais energéticos e minérios, todos dependentes de autorização do Congresso Nacional. Somado a isso, isenta de consulta prévia as ações das Forças Armadas, da Polícia Federal e obras de infraestrutura consideradas de relevante interesse público ou estratégico, como estradas, bases militares e linhas de energia. Nesse viés, o texto autoriza atividades econômicas em terras indígenas, desde que conduzidas pela própria comunidade, permitindo cooperação com não indígenas mediante contratos aprovados coletivamente e registrados na Funai, bem como turismo nessas terras. Por fim, o ingresso de não indígenas é permitido em casos específicos, como serviços públicos, pesquisas autorizadas ou trânsito por vias públicas, sendo vedada a cobrança de tarifas pelas comunidades.

À vista disso, no início de junho de 2021, período em que o tema também se encontrava em análise pelo Supremo Tribunal Federal, cerca de 850 indígenas, pertencentes a 45 povos diferentes e já vacinados contra a COVID-19, deslocaram-se até Brasília para

protestar contra o Projeto de Lei e as invasões a terras indígenas. Com o intuito de reforçar a mobilização e pressionar o STF, as lideranças organizaram o Acampamento Levante pela Terra (ALT).¹²¹ Na ocasião, as lideranças indígenas, acompanhadas de deputados aliados à causa, reuniram-se com o então Presidente da Câmara dos Deputados, Dep. Arthur Lira (PP/AL), que assegurou que a tramitação do projeto não seria prioridade naquele momento.¹²² A despeito da promessa, uma semana depois, no dia 16 de junho de 2021, o relatório do Projeto de Lei foi incluído na pauta da reunião semipresencial da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Logo na abertura da reunião, a Dep. Fernanda Melchionna (PSOL/RS) apresentou uma questão de ordem, dirigida ao Presidente temporário da Comissão, Deputado Darci de Matos (PSD/SC). A parlamentar relatou a forte presença policial em frente ao Anexo II da Câmara dos Deputados e criticou a recepção hostil e desproporcional ao ato pacífico e legítimo, que pedia, ao menos, a instauração de um grupo de trabalho solicitado pela Frente Parlamentar Indígena. Em resposta, o Deputado Darci de Matos afirmou que a presença policial tinha como finalidade assegurar a segurança mínima do Parlamento.

Ao longo da reunião, os parlamentares de oposição ao Governo Bolsonaro tentaram, por artifícios regimentais protelar a apreciação da matéria, como o requerimento de inversão de pauta, para que não fosse a primeira matéria a ser deliberada na reunião, o qual restou rejeitado por 38 a 23 votos, seguido do requerimento de retirada de pauta, rejeitado por 36 a 23 votos. Ao final, utilizou-se o último recurso: o pedido de vista coletivo.¹²³ Nesse cenário, os parlamentares da oposição argumentaram sobre i) inadequação formal no sentido de que a matéria não poderia ser tratada por lei ordinária; ii) violação da Constituição e da Convenção nº 169 da OIT; iii) tentativa de aniquilamento da cultura indígena e seu modo de vida e, no limite, de sua própria existência; iv) ausência representação indígena para discutir sobre o tema, tendo em vista que apenas a Dep. Joênia Wapichana (REDE/RR) era indígena na Casa;

¹²¹ CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Apib divulga manifesto do Levante Pela Terra, mobilização que reúne centenas de indígenas em Brasília, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/06/apib-divulga-manifesto-levante-pela-terra-mobilizacao-reune-centenas-indigenas-brasilia/>

¹²² CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Lideranças reúnem-se com presidente da Câmara e pedem arquivamento de projetos anti-indígenas. 10 jun. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/06/liderancas-presidente-camara-pedem-arquivamento-projetos-anti-indigenas/>

¹²³ Assim aduz o RICD: Art. 57. No desenvolvimento dos seus trabalhos, as Comissões observarão as seguintes normas: XVI - ao membro da Comissão que pedir vista do processo, ser-lhe-á concedida esta por duas sessões, se não se tratar de matéria em regime de urgência; quando mais de um membro da Comissão, simultaneamente, pedir vista, ela será conjunta e na própria Comissão, não podendo haver atendimento a pedidos sucessivos;

v) movimento político inoportuno da bancada ruralista, considerando o cenário pandêmico, com sessões semipresenciais; e vi) a alta probabilidade do STF declarar a lei inconstitucional. Apesar da invocação de vários argumentos, é interessante perceber que não se tratou de um efetivo debate, na medida que a base governista praticamente se absteve de se manifestar, embora estivesse presente em peso, como se extrai do próprio quórum de votação dos requerimentos.¹²⁴

A deliberação do Projeto de Lei nº 490/2007 na CCJC ocorreu em 23 de junho de 2021, sob o impacto direto dos confrontos registrados no dia anterior. Na ocasião, manifestações de povos indígenas em Brasília resultaram em diversos feridos, entre eles mulheres, crianças e três policiais, após a intervenção da Polícia Militar e da Polícia Legislativa, que utilizaram bombas de gás e balas de borracha para dispersar o protesto. Enquanto parlamentares da oposição atribuíram os tumultos à incitação da base governista e à falta de preparo das forças de segurança, outros defenderam a ação policial, alegando que os manifestantes teriam tentado invadir o prédio da Câmara dos Deputados.¹²⁵

Com efeito, durante a reunião¹²⁶, além da retomada de argumentos já apresentados em reuniões anteriores, o eixo central da atuação da oposição concentrou-se em denunciar a ausência de consulta aos povos indígenas sobre o teor do projeto. Deputados solicitaram, por exemplo, que uma pequena comissão representativa de lideranças indígenas pudesse acompanhar os debates presencialmente, pedido indeferido pela Presidente, Deputada Bia Kicis (PSL/DF), sob a justificativa das restrições sanitárias decorrentes da pandemia.

A oposição sustentou, ainda, por meio de diversas questões de ordem, que a tramitação do projeto violava o art. 6º, I, “a”, da Convenção nº 169 da OIT, dispositivo que impõe ao Estado o dever de consultar os povos interessados sempre que medidas legislativas

¹²⁴ Notas taquigráficas disponíveis em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/61948>. CCJC, dia 16.06.2021.

¹²⁵ POLÍCIA dispersa ato indígena com bombas de gás, e Câmara suspende discussão de demarcação de terras. Folha de S.Paulo, 22 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/policia-dispersa-ato-de-indigenas-com-bombas-de-gas-e-camara-suspende-discussao-de-demarcacao-de-terras.shtml> Ver também: VÍDEO: policiais e indígenas entram em confronto durante protesto em Brasília; há feridos. G1, 22 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/06/22/video-pm-e-indigenas-entram-em-confronto-durante-protesto-em-brasilia.ghtml> e MANIFESTAÇÃO de índios em frente à Câmara é reprimida com bombas de gás pela polícia. O Estado de S. Paulo, 22 jun. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/manifestacao-de-indios-em-frente-a-camara-e-reprimida-com-bombas-de-gas-pela-policia/>

¹²⁶ Para fins de este trabalho, se utilizará o termo “reunião” para se referir à deliberação nas comissões e o termo “sessão” para se referir à deliberação no plenário, conforme o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, vide art. 46.

ou administrativas possam afetá-los diretamente. A Presidente, contudo, entendeu que, embora o Parlamento esteja vinculado à Convenção, caberia aos parlamentares terem solicitado previamente a realização de audiência pública, razão pela qual considerou a questão superada. Ressalte-se, todavia, que a mera audiência pública não tem o condão de perfazer a consulta de que trata a Convenção. Ademais, conquanto o requerimento de audiência tenha sido apresentado apenas durante a reunião, não há qualquer impedimento regimental à sua convocação posterior, inclusive por iniciativa da própria Presidência, conforme autorização do art. 41, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Já os parlamentares favoráveis ao projeto, mais ativos nessa reunião, enfatizaram que a proposta visava promover autonomia e desenvolvimento econômico aos povos indígenas, permitindo o uso sustentável de suas terras e a redução da dependência estatal. Adicionalmente, defenderam que o texto buscava libertar as comunidades da influência de organizações não governamentais, às quais atribuíram a responsabilidade pela perpetuação da miséria em troca de interesses financeiros. Segundo essa perspectiva, a política indigenista vigente seria excessivamente tutelar e representaria um entrave ao progresso econômico nacional.

Ao final da reunião, foram aprovados o requerimento de encerramento da discussão e, na sequência, o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 490/2007, ambos pelo placar de 40 votos a 21. Na reunião posterior, realizada em 29 de junho de 2021, foram rejeitados todos os destaques apresentados pela oposição, os quais buscavam a votação em separado de dispositivos específicos do texto. Por meio desses destaques, a oposição pretendia suprimir dispositivos mais controversos do substitutivo, dentre eles: a tese do marco temporal; a proibição de ampliação de terras indígenas já demarcadas; a submissão dos processos demarcatórios em curso às novas regras; e a possibilidade de a União retomar terras indígenas em casos de alteração de traços culturais ou de outros elementos decorrentes do decurso do tempo. Buscou-se, ainda, eliminar os dispositivos que autorizavam a instalação de edificações militares e de infraestrutura estratégica sem consulta prévia aos povos indígenas, bem como aqueles que permitiam o ingresso de não indígenas e o exercício de atividades econômicas em terras tradicionalmente ocupadas. Com isso, a CCJC adotou o parecer apresentado pelo Dep. Arthur Maia sem alterações, seguindo ao Plenário.

Após a aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o projeto permaneceu praticamente sem avanços ao longo de 2022, ano marcado pelo calendário eleitoral, o que contribuiu para a estagnação de sua tramitação legislativa. Somente em 2023 a matéria voltou a ganhar relevância política e impulso procedimental. Em 24 de maio de 2023, enquanto o Tema de Repercussão Geral nº 1.031 encontrava-se pautado para retomada de julgamento no STF em 7 de junho, a Câmara dos Deputados aprovou o requerimento de urgência para apreciação do projeto, pelo placar de 324 votos favoráveis e 131 contrários.

No dia 30 de maio de 2023, em sessão plenária marcada pela reprodução dos mesmos argumentos anteriormente suscitados na CCJC, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 490/2007 por 283 votos favoráveis, 155 contrários e 1 abstenção. A deliberação ocorreu sem que, em qualquer momento, os povos originários diretamente afetados pela proposta fossem ouvidos.

Ato contínuo, o Projeto de Lei nº 490/2007 chegou ao Senado Federal sob a numeração nº 2.903/2023 e foi distribuído à Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA) e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Na CRA, a Senadora Soraya Thronicke (PODEMOS/MS) apresentou relatório favorável à aprovação do texto, com rejeição de todas as emendas apresentadas. Na sessão realizada em 16 de junho de 2023, restou consignado, em acordo entre os parlamentares, que a deliberação final ocorreria na semana seguinte, sendo realizada, nesse ínterim, uma audiência pública para instruir a matéria.¹²⁷

A realização dessa audiência, contudo, foi objeto de questionamento por parte de alguns senadores, que manifestaram preocupação quanto à possibilidade de atraso na votação diante da iminência do julgamento do Tema 1.031 no Supremo Tribunal Federal (STF), cujo prazo de vista do Ministro André Mendonça encontrava-se prestes a expirar. Durante a reunião, diversos parlamentares expressaram o intento de votar o projeto antes da retomada do julgamento pelo STF, a fim de evitar que o Congresso Nacional tivesse suas competências legislativas supostamente esvaziadas ou sobrepostas pela Corte.¹²⁸

Em que pese a controvérsia procedimental e estratégica, a audiência pública, cuja mesa foi composta por representantes dos povos indígenas, do governo federal e do setor agropecuário, foi realizada. Na oportunidade, participaram Kleber Karipuna, Coordenador

¹²⁷ Notas taquigráficas: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/11715>

¹²⁸ Notas taquigráficas: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/11715>

Executivo da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib); Arnaldo Zunizakae, Presidente da Cooperativa Agropecuária dos Povos Indígenas Haliti, Nambikwara e Manoki; Joenia Wapichana, Presidenta da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai); Osmar Serraglio, ex-Ministro da Justiça; Marivaldo de Castro Pereira, Secretário de Acesso à Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública; e Marcelo Bertoni, Presidente da Federação da Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul (Famasul). Durante a audiência, tanto os defensores quanto os opositores do projeto retomaram argumentos já recorrentes no debate legislativo, como a necessidade de segurança jurídica, a alegada violação aos direitos fundamentais dos povos indígenas, a ausência de consulta prévia, livre e informada e a interpretação do precedente Raposa Serra do Sol como parâmetro constitucional para a matéria.

Chamou atenção, no entanto, a defesa apresentada por Arnaldo Zunizakae, representante dos indígenas produtores, que introduziu uma dimensão distinta ao debate ao defender políticas públicas voltadas à autonomia produtiva e ao acesso a crédito rural. Embora solidário à pauta da demarcação, ressaltou que a mera titulação fundiária não é suficiente para assegurar condições de vida dignas, criticando a ausência, no projeto, de mecanismos econômicos de inclusão e desenvolvimento sustentável.

Não obstante a introdução de novos elementos ao debate e a exposição de argumentos de ambos os lados, as contribuições apresentadas na audiência pública não foram efetivamente consideradas pelos parlamentares, uma vez que a deliberação na comissão se sucedeu imediatamente após o término da audiência pública. Assim, sem incorporar nenhum ajuste, o relatório da Sen. Soraya foi aprovado por 13 a 3. Em seguida, na CCJ, no dia 27 de setembro de 2023, o relatório do Sen. Marcos Rogério (PL/RO) foi aprovado por 16 a 10, de onde seguiu para o Plenário em regime de urgência no mesmo dia. Lá, foi aprovado por 43 a 21. Do outro lado da Praça dos Três Poderes, no mesmo dia, o STF fixava a tese do Tema RG nº 1031, diametralmente oposta ao conteúdo do PL nº 2.903/2023.

Em 20 de outubro, o Presidente Lula vetou 47 dispositivos da Lei 14.701/2023 (Lei do Marco Temporal), incluindo os pontos mais controvertidos. O Veto nº 30/2023 foi derrubado em sessão conjunta do Congresso Nacional em 14 de dezembro de 2023, exceptuada a manutenção do veto quanto à possibilidade de redestinação de terras em caso de perda de

traço culturais das comunidades, ao tratamento com os povos isolados e à possibilidade de cultivo de transgênicos em áreas de proteção ambiental.

III.2. A RACIONALIDADE LEGISLATIVA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: AVALIAÇÃO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA LEI Nº 14.701/2023

Diante desse contexto, o exame da tramitação do projeto de lei que resultou na atual Lei do Marco Temporal, objeto de contestação perante o Supremo Tribunal Federal, revela-se fundamental para uma análise sistêmica da racionalidade jurídica, isto é, dos modos pelos quais o Direito é interpretado e aplicado. Sustenta-se, em consonância com a concepção de Manuel Atienza, que a racionalidade legislativa constitui uma etapa preliminar, porém indissociável, do mesmo processo de aplicação do Direito, integrando, assim, um continuum de racionalidade prática que se manifesta desde a elaboração normativa até sua concretização jurisdicional.¹²⁹

Embora a teoria da legislação seja raramente explorada pela literatura jurídica¹³⁰, compreender a racionalidade (ou a ausência dela) na atividade legiferante é essencial para desvendar o papel das próprias instituições no sistema jurídico-político. A racionalidade legislativa distingue-se da racionalidade jurídica não por mero acaso, mas em razão do próprio desenho institucional do Parlamento, que, conforme observa Manuel Atienza, é estruturado para acolher o dissenso e o pluralismo, ao passo que o Judiciário tende, por sua natureza funcional, a produzir consensos e estabilizar interpretações. Entre as diferenças abordadas, cite-se, por exemplo, que no Legislativo há i) filiação à partidos e à vinculação eleitoreira; ii) mandatos curtos e pré-definidos; iii) atuação em órgãos com uma numerosa quantidade de pessoas; iv) heterogeneidades dos membros, com diferentes ocupações anteriores, idade e renda; v) maior flexibilidade no processo legislativo, com regras constantemente sendo sobrepostas por acordos coletivos, etc.¹³¹

Dessa maneira, o peso atribuído a cada argumento deve variar conforme a esfera em que se insere, uma vez que as funções precípuas dos Poderes, embora complementares e

¹²⁹ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p.54.

¹³⁰ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p.57.

¹³¹ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p.56-57.

idealmente dialógicas, não se confundem. Reconhecer que cada Poder detém uma primazia *prima facie* no âmbito de suas próprias competências significa, por um lado, rejeitar qualquer pretensão monopolística de operação do Direito; por outro, reafirmar a necessidade de um diálogo interinstitucional que respeite as especialidades e limitações de cada instância.¹³² Nesse contexto, como observa Roberta Nascimento, embora o argumento de inconstitucionalidade de uma proposição legislativa, durante sua tramitação no Congresso Nacional, não possua necessariamente o condão de ensejar sua rejeição, a lógica é diversa no âmbito do Poder Judiciário¹³³, o qual não pode sequer, por própria interpretação, afastar a aplicação da lei sem declará-la inconstitucional, à luz da Súmula Vinculante nº 10.¹³⁴

À primeira vista, pode parecer um contrassenso que eventual alegação de inconstitucionalidade não seja motivo suficiente para impedir a aprovação da lei. No entanto, a análise de um projeto de lei ou da lei em si precisa perpassar, para que tenha efeitos práticos na melhoria do processo legislativo e da própria política, pelo escrutínio da “racionalidade política”¹³⁵, que, não raro, supera a racionalidade legislativa, esta referente à argumentação e justificação de uma lei. A racionalidade política, portanto, pode ser definida como práticas - a quem repute ser irracionalidade, como o Atienza¹³⁶ -, que fazem parte do *modus operandi* do Legislativo, a exemplo, das negociações nos bastidores das comissões, que permitem, ainda que seja questionável, a aprovação de leis consideradas inconstitucionais¹³⁷.

O ceticismo em relação à racionalidade política parece, ao menos em algum nível, residir em seu sigilo, quer dizer, muito do que é concebido politicamente é parte de um “teatro de sombras”¹³⁸, no qual ao público resta apenas uma narrativa persuasiva do que foi feito. Em que pese ser uma racionalidade limitada, como todas as outras, pela própria limitação

¹³² GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147.

¹³³ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p.58.

¹³⁴ A Súmula Vinculante nº 10 assim dispõe: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹³⁵ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 427.

¹³⁶ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 428.

¹³⁷ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 427.

¹³⁸ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 431.

cognitiva da condição humana, a ação política é precedida de um cálculo racional em que se leva em conta vantagens e desvantagens, correlação de forças e os custos políticos, mais notadamente, a rejeição do eleitorado¹³⁹. Seja como for, é fato que a atividade política tem repercussões diretas no Judiciário - sobretudo mais recentemente - e, por conseguinte, na própria concretização da Constituição e nos valores que regem a sociedade. Por isso, ao se tentar avaliar uma decisão apenas pela linguagem estritamente jurídica, incorre-se no risco de negligenciar as verdadeiras disputas que estão sendo travadas nas arenas democráticas.

Por óbvio, esta constatação não leva a crer que o Judiciário deva imiscuir-se em toda e qualquer disputa política. Na verdade, ao se considerar que o Judiciário está envolvido na política, ainda que mais isoladamente, entende-se que, portanto, ele tem responsabilidade no desenvolvimento e na emergência da melhor solução, posto ser um ator à serviço da democracia, ao menos teoricamente.¹⁴⁰ Eis, então, o desafio teórico: estabelecer critérios a respeito da fronteira entre Legislativo e Judiciário para que se possa definir quando há encargo do mandamento constitucional e quando há a discricionariedade legislativa, decorrente da legítima atuação política democrática.¹⁴¹ Em outras palavras, a decisão política, no caso, a aprovação de uma lei é bifacetada: de um lado, tem-se o eixo da conveniência e oportunidade; de outro, o do princípio, sendo este último de incumbência precípua do Judiciário defender.¹⁴²

Com efeito, a melhoria da atividade política e, por conseguinte, da democracia cinge-se ao fortalecimento do debate público e da qualidade da argumentação. Assim, como não poderia deixar de ser, o diagnóstico das fragilidades durante o processo legislativo é ponto de partida para discernir as melhores razões das falácias políticas. É igualmente fundamental também que estas razões se sujeitem ao crivo do diálogo democrático. Para Nascimento, a política é tanto mais racional quanto melhor atender ao maior número possível de pessoas.¹⁴³ Aqui, defende-se, contudo, que os valores democráticos, que devem guiar

¹³⁹ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 431.

¹⁴⁰ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 90.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 424.

¹⁴² GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115.

¹⁴³ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 433.

atividade política, não podem se resumir apenas no somatório de vontades majoritárias, devendo se preocupar com as promessas constitucionais, ainda que se divirja sobre como alcançá-las.¹⁴⁴

À vista disso, entendendo ser importante para avaliação da conduta do STF após a promulgação da Lei do Marco Temporal, o presente trabalho cuidou de investigar, por meio dos relatórios e das atas taquigráficas disponíveis nos sites oficiais da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, a qualidade do debate que precedeu a aprovação da matéria a partir da teoria de Manuel Atienza e das etapas apresentadas por Roberta Nascimento.

Em apertada síntese, a teoria proposta por Atienza compõem um modelo analítico que permite avaliar a qualidade da produção legislativa sob a óptica de seis níveis. Muito resumidamente tem-se que a racionalidade linguística (R1) diz respeito à clareza comunicativa da lei: uma norma é irracional se falha em transmitir sua mensagem de forma compreensível ao destinatário, incorrendo em ambiguidades sintáticas, lacunas e/ou incoerências. A racionalidade jurídico-formal (R2) refere-se à conformidade do texto legislativo com a estrutura e os princípios do ordenamento jurídico, assegurando a coerência sistêmica e a supremacia constitucional, bem como a própria coerência jurídica interna, ou seja, entre os dispositivos da lei em questão. Já a racionalidade pragmática (R3) avalia a capacidade da lei de produzir efeitos concretos na realidade social, isto é, de influenciar o comportamento dos destinatários e alcançar eficácia. Para aprimorá-la, é preciso reforçar a viabilidade administrativa e financeira, sanções eficazes etc. A racionalidade teleológica (R4) examina se a lei atinge os fins sociais que motivaram sua criação, distinguindo entre a mera obediência formal e a realização efetiva de seus objetivos. Nesse ponto, uma lei terá a R4 fragilizada se produzir efeitos não previstos, ainda que sejam desejáveis ou não. Por fim, a racionalidade axiológica (R5) considera a legitimidade ética dos fins e dos meios empregados, analisando se a norma se orienta por valores como dignidade, igualdade, justiça e liberdade. Atienza ainda menciona uma metarracionalidade (R6), associada à proporcionalidade, que busca equilibrar as finalidades anteriores, evitando que o atendimento a uma delas implique o sacrifício desproporcional das demais.¹⁴⁵

¹⁴⁴ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 129-131.

¹⁴⁵ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 51-55.

Já o método de análise da racionalidade legislativa proposto por Nascimento estrutura-se em dez etapas que permitem examinar de forma sistemática o processo de elaboração das leis. Inicia-se pela identificação do problema e dos objetivos declarados da medida (Passo 1), seguida da verificação da tramitação legislativa e de seus aspectos estratégicos (Passo 2) e das alterações textuais ocorridas ao longo do processo (Passo 3). Em seguida, investigam-se os argumentos apresentados pelos parlamentares (Passo 4) e sua organização conforme níveis de importância e tipos de racionalidade (Passo 5). Com base nesses dados, procede-se à análise das perguntas críticas de Atienza sobre a coerência e consistência da tramitação (Passo 6) e à identificação de possíveis falácias políticas (Passo 7). Examina-se também a presença de elementos simbólicos e comunicacionais na argumentação (Passo 8), para então avaliar globalmente a qualidade do debate legislativo (Passo 9) e, por fim, julgar se o texto final da lei atende aos critérios de racionalidade legislativa em seus diferentes níveis (Passo 10).¹⁴⁶

Quanto ao Passo 1, tem-se que as razões expostas no relatório do Dep. Arthur Maia, da Sen. Soraya Thronicke e do Sen. Marcos Rogério indicaram que o objetivo do projeto de lei era garantir a segurança jurídica e promovendo a paz social no campo, a partir da consolidação do entendimento fixado pelo STF no Caso Raposa Serra do Sol. O problema da legislação vigente, portanto, nas controvérsias quanto ao procedimento de demarcação e o que seria de fato terra indígena. No que se refere ao Passo 2, é interessante notar que, embora o PL seja de 2007, a redação que foi sancionada diz respeito ao texto apresentado na forma do substitutivo do Dep. Arthur Maia, em 2021, sofrendo alterações apenas nos vetos. Anteriormente a isso, em 2008, foi apresentado relatório do Dep. Waldir Neves (PSDB/MS) na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR), cujo substitutivo, embora significativamente mais enxuto e genérico, propunha a tese do marco temporal. Em 2009, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), a partir do relatório da Dep. Iriny Lopes (PT/ES), rejeitou o projeto de lei por entender que a legislação já vigente era suficiente para tratar da demarcação, de modo que o mérito do PL, assim como seu substitutivo, seria um retrocesso dos direitos indígenas. Nesse contexto, resta evidente que a retomada da tramitação se deu para acompanhar o julgamento no STF e, por isso, foi açodada. Assim, por ser tratar de texto diferente e mais complexo, o argumento, utilizado por

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Roberta. Modelos de análise da argumentação legislativa e justificação do PL das Fake News. Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação, v. 24, n. 1, jun. 2024, p. 12-14.

parlamentares favoráveis, de que a matéria vem sendo discutida desde 2007 é falacioso, sobretudo porque não consta na tramitação a realização de nenhuma audiência pública para tratar do projeto de lei em específico, apenas a aprovação de requerimento para fazê-la. No Senado, a tramitação foi ainda mais rápida, sendo a matéria aprovada em três semanas. A realização da audiência pública, que logo foi seguida pela votação do PL, parece demonstrar que se trata apenas de um gesto protocolar para afastar alegações de déficit democrático. Em que pese o Passo 3, é interessante notar que, ao todo, considerando as duas Casas, o PL teve 99 emendas propostas, mas nenhuma acatada, o que demonstra a falta de uma decisão intermediária e a busca efetiva por outras soluções. Quanto ao Passo 4, tem-se que os principais argumentos foram assim apresentados:

Argumentos Favoráveis		
Tópico	Argumentação	Localização¹⁴⁷
Segurança Jurídica	O PL visa dar fim aos conflitos fundiários ao trazer clareza e transparência ao processo demarcatório	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 40 Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 59,
Consolidação da jurisprudência do STF	O projeto baseia-se na decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol, que estabeleceu o marco temporal. Tal decisão corroboraria com a constitucionalidade do PL.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 37, 45; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 69
Defesa da propriedade	O PL se coaduna com a defesa de propriedade, sobretudo de proprietários rurais que possuem títulos decenários/centenários	Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 59, 90
Papel do Legislativo	O Parlamento precisa cumprir seu papel de legislar e não se omitir, para que suas prerrogativas não sejam suplantadas por decisões constantes do STF	

¹⁴⁷ Cumpre esclarecer que, em razão da recorrência de determinados argumentos - favoráveis e contrários -, ao longo da discussão, nem todos foram objeto de mapeamento individualizado, medida que visa à otimização da análise e à facilitação da exposição didática do conteúdo.

Dignidade aos povos indígenas e papel das ONGs	As comunidades indígenas seriam exploradas pela Funai e ONGs. A lei seria uma “carta de alforria”, permitindo que os indígenas, por meio de parcerias em seus territórios, pudessem se desenvolver socio e economicamente, como desejam.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 9, 10; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 28, 59, 68, 77, 90
Inviabilidade da tese do indigenato	A tese do indigenato não seria razoável já que leva a crer que todo o território brasileiro pertence ao indígenas, desconsiderando todo os 500 anos de história	Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 33
Debate suficiente	O PL já teria sido amplamente debatido, tendo tramitado desde 2007, inclusive com criação do Grupo de Trabalho em 2013	Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 74, 88
Consulta da Convenção nº 169 da OIT	O PL estaria em conformidade com à disposição da Convenção nº 169, já que houve audiências públicas a respeito da demarcação no passado. Além disso, defendeu-se que a Convenção não tem status constitucional, apenas supralegal.	Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 74

Tabela 1: elaboração própria a partir da análise das notas taquigráficas

Argumentos Contrários		
Tópico	Argumentação	Localização
Inconstitucionalidade e vícios jurídicos	O PL violaria os direitos fundamentais dos povos originários, ou seja, cláusula pétrea da Constituição. Seria um projeto “anticivilizatório”.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 23, 26; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 59, 67, 80, 82
Jurisprudência do STF não vinculante	Embora o PL se baseie no caso Raposa Serra do Sol, esta decisão não é vinculante, conforme entendimento do próprio STF.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 38, 45;
Risco de genocídio e violência	Denunciaram que o PL abriria caminho para o genocídio indígena no Brasil, preocupação exarada em relatórios da ONU.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 1, 7, 29, 34;

		Câmara dos Deputados: CCJC [21.06.2021]: p. 62, 71, 78;
Restrição do debate e da participação	Haveria um “déficit democrático” em razão da falta de audiências públicas e do impedimento das lideranças indígenas presentes em Brasília adentrarem o espaço de debate.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 1; 27, 33; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 9, 12, 15, 32, 80,
Insegurança jurídica e provocação no STF. Afrontamento à Corte.	Argumentou-se que, caso a lei fosse aprovada, seria contestada no STF, gerando insegurança jurídica e mais conflitos fundiários.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 13, 24 Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 36, 50, p. 80
Favorecimentos de setores econômicos	Argumentou-se que os verdadeiros interessados no projeto são "mineradores e agronegócio predador", e não o bem-estar dos indígenas. A aprovação é vista como a tentativa de "passar a boiada". Para isso, o PL retiraria o direito de usufruto exclusivo dos indígenas sobre suas terras para abrir caminho para exploração econômica (mineração, atividades agropastoris, parcerias)	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 15, 21, 26, 30; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 76, 81, 89, 93;
Consulta da Convenção nº 169 da OIT	A ausência da consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, nos termos da Convenção nº 169, representaria uma ilegalidade.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 12, 34; Câmara dos Deputados: CCJC [23.06.2021]: p. 18, 72, 80
Vício de forma	A regulamentação do Art. 231 da CF/88, especialmente o § 6º, determina que qualquer suposta regulamentação dos direitos indígenas deve ser feita por Lei Complementar (LC), e não por Projeto de Lei Ordinária.	Câmara dos Deputados: CCJC [16.06.2021]: p. 37; 45;
Usurpação de	Constituição (Art. 231) atribui à União (Poder	Câmara dos Deputados:

Competência do Executivo	Executivo, via Funai) a competência para demarcar terras indígenas, e o PL 490/2007 transferir essa competência para o Congresso Nacional	CCJC [16.06.2021]: p. 8, 14, 21, 31; Câmara dos Deputados: CCJC [21.06.2021]: p. 78, 83
--------------------------	---	--

Tabela 2: elaboração própria a partir da análise das notas taquigráficas

Quanto ao Passo 5, os argumentos favoráveis ao projeto distribuem-se principalmente nas dimensões jurídico-formal (R2) e pragmática (R3). A primeira inclui a consolidação da jurisprudência do STF, a segurança jurídica e a conformidade com a Convenção nº 169, voltadas à coerência normativa e constitucional. A segunda abrange o papel do Legislativo e o debate suficiente, que reforçam a viabilidade institucional e a legitimidade procedimental da tramitação. Já a racionalidade teleológica (R4) aparece na defesa da propriedade e da segurança jurídica e na inviabilidade da tese do indigenato, que justificam o projeto por seus fins sociais, enquanto a axiológica (R5) se manifesta na dignidade aos povos indígenas, apelando a valores de autonomia e desenvolvimento. Nos argumentos contrários, predomina a racionalidade jurídico-formal (R2), expressa nas alegações de inconstitucionalidade, vício de forma, usurpação de competência e ausência de consulta prévia, seguida da pragmática (R3), presente na crítica à insegurança jurídica e à provocação ao STF. A teleológica (R4) surge nos alertas sobre favorecimento econômico e risco de genocídio, enquanto a axiológica (R5) se destaca no déficit democrático e na violação da dignidade humana dos povos originários.

Quanto ao Passo 6, a análise das perguntas críticas de Atienza permite avaliar a coerência e consistência da tramitação da Lei nº 14.701/2023. À primeira pergunta — “a lei é cumprida por todos os destinatários?” —, a resposta é negativa: a exigência de indenização prévia pela terra nua antes da demarcação tornou o cumprimento materialmente inviável, comprometendo sua eficácia (R3). À segunda — “o cumprimento da lei é o desejável pelo legislador?” —, igualmente não, pois o objetivo de garantir segurança jurídica e paz no campo foi frustrado, já que a lei intensificou conflitos fundiários e gerou insegurança normativa, enfraquecendo sua racionalidade teleológica (R4). No que tange à terceira questão — “a lei tem efeitos avaliáveis?” —, é possível mensurá-los: os dados da Comissão Pastoral da Terra indicam que os anos de 2023 e 2024 foram os mais violentos desde 1985. A quarta — “os efeitos produzidos eram os declarados na lei?” — e a quinta — “foram previstos pelo

legislador?” —, também recebem resposta negativa, pois os resultados empíricos (crescimento da violência e judicialização) destoam dos fins declarados e não foram antecipados no processo legislativo. Por fim, quanto à sexta — “os efeitos são positivos e desejáveis?” —, os impactos observados são amplamente negativos, tanto social quanto juridicamente. Ademais, as demais perguntas procedimentais — a tramitação foi rápida? houve audiências públicas? foram acolhidas emendas? — reforçam o déficit democrático: o projeto foi aprovado em três semanas no Senado, sem debate substantivo e com 99 emendas rejeitadas.

Em que pese a mentira, em algum nível, fazer parte da estratégia política¹⁴⁸ - sobretudo em razão de seu caráter quase publicitário -, há algumas falácias políticas que não podem ser aceitas sequer por uma perspectiva mais leniente sobre a sinceridade no debate democrático. Isso porque podem resultar em uma má legislação e, por conseguinte, em debilidades quanto ao comportamento que os indivíduos devem seguir e à *accountability* do próprio sistema legislativo. Para Jeremy Bentham¹⁴⁹, falácia política é um discurso ou argumento utilizado no processo de formação de decisões públicas, legislativas ou administrativas, que, por sua estrutura retórica ou intencionalidade, induz à adoção de opiniões falsas ou à manutenção de condutas políticas ruins. Trata-se, portanto, de uma forma de manipulação discursiva fraudulenta.¹⁵⁰ Em seu livro, Bentham categoriza quatro tipos de falácia, são elas: de autoridade; de perigo; de atraso; e de confusão.¹⁵¹ Ainda que não se busque esgotar o estudo das falácias políticas, é interessante notar, para fins do Passo 7, como algumas delas se

¹⁴⁸ Nascimento aborda que as teorias da mentira na política envolve seis desafios centrais: i) a inevitabilidade histórica da mentira e a necessidade de limitação; ii) a classificação dos tipos e graus de mentira com seus critérios éticos; iii) a rejeição da naturalização do engano na democracia; iv) o desenvolvimento de técnicas de detecção das mentiras nocivas; v) a distinção conceitual entre mentira e “conversa fiada”; e vi) a investigação empírica sobre práticas e padrões de falsidade política. Vide: NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 436-442.

¹⁴⁹ Em que pese a importância da teoria das falácias políticas, o presente trabalho não se coaduna com a visão utilitarista de Bentham, segundo o qual se propunha uma cálculo quase aritmética na perseguição do bem comum, isto é, medidas deveriam ser propostas no fito de aumentar, a um só tempo, o bem-estar e o prazer e minimizar o desconforto para um maior número de pessoas. Nesse ponto, filia-se a Jeremy Waldron, cuja teoria entende ser necessário princípios de substância, forma e procedimento para engendrar legitimidade nas legislações. WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15-18,

¹⁵⁰ BENTHAM, Jeremy. The Book of Fallacies: Unfinished Papers. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 1; 7-9.

¹⁵¹ BENTHAM, Jeremy. The Book of Fallacies: Unfinished Papers. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 32 a 358.

aplicam à tramitação do projeto de lei que ora se discute. É que, conquanto o debate público nos espaços institucionais tem evoluído para abrigar o pluralismo político e os diferentes interesses da sociedade moderna complexificada, as estratégias do fazer político ainda se assemelham, ao menos em algum nível, daquelas identificadas por Bentham no século XIX.

Durante a tramitação da Lei nº 14.701/2023, o principal argumento em defesa de sua constitucionalidade baseava-se na afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol), já teria proferido decisão de conteúdo substancialmente semelhante. Trata-se, porém, de um exemplo evidente da falácia de autoridade, tal como descrita por Jeremy Bentham. Para Bentham, a força persuasiva do argumento de autoridade depende de certos requisitos de confiabilidade que, quando ausentes, esvaziam sua legitimidade racional. Um desses fatores é a deficiência de atenção, isto é, a falta de intensidade e constância na consideração das circunstâncias relevantes sobre as quais uma opinião precisa se fundar para ser acurada.¹⁵² Outro elemento que compromete a validade do apelo à autoridade é a distância temporal entre o momento em que a opinião foi emitida e o contexto em que é invocada, já que o decurso do tempo pode alterar as condições factuais e sociais de modo a reduzir a “inteligência relativa e adequada”¹⁵³ da autoridade sobre a situação presente. Em outras palavras, uma opinião pode ter sido legítima em sua época, mas perder seu peso argumentativo diante da transformação do cenário jurídico e político.

No caso do Marco Temporal, causa estranhamento o uso reiterado desse argumento, sobretudo considerando que o próprio STF, ao reconhecer que (i) a decisão da Raposa Serra do Sol não possuía efeito vinculante e (ii) os conflitos fundiários persistiam, decidiu reexaminar a matéria no Tema 1.031 de Repercussão Geral, à luz das novas circunstâncias. Paradoxalmente, o Congresso Nacional invocou a autoridade do Supremo com base em um precedente desatualizado, para contrariar a decisão atual da Corte, sem enfrentar o ônus argumentativo decorrente da mudança de contexto e de entendimento. Nesse sentido, conforme adverte Bentham, o argumento falacioso de autoridade torna-se um refúgio para a manutenção de erros, servindo não como instrumento de justificação racional, mas como expediente retórico destinado a sustentar posições ultrapassadas sob a aparência de legitimidade técnica¹⁵⁴.

¹⁵² BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies: Unfinished Papers*. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 32.

¹⁵³ BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies: Unfinished Papers*. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 33.

¹⁵⁴ BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies: Unfinished Papers*. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 47

A falácia do bicho-papão, classificada entre as falácias de perigo, consiste no argumento segundo o qual determinada mudança - legislativa ou administrativa -, conduziria, inevitavelmente, a um resultado desastroso. No século XIX, o “bicho-papão” era a anarquia. É um argumento marcado pela generalidade excessiva e pela condenação indiscriminada da mudança, sem reconhecer que toda política consolidada, em algum momento, também representou uma inovação.¹⁵⁵

Nesse sentido, durante a tramitação da Lei nº 14.701/2023, observa-se que a evocação do indigenato subsume-se a essa falácia, ao transmitir a ideia de que qualquer terra brasileira poderia ser indígena, gerando um alarmismo infundado. Cumpre esclarecer, todavia, que, embora a teoria do indigenato não constitua propriamente uma novidade, a decisão legislativa de mantê-la ou rejeitá-la representa, em si, uma forma de mudança. A busca por alternativas configura-se como rejeição, enquanto a manutenção - agora revisitada - implica reafirmação ou consolidação de fundamentos.

Podereria, ainda, argumentar que os opositores à proposta, ao recorrerem a expressões como “genocídio” e “extinção dos povos indígenas”, também incorreram em um tipo semelhante de falácia. De fato, as falácias não são monopólio de um lado do debate, podendo ser mobilizadas por atores tanto favoráveis quanto contrários a uma medida.¹⁵⁶ No entanto, Bentham distingue que, quando uma mudança é contestada por ser considerada “violenta e perigosa”, é imprescindível delimitar o parâmetro do risco real¹⁵⁷. Nesse ponto, os dados estatísticos sobre a violência no campo, as mortes indígenas durante a pandemia e a condenação do Brasil pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU¹⁵⁸ indicam a existência concreta desse risco, afastando o argumento do campo da falácia. Trata-se, portanto, de um discurso legítimo, cuja intenção não é fraudulenta, mas evidencia, por uma cognoscibilidade racional, uma ameaça à integridade física e cultural dos povos indígenas, mesmo que ainda em curso.

¹⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies: Unfinished Papers*. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 143-149.

¹⁵⁶ NASCIMENTO, Roberta. Modelos de análise da argumentação legislativa e justificação do PL das Fake News. *Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, v. 24, n. 1, 23 jun. 2024, p. 14.

¹⁵⁷ BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies: Unfinished Papers*. London: John and H. L. Hunt, 1824, p. 148-149.

¹⁵⁸ CIDH e ONU Direitos Humanos condenam a violência contra os povos indígenas no Brasil e instam o Estado a proteger seus direitos territoriais. 17 out. 2024. <https://brasil.un.org/pt-br/281378-cidh-e-onu-direitos-humanos-condenam-viol%C3%A4ncia-contra-os-povos-ind%C3%ADgenas-no-brasil-e-instam>

Outrossim, há outro tipo de falácia de perigo amplamente recorrente no debate político: a falácia das personalidades vituperativas, cujo propósito central é deslocar o foco da discussão da medida para a pessoa que a propõe. Uma de suas manifestações mais comuns é a “imputação de mau caráter”, isto é, o argumento segundo o qual, se o proponente possui má índole, a medida por ele defendida deve, necessariamente, ser má. Tal raciocínio é falacioso por duas razões principais. Primeiro, porque é inconclusivo: o mesmo argumento pode ser aplicado a qualquer proposta, independentemente de seu mérito intrínseco. Segundo, porque, levado ao extremo, confere às chamadas “pessoas más” o poder de manipular decisões públicas, bastando que apoiem uma boa proposta para provocar sua rejeição. Assim, essa forma de argumentação dissocia o julgamento das ideias de seu conteúdo racional, substituindo o debate por juízos morais ou afetivos sobre seus proponentes.

No caso em apreço, observa-se que ambos os lados da controvérsia recorreram a essa estratégia argumentativa. Os opositores do projeto alegaram que se tratava de uma proposta capitaneada pela bancada ruralista, associada ao governo Bolsonaro, como se a mera origem ruralista bastasse para torná-la nociva ao interesse público. Por sua vez, os defensores da medida atribuíram a resistência ao projeto à influência de organizações não governamentais, apresentadas como entidades detrimenais à qualidade de vida dos povos indígenas, por supostamente buscarem vantagens financeiras e poder de tutela.

No Passo 8, que examina os elementos simbólicos e comunicacionais da argumentação legislativa, observa-se que a tramitação do PL 490/2007 expressa um típico caso de legislação simbólica como álibi, nos termos de Marcelo Neves. O processo legislativo foi utilizado não como meio de deliberação racional, mas como instrumento de comunicação política destinado a simular ação estatal diante da pressão social e institucional.¹⁵⁹ A aprovação acelerada e sabidamente inconstitucional da Lei nº 14.701/2023 funcionou, assim, como fachada de atuação parlamentar, conferindo ao Congresso um álibi normativo para aparentar protagonismo e “resposta” ao Supremo Tribunal Federal, ainda que sem produzir qualquer efeito regulatório real sobre o procedimento de demarcação das terras indígenas.

Quanto ao Passo 9, a avaliação global da qualidade do debate legislativo evidencia que o processo de deliberação do PL 490/2007 foi marcado por baixa densidade deliberativa e déficit de racionalidade comunicativa. O debate nas comissões e no plenário mostrou-se mais

¹⁵⁹ NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 207.

performático do que dialógico, limitado à repetição de argumentos de autoridade e à oposição de posições fixas, sem busca efetiva de consenso ou aprimoramento do texto. Com efeito, a ausência de audiências públicas, o não acolhimento de emendas e o uso recorrente de falácias políticas revelam um processo instrumentalizado para fins simbólicos e estratégicos, no qual a retórica política substituiu a razão pública.

À vista disso, passa-se a análise da racionalidade legislativa, referente ao Passo 10. No que tange à racionalidade linguística (R1), nota-se que, conquanto a maior parte da Lei nº 14.701/2023 apresente coerência interna e clareza na transmissão de sua mensagem normativa, a própria elaboração partiu de uma confusão semântica capital em relação ao termo “tradicionalmente” e ao tempo verbal utilizado no art. 231, da Constituição. Como exposto nas razões do relatório que foi votado na CRA do Senado, sob a relatoria da Sen. Soraya Thronicke, a palavra “tradicionalmente” foi interpretada como sinônimo de ocupação em tempos remotos, e não como referência ao modo tradicional e singular de ocupar e viver nas terras indígenas. De maneira correlata, na sessão conjunta de vetos do Congresso Nacional, o Sen. Esperidião Amin advogou que o art. 231, por usar o presente do indicativo, estabeleceu um marco temporal, à semelhança de todas as constituições anteriores a de 1988, já que todas usaram o mesmo tempo verbal. Tais interpretações revelam que os próprios termos que a Lei do Marco Temporal buscou elucidar permaneceram marcados por ambiguidade, o que lança dúvidas sobre a consistência linguística e interpretativa que orientou a elaboração do texto legislativo e compromete, em alguma medida, sua racionalidade comunicativa.

Para que se satisfaça a racionalidade jurídico-formal (R2), a nova norma tem de ser compatível com o ordenamento jurídico e, sobretudo, com a Constituição. Nesse ponto, a Lei 14.701/2023 é maculada por diversos vícios inconstitucionais, os quais não se restringem ao marco temporal, ainda que este tenha recebido maior atenção doutrinária. Os vícios abrangem igualmente questões de natureza administrativa e orçamentária, a exemplo do regime indenizatório, em desconformidade com o §6º do art. 231 da Constituição, que trata, por opção do constituinte originário, da indenização apenas como hipótese excepcional e específica. Inclusive, por consequência lógica, a falta de estimativa de impacto-orçamentário financeiro quanto às indenizações devidas pela União torna o projeto ilegal pela ótica do art.

17, da Lei da Responsabilidade Fiscal¹⁶⁰. É que se se defende que a demarcação de terras indígenas não ocorreu por inércia estatal, mas que, por mandamento constitucional, deve prosseguir com as demarcações, então estamos diante de uma política de Estado, devendo ser de caráter continuado até a plena concretização dos seus fins. Se essa política de Estado, todavia, está condicionada ao pagamento de indenização, é necessário que se integre no orçamento indigenista tal equação.

À vista disso, não é possível afirmar que lei ostenta razoável nível de razão sistêmica, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por ampla maioria (9 a 2), afastou a tese do marco temporal e seus dispositivos correlatos, além dos pareceres convergentes do Ministério Público Federal¹⁶¹, do Ministério dos Povos Indígenas¹⁶² e de juristas de relevo, como Daniel Sarmiento¹⁶³, Marcelo Neves, Oscar Vilhena¹⁶⁴ e João Trindade Cavalcante Filho¹⁶⁵, este último defensor da inconstitucionalidade de dispositivos outros que não o marco temporal.

A racionalidade pragmática (R3), por sua vez, diz respeito à eficácia social gerada pela lei. Em outras palavras, se a norma dispõe de mecanismos suficientemente eficazes para que seus destinatários a cumpram. Nesse ponto específico, parece evidente que a necessidade de

¹⁶⁰ Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

¹⁶¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 6ª CCR. Nota Técnica nº 1/20, p. 7. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2020/NotaTecnica1.2020.6CCR.Marcotemporal.pdf>.

¹⁶² BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Povos Indígenas (CONJUR-MPI). Parecer n. 00028/2023/CONJUR-MPI/CGU/AGU, de 4 out. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/notas-oficiais/2023/10/parecer-pl-2903-marco-temporal.pdf/vi>

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, marco temporal e crise climática. O Globo, blog Fumus Boni Iuris, 31 maio 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2024/05/daniel-sarmiento-terras-indigenas-marco-temporal-e-crise-climatica.ghtml>

¹⁶⁴ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Juristas criticam “conciliação” sobre marco temporal das demarcações no STF. 6 set. 2024. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/juristas-criticam-conciliacao-sobre-marco-temporal-das-demarcacoes-no-stf>

¹⁶⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. “Marco Temporal” das Terras Indígenas e a discussão de aspectos jurídicos do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho 2023 (Texto para Discussão nº 318).

indenização pela terra nua preceder o próprio processo demarcatório inviabiliza o seu cumprimento. Em termos práticos, a lei impõe ao Estado uma obrigação materialmente inexecutável, especialmente em meio a constantes e reiteradas preocupações fiscais enfrentadas pelo Executivo, independentemente de quem ocupa a cadeira da Presidência da República. Em que pese não abranger a totalidade da lei, este ponto reveste de um caráter estrutural em razão de suas consequências holísticas. Ora, as terras indígenas que ainda estão para serem demarcadas, inclusive pela sujeição ao novo ordenamento, sofrerão a ingerência do poderio econômico e social de ruralistas, que podem ocupar e realizar benfeitorias sob a alegação de boa-fé. Assim, estimula-se, a um só tempo, a continuidade de conflitos fundiários e o agigantamento da assimetria de poder entre indígenas e a elite agrária. A falência em executar, portanto, se traduz na impossibilidade do direito em ação, comprometendo a sua racionalidade pragmática.

Se se partir da premissa de que os fins perseguidos pela lei são aqueles expostos pelos seus propositores e defensores, qual seja, o fortalecimento da segurança jurídica para diminuir os conflitos no campo, a razão teleológica (R4) é fragilizada. Isso porque a aprovação da lei e sua consequente judicialização perante o STF não serviu para garantir, até o momento, segurança jurídica nem para os indígenas, tampouco para os fazendeiros. Transcorridos quatro anos após a retomada de sua tramitação, em 2021, a nova legislação sobre demarcação de terras continua contestada política e juridicamente, com múltiplas ações em tramitação e processos administrativos suspensos.

A ineficácia de seus propósitos transborda o plano institucional e reflete na realidade empírica: em 2024, 904 mil pessoas estiveram envolvidas em 2.185 conflitos por terra, sendo os povos indígenas o grupo mais afetado, respondendo por 29% dos casos, segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT). Trata-se de um quadro que se insere em tendência histórica de agravamento: apenas em 2023, a violência no campo atingiu seu maior patamar desde 1985, com crescimento de 57% na última década¹⁶⁶. Esses números demonstram que a lei, longe de promover pacificação social, contribuiu para acirrar as tensões fundiárias e acentuar a vulnerabilidade dos povos indígenas, frustrando o fim declarado de promover o

¹⁶⁶ Repórter Brasil. Brasil tem segundo ano mais violento no campo desde 1985, diz CPT. 23 abr. 2025. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2025/04/conflitos-campo-cpt-2024-segundo-ano-mais-violento/> Vide também: Agência Brasil. Número de envolvidos em conflitos por terra salta para 900 mil em 2024. 23 abr. 2025. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-04/numero-de-envolvidos-em-conflitos-por-terra-salta-para-900-mil-em-2024>

desenvolvimento socioeconômico e a segurança jurídica.

A racionalidade axiológica (R5) diz respeito aos valores fundamentais que nortearam a consecução dos fins e dos meios. Evidentemente, não se pretende adotar aqui uma postura excessivamente idealista, como a interpretação comunitarista da prática discursiva, na qual o processo democrático seria vinculado a virtudes dos cidadãos devotados ao bem comum, fundado em um consenso ético¹⁶⁷. Na linha do Marcelo Cattoni de Oliveira, entende-se que a ética, enquanto valores a serem protegidos, devem estar subordinadas à questões de justiça e à questões pragmáticas, ou seja, de interesses¹⁶⁸. Assim, considerando o pluralismo axiológico típico de sociedades contemporâneas, Habermas sugere um caminho diferente da contrição ética do discurso político no sentido de que

o conceito de política deliberativa somente adquire referência empírica quando levamos em consideração a multiplicidade das formas comunicativas da formação política e racional da vontade [...] a política deliberativa deve ser concebida como uma síndrome que depende de uma rede bem regulamentada de processos de negociação e de várias formas de argumentação, incluindo discursos pragmáticos, éticos e morais, cada um deles tendo como base diferentes pressupostos e procedimentos comunicativos. Na política legislativa, o fornecimento de informação e a escolha racional de estratégias estão entrelaçados com o equilíbrio de interesses, com a consecução de uma autocompreensão ética e a articulação de fortes preferências, e com a justificação moral e as provas de coerência legal.¹⁶⁹

Sob essa ótica, a tramitação da Lei nº 14.701/2023 parece ter se orientado prioritariamente pelo valor da segurança jurídica, porém à custa da exclusão de valores ético-jurídicos igualmente fundamentais, como a dignidade e a autodeterminação dos povos indígenas. A ausência de um sopesamento adequado entre valores concorrentes, como a

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78 APUD HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, nº 3, jan./jun. 1995, p.114.

dignidade da pessoa humana, por exemplo, prejudicou não só a racionalidade axiológica, mas como também a própria metarracionalidade (R6) no sentido que houve desproporcionalidade ética para atingir os fins, que, inclusive, foram frustrados.

Em termos globais, a análise dos seis níveis de racionalidade legislativa revela que a Lei nº 14.701/2023 falha não apenas em produzir coerência normativa e eficácia prática. Para além disso, houve um grave déficit democrático na tramitação da lei. Explica-se: fato é que a tramitação do texto-base que se discutiu contou tão somente com uma audiência pública no Senado Federal, cujo status foi meramente protocolar, visto que a deliberação ocorreu imediatamente depois sem levar em consideração os argumentos trazidos. Aqui, importa elucidar que o argumento de que a matéria tem sido discutido desde 2007 e que teria havido uma comissão especial para tratar do tema em 2013 é equivocado. Em primeiro lugar, o texto que foi discutido e aprovado foi apresentado no relatório do Dep. Arthur Maia e nada tem a ver com o projeto de lei originalmente apresentado pelo Dep. Homero Pereira. Em segundo lugar, de fato, em 2013 foi criada a Subcomissão Especial de Demarcações de Terras Indígenas no âmbito da Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia, mas o relatório final sequer mencionou o PL 490/2007 - não por outra razão essa comissão não consta nos andamentos do PL no site oficial da Câmara dos Deputados. Na verdade, essa comissão teve por objeto a PEC 215/2000, que transferia ao Congresso Nacional a competência pela demarcação das terras indígenas. Essa PEC não chegou a ser votada em razão da pressão dos movimentos indígenas e, ao final, foi arquivada em 2023 com o término da legislatura.

Trata-se, portanto, de uma tramitação legislativa duplamente problemática: é racionalmente limitada e insuficientemente democrática, sendo esta última a causa ou, no mínimo, agravante da primeira. É que a legitimidade da lei, conforme explica Jeremy Waldron, reside em princípios de conteúdo substantivo, de natureza moral e política. Os princípios formais, como a generalidade, clareza, estabilidade - como os propostos por Lon

Fuller¹⁷⁰ e, por fim, os princípios procedimentais, que estabelecem condições institucionais e normativas do processo legislativo.

Em específico, Waldron identificou sete princípios procedimentais que deveriam orientar a atividade legiferante. São eles: i) princípio da legislação explícita, segundo o qual a lei deve ser feita ou alterada de forma clara e transparente, oportunizando que o povo saiba “o que está sendo feito em seu nome”¹⁷¹; ii) princípio do dever de cuidado (*duty to take care*), que obriga o legislador a avaliar com seriedade os impactos de uma norma, avaliando se de fato ela é boa ou ruim; iii) princípio da representação, segundo o qual o Parlamento deve refletir a diversidade social, assegurando a inclusão de todas vozes e interesses relevantes no processo legislativo; iv) princípio do respeito ao desacordo e da oposição leal, que demanda que a pluralidade de opiniões seja respeitada, de modo que acordos sejam firmados diante de dissensos, e não da tentativa de elidi-los; v) princípio da deliberação responsiva, que exige um debate público genuíno, marcado pela troca racional de argumentos e pela disposição ao convencimento recíproco; vi) princípio da formalidade legislativa, que destaca a importância das regras e procedimentos estritos para garantir a eficácia e a clareza do debate e das decisões coletivas na legislatura; e vii) princípio da igualdade política e da regra da decisão por maioria (RDM), que sustenta que todos os membros da comunidade devem ter o peso mesmo na formação da vontade legislativa e que é necessário um sistema para garantir isso, como o RDM.¹⁷²

No contexto do marco temporal, três princípios jurídicos essenciais foram aplicados de forma restrita. Em primeiro lugar, a tramitação acelerada e sem debate público afrontou o princípio da representação, que exige a incorporação plural de interesses sociais. Isso porque se não há representatividade suficiente no parlamento, há mecanismos de abertura política ao público, de modo a oportunizar que diferentes vozes e interesses sejam ouvidos. De maneira

¹⁷⁰ Lon Fuller propõe, em *The Morality of Law*, que a validade da legislação depende de uma “moralidade interna do direito”, expressa em requisitos como generalidade, estabilidade, coerência e publicidade. Esses princípios configuram uma versão procedimental da lei natural, voltada à forma e não ao conteúdo das normas. WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 17.

¹⁷¹ WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 22.

¹⁷² WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 22-29.

correlata, princípio da deliberação responsiva, segundo o qual o processo legislativo deve se constituir em espaço de escuta e convencimento recíproco, e não em mera formalidade procedimental. A ausência de audiências públicas e a velocidade do trâmite configuram, portanto, um déficit democrático, no sentido de Waldron, ao suprimir a diversidade de perspectivas e transformar o Parlamento em instância de legitimação simbólica de interesses previamente definidos. Por fim, a imprudência legislativa também violou o dever de cuidado (*duty to take care*), que impõe ao legislador responsabilidade moral e política quanto aos impactos de suas decisões sobre direitos fundamentais. Afinal, “legislar não é um jogo”.¹⁷³ A análise de impactos legislativos desempenha papel crucial ao permitir que, ainda que a proposta seja aprovada, suas disposições sejam modificadas ou conformadas para reduzir ao mínimo os efeitos negativos.

Com efeito, toda essa discussão sobre o processo legislativo e suas falhas e potencialidades conduz à necessária reflexão sobre o papel das Supremas Cortes na preservação da legitimidade democrática das leis. Diante de um Parlamento que, em determinadas circunstâncias, atua de forma irracional ou simbólica, surge o questionamento acerca de quais são os limites e as possibilidades do controle judicial: até que ponto a Corte pode corrigir distorções sem invadir o espaço da deliberação política? E, sobretudo, como estabelecer um diálogo institucional efetivo, que não se reduza a um conflito de poder — o conhecido “toma lá, dá cá” entre Legislativo e Judiciário? Conforme destaca Godoy, quando estão em jogo os chamados interesses nus, expressão cunhada por Cass Sunstein para designar leis ou decisões que expressam a vontade de grupos de elite com alto poder decisório, em detrimento do interesse coletivo e sem o devido processo deliberativo entre iguais, cabe à Suprema Corte infirmar tais decisões. Exemplo paradigmático é o da Suprema Corte Colombiana, que declarou a inconstitucionalidade do Estatuto Antiterrorista justamente pela falta de deliberação suficiente no plenário.¹⁷⁴

A decisão da Suprema Corte Colombiana não é fato isolado. É cediço na doutrina o controle de constitucionalidade perante os excessos do Poder Legislativo, em que se analisa a compatibilidade da lei em relação ao fins constitucionalmente previstos e ao princípio da

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 23.

¹⁷⁴ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 173.

proporcionalidade, seccionado, nesse caso, à adequação e exigibilidade do ato emanado pelo legislador. Esse tipo de controle não incorre no juízo de conveniência do parlamento, mas sim na legitimidade da norma. Parte-se do pressuposto, portanto, que o poder de conformação do legislador é limitado e o juízo de conveniência é limitado dentro do escopo das diversas atuações possíveis.¹⁷⁵

Conforme assevera Gilmar Mendes, um dos exemplos clássicos para ilustrar o excesso de poder legislativo é a afronta à proibição do excesso e à violação do princípio da proporcionalidade, cujo objetivo é evitar violações ou restrições abusivas contra direitos fundamentais. Evidentemente, o controle de constitucionalidade por excesso do poder legiferante não é trivial.¹⁷⁶ Para a Corte Constitucional Alemã, é inconstitucional a lei, por ofensa a tais princípios, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”.¹⁷⁷ A análise do histórico dos direitos fundamentais indígenas e a amplitude da Lei do Marco Temporal, bem como a análise da tramitação, indicam que a lei aprovada não significa mera conformação ao art. 231 da Constituição, mas verdadeiro desmantelamento das premissas básicas que garantem o mínimo existencial para as comunidades indígenas.

É diante dessas dúvidas e impasses legislativos e políticos que a Lei do Marco Temporal é, logo após a decisão do Tema de Repercussão Geral nº 1031, submetida à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. (Série IDP), p. 26 -30.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. (Série IDP), p. 26 -30.

¹⁷⁷ SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits - Krontolle insbesondere bei Geset-zen. In: STARCK, Christian (org.). Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976. v. 2. p. 398 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. p. 30.

IV. ADC Nº 87 E ADI 7582 E A CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: DISFUNCIONALIDADES E EXTRAPOLAÇÕES

“Voa a meia altura, Ícaro, recomendo-te, para que, se fores demasiado baixo, o mar não pese nas penas, e, demasiado alto, não as queime o fogo. Voa entre um e outro; não ponhas, advirto, a contemplar Bootes ou a Hélice ou a espada desembainhada de Orion. Vem atrás de mim: eu guiar-te-ei.”¹⁷⁸

A promulgação da Lei n.º 14.701, de 2023, não só constituiu mais um capítulo no histórico conflito fundiário brasileiro, como também representou o apogeu da tensão institucional entre o Congresso Nacional e o STF. Nesse sentido, este capítulo dedica-se a analisar a Comissão Especial de Conciliação, no bojo das ações que contestavam a Lei 14.701/2025, bem como traçar os limites processuais e doutrinários dessa prática. O objetivo central é analisar como a importação de lógicas autocompositivas para o controle abstrato de constitucionalidade, quando desprovida de balizas dogmáticas rígidas, pode resultar na desproteção de direitos fundamentais e na fragilização da autoridade da Corte.

Na Seção IV.1, o foco recai sobre a resposta institucional do Supremo Tribunal Federal: a instauração da Comissão Especial de Conciliação no bojo das ações de controle concentrado (ADC 87, ADI 7582 e apensas). Intenta-se demonstrar como foi o processo, as justificativas e decisões que levaram o Ministro Relator Gilmar Mendes a encaminhar o processo à conciliação. Além disso, explora-se o conteúdo das reuniões, bem como a retirada da APIB da mesa da conciliação. Com isso, objetiva-se contextualizar e explorar as nuances do processo que veio a se tornar o caso mais emblemático da conciliação no controle concentrado de constitucionalidade.

A Seção IV.2 aprofunda a discussão teórica acerca da natureza do conflito, o diferenciando, inclusive em razão do rito processual a que foi submetido, dos processos estruturais propriamente ditos. Nessa linha, sustenta-se que, por se tratarem de categorias processuais distintas, não é recomendável a transposição automática de técnicas e procedimentos típicos dos processos estruturais sem a devida cautela. Ainda, analisa-se criticamente o fenômeno da "Constituição Negocial" e a ascensão de uma razão privatista no direito público, alertando para os riscos de substituir a hermenêutica constitucional

¹⁷⁸ OVÍDIO. *Metamorfoses*. Tradução de Paulo Farmhouse Alberto. Lisboa: Cotovia, 2007. Livro VIII: Dédalo e Ícaro.

principiológica por uma lógica de governança e gestão de interesses que tende a apagar o caráter conflituoso e político da democracia em favor de consensos artificial.

Em sequência, a Seção IV.3 enfrenta a tese de que seria possível conciliar apenas os "efeitos" da lei sem transacionar sua validade. Argumenta-se que, no controle abstrato, essa distinção é inoperável quando a conciliação antecede o julgamento de mérito. É que, ao negociar a aplicação de uma lei formalmente vigente, mas materialmente inconstitucional, a Corte termina por validar, ainda que tacitamente, dispositivos que afrontam a ordem constitucional, criando uma "zona cinzenta" de normatividade negociada que escapa às garantias do devido processo legal substantivo e da Súmula Vinculante n.º 10.

A Seção IV.4 retoma a teoria geral dos direitos fundamentais, apoiando-se no conceito de "esfera do indecível" de Luigi Ferrajoli, para sustentar a indisponibilidade dos direitos territoriais indígenas, argumentando que tais garantias funcionam como limites intransponíveis tanto para maiorias políticas quanto para acordos judiciais. Ainda, explora-se a função contramajoritária da Supremas Cortes no âmbito da conciliação, analisando em que medida a prática sem balizas bem definidas pode subverter essa atuação.

Na Seção IV.5, investigam-se as manifestações da "consensualidade abusiva" e os déficits de representatividade. A análise expõe como a conciliação forçada, em contextos de profunda desigualdade material e política, pode atuar como um mecanismo de "esfriamento de ânimos" (*cooling out*), dissuadindo a busca por justiça estrutural e impondo aos vulneráveis a aceitação de perdas para evitar danos maiores. Discute-se, ainda, como a estrutura da Comissão, ao permitir a decisão por maioria e a inclusão de atores sem legitimidade direta, diluiu a voz dos povos indígenas, reproduzindo no Judiciário a exclusão vivenciada no Legislativo.

Por fim, a Seção IV.6 apresenta uma proposta normativa para o uso da consensualidade no STF. Defende-se que, no controle abstrato, a Corte deve, primeiramente, exercer seu dever indeclinável de julgar o mérito, declarando a (in)constitucionalidade do que for incompatível com a Carta Magna e fixando parâmetros rígidos. Somente após essa etapa de validação normativa é que se admite a abertura de vias consensuais para a gestão de *open remedies* e a implementação de medidas complexas. A seção descreve travas procedimentais indispensáveis para esse modelo: o momento processual adequado, a delimitação estrita do objeto, a garantia de representatividade efetiva e o controle do Plenário sobre a abertura e o

encerramento da via consensual. Alerta-se, ainda, que a expansão desordenada da competência da Corte para atuar como gestora de crises políticas pode mitigar sua autoridade institucional.

A análise da experiência conciliatória no marco temporal revela-se indispensável por se tratar de um caso paradigmático, que envolve grupos historicamente marginalizados e emerge de um embate institucional intenso entre os Poderes da República. O estudo evidencia como a ausência de parâmetros normativos claros para a autocomposição em sede de controle abstrato pode tensionar os limites da jurisdição constitucional, convertendo-a em um espaço de negociação assimétrica e, paradoxalmente, expondo à vulnerabilidade justamente os sujeitos que a Constituição buscou proteger, ao submeter a incidência da norma a lógicas contingentes de negociabilidade. O objetivo deste capítulo, portanto, é diagnosticar os desafios teóricos e práticos da conciliação no controle abstrato de constitucionalidade, partindo da premissa de que se trata de uma prática ainda incipiente, cujos contornos institucionais demandam reflexão crítica e contínua recalibração. Ao examinar um caso paradigmático, o trabalho valoriza o papel dos desacertos institucionais como indicadores relevantes para o aperfeiçoamento futuro, reconhecendo que práticas inovadoras se constroem também a partir da explicitação de seus limites.

IV.1. A LEI 14.701, DE 2023 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A COMISSÃO ESPECIAL DE CONCILIAÇÃO

Logo após o veto, a Lei 14.701/2023 foi objeto de várias ações de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. O PL e o Republicanos ajuizaram a ADC 87, visando a declaração de constitucionalidade da Lei. Em contrapartida, as ADIs 7.582 (APIB, PSOL, Rede), 7.583 (PT, PCdoB, PV) e 7.586 (PDT), buscavam a inconstitucionalidade da norma, além da liminar para suspender a eficácia da norma até o fim do julgamento. Em 28 de dezembro de 2023, a ADC 87 foi distribuída ao Ministro Gilmar Mendes e, por prevenção, as demais começaram a tramitar em conjunto.

Em 22 de abril de 2024, por meio de decisão monocrática, o Ministro Relator Gilmar Mendes não apenas determinou a suspensão dos processos que tratassem da constitucionalidade da lei nos demais tribunais do país, como também ordenou a instalação de uma Comissão Especial para promover a conciliação acerca da Lei do Marco Temporal.

Conforme a decisão, a Comissão Especial tinha a incumbência inicial de i) formular propostas destinadas à superação do impasse político-jurídico no âmbito das ações de controle concentrado sob a responsabilidade do Ministro Gilmar Mendes, podendo estender-se a outros processos em trâmite na Corte, com a chancela dos respectivos relatores e ii) sugerir ajustes normativos à Lei 14.701/2023 e outras medidas legislativas com vistas à recomposição do diálogo institucional e a superação do imbróglio.

Ademais, o Ministro Relator determinou a inclusão da ADO 86 no escopo da conciliação. A referida ação, ajuizada pelo Partido Progressistas (PP), objetiva a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional na regulamentação da mineração em terras indígenas, conforme exigência do art. 231, § 6º, da Constituição Federal. Impende destacar que, por tratar-se de matéria que demanda legislação específica, distinta, portanto, do objeto da Lei nº 14.701/2023, a sua atração para o procedimento conciliatório decorreu de ato discricionário do Relator, que não apresentou, na ocasião, fundamentação expressa para tal conexão.

Na ocasião, o Ministro Relator deixou expreso que a única alteração jurídica relevante para justificar a reabertura do entendimento firmado no bojo do Tema de Repercussão Geral nº 1.031 é a manifestação do Congresso Nacional ao elaborar nova lei. À vista disso, por entender ser um processo permeado por discussões política-jurídicas relevantes, a escolha pela conciliação justificada pela perspectiva de

“pacificação dos conflitos, na tentativa de superar as dificuldades de comunicação e entendimentos em prol da construção da solução por meio de um debate construído sob premissas colaborativas e propositivas voltadas a resolver os impasses institucionais e jurídicos advindos da Lei 14.701/2023”

A decisão que concedeu parcialmente a liminar e determinou a conciliação foi, inicialmente, submetida ao referendo do Plenário Virtual. No entanto, logo após o voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou destaque ao plenário físico, que nunca pautou o julgamento. Ato contínuo, em 27 de junho de 2024, o ministro relator proferiu nova decisão, reforçando que a escolha pela conciliação ocorre em virtude da controvérsia transcender os limites da lide judicial tradicional, uma vez que impacta, simultânea e colidentemente, direitos fundamentais de populações indígenas e não indígenas, envolvendo uma multiplicidade de entes federativos, instituições públicas e interesses privados. Argumenta, ainda, que as ações de controle de constitucionalidade sobre o tema evocam

violações de direitos fundamentais de indígenas e não indígenas pelo Estado brasileiro, de modo que a melhor solução é buscar interpretações capazes de gerar consensos amplos e estabilizadores.

Diante disso, o Ministro Gilmar Mendes estruturou o procedimento da Comissão Especial em três etapas: i) definição das regras, limites e faculdades de cada membro na Comissão Especial; ii) aprofundamento dos debates da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988, da promulgação da Constituição Federal de 1988, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Convenção nº 169 da OIT, dos debates dos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência do STF, e especial a ACO 312 QO e o RE 1.017.365 (Tema 1.031); e iii) debate e propostas de alteração da Lei 14.701/2023, com base nos debates jurídicos sobre diplomas supracitados e direito comparado, incluindo demais temas correlatos.

Nessa esteira, restou consignado que os trabalhos da Comissão Especial tinham como objetivo: i) identificar o “sentido contextualmente mais estabilizador” do art. 231 da Constituição Federal, da Convenção nº 169 da OIT e da jurisprudência do STF, sopesando as “expectativas de todos os grupos de agente envolvidos”, indígenas e não indígenas, quanto à pacificação social, bem como as “experiências da prática de interpretação” e a “tradição interpretativa”, incluindo os aportes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que influem na criação de consensos, tendo sempre os “dados normativos da constituição como moldura consensual formal” para orientar tal estabilização; ii) apresentar propostas de solução para o impasse político-jurídico que permeia as ações de controle concentrado sob a relatoria, extensíveis a outras demandas em curso na Corte mediante aquiescência dos relatores; e iii) propor aperfeiçoamentos legislativos à Lei 14.701/2023, além de outras medidas necessárias para superar o conflito e restabelecer o diálogo institucional.

Com início em 5 de agosto de 2024, a mesa de conciliação foi composta por seis membros do Poder Legislativo Federal, divididos igualmente entre Senado e Câmara dos Deputados; quatro representantes da União, indicados pela Advocacia-Geral da União, Ministério da Justiça, Ministério dos Povos Indígenas e Fundação Nacional dos Povos Indígenas; dois representantes dos Estados e um dos Municípios. Integraram também o colegiado cinco membros indicados pelos requerentes das ações de controle de constitucionalidade (ADC 87, ADIs 7.582, 7.583, 7.586 e ADO 86) e seis representantes

indicados pela APIB, sendo um institucional e cinco divididos por região geográfica. A primeira reunião foi marcada por “intensos debates entre os membros”, como consta na ata.

Já na segunda reunião, em manifesto apresentado pela liderança Maria Baré, a APIB formalizou sua retirada da mesa de conciliação. A decisão fundamentou-se na impossibilidade jurídica de transacionar direitos territoriais indisponíveis e na crítica severa à metodologia adotada: a APIB denunciou que a conciliação estaria sendo transformada em uma "assembleia" onde as decisões seriam tomadas por maioria, o que retiraria a legitimidade necessária para tratar de direitos fundamentais. A entidade descreveu o ambiente das tratativas como coercitivo, apontando o uso da possível aprovação de uma PEC como instrumento de ameaça para forçar o acordo, além de relatar que o juízo conciliador teria responsabilizado os indígenas por uma eventual "espiral de conflitos" caso deixassem a mesa, postura classificada como revitimizadora. Rejeitando ainda qualquer retorno ao regime de tutela estatal e diante da ausência de garantias, a APIB requereu o encerramento da via conciliatória e a retomada imediata do trâmite regular para julgamento definitivo da constitucionalidade da lei pelo Plenário do STF.

A conciliação sobre o Marco Temporal continuou mesmo após a saída da APIB, maior representante dos povos indígenas no Brasil. Para manter a representação indígena, o ministro relator solicitou ao Ministério dos Povos Indígenas (MPI) que indicassem associações de representantes indígenas de cada região do país. Prorrogada duas vezes, a Comissão Especial contou com 23 reuniões, sendo a última realizada no dia 23 de junho de 2025, na qual foi apresentada a minuta de consolidação dos pontos consensuais, discutidos a partir da apresentação do projeto de lei proposta pelo gabinete do ministro relator, apresentada da 17ª reunião. Ao longo das reuniões, foram ouvidos especialistas e discutidos artigo por artigo da Lei 14.701/2023. No entanto, não consta nas atas o aprofundamento acerca dos diplomas jurídicos propostos pelo relator na decisão. Ao final, foi apresentado pela União o Plano Transitório para Regularização das Terras Indígenas em Litígio Judicial, cuja finalidade é assegurar a passagem ordenada entre o regime anterior, que limitava a indenização às benfeitorias necessárias e úteis – e o novo modelo jurídico reconhecido pelo STF, que admite, em hipóteses excepcionais, a indenização pela terra nua.

A minuta de consolidação dos pontos consensuais, apresentada como Anexo I na Ata da 23ª Reunião da Comissão Especial, propõe uma nova redação para diversos dispositivos da

Lei nº 14.701/2023. O texto acordado estabelece diretrizes que incluem a garantia do direito à consulta livre, prévia e informada sobre medidas que afetem as comunidades e a proteção ao isolamento voluntário de povos sem contato. No âmbito procedimental, definiu-se que o processo de demarcação será eletrônico e público, com a participação obrigatória de Estados e Municípios desde o início da fase instrutória, assegurando-se também a participação da comunidade indígena afetada e a possibilidade de representação por associações mediante deliberação em assembleia. Quanto ao regime de uso da terra, a minuta regula a distinção entre terras tradicionalmente ocupadas, áreas reservadas e adquiridas, e disciplina a exploração econômica: autoriza o etnoturismo e a celebração de contratos de parceria para atividades produtivas, mantendo a posse direta com a comunidade e comunicando a Funai, mas veda expressamente a prática de arrendamento. Em relação às garantias judiciais, o texto confirma a competência da Justiça Federal e prevê a assistência gratuita de intérpretes e da Defensoria Pública.

No entanto, como era de se esperar, a conciliação encontrou obstáculos intransponíveis quantos aos temas capitais que são o “coração” da disputa política e fundiária, os quais ficaram excluídos do produto final da Comissão Especial. A minuta apresentada é completamente omissa quanto ao marco temporal e a exceção do renitente esbulho. De maneira correlata, não houve acordo sobre a questão financeira central para o agronegócio: a possibilidade de indenização pela “terra nua”, e não apenas pelas benfeitorias, com base na teoria do erro do Estado, bem como o direito de permanência de não indígenas na área durante o processo demarcatório. A minuta também foi silente quanto às exceções relativas à soberania nacional e infraestrutura que dispensavam a consulta prévia para intervenções militares e obras estratégicas, bem como quanto à instalação de infraestrutura pelo poder público em territórios indígenas. Por fim, não dispôs sobre a aplicabilidade da lei em processos já em cursos, tampouco quanto à possibilidade de ampliar terras já demarcadas.

Transcorrido quase um ano da tentativa de conciliação sobre a Lei do Marco Temporal no STF, o balanço revela-se negativo: o processo não produziu avanços proporcionais ao elevado ônus institucional e social gerado. Para os povos indígenas, a iniciativa representou a imposição de uma negociação marcada pela assimetria de poder, fundada na premissa equivocada de haver ‘paridade de armas’ entre partes historicamente desiguais. No plano fático, o cenário agravou-se: 2024, primeiro ano de vigência da lei, registrou a maior escalada

de violência no campo da última década, conforme dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT). Para os proprietários rurais, perpetuou-se exatamente o que se buscava evitar: a insegurança jurídica. Apesar da vigência da norma, persistem incertezas cruciais quanto à indenizabilidade, aos ritos procedimentais e à própria validade do marco temporal para os processos em curso. Por fim, para o Legislativo, a conciliação falhou como instrumento de pacificação ou aprimoramento do diálogo institucional. A prova cabal desse insucesso foi a aprovação célere da PEC 48/2023 pelo Senado, em 9 de dezembro de 2025, justamente na semana em que a Corte retomaria o julgamento de mérito, evidenciando que o embate entre Congresso e STF permanece inalterado.

Em verdade, a conciliação sobre os direitos indígenas, fundada sob a égide da eficiência e resolutividade, não logrou êxito em dar respostas concretas às partes. Não obstante, o episódio é pedagógico: revela os contornos e os perigos desse novo modo de decidir do Supremo. Por ser tão recente, inédita no âmbito das cortes constitucionais e ainda não regulamentada, a conciliação no STF merece ser analisada por todos os prismas: processual, normativo, institucional e social. A análise crítica impõe-se porque a jurisdição constitucional não pode ser flexibilizada levemente, uma vez que ela é o concreto armado da nossa sociedade. Se essa estrutura cede, compromete-se a estabilidade de seus alicerces vitais: a democracia, os valores republicanos e os direitos fundamentais.

IV.1.A. A PREVENÇÃO DA RELATORIA DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1031

A primeira problemática da conciliação do marco temporal é de ordem processual. Quando da proposição das ações concentradas de constitucionalidade para discutir a Lei do Marco Temporal ainda estavam pendentes de apreciação embargos de declaração no Tema Repercussão Geral 1.031, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Nesse sentido, foi proposta, apesar de não apreciado, pedido de prevenção pela APIB, inclusive reforçado pelo parecer exarado pelo Daniel Sarmiento e Ademar Borges, os quais destacaram que o próprio Tribunal vem consolidando a tese de abstrativização do controle difuso julgadas pela Corte, a exemplo da Rcl 36.009.

Nesse julgado, o Ministro Relator Gilmar Mendes aduziu a “a necessidade de se imprimir racionalidade e efetividade às deliberações do Plenário do Supremo Tribunal Federal aconselha a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso ou da eficácia expansiva das decisões adotadas de forma definitiva pela Corte, ainda que em processos de índole

subjetiva.”¹⁷⁹ No mesmo sentido foi o entendimento adotado no próprio RE nº 1.017.365 na ocasião da Questão de Ordem que discutiu a possibilidade do Min. André Mendonça de participar ou não da elaboração da tese de repercussão geral. Na oportunidade, restou consignada na ementa do acórdão que

4. Diante do processo de ‘objetivação’ dos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral, não há razão de discriminem apta a afastar a incidência de tal compreensão também nestes casos. Sob tal perspectiva, reforçada pelas consequências práticas decorrentes da potencial redução do quórum de participação em questões de controle de constitucionalidade, que exigem maioria qualificada (cf. art. 143, p. único, do RISTF e art. 22 da Lei nº 9.868, de 1998), deve o Ministro virtualmente impedido/suspeito deixar de apresentar voto apenas em relação à definição do caso concreto, participando da integralidade do julgamento concernente ao tema de repercussão geral (incluindo voto, debates e sessões correspondentes).

Com efeito, as ações relativas à Lei nº 14.701/2023 não apenas guardam relação de continência com o referido RE, atraindo a prevenção nos termos do art. 58 do CPC, como também são consectários jurídico-políticos da decisão tomada sob a sistemática da repercussão geral. Considerando que o RE ainda tramitava, pendente de decisões, o desfecho do processo demandaria, inexoravelmente, a análise da constitucionalidade da Lei nº 14.701/2023. Por óbvio, a não distribuição das ações de controle abstrato ao Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Edson Fachin, contraria a lógica da própria decisão do Min. Gilmar Mendes, que determinou cautelarmente a suspensão de todos os processos judiciais que discutissem a constitucionalidade da lei, com o fito de garantir a segurança jurídica.

Para além da regra geral do CPC, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), conforme aponta o parecer, trata da questão em seus arts. 325-A¹⁸⁰ e 77-B¹⁸¹, dispositivos que devem ser aplicados conjuntamente, à luz da lógica da abstrativização do controle difuso.

IV.2. A NATUREZA DO CONFLITO CONSTITUCIONAL E OS RISCOS DA RAZÃO PRIVATISTA: LIMITES DOUTRINÁRIOS À CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO

¹⁷⁹ STF. Rel. 36.009, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 27/09/2021.

¹⁸⁰ Art. 325-A. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema.

¹⁸¹ Art. 77-B. Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos

Antes de adentrar os aspectos doutrinários relativos à conciliação no bojo de ações abstratas de constitucionalidade, impende localizar qual é a natureza do litígio tratado nas ações que tratam da Lei 14.701/2023. Edilson Vitorelli conceitua “litígios coletivos” como embates no qual os envolvidos são tratados como um conjunto indissociável, de modo que suas características estritamente pessoais não influenciam significativamente a relação jurídica. Vitorelli fundamenta sua classificação dos litígios coletivos na transposição de categorias sociológicas, compreendendo a sociedade a partir das noções de estrutura, solidariedade e criação.¹⁸²

O autor define os “litígios coletivos globais” como situações em que a titularidade do direito pertence à sociedade como uma estrutura. Nesses casos, embora a lesão seja juridicamente relevante em escala global, o impacto individual é tão diluído que o interesse de cada membro em intervir no processo é mínimo. Consequentemente, a identificação precisa dos indivíduos torna-se irrelevante e observa-se uma baixa conflituosidade entre os membros do grupo, dada a falta de incentivo para buscar a tutela jurisdicional individualmente.¹⁸³

No “litígio coletivo local”, o dano recai sobre sujeitos específicos de modo intenso, transformando suas realidades. Essa característica produz uma conflituosidade moderada, resultante do equilíbrio entre o interesse individual na resolução do problema e o vínculo comunitário que une os afetados. Alinhada à acepção de sociedade como solidariedade, essa coesão impede que as discordâncias internas fragmentem o grupo, como ocorre tipicamente em demandas envolvendo minorias¹⁸⁴

Quanto aos “litígios coletivos irradiados”, o autor os associa à concepção de sociedade como criação, caracterizada por sua fluidez e difícil delimitação. Nesta modalidade, a lesão, embora socialmente relevante, projeta-se de maneira heterogênea sobre diferentes subgrupos, inexistindo entre eles qualquer vínculo de solidariedade ou identidade de propósitos. Essa fragmentação resulta em um cenário de elevada conflituosidade: a significância do dano motiva os indivíduos a buscarem participação ativa no processo, contudo, a diversidade de impactos e interesses faz com que as pretensões colidam entre si. Dessa forma, instaura-se

¹⁸² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.334.

¹⁸³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.334-335.

¹⁸⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.335.

uma complexa dinâmica litigiosa na qual a sociedade enfrenta não apenas o que ou quem engendrou, mas também suas próprias dissensões internas.¹⁸⁵

Para além da teorização fundada na conflituosidade, Vitorelli aborda os litígios coletivos também quanto à complexidade. Essa distinção separa as demandas simples, cuja reparação é evidente e de fácil definição, das complexas, que envolvem problemas policêntricos sem solução preestabelecida na lei. Nos casos complexos, a análise jurisdicional ultrapassa o binômio lícito-ilícito, demandando contribuições multidisciplinares, como aportes políticos, econômicos e científicos, para ponderar as múltiplas possibilidades de tutela. Vitorelli conclui que, enquanto os litígios irradiados são invariavelmente complexos devido à heterogeneidade dos danos, os globais e locais variam conforme o caso.¹⁸⁶

Nessa seara, embora à primeira vista, o caso das terras indígenas possa parecer um litígio coletivo local, por remeter a grupos minoritários, a complexidade e conflituosidade do caso o eleva à categoria de litígio coletivo irradiado. Isso porque a classificação dos litígios coletivos deve refletir a realidade empírica, evitando categorizações artificiais que mascarem a dimensão do problema. De acordo com o autor, embora demandas indígenas sejam usualmente locais, elas assumem caráter irradiado quando a complexidade e a conflituosidade atingem níveis tão elevados que a reparação ou solução do litígio passa a afetar significativamente terceiros. Nesses casos, a existência de influências políticas e econômicas externas ao grupo impede que a disputa seja tratada apenas sob a ótica da solidariedade interna das comunidades indígenas. Conforme demonstrado na Seção III, a Lei do Marco Temporal envolve interesses diversos, sobretudo atinentes ao agronegócio e, também por isso, é um litígio coletivo irradiado, marcado pela alta complexidade.

Outrossim, há a categoria de “litígios estruturais”, definida por Vitorelli como uma espécie qualificada de litígio irradiado, cuja origem reside no funcionamento inadequado de estruturas burocráticas, sejam elas públicas ou privadas. Dada a natureza do problema, a solução demanda necessariamente uma reorganização institucional. Dito de outro modo, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado, mas nem todo litígio coletivo irradiado é

¹⁸⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.335.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.336.

estrutural.¹⁸⁷ Com efeito, se a solução de reforma institucional demandar a intervenção do Judiciário, abre-se a possibilidade de instauração de um processo estrutural, sem que haja, contudo, uma vinculação necessária entre o pedido e essa modalidade processual. Isso porque há a possibilidade de que litígios estruturais sejam resolvidos pela via do processo coletivo não estrutural, de modo a endereçar as consequências práticas do problema, e não suas causas. Em verdade, aponta Vitorelli, essa é uma prática recorrente, dada a complexidade e o dispêndio de tempo e recursos institucionais exigidos por um processo estrutural.¹⁸⁸

À vista disso, Vitorelli define o processo estrutural¹⁸⁹ como o instrumento jurisdicional voltado à resolução de litígios dessa natureza mediante a reorganização da estrutura burocrática causadora da lesão. A efetivação dessa tutela ocorre através da implementação de um plano aprovado judicialmente, cuja execução, geralmente prolongada no tempo, demanda um monitoramento constante. Esse ciclo envolve a avaliação contínua dos impactos diretos e indiretos da atuação institucional, o dimensionamento de recursos e a análise dos efeitos colaterais que as mudanças projetam sobre os demais atores sociais envolvidos.

Tais apontamentos justificam-se pela necessidade de distinguir conceitos complexos, cujas aplicações práticas demandam dinâmicas processuais distintas. Nos processos estruturais, por exemplo, as chamadas “audiências de contextualização” valem-se, em certa medida, de métodos conciliatórios para viabilizar consensos pontuais. Todavia, suas funções transcendem o acordo, tendo como objetivo a coleta de subsídios técnicos para qualificar a decisão judicial e o esclarecimento de dúvidas sobre o alcance das determinações. Além disso, visam alinhar as expectativas dos envolvidos e promover a coordenação interinstitucional,

¹⁸⁷ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. Vol. 284, 2018, p.339-340.

¹⁸⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. Vol. 284, 2018, p.340-342.

¹⁸⁹ Em junho de 2025, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando o crescente número de processos estruturais no STF e nos demais órgãos do Judiciário, bem como a necessidade de institucionalização do processo estrutural e de suporte técnico para o processamento e o monitoramento dessas demandas, necessidade que, inclusive, impulsionou o Projeto de Lei nº 3, de 2025, que regulamenta o processo estrutural no Brasil, publicou a Resolução nº 163/2025. O parágrafo único do art.1º do ato aduz que “o caráter estrutural do litígio ou processo pode ser identificado por elementos como: I - multipolaridade; II - impacto social; III - prospectividade; IV - natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias; V - complexidade; VI - existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e VII - intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.”

assegurando que as ordens sejam factíveis diante da realidade concreta e permitindo um monitoramento mais eficaz de seu cumprimento¹⁹⁰.

O caso da ADI 7582 e apenas afiguram-se como um litígio de interesse público (*public law litigation*)¹⁹¹, conceituação elaborada por Abram Chayes, cujo objeto é a concretização ou aplicação de políticas públicas estatuídas constitucional ou legalmente¹⁹². Nas palavras de Edilson Vitorelli, “processos de interesse público são demandas nas quais se pretende efetivar um direito que está sendo negado pelo Estado, não apenas para a parte que está no processo, mas para toda a sociedade de potenciais destinatários daquela prestação.”¹⁹³ Ou seja, nem sempre - conquanto seja possível processos de interesse públicos estruturais -, têm a pretensão de reorganizar a aparelhagem institucional, mas sim de efetivar a implementação de um direito já previsto.

Em muitos casos, como o que ora se analisa, a estrutura burocrática instalada já tem o condão de resolver a situação, mas incorre em “carga de inércia” da administração, termo aventado por Rosalind Dixon referenciar problemas do processo legislativo, mas estendido por Vitorelli à própria administração. Sob essa ótica, tais cargas representam a omissão estatal na proteção de direitos, podendo manifestar-se de três formas: pela inércia de prioridade, quando a escassez de tempo e recursos força o administrador a preterir certas pretensões em favor de outras; pela inércia de coesão, decorrente da falta de consenso sobre como tutelar o direito; ou pelas cargas de inércia burocráticas, quando a efetivação de direitos já

¹⁹⁰ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 61.

¹⁹¹ Vitorelli alerta contra a tendência, presente em parte da doutrina nacional e norte-americana, de tratar “litígios de interesse público” e “processos estruturais” como termos fungíveis. Alinhando-se a essa crítica, observa-se que tais expressões possuem origem distinta. A teoria do processo estrutural surge a partir das contribuições de Owen Fiss, em 1979, com a obra *The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice*. Já “litígios de interesse público”, para Chayes, é um processo histórico de muito antes do paradigmático caso *Brown v. Board of Education*, tido como inaugural do processo estrutural. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.345. Para o próprio Abram Chayes, “*Sometime after 1875, the private law theory of civil adjudication became increasingly precarious in the face of a growing body of legislation designed explicitly to modify and regulate basic social and economic arrangements.*” CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976. p.1288.

¹⁹² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976. p.1284.

¹⁹³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p. 344.

reconhecidos é obstada por uma combinação deletéria entre morosidade administrativa e fiscalização legislativa insuficiente.¹⁹⁴

Um ótimo exemplo da inércia administrativa é a situação de 107 processos de demarcação de territórios indígenas já em fase conclusiva, sendo que 37 deles dependem da declaração do Ministério da Justiça, ou seja, a anuência ou não dos limites físicos da TI. Os outros 70 processos deles dependem tão somente da homologação pela Presidência da República¹⁹⁵. Indubitavelmente, o imbróglio jurídico-político sobre a Lei 14.701/2023 operou, em certa medida, a inércia de coesão, dada a falta de segurança jurídica e consenso para dar efetivação à política indigenista. No entanto, seria injusto ignorar a dimensão da inércia por prioridade, de modo que os custos da demarcação - sobretudo aqueles referentes às verbas indenizatórias -, não são incluídos, há muitos anos, na agenda de prioridade orçamentária dos governos.

Seja como for, é fato que os litígios de interesse público não se confundem com os processos estruturais, tampouco se submetem obrigatoriamente à dogmática do processo coletivo. A tutela desses interesses pode se dar via ações individuais, precedentes vinculantes ou controle concentrado. No que tange a esta última via, rejeita-se a tese de Gregório de Assagra Almeida, que a concebe como um 'processo coletivo especial'. Em consonância com Vitorelli, sustenta-se aqui que tal categorização é inadequada, pois desvirtua a metodologia e os fins precípuos do controle de constitucionalidade ao tentar enquadrá-lo como processo coletivo.¹⁹⁶

Essa diferenciação, no entanto, não visa ignorar os elementos subjetivos que circundam e, na prática, fazem parte da análise do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Advoga-se, portanto, pela noção de que a Lei 14.701/2023 envolve um litígio irradiado, de modo que interesses diversos e contrapostos estão em disputa. Seria ingenuidade pensar que o controle de constitucionalidade em lei em abstrato não leva em consideração os fatos e o próprio sentido da Constituição, o qual é intrinsecamente vinculado

¹⁹⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p. 367.

¹⁹⁵ ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). Às vésperas da COP, Povos Indígenas cobram demarcação de terras – 67 só dependem de uma assinatura de Lula. 13 out. 2025. Disponível em: <https://apiboficial.org/2025/10/13/as-vesperas-da-cop-povos-indigenas-cobram-demarcacao-de-terras-67-so-depedem-de-uma-assinatura-de-lula/>

¹⁹⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018, p.345 e 367.

pela realidade social. Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève: “a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo, é também, pela realidade, conformada.”¹⁹⁷ Logo, conclui Lunardi que os interesses concretos de grupos de pessoas são levados em consideração na tomada de decisão, sobretudo quando impõe-se a necessidade de ponderação de direitos fundamentais ou bens coletivos.¹⁹⁸ Os fatos apreciados pela Corte, portanto, são os fatos da causa em si, mas os fatos que trazem à baila o conhecimento exigido para compreender e, então, interpretar, o direito.¹⁹⁹

Desse modo, as ações ora em análise são litígios, conceituados como “conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes.”²⁰⁰ No entanto, não são processos coletivos, uma vez que “processo coletivo” não se confunde com “litígio coletivo”, sendo o primeiro uma técnica processual utilizada para tutelar o segundo em determinados casos. Isso quer dizer, por exemplo, que pode haver litígios coletivos que não são abarcados por nenhum processo coletivo, sendo este uma invenção do ordenamento jurídico, não uma realidade fática generalizada. Na Itália e Espanha, por exemplo, o processo coletivo orienta apenas litígios coletivos nas relações consumeristas, embora haja, como em qualquer sociedade moderna, uma gama de outros litígios que dispõem de um conjunto impessoalizado de sujeitos com interesses juridicamente relevantes e partilhados.²⁰¹

Nessa toada, ao transpor a análise para o controle de constitucionalidade, é fundamental compreender que a presença de interesses subjetivos, inevitáveis em qualquer conflito, não desnatura o processo objetivo, cuja função precípua permanece sendo a defesa da ordem constitucional. Embora haja uma distinção conceitual clara entre direito objetivo (norma) e direito subjetivo (interesse amparado), na prática, tais conceitos são indissociáveis. A própria exigência de “pertinência temática”²⁰² pelo STF demonstra que o interesse subjetivo

¹⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 24.

¹⁹⁸ LUNARDI, Soraya Gasparetto. A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set. 2007, p. 2-5.

¹⁹⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Cabe consensualidade no controle concentrado? In: ABBOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). *Consensualidade no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 311.

²⁰⁰ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, jul./set. 2020, p.98.

²⁰¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. Vol. 284, 2018, p.336-338.

²⁰² Os legitimados para a propositura de ação de controle abstrato de constitucionalidade, elencados no art. 103 da Constituição, são divididos em legitimados universais e especiais. Os especiais, compostos pela Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do DF, Governador de Estado ou do DF e confederação sindical

influencia o controle sem anular seu propósito de proteção objetiva. Inclusive, como colaciona Lunardi, Hans Kelsen defendia que

O verdadeiro sentido da assim chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo diante de uma autoridade que atue como guardião da Constituição, certamente não será compreendido se não se contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal e em particular naquela de um "guardião da Constituição" tomam parte interesses contrastantes, e toda "decisão" versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se não para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses. Tudo isso, porém, não pode ser visto se o contraste de interesses existente é escamoteado pela ficção de um interesse comum ou uma unidade de interesses.²⁰³

Contudo, reconhecer a existência de interesses concretos, como os que permeiam o debate do marco temporal, não autoriza a subversão da lógica do sistema constitucional. O direito processual constitucional possui autonomia e finalidades distintas do processo civil ou do processo coletivo comum. Um paralelo esclarecedor reside no direito penal: via de regra, a iniciativa da ação penal cabe ao Ministério Público, e não à vítima, pois o objetivo primário é a manutenção da ordem social e a prevenção geral, tornando a satisfação do interesse individual, em alguma medida, secundária. Da mesma forma, no controle abstrato, o interesse público na higidez da Constituição deve prevalecer sobre as pretensões subjetivas das partes.²⁰⁴

A partir desse debate emerge um dos problemas capitais da conciliação em sede de controle abstrato de constitucionalidade: a falta de amparo normativo. Embora haja casos de conciliação anteriores, como acordo pactuado, em 2018 no bojo da ADPF 165, sobre planos econômicos, a institucionalização da prática começou, capitaneada pela presidência do Ministro Dias Toffoli, com a edição da Resolução nº 697/2020, que instituiu o Centro de Mediação e Conciliação (CMC). Subordinado diretamente à Presidência, o órgão foi

ou entidade de classe de âmbito nacional precisam comprovar pertinência temática, isto é, o nexo entre a norma contestada e atuação institucional dos requerentes. LUNARDI, Soraya Gasparetto. A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set. 2007, p. 8.

²⁰³ Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 266, *apud* LUNARDI, Soraya Gasparetto. A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set. 2007, p. 8.

²⁰⁴ LUNARDI, Soraya Gasparetto. A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set. 2007, p. 6.

incumbido de buscar soluções pacíficas para questões jurídicas de competência da Corte, desde que a natureza do direito permitisse a autocomposição. O ato normativo inovou ao autorizar a atuação do CMC não apenas em processos em curso, mas também em fase pré-processual, permitindo o peticionamento direto à Presidência para a realização de audiências antes mesmo da judicialização formal do conflito.²⁰⁵

A estrutura de tratamento desses conflitos ganhou novos contornos durante a gestão da Ministra Rosa Weber, com a publicação da Resolução nº 790/2022, que criou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL). A medida partiu da premissa de que demandas estruturais e complexas exigem um ferramental diferenciado, pautado pela flexibilidade procedimental e pela atipicidade dos meios de prova e execução. O CESAL passou a congregiar três frentes: o já existente CMC; o Centro de Cooperação Judiciária (CCJ), voltado ao intercâmbio com outros órgãos do Judiciário, regulamentado pela Resolução nº 775/2022; e a novidade trazida pelo Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC), regulamentado pela Resolução nº 790/2022. A este último coube a função específica de auxiliar no enfrentamento de estados de desconformidade constitucional que demandam reorganização institucional, cabendo à unidade detalhar o problema estrutural e propor metas e prazos para sua superação.²⁰⁶

Sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, o arranjo institucional foi novamente reformulado pelo Ato Regulamentar nº 27/2023, que instituiu a Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ). Vinculada à Secretaria-Geral, a AAJ reorganizou as competências anteriores em três núcleos distintos: o Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC), focado no monitoramento de planos de ação para transformar realidades inconstitucionais; o Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL), que absorveu as funções de mediação e cooperação judiciária, tornando-se a principal estrutura para acordos no Tribunal; e o Núcleo de Análise de Dados e Estatística (NUADE). Este último adicionou uma camada de inteligência de dados à gestão processual, fornecendo subsídios estatísticos e

²⁰⁵ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 144-145. Vide também: NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 56-57.

²⁰⁶ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 146-147. Vide também: NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 56-57.

indicadores de transparência para apoiar tanto os gabinetes quanto as atividades dos demais núcleos na triagem e condução dos casos²⁰⁷.

Em artigo, Trícia Navarro elucida o funcionamento interno do NUSOL. Quanto ao escopo de atuação, o Núcleo pode i) auxiliar na triagem do processo passíveis de soluções autocompositivas, ii) realizar ou dar suporte nas reuniões técnicas, audiências públicas, audiências de conciliação/mediação, audiências de contextualização ou outro instrumento de tratamento de controvérsias, mediante solicitação da Presidência ou do relator; e iii) promover a cooperação judiciária, primando sempre pela consensualidade, entre STF, demais órgãos do Poder Judiciário, atores do sistema de justiça e da sociedade civil organizada²⁰⁸.

Quanto ao funcionamento, o NUSOL pode ser demandado a partir da solicitação da Presidência ou do relator, momento que as providências administrativas e jurídicas são sucedidas. Como explica a autora, as tarefas do Núcleo são divididas em administrativas e jurídicas. Na seara administrativa, o Núcleo gerencia toda a logística necessária para a realização das audiências, responsabilizando-se desde o controle de pauta e a articulação intersetorial, envolvendo áreas de segurança, cerimonial e tecnologia da informação, até a gestão do fluxo documental e o atendimento às partes via sistemas internos. Já na seara jurídica, a atuação relaciona-se ao suporte substantivo da atividade conciliatória: a unidade elabora relatórios analíticos e pesquisas jurisprudenciais, prepara os subsídios processuais (kits) para as sessões e redige as respectivas atas e minutas de despacho. Ademais, o órgão exerce o monitoramento contínuo do acervo sob sua análise, publicizado em página eletrônica²⁰⁹ no site institucional do STF²¹⁰.

Nesse contexto, Vera Chueiri, Miguel Godoy e Gabriel Fonçatti alertam para o uso estratégico do encaminhamento dos processos ao NUSOL como tática de gestão de acervo. Referido encaminhamento oportuniza ao ministro relator, que passa a exercer o duplo papel

²⁰⁷ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 146-148. Vide também: NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 56-57.

²⁰⁸ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p.57.

²⁰⁹ Para acessar o “Painel de Acordos Cíveis”: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=apresentacao>

²¹⁰ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 58-59.

de juiz e mediador, a possibilidade de: i) exercer controle sobre o timing do processo, de modo a retirar da pauta de julgamento e blindar das pressões externas; e ii) contornar a necessidade de deliberar sobre a abertura procedimental, postergando a análise de requerimentos de *amicus curiae* e audiências públicas.²¹¹

Fato é que, atualmente, não há nenhum marco normativo que discipline a conciliação no âmbito do STF. Desde 2020, não houve sequer alteração regimental a respeito, de modo que os órgãos internos são estruturados de acordo com volitividade de cada presidência. Igualmente, mesmo as resoluções internas do Tribunal não indicam qualquer arranjo procedimental acerca das soluções autocompositivas que chegam ao STF, sendo decididas pelo ministro relator.

Os defensores da prática, no entanto, a fundamentam, sobretudo, no §3º do art. 2º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos.” Dentre outros parâmetros normativos aventados, estaria a Resolução CNJ nº 125/2010, que, conforme destacam Tereza Thibau e Ludmila Reis, não dispõe especificamente de conflitos multipolares, tampouco envolvendo a administração pública. Todavia, o Anexo I, em seu item 1.1, alínea “i” estabelece como “área de utilização da conciliação/mediação” às áreas “Empresarial, familiar, civil (consumerista, trabalhista, previdenciária, etc.), penal e justiça restaurativa; o envolvimento com outras áreas do conhecimento.”²¹² Além da referida resolução, também citam como base normativa a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), as disposições acerca dos conciliadores e mediadores contidas no arts. 165 e seguintes do CPC, a LINDB e o art. 5º, XXXV, da Constituição, que institui o princípio da inafastabilidade da jurisdição²¹³.

Em resumo, tem-se que marco normativos infraconstitucionais genéricos tentam dar legitimidade à alteração do processo constitucional. À essas inquietações, Georges Abboud, cuja obra *Acordos no STF* afigura-se como a principal contribuição doutrinária a favor do

²¹¹ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 16, n. 2, p.4, 2025.

²¹² THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, Fortaleza, v. 14, n. 19, 2016. p. 197.

²¹³ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). *Consensualidade no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 57. ABOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 139

tema, afirma que a determinação ao “Estado” no § 2º do art. 3º representa um marco paradigmático para adoção de métodos conciliatórios nos conflitos, rechaçando a noção de que a Constituição estaria sendo interpretada por lei infraconstitucional. Ora, impossível negar que, de fato, o CPC representa esse giro paradigmático. Todavia, essa alcunha não afasta o fato de que continua sendo uma norma infraconstitucional e que sua aplicação é subsidiária, sendo o processo constitucional um ramo autônomo.

Nessa toada, Abboud relembra que, sob a teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) a Corte já expandiu suas competências, inclusive decisórias, sem expressa previsão normativa. Para ele²¹⁴, a explicação para competência do STF em promover conciliações no âmbito da jurisdição constitucional reside justamente na teoria dos poderes implícitos, elaborada à época da Corte Marshall, no caso *McCulloch vs. Maryland*²¹⁵, julgado em 1819. Em síntese, referida teoria aduz que a execução de deveres constitucionalmente expressos implica a competência de criar meios necessários e apropriados (*necessary and proper clause*) para a satisfação plena dessa função.²¹⁶ Valendo-se desse conceito para legitimar os acordos no STF, Abboud advoga que

com a teoria dos poderes implícitos, inexistindo óbices no texto constitucional, e se a finalidade for constitucionalmente legítima, ou seja, se

²¹⁴ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 136.

²¹⁵ O caso *McCulloch v. Maryland* (1819) constitui um marco fundamental na definição do federalismo norte-americano, originando-se de um conflito direto entre a legislação de um estado federado e a autoridade da União. A controvérsia fática estabeleceu-se quando o estado de Maryland, em 1818, promulgou uma lei visando tributar bancos que operassem em seu território sem autorização legislativa local, atingindo diretamente o *Bank of America*, incorporado pelo governo federal em 1816. O litígio concretizou-se quando James McCulloch, funcionário da agência do banco, recusou-se a recolher o tributo estadual, desencadeando uma disputa judicial que questionava se a União possuía competência para criar tal instituição e se o estado poderia legitimamente taxar um instrumento do governo federal. Ao julgar o mérito, a Suprema Corte superou a ausência de previsão constitucional explícita para a criação de bancos federais, firmando a doutrina dos poderes implícitos. O Tribunal entendeu que a incorporação do banco era um meio necessário e adequado (*necessary and proper clause*) para a execução de poderes expressos da União, especificamente a regulação do comércio (*commerce clause*). Com base nessa premissa e no princípio da supremacia, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei de Maryland, argumentando que o poder de tributar envolvia, potencialmente, o poder de destruir. Assim, vetou-se a capacidade dos estados de inviabilizar, por meio de impostos, as operações de instituições criadas legitimamente pelo governo federal para o cumprimento de suas funções constitucionais. SOUSA, Pedro; PIZA DUARTE, Evandro. A Teoria dos Poderes Implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, [S. l.], v. 13, n. 25, p. 214-215, 2021. Disponível em: [https://www.abdconstojs.com.br/index.php?journal=revista&page=article&op=view&path\[\]=322](https://www.abdconstojs.com.br/index.php?journal=revista&page=article&op=view&path[]=322). Vide também: ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 136-137.

²¹⁶ SOUSA, Pedro; PIZA DUARTE, Evandro. A Teoria dos Poderes Implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, [S. l.], v. 13, n. 25, p. 212, 2021.

o ente efetivamente dispuser daquela atribuição, deterá também todos os meios apropriados à consecução daquele fim, desde que não proibidos. [...] Em relação aos acordos em jurisdição constitucional, não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de máxima instância do Poder Judiciário, e, nos termos do art. 102 da Constituição de 1988, cabe a este a guarda precípua da Constituição. Ocorre que, muitas vezes, o acordo não é apenas a melhor forma de solucionar um conflito, mas se mostra a única maneira possível de proteger preceitos constitucionais, sobretudo quando se apresentam as insuficiências do paradigma da decisão para lidar com complexidades extrajurídicas e paradoxos.²¹⁷

A noção de aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos para expandir as competências do STF, contudo, é temerária do ponto de vista institucional. Preliminarmente, importa ressaltar que a aplicação da referida teoria no Brasil é distinta em relação ao propósito inicial pensada nos EUA. Lá, a ideia era atribuir competências legislativas, ou seja, os meios para a consecução do dever constitucional seriam criados por leis. Aqui, o STF cria competência material, ou seja, dever-agir por meio de decisões judiciais.²¹⁸

Com efeito, a evocação desse argumento parece desconsiderar que o Supremo Tribunal Federal, pelo próprio desenho institucional atribuído pela Constituição de 1988, já acumula função de corte constitucional, foro especializado, tribunal recursal de última instância e Tribunal da Federação.²¹⁹

Assim, sob a justificativa de cumprimento dos desígnios constitucionais, o Tribunal poderia aumentar sua competência material, promovendo instrumentos para tal, em todas as dimensões, movimento que, embora não sob esse fundamento, já vem operacionalizando em várias frentes, como, a título de exemplo, no aumento de decisões monocráticas, avultamento do Plenário Virtual e a própria conciliação em controle de constitucionalidade.²²⁰ Ao atrair para si novas prerrogativas sob a justificativa de efetivar desígnios constitucionais, a Corte arrisca converter sua trajetória pós-88 em um paradoxo: de guardião supremo da supremacia

²¹⁷ ABBOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 138-139.

²¹⁸ SOUSA, Pedro; PIZA DUARTE, Evandro. A Teoria dos Poderes Implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, [S. l.], v. 13, n. 25, p. 219-222, 2021.

²¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito FGV. São Paulo. Vol. 4, n.2, p. 444, jul.-dez. 2008.

²²⁰ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 1034-1069, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/44292>.

constitucional,²²¹ passa a atuar, pela via da hipertrofia, como agente de seu próprio desgaste institucional.²²² É diante desse cenário que se torna imperativo revisitar os fundamentos basilares do controle abstrato, essenciais para a preservação da ordem democrática e, como se passa a demonstrar, não se confunde com a dinâmica processualística comum.

Nessa tarefa de esclarecimento doutrinário, Gilmar Mendes, valendo-se das categorias de Jorge Miranda, assevera que a aferição da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei opera-se mediante uma relação normativa e valorativa. Trata-se de analisar se determinado comportamento estatal é compatível, conforme ou se "cabe" no sentido da Constituição. O modelo brasileiro, influenciado decisivamente pela teoria norte-americana, (distanciando-se, portanto, das tradições inglesa e francesa, nas quais a declaração de inconstitucionalidade não acarreta necessariamente a nulidade do ato) busca promover a obrigatoriedade impositiva do conteúdo constitucional²²³. Essa característica é reforçada pela própria história do constitucionalismo pátrio, notadamente pelo processo constituinte de 1987, que, em resposta ao período ditatorial precedente, erigiu uma Constituição extensa, analítica e dirigente, visando blindar uma vasta gama de direitos e relações sociais contra as guinadas da conjuntura política ou erosão dos poderes constituídos.²²⁴

Esse conceito opera-se ancorado na lógica de que a ausência de nulidade de uma lei inconstitucional, isto é, a inexistência de uma sanção efetiva que a expurgue do ordenamento, esvaziaria a força normativa da Constituição. Reside aí a função precípua de uma Corte Constitucional: assegurar a higidez e a rigidez da Lei Fundamental.²²⁵ Como ensina Clèmerson Merlin Clève, a fiscalização da constitucionalidade pressupõe três requisitos: i) a consideração da Constituição como lei fundamental; ii) a existência de uma Constituição formal; e iii) a previsão de pelo menos um órgão incumbido de realizar tal fiscalização. Nesse

²²¹ GODOY, Miguel Gualano de; BRITO, Leonardo Soares. Lições cruzadas: por que o STF erra ao promover conciliações em ações de controle abstrato? Jota, 18 jul. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/licoes-cruzadas-por-que-o-stf-erra-ao-promover-conciliacoes-em-acoes-de-controle-abstrato>

²²² GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024. p. 252. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 4-6.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.66.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 4-6.

contexto, a supremacia constitucional não se resume à compatibilidade formal das leis, mas abrange sua dimensão material. Os valores e preceitos constitucionais, sobretudo aqueles atinentes aos direitos fundamentais, consubstanciam uma teoria de justiça que serve de baliza intransponível para a atuação de todos os poderes.²²⁶

Essa dicotomia fundamental entre a supremacia da Constituição e a lei ordinária foi delineada por John Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*, cujas lições permanecem pertinentes:

“A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cinger-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devem transpor. Nessa última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembança, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria a essa estipulação em escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre governos de poderes limitados e os poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscrevem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos defesos. *Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie ou anuir que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo.* Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação atual e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura.”²²⁷ (destaque nosso).

Posterior aos dogmas da doutrina norte-americana do século XIX, Hans Kelsen também aportou contribuições valiosas para o direito constitucional, uma das principais certamente foi a defesa de uma corte constitucional ou órgão análogo para garantir a supremacia constitucional²²⁸. Partindo da premissa kelseniana, Gilmar Mendes conclui que a “jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito”.²²⁹ Estabelece-se, assim, um liame inafastável: o processo figura como o instrumento de

²²⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 23-26.

²²⁷ MARSHALL, John. *The writings of John Marshall, late Chief-justice of the United States, upon the federal Constitution*, Boston. J. Monroe, 1839, p. 24-25 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 8.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 6.

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 7.

exercício da jurisdição.²³⁰ Configura-se, portanto, uma tríade indissociável na qual a supremacia constitucional constitui o fim a ser preservado; a jurisdição, o poder-dever de tutela; e o processo, o meio indispensável para sua concretização.

No que tange às consequências dessa desconformidade, Mendes defende que “a nulidade resulta da inconstitucionalidade, não se configurando, porém, uma consequência lógica desta”.²³¹ O autor afasta-se, assim, da visão de J.J. Gomes Canotilho, para quem nulidade e inconstitucionalidade formariam um silogismo tautológico. Ou seja, é inconstitucional porque é nula, é nula porque é inconstitucional.²³² Nesse debate, é pertinente a contribuição de Jörn Ipsen, que também rejeita a nulidade como consectário lógico automático e propõe dois modelos teóricos de maior densidade argumentativa: o modelo de colisão e o modelo de validade jurídica. No primeiro, alicerçado na unidade do ordenamento jurídico, a norma inconstitucional é inválida desde a origem, pois o sistema não admite contradições internas e a Constituição é soberana. Nesse caso, eventual reconhecimento de validade da lei inconstitucional significa que a Constituição é haurida de validade temporariamente. No segundo, entende-se que a norma sequer ingressou no mundo jurídico, pois as normas constitucionais são condições de validade. Em qualquer das hipóteses, contudo, o fim último é a preservação da supremacia constitucional.²³³

Na doutrina alemã, identifica-se a existência de um “processo de inconstitucionalização”²³⁴. Trata-se de um “estágio de transição” ou “zona cinzenta de imperfeição”²³⁵ na qual a norma, embora ainda constitucional, avança progressivamente em direção à inconstitucionalidade, motivada, por exemplo, por mudanças nas relações fáticas.

²³⁰ Essa conceituação deriva da Teoria Geral do Direito. Nas palavras de Elio Fazzalari: “A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função constitucional. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova lícita, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo etc).” FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano*, v.13, p. 1068-1069 *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p.39.

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 13.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 11.

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 11-12.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 16.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 15.

Nesse contexto, a Corte Constitucional pode intervir antes mesmo que se configure a inconstitucionalidade total. Um exemplo paradigmático ocorreu na Alemanha, quando o Tribunal identificou que, em razão do expressivo aumento populacional, a legislação referente à organização dos distritos eleitorais passou a gerar distorções na representatividade dos votos. Diante disso, a Corte entendeu que a legislação ainda não era incompatível com a Constituição, mas determinou ao Parlamento que promovesse as correções necessárias. Mesmo sob essa ótica expansiva do controle, observa-se que existe uma decisão judicial prévia ao aprimoramento normativo. É possível, ainda, que o Tribunal reconheça a existência de uma “transitoriedade tolerável”²³⁶ do ato inconstitucional, mantendo-o provisoriamente no ordenamento, desde que alinhado à promessa do Parlamento de buscar uma solução legislativa mais adequada.

Diante disso, a premissa de que a conciliação seria indispensável para suplantar a lógica binária de 'vencedores e vencidos', permitindo a flexibilidade necessária ao enfrentamento dos problemas complexos típicos da contemporaneidade²³⁷, não pode ser considerada como um corolário determinante da jurisdição constitucional atual. Em verdade, há muito se discute como juízes e, por consequência, cortes devem se comportar diante da mais variada gama de conflitos. De um lado, Cass Sunstein defende uma atitude minimalista das cortes, isto é, os preceitos constitucionais devem ser interpretados a partir da crença em incrementar cada decisão, mas não impor discursos abrangentes aptos a obstar o debate, mantendo desacordos permanentemente. Desse modo, um juiz minimalista não detém a última palavra, mas oportuniza o debate e correções posteriores²³⁸.

Para operacionalizar essa postura em casos complexos, Sunstein propõe o uso dos 'acordos teóricos incompletos'. Essa técnica permite que magistrados convirjam sobre uma definição minimamente compartilhada sem precisarem escolher um único princípio fundamental ou dotá-lo de máximo conteúdo, evitando antagonismos desnecessários. O recurso a tais acordos promove um uso construtivo do silêncio sobre temas incertos ou que gerariam conflito, otimizando tempo e custos. Em suma, a estratégia viabiliza o aprendizado futuro e cumpre uma função pragmática essencial: torna possível que as pessoas concordem

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 17.

²³⁷ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 113.

²³⁸ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117-125.

quando o acordo prático é necessário, ao mesmo tempo em que torna desnecessário que concordem teoricamente quando o consenso profundo é impossível.²³⁹

Não obstante a preferência por julgamentos incrementais, Sunstein não descarta a necessidade de intervenções robustas por parte da Corte. O teórico reconhece que existem conjunturas críticas, notadamente aquelas que envolvem a preservação das bases da democracia ou a exigência de previsibilidade para reduzir custos sociais, em que o magistrado não apenas pode, mas deve adotar uma postura maximalista.²⁴⁰

Por outro lado, em defesa das virtudes ativas das cortes, Robert Post e Reva Siegel, sob a lógica do constitucionalismo democrático, defendem a legitimidade das virtudes ativas da jurisdição. A democracia, nessa visão, transcende a mera soma de preferências individuais. A Constituição é compreendida não como um pacto estático, mas como um projeto em aberto, cuja vivacidade depende da tensão dialética entre a autoridade judicial, que emite opiniões substantivas sobre direitos, e a autonomia popular. É nessa fricção necessária entre o acordo e o desacordo moral que a norma constitucional adquire vitalidade. Sob essa ótica, rejeita-se a tese minimalista de que a intervenção judicial sufocaria a política. Post e Siegel argumentam que uma sociedade com promessas constitucionais ainda não realizadas não pode prescindir do potencial transformador das Cortes em nome de uma suposta passividade virtuosa. A jurisdição e a política operam em simultaneidade²⁴¹.

A função do Judiciário seria, portanto, atribuir uma interpretação substantiva e progressista ao texto, engajando a comunidade. A legitimidade desse arranjo sustenta-se na confiança pública de que o Tribunal é permeável e sensível a argumentos, mantendo os canais de disputa acessíveis. A crença na possibilidade de persuadir o outro (e a própria Corte) é o que assegura a fidelidade à Constituição, permitindo que o Estado Democrático promova o pluralismo e a audibilidade de diversos segmentos sociais.²⁴²

A análise dessas correntes teóricas evidencia que o próprio desenho institucional da jurisdição constitucional, aliado às teorias contemporâneas, já oferece o ferramental

²³⁹ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 125.

²⁴⁰ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127.

²⁴¹ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131-135.

²⁴² GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131-135.

necessário para o tratamento de casos complexos e o fomento a um debate amplo, plural e democrático. Seja pela via da construção de acordos teóricos incompletos, seja pelo exercício das virtudes ativas que engajam a sociedade, o Supremo Tribunal Federal dispõe de mecanismos para lidar com o dissenso sem precisar subverter sua lógica contramajoritária ou importar instrumentos estranhos à sua função precípua, sob pena de desvirtuá-la. O que se reclama, portanto, não é a criação de novos ritos de autocomposição, mas sim o aprimoramento da qualidade deliberativa da Corte.²⁴³

Nessa perspectiva, é forçoso reconhecer que o STF somente pode promover justiça e, talvez, mitigar conflitos de forma legítima, se abandonar o ideal de pacificação via negociação. Como bem aponta Conrado Hubner Mendes e Carolina Ribeiro Santana, “resolver conflitos com autoridade e bom argumento jurídico é a síntese de sua responsabilidade constitucional”²⁴⁴. A tentativa de transformar a Corte em uma câmara de mediação política desnatura sua competência de proteger violações contra os princípios fundantes da Constituição, notadamente direitos fundamentais, no caso do marco temporal. Essas considerações não são apenas retóricas, mas tocam a essência do sistema, que não pode ser submetido à lógica privada da eficiência e resolutividade.

A natureza do processo objetivo, instituído a partir da Emenda Constitucional nº 1/1969 e aprimorado em 1988, é a defesa da ordem constitucional objetiva, e não a composição de interesses subjetivos. Trata-se de um processo unilateral, sem partes em sentido material, marcado pela indisponibilidade: uma vez proposta a ação por um dos legitimados do art. 103, o autor não pode dela desistir, pois o cerne do feito é a “necessidade pública do controle”²⁴⁵.

A natureza política e objetiva desse instrumento foi, inclusive, enfatizada pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da AR 878-SP, ao discutir o cabimento de ação rescisória em controle abstrato:

²⁴³ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024. p. 262-265. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>. Vide também: GODOY, Miguel Gualano de. STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 37-44.

²⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner; SANTANA, Carolina Ribeiro. Marco temporal não pacifica sequer a relação do Supremo com o agro. *Jota*, 08 set. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marco-temporal-nao-pacifica-sequer-a-relacao-do-supremo-com-o-agro>.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 173.

Ao meu ver, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade é um meio de controle político da Constituição, que é deferido, em caráter excepcionalíssimo, a esta Suprema Corte. [...] E por ela ser instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não estritamente meio de prestação jurisdicional, não me afigura possível sujeitá-la à ação rescisória prevista no Código de Processo Civil.²⁴⁶

No mesmo sentido, imperioso destacar a lição do Ministro Aliomar Baleeiro na Rp. 700-SP, ao definir a então representação de inconstitucionalidade:

[...] não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim é uma instituição de caráter político, à semelhança do impeachment, que, por mais queiramos por dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns dos ingredientes processualistas, como há exemplo do Direito Administrativo, que se socorre de recursos do Direito Comercial ou Civil, a mesma coisa fazendo o Financeiro em relação ao Direito Privado.²⁴⁷

Diante desse caráter estritamente objetivo, Clèmerson Merlin Clève adverte com precisão que “os princípios constitucionais do processo (leia-se do processo subjetivo) não podem ser aplicados ao processo objetivo sem apurada dose de cuidado.”²⁴⁸ Ressalta-se que um dos grandes avanços das relações privadas²⁴⁹ e, de modo geral, de todo o Direito é justamente o fenômeno da constitucionalização, definida como a irradiação das normas constitucionais, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Sob essa premissa, toda e qualquer interpretação do direito deve passar pela “filtragem constitucional”²⁵⁰, conceito no qual o sistema jurídico em sua plenitude deve ser analisado à luz da Constituição com o fito de lograr a concretização dos valores nela estatuídos. Inverter essa lógica, isto é, “privatizar” a jurisdição constitucional é um retrocesso aos valores e direitos, conquistados às duras penas, pela Constituição de 1988.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 179.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 177.

²⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 166.

²⁴⁹ Como bem observa Daniel Sarmiento, a centralidade da Constituição, em detrimento do Código Civil, não é apenas no sentido topológico de centralidade do Direito Privado, mas também uma opção ideológica do poder constituinte, que fez da Constituição de 1988 um instrumento e norte axiológico para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva. Tanto assim o é que os direitos fundamentais, calcados, em menor ou maior grau, no princípio da dignidade humana expande seus efeitos para toda a gama de relações privadas. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106-110.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 68, 2006.

Argumenta-se, em defesa da conciliação no STF (até em casos de controle abstrato de constitucionalidade), que as distinções entre público e privada são arbitrárias, uma vez que há, tanto pela atuação estatal em caráter privado, como a atuação privada com implicações estatais - como nos casos de gigantes da tecnologia - uma aproximação inexorável entre os institutos.²⁵¹ De fato, essa aproximação é incontestável. No entanto, a ideia de privatização do direito constitucional, pautada pela incorporação da dogmática privatista em solucionar problemas práticos,²⁵² é haurir a essência do direito constitucional, que não é, *per se*, resolver conflitos entre grupos dissidentes. É que, na prática, conflitos constitucionais - sobretudo aqueles relativos aos direitos fundamentais - não é possível uma solução, e isso será melhor demonstrado adiante, acordada.

A jurisdição constitucional precisa assumir o ônus de garantir e impor, ainda que sob o descontentamento de alguns, os preceitos fundamentais. Até porque não se tratar de agradar um ou outro, trata-se de manter viva e funcionando a Constituição que nos constitui enquanto sociedade, sendo normal e esperado que haja conflitos dentro da esfera democrática. É nesse sentido que não podemos deixar de perceber que “a Constituição há de ser visualizada como processo e espaço de luta.”²⁵³

Longe de ser um preconceito intelectual com o direito privado²⁵⁴, a privatização da constituição mediante a conciliação em sede de controle abstrato de constitucionalidade emerge preocupações legítimas quanto à substituição do sentido constitucional por “razões neoliberais”, as quais são impulsionadas pela noção econômica das transações e dos negócios. É a partir desse diagnóstico crítico que Vera Karam de Chueiri, Miguel Gualano de Godoy e Gabriel Fonçatti identificam a emergência do que denominam “Constituição Negocial”.²⁵⁵ Para os autores, esse fenômeno não é isolado, mas sintoma de um processo em que a retórica do poder político-democrático é progressivamente suplantada pelo poder econômico-negocial, apoiando-se naquilo que Wendy Brown define como “razão jurídica neoliberal”. Tal racionalidade opera convertendo a cidadania e os direitos políticos em referências

²⁵¹ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 283-291.

²⁵² ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 283-292.

²⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 20.

²⁵⁴ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 283.

²⁵⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 15.

econômicas, desintegrando a própria ideia de *demos* e pavimentando o caminho para a lógica da governança, um dispositivo que busca apagar o conflito estrutural da democracia em favor da construção de consensos artificiais e da gestão de problemas calculáveis.²⁵⁶

Segundo a análise proposta pelos autores, a materialização dessa Constituição Negocial torna-se evidente na condução de casos como a ADC 87, referente ao marco temporal das terras indígenas. Os autores observam que o recurso à “governança judicial colaborativa”, termo usado na decisão do Ministro Gilmar Mendes, pelo Supremo Tribunal Federal serve para desarmar a tensão conflituosa inerente às demandas constitucionais. Ao tentar converter o litígio de direitos fundamentais em objeto de autocomposição, a Corte promove o que Jacques Rancière conceitua como “pós-democracia”: “[...] a *legitimação conceitual de uma democracia depois do demos, de uma democracia que liquidou a aparência, o erro na conta, o litígio do povo, redutível portanto ao jogo único dos dispositivos de estado e das composições de energias e interesses sociais.*”²⁵⁷ Nesse cenário, o controle de constitucionalidade deveria funcionar como uma forma de litígio político juridificado, tem seu sentido esvaziado, permitindo que transações sobre a validade de normas se tornem concebíveis apenas porque o caráter político e conflituoso - fundamento de uma democracia constitucional - foi refreado.²⁵⁸

Em contraposição a esse modelo de apagamento, os autores resgatam o conceito de “Constituição Radical”, compreendida como “aquela que retém o impulso constituinte”²⁵⁹ e recusa o encerramento da política em pactos de governabilidade. Sob essa ótica, a Constituição é reafirmada como um campo de tensão permanente entre a autoridade institucional e a mobilização popular. É sob essa luz que Chueiri, Godoy e Fonçatti interpretam a retirada da APIB da mesa de conciliação da ADC 87. Longe de ser uma simples

²⁵⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 10-12.

²⁵⁷ RANCIÈRE, Jacques. O desentendimento: política e filosofia. São Paulo: Editora 34, p. 112, 2018 *apud* CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 14.

²⁵⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 14-15.

²⁵⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: percursos de constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024, p. 118 *apud* CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 16.

recusa ao diálogo, tal ato configura uma prática legítima de resistência constitucional: ao rejeitar a redução de seus direitos originários a ativos transacionáveis, a APIB rompe com a lógica da governança e reativam o litígio político, demonstrando que a defesa da Constituição Radical pode exigir o enfrentamento das práticas autocompositivas da própria Corte.²⁶⁰

Em que pese a gravidade desse diagnóstico, os defensores da autocomposição no Supremo Tribunal Federal buscam contornar tais óbices dogmáticos e políticos valendo-se de um argumento de redução de danos: a premissa de que o objeto da negociação não seria a constitucionalidade da lei em si (núcleo intangível), mas tão somente a modulação de seus efeitos práticos. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim defende que haveria dois tipos de ação de controle concentrado: i) aquelas que correspondem à acepção doutrinária clássica, cujo objeto é a norma em tese e sobre as quais não seria possível acordo, pois se estaria a conciliar a própria constitucionalidade; e ii) aquelas que emergem em virtude de uma situação fática complexa, nas quais seria possível acordo por haver um conflito intersubjetivo, recaindo o consenso apenas sobre o próprio conflito.²⁶¹

Essa distinção, contudo, revela-se artificiosa no âmbito do controle concentrado, pois, em verdade, tal diferenciação inexistente. Até quando se discute uma norma em tese, há algum interesse (no sentido de vontade) na declaração da (in)constitucionalidade, porque a validade da norma afeta, em diferentes níveis, grupos específicos. No final das contas, independe da intensidade do conflito: se há acordo, está-se a conciliar a constitucionalidade. Conforme se demonstrará a seguir, a tentativa de cindir a validade da norma de sua eficácia no mundo prático é insustentável, uma vez que, em matéria de direitos fundamentais, transacionar sobre os efeitos da inconstitucionalidade equivale, invariavelmente, a dispor sobre a própria integridade da Constituição.

IV.3 A IMPOSSIBILIDADE DE CONCILIAR APENAS EFEITOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO

Parece ser unanimidade a impossibilidade de se conciliar a própria (in)constitucionalidade do dispositivo impugnado em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A alegação, então, é de que não se estaria a fazê-lo e que, na verdade, o

²⁶⁰CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p. 18-19.

²⁶¹ ALVIM, Teresa Arruda. Cabe consensualidade no controle concentrado? In: ABBOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). *Consensualidade no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 301-302.

método autocompositivo incidiria tão somente nos “efeitos concretos gerados pela aplicação da norma impugnada, ou seja, as situações fáticas”²⁶², no próprio “conflito intersubjetivo”²⁶³, “nos aspectos do conflito que estão para além do dualismo constitucional/inconstitucional”²⁶⁴, uma vez que “o acordo não pode transformar em constitucional algo que seja inconstitucional.”²⁶⁵

No cenário atual, a prática conciliatória no Supremo Tribunal Federal opera sem quaisquer balizas processuais ou materiais.²⁶⁶ O artigo *Supremo Conciliador?: análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*, publicado em 2024, revelou que, dos 45 casos remetidos à autocomposição, 13 tramitavam sob a forma de ADI, 4 como ADPF e 1 como ADO. Um dado interessante é a onipresença estatal: de todo o universo analisado, em apenas um feito o Poder Público não figurou em nenhum dos polos.²⁶⁷ Outrossim, nota-se uma absoluta heterogeneidade temática no uso do instrumento. No controle concentrado, a conciliação foi empregada desde a demarcação de terras indígenas (ADC 87) e o repasse de valores a entes subnacionais (com a ADO 25 sobre Lei Kandir como paradigma), até a limitação de gênero em concursos militares (ADIs 7433, 7486, 7483 e 7487), expurgos inflacionários de planos econômicos (ADPF 165), destinação de fundos da Operação Lava-Jato (ADPF 568) e compensações de ICMS sobre combustíveis (ADPF 984 e ADI 7191).²⁶⁸

Em suma, conquanto se reconheça teoricamente a conciliação como um mecanismo complementar e excepcional (voltado a casos que o procedimento adjudicatório tradicional não conseguiria endereçar adequadamente),²⁶⁹ a ausência de limites normativos quanto ao

²⁶² NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p.70.

²⁶³ ALVIM, Teresa Arruda. Cabe consensualidade no controle concentrado? In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p.302.

²⁶⁴ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 95.

²⁶⁵ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 91.

²⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, 2025, p.4.

²⁶⁷ ARAÚJO ASPERTI, Maria Cecília de; ROCHA CHIUZULI, Danieli. Supremo conciliador?: análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. REI - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024, p. 457-459.

²⁶⁸ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 66-70.

²⁶⁹ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 94-95.

objeto passível de acordo sugere que a discricionariedade do relator constitui, na prática, o único filtro vigente. É diante desse vácuo normativo e teórico que Georges Abboud empreende, de maneira inédita, esforços para sistematizar fronteiras teóricas sobre o que é passível de conciliação, deixando claro que qualquer interesse em fazer regras rígidas a respeito afronta à lógica do próprio instituto, que prima pela abertura ao “aprendizado constante”.²⁷⁰ De maneira incipiente, estabelece uma premissa: o conteúdo do acordo não pode ser relativo a um dispositivo constitucional que vede seu conteúdo.²⁷¹ Como problemas que não seriam conciliáveis, exemplifica tão somente aqueles relacionados à segurança e soberania nacional.²⁷² Ademais, outro filtro inicial proposto é de que o objeto do acordo precisa manter pertinência com as competências do STF, elencadas na Constituição.²⁷³

Outrossim, defende que direitos indisponíveis não configuram óbice para a formação de acordo. Para justificar essa perspectiva, vale-se dos ensinamentos de Peter Häberle, o qual propõe que a interpretação constitucional deve ser corolária de uma sociedade ampla, plural e aberta de intérpretes. Assim, o “povo” não pode ser entendido enquanto força majoritária, e sim como um ente multifacetado e plural. A conciliação, portanto, seria um instrumento salutar para viabilizar a sociedade aberta de intérpretes, os quais poderiam conciliar a respeito, inclusive, de direitos indisponíveis. Nesse contexto, Abboud cita que outros campos do direito, como o direito penal, já se despiram da ideia de que há direitos, por essência, avessos à conciliação. Para ilustrar, cita o instituto da colaboração premiada, argumentando no sentido de que não há nenhum direito mais indisponível do que a presunção de inocência e a liberdade.²⁷⁴

Em que pese a engenhosidade do argumento, ele carece de paralelismo prático. Acontece que a colaboração premiada (delação premiada), além de ser um meio de obtenção de provas para solucionar mais rapidamente o crime, é, na verdade, um benefício para o delator. Quem está acordando está dispondo do seu direito de presunção de inocência por entender, que cedo ou tarde, haverá punições ainda maiores. Ou seja, a transação sobre a liberdade visa ampliá-la, não diminuí-la, mediante perdão judicial, diminuição de pena ou substituição da pena por restritiva de direitos.

²⁷⁰ ABBoud, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 115.

²⁷¹ ABBoud, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 115.

²⁷² ABBoud, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 23.

²⁷³ ABBoud, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 173.

²⁷⁴ ABBoud, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 95-98.

Eis uma diferença fulcral e incontestável entre o delator e intervenientes necessários no acordo no bojo da ação de controle abstrato de constitucionalidade. O delator, ao entrar na sala de reunião com o Ministério Público Federal ou a Polícia Federal, o faz com uma clara expectativa: a de ser beneficiado pela delação. Já no caso da conciliação no STF, e tomemos o caso da APIB como exemplo emblemático, a própria decisão de conciliar já significa, na melhor das hipóteses, uma restrição de direitos. Para os povos originários, o disposto no art. 231 da Constituição já era um marco normativo suficiente para garantir seus direitos fundamentais. Ao tentar conciliar a Lei 14.701/2023, cuja tramitação já foi bastante desgastante para os povos indígenas e cujo conteúdo era claramente restritivo ao art. 231 da Constituição, não há possibilidade, na prática, de alocação de diferentes interesses para a proteção de direitos.

Ademais, o autor advoga que o objeto do acordo pode ser mais amplo do que a ação que inicialmente deflagrou o processo - como aconteceu com a ADO 86, que dispunha sobre mineração em terras indígenas, tema não contemplado na Lei do Marco Temporal, e que foi incluída como objeto da conciliação -, e que pode envolver partes estranhas ao processo (art. 515, §2º, CPC). No entanto, limita “jabutis”, ou seja, matérias alheias à temática da ação encaminhada à conciliação. Por fim, afirma que não poderá ser objeto de acordo em jurisdição constitucional ato ou competência exclusiva de outro Poder.²⁷⁵

Igualmente interessante são os requisitos, não cumulativos, pensados por Georges Abboud para balizar o uso dos meios autocompositivos na jurisdição constitucional, ao que ele denomina de “vias autorizadoras”.²⁷⁶ Tais “vias autorizadoras” funcionam como um indicativo de que o padrão decisório tradicional é insuficiente para equacionar o litígio adequadamente.

A primeira via autorizadora incide quando o caso demanda conhecimentos para além do direito, ou seja, tem-se “a necessidade de buscar a produção de um conhecimento não verificável na normatividade regulatória (racionalidade material)”.²⁷⁷ A segunda via autorizadora acontece quando a matéria judicializada requer uma solução flexível e aberta a correções futuras, sem uma resposta constitucional obrigatória e definitiva. Nessa situação, é possível que o STF decida mediante modulação de efeitos ou decisão aditiva/substitutiva,

²⁷⁵ ABBOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 173-175; 180.

²⁷⁶ ABBOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 115.

²⁷⁷ ABBOUD, Georges. *Acordos no STF*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 115.

sendo estas admitidas “se a origem do efeito aditivo for extraível diretamente do próprio texto constitucional, assim, a solução pronunciada deve consistir na sua aplicação direta, ou seja, a decisão deve ser embasada em hipótese constitucionalmente obrigatória.”²⁷⁸ Para Abboud, a 2ª via autorizadora é aplicável ao caso do marco temporal, uma vez que, segundo ele, apenas a declaração de inconstitucionalidade implicaria na ausência de regulamentação adequada para tratar dos históricos problemas latifundiários no Brasil.²⁷⁹ Já a terceira via autorizadora volta-se aos casos em que a imprevisibilidade dos efeitos da decisão judicial é tamanha que o provimento da Corte pode, paradoxalmente, instaurar um quadro de inconstitucionalidade mais grave do que aquele que se pretendia sanar. Segundo o autor, a terceira via ganha especial relevo em casos que envolvem agências reguladoras ou complexidades técnico-científicas. Por fim, a quarta via autorizadora incorre nas ações cuja resolução da inconstitucionalidade demanda atuação de outros Poderes.²⁸⁰

Postas as bases teóricas que tentam legitimar a prática, impõe-se a crítica: a porosidade conceitual de tais balizas acaba por esvaziá-las de função limitadora. Observa-se que tanto os limites propostos para o objeto do acordo, quanto as denominadas 'vias autorizadoras', são desenhados com tamanha amplitude semântica que, no limite, deixam de fazer sentido enquanto critérios de exclusão. Em uma sociedade complexificada e marcada por intenso pluralismo, a influência política e econômica é onipresente nas grandes questões nacionais. Sob essa ótica, praticamente qualquer ação de controle concentrado, a depender do grau de sofisticação retórica empregada, poderia ser enquadrada como um caso que demanda conhecimentos “para além do direito” ou cuja decisão ortodoxa poderia gerar “consequências piores ao *status quo*”. Ao tentar abarcar a complexidade do real, a teoria acaba por criar um passe-livre interpretativo: se tudo pode ser excepcional, nada o é.

Fato é que essas bases teóricas - e aqui deve-se assumir que o empreendimento intelectual do autor é louvável na tentativa de conferir racionalidade ao caos vigente -, não estabelecem, ao fim e ao cabo, nenhum limite prático. Em verdade, apenas oferecem um verniz de justificação teórica para a desregulamentação procedimental. Tal cenário é perigoso, pois franqueia às partes a possibilidade de transformar, estrategicamente, uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, cujo escopo é a defesa objetiva da ordem

²⁷⁸ ABBoud, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 119.

²⁷⁹ ABBoud, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 121.

²⁸⁰ ABBoud, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 121-124.

constitucional, em um balcão de negociação de interesses subjetivos e pragmáticos. Nesse processo, perde-se, como bem adverte Miguel Godoy, o *pedigree* democrático da edição de leis e atos normativos, elaboradas por agentes eleitos. Isso porque oportuniza que instituições ou grupos que sequer fizeram parte do processo legislativo ou de construção setorial da política pública façam parte da conciliação, reeditando a lei ou ato normativo. Como se não bastasse, desnatura a própria competência da Corte. O Tribunal, de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição), atribui a terceiros a função de propor a melhor solução constitucional (supostamente, já que serão premiados pelos próprios interesses) mais adequada. O guardião da Constituição transforma-se em gestor de crises políticas.²⁸¹ Em última análise, se acatadas essas contribuições teóricas sem reservas, o vácuo normativo denunciado inicialmente permanece intocado: o único filtro vigente continuará sendo a discricionariedade do Relator ou, na melhor das hipóteses, do Plenário.

À vista disso, a premissa de que seria possível blindar o núcleo da análise da constitucionalidade enquanto se transacionam apenas os seus "efeitos" ou "situações fáticas" revela-se impraticável se se admite que a conciliação pode ser anterior à decisão da Corte. Inclusive, o momento da decisão é elemento capital que se difere a conciliação da mera modulação de efeitos, prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, que disciplina a ADI e a ADC. Nesse cenário, Georges Abboud aduz que nem mesmo a própria (in)constitucionalidade da lei é óbice para o acordo, à semelhança do instituto de modulação de efeitos.²⁸² No entanto, não subsiste correspondência entre as práticas por diversos motivos. A uma, porque na modulação de efeitos não se negocia a (in)constitucionalidade de um dispositivo normativo, uma vez que é realizada tão somente pelo quórum qualificado de 2/3 do pleno. Não há, portanto, interesses e partes a serem compostos, mas tão somente uma conformação, limitada temporalmente, entre a eficácia da lei - já reconhecidamente declarada inconstitucional pela corte - e uma situação fática. A duas porque o art. 27 define requisitos autorizadores claros, apesar de abrangentes: excepcional interesse social e segurança nacional. A três porque está prevista em lei e, por isso, sua utilização advém de uma decisão qualificadamente colegiada, e não meramente da discricionariedade do relator.²⁸³

²⁸¹ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo pode negociar a constitucionalidade das leis? Jota, 03 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-pode-negociar-a-constitucionalidade-das-leis>

²⁸² ABBoud, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 95.

²⁸³ GODOY, Miguel Gualano de. STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 36.

Diante dessas distinções estruturais, evidencia-se que a conciliação constitucional, quando instaurada antes do julgamento de mérito, não pode ser equiparada à modulação de efeitos nem conceitual nem funcionalmente. Trata-se de técnica diversa, que desloca o eixo decisório do momento posterior à declaração de inconstitucionalidade para uma fase antecedente à própria formação da decisão jurisdicional, interferindo diretamente na dinâmica de definição do sentido e do alcance da norma impugnada. É justamente nesse deslocamento temporal, do “depois” para o “antes” da decisão, que se revela a impossibilidade de sustentar que a conciliação operaria exclusivamente sobre efeitos ou situações fáticas já consolidadas.

Essa constatação encontra expressão concreta no caso do marco temporal indígena (ADI 7582, ADC 87 e apensas), em que não houve sequer liminar para suspender a eficácia da norma durante a conciliação. À época, a decisão do Ministro Relator limitou-se ao sobrestamento dos processos judiciais que discutiam a constitucionalidade da lei, mantendo, portanto, a eficácia, ao menos processualmente. Conforme demonstrado na Seção IV.1, o escopo central da conciliação não foi a gestão de efeitos práticos, como a mitigação de conflitos fundiários ou o destravamento de demarcações, mas o aprimoramento redacional da própria Lei nº 14.701/2023. As audiências serviram para discutir como adequar a Lei nº 14.701/2023, que ressuscitava tese já declarada inconstitucional, à gramática do art. 231 da Constituição. O Tribunal, atuando como conciliador e não como guardião, operou uma repactuação da validade da norma, valendo-se da ideia de consenso para sanear vícios originários insanáveis.

Um exemplo cabal de que a conciliação atuou como um mecanismo de transação da constitucionalidade, e não de mera gerência de efeitos, reside na análise comparativa do art. 18 da Lei nº 14.701/2023. A redação original, aprovada pelo Congresso, impunha em seu §1º a incidência do regime jurídico da propriedade privada às terras adquiridas. Na mesa de conciliação, esse comando sofreu mutação substancial: o texto homologado estabeleceu como regime jurídico da “propriedade privada coletiva”, condicionada à ausência de manifestação em contrário da comunidade indígena. Ademais, foram inseridas salvaguardas inexistentes no texto legal, tais como a exclusão desse regime para terras recebidas a título de compensação (§3º), a garantia de que a titularidade privada não afastaria o regime protetivo indígena (§4º) e o reconhecimento de terras dominiais anteriores a Estatuto do Indígena como tradicionalmente ocupadas (§5º).

Como se vê, não se tratou de modular *como* a lei incidiria no tempo, *como* seria eventual procedimento da manifestação da comunidade, *como* seria eventual desocupação de terra adquirida. A manobra foi para alterar *o que* a lei definia como direito, convertendo um vício de inconstitucionalidade material (a exclusão das terras adquiridas do regime protetivo indígena, contrariando a lógica do art. 231) em uma oportunidade de constitucionalização do inconstitucional. Tal movimentação ocorreu à margem do Parlamento e sem a necessária abertura plural e democrática. Nesse ponto, impede relevante consideração: não é razoável admitir que apenas seis representantes do Congresso Nacional, frequentemente substituídos pela advocacia institucional e ausentes na maioria das audiências, possam encarnar a vontade integral da instituição, tampouco que estejam submetidos ao mesmo escrutínio público inerente à função legislativa.

Importa reconhecer que a redação conferida ao art. 18 representa, de fato, um aprimoramento material frente ao texto original, ampliando a proteção aos povos originários. Essa constatação, todavia, não possui o condão de sanar o vício de origem. Ao revés, serve de alerta para que a benevolência de um resultado pontual não sirva de justificativa para a subversão da jurisdição constitucional. Nesse contexto, a obsessão pela pacificação a qualquer custo e pelo pragmatismo imediato, muitas vezes confundido com eficiência estatística, abre um precedente preocupante: permite que, no futuro, o mesmo expediente seja utilizado para desfigurar direitos e a ordem constitucional sob o pretexto de se ter alcançado um “consenso mínimo”. O art. 18, portanto, é uma norma formalmente apócrifa, cuja melhora material não derivou de um debate amplo, plural e democrático, mas da discricionariedade de atores blindados ao escrutínio público, confirmando a tese de que a validade da norma tornou-se refém de sua negociabilidade.

Se se considera que a validade da norma constitucional é uma questão de pertinência, quer dizer, característica de terem sido cumpridas as condições formais e materiais para a produção da norma, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁸⁴, resta evidente, portanto, que se concilia sobre a própria constitucionalidade. Isso porque a (in)constitucionalidade da norma, como visto em seção anterior, representa condição de sua validade. Nesse sentido, o exemplo do art. 18 evidencia que, ao invés de declarar a norma nula, já que incompatível com a ordem constitucional, ela foi transacionada. Em verdade, a própria essência da conciliação é

²⁸⁴ BALICO, Vladimir. VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.], v. 8, 2015, p. 471.

justificativa suficiente para afastar sua aplicabilidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, como corolário da confidencialidade (art. 166, CPC), as atas limitam-se a registrar resultados e roteiros superficiais, blindando as reais motivações da norma sob o manto do sigilo. O resultado é uma lei conciliada sem memória histórica: apaga-se o registro da disputa argumentativa que forjou o texto, restando uma norma cujas razões determinantes são inalcançáveis pelo cidadão.

Aqui, convém destacar o pensamento do José Canotilho, segundo o qual a Constituição possui um “registro de aprendizagem”, de modo que mudanças conjunturais possam ser incorporadas pelas normas constitucionais, que por, pela sua resiliência característica, é flexível às acepções mutantes de verdade e de justiça. Infere-se, conforme entendimento habermasiano, que a interpretação constitucional é um contínuo processo de aprendizagem.²⁸⁵ Para que esse “registro de aprendizagem” se concretize como ganho civilizatório, é imperioso que o processo hermenêutico ocorra à luz do dia, na esfera pública. A conciliação operada a portas fechadas, sob o manto da confidencialidade, obstrui justamente esse fluxo pedagógico ao substituir a fundamentação jurídica pública pela negociação privada de bastidores, o Tribunal interrompe a cadeia de transmissão da memória constitucional. Se a sociedade não tem acesso às razões que motivaram a mudança da norma, o aprendizado é substituído pelo simples fato consumado. Nesse cenário, a Constituição deixa de evoluir com base no amadurecimento coletivo sobre a justiça e passa a ser alterada por arranjos pragmáticos irrastráveis, gerando um hiato na história constitucional. Desse modo, cria-se um precedente silencioso, desprovido de lastro teórico, que não ensina pouco (ou nada) ao futuro.

Ao dispor de sua competência indeclinável de guarda Constituição, o STF não apenas obsta o “registro de aprendizagem”, mas também agrava o déficit de *accountability* inerente à própria função jurisdicional, conforme sistematizado por Anya Bernstein. A autora destaca que, diferentemente das *agencies*, que operam mediante um processo incremental de *back-and-forth*, expondo seus planos ao escrutínio público antes da decisão final, as Cortes falham, no processo adjudicatório tradicional, em explicar suas razões apenas *ex post facto*.²⁸⁶

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 23.

²⁸⁶ BERNSTEIN, Anya. Judicial accountability. The Georgetown Law Journal, Washington, DC, v. 113, n. 4, 2025, p. 688-690.

Essa problemática ganha novos contornos quando transfere-se a função interpretativa da constituição para uma mesa de conciliação, cujos atores muitas vezes são desobrigados da fundamentação analítica, até porque estão a responder a interesses próprios de sua classe.

Esse déficit de transparência é exacerbado pela imposição da confidencialidade, que blinda o procedimento de salvaguardas existentes até mesmo na *realpolitik* legislativa. É sabido que a racionalidade legislativa também opera, em alguma medida, nos bastidores dos acordos políticos, como explicado na Seção III.2 A materialização do debate no Congresso é, contudo, revestida de salvaguardas de publicidade inexistentes na mesa de conciliação. No Parlamento, as discussões são inteiramente transcritas em notas taquigráficas públicas, ferramenta que permite à sociedade saber exatamente quem falou o quê e como cada parlamentar votou, garantindo a rastreabilidade da autoria e dos fundamentos de cada alteração. Na mesa de conciliação, até mesmo os agentes públicos representativos - Executivo e Legislativo - atuam blindados do escrutínio popular e das pressões inerentes à tribuna, decidindo os rumos da norma sem o ônus da exposição pública imediata.

Nesse diapasão, Georges Abboud define enquanto um dos requisitos de legitimação da prática conciliatória na jurisdição constitucional a necessidade de se garantir um padrão de *accountability* no monitoramento do resultado consensuado. Valendo-se das lições de Johnathan Soeharno, segundo o qual a legitimidade das instituições públicas reside no caráter de seus membros, de tal sorte que, para a autoridade ser aceita, é mister que o público confie naqueles que compõe a instituição, sendo estas a manifestação do poder político. A integridade é apresentada como um pressuposto para a confiança no Poder Público, vinculando a conduta do juiz e a postura institucional do tribunal ao dever de *accountability*. Ao transpor essa lógica para o campo dos meios autocompositivos e da proceduralização na jurisdição constitucional, o autor sustenta que a legitimidade dessas práticas depende de dois requisitos suplementares: a publicidade necessária para verificar a efetividade da proteção constitucional e a permeabilidade do sistema, permitindo que a Corte mantenha aberto os canais de interlocução com os setores para revisar ou adaptar os procedimentos estabelecidos.²⁸⁷

Defende-se aqui que a *accountability* é um processo que deve permear todas as etapas do processo, não somente o monitoramento do consenso. Afinal, por ser um processo de

²⁸⁷ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 132-134.

interesse público e geral, perpetrado por uma instituição cujo dever é a guarda da Constituição, é imperioso que se tenha mecanismos para ser “*accountable*” durante e antes do processo decisório. Nesse sentido, retomando a visão de Anya Bernstein, *accountability* deve ser compreendida como uma dinâmica de reciprocidade (*give and take*): não basta que os atores públicos - todos, não somente os eleitos -, tomem decisões fundamentadas em valores e fatos publicamente reconhecidos, é necessário também que justifiquem tais escolhas perante aqueles que detêm o poder de avaliá-las, influenciá-las ou até revisá-las. Trata-se, portanto, de prestar contas das razões governamentais de uma maneira que, simultaneamente, considere e esteja aberto à incorporação das posições dos diversos públicos envolvidos²⁸⁸, exigência aparentemente obstaculizada pela dinâmica da confidencialidade.

Por fim, impende refletir como a autocomposição em sede de controle abstrato de constitucionalidade enseja violação do próprio entendimento da Corte, fixado na Súmula Vinculante nº 10, segundo a qual “*viola cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”. Nesse viés, não é a denominação formal do ato decisório que define a incidência da cláusula de reserva de plenário, mas o seu conteúdo normativo e os efeitos jurídicos que produz, razão pela qual a análise deve recair sobre a substância da decisão, e não sobre a forma pela qual ela se apresenta.

Preliminarmente, é relevante pontuar que, embora já tenham ocorrido precedentes em que Turmas do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade de leis,²⁸⁹ a cláusula da reserva de plenário é igualmente aplicável ao próprio STF. A Constituição Federal não atribui competências constitucionais autônomas às Turmas, tampouco aos ministros individualmente considerados. Ao contrário, ao dispor no art. 97 que compete aos “tribunais”, mediante voto da maioria absoluta de seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Logo, ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão colegiado do Poder Judiciário, é aplicável o art. 97 da Constituição.

²⁸⁸ BERNSTEIN, Anya. Judicial accountability. *The Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 113, n. 4, 2025, p. 651.

²⁸⁹ “(...) O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.” (RE 361829 ED, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010)

No âmbito da doutrina que sustenta a admissibilidade da conciliação em controle abstrato, argumenta-se que a transação celebrada na jurisdição constitucional do STF deteria a prerrogativa de delimitar a própria extensão da coisa julgada (art. 502 a 508 do CPC). Segundo essa teoria, o objeto do acordo possuiria elevada flexibilidade, podendo coincidir com o mérito da lide ou mesmo transcendê-lo, abrangendo obrigações heterogêneas, como a gestão de bens públicos, indenizações, regulação, planejamento de políticas públicas e até a submissão de projetos de lei.²⁹⁰ Do ponto de vista processual, a homologação impor a suspensão do feito originário e a irrecorribilidade da decisão, seja por convenção entre as partes, seja por preclusão lógica, já o êxito no cumprimento da avença conduziria à extinção do processo com resolução de mérito.²⁹¹

Por essa construção teórica, afasta-se, ainda, a exigência rígida de referendo do Plenário, por entender que, caso fosse regra geral, obstaculizaria a eficiência almejada. Abboud sugere, então, um sistema gradativo segundo a maturidade do tema: matérias inéditas ou de grande amplitude deveriam ser submetidas ao Plenário; superada a “primeira experiência”, a competência se deslocaria para as Turmas e, em estágio avançado de consolidação jurisprudencial, para decisões monocráticas do relator.²⁹² Cabe aqui uma observação que tal proposta é contrária à própria lógica defendida unanimemente que apenas casos complexos seriam passíveis de acordo na jurisdição constitucional. Ademais, sustenta-se que a homologação desses acordos projeta eficácia vinculante e efeitos erga omnes, equiparando-se às decisões típicas de controle concentrado, o que justificaria, inclusive, um efeito de bloqueio sobre litígios paralelos: a existência de acordo em execução impediria o ajuizamento de novas ações sobre o mesmo escopo temático, restando aos terceiros interessados apenas a possibilidade de adesão tardia aos termos pactuados.²⁹³

É precisamente essa descrição dos efeitos jurídicos da conciliação que evidencia sua incompatibilidade com o regime constitucional da reserva de plenário e, em especial, do controle abstrato de constitucionalidade. Se o próprio modelo teórico admite que a transação pode: (i) resolver o mérito da ação; (ii) produzir coisa julgada material; (iii) irradiar efeitos erga omnes e vinculantes; e (iv) substituir a aplicação da norma legal por comandos negociais, então é inafastável a conclusão de que se está diante de um exercício material de controle de

²⁹⁰ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 176.

²⁹¹ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 190.

²⁹² ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 189.

²⁹³ ABOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 190-192.

constitucionalidade. A flexibilidade do objeto, longe de afastar o art. 97 da Constituição, reforça sua incidência, pois revela que o acordo não se limita à gestão de efeitos secundários, mas alcança o núcleo normativo da controvérsia constitucional.

Essa construção teórica pode ser ainda mais bem iluminada quando cotejada com a classificação tripartite proposta por Teresa Arruda Alvim, a qual descreve as tendências do STF na homologação de acordos e distingue as práticas do controle difuso daquelas do controle concentrado. No controle difuso, a transação extingue o feito com resolução de mérito (art. 487, III, “b”, CPC) ajusta-se à lógica clássica do processo subjetivo. Já no controle concentrado, a autora identifica uma segunda modalidade, por ela tratada como legítima, em que o acordo soluciona apenas o conflito intersubjetivo subjacente, mas o Tribunal prossegue no julgamento para decidir a questão constitucional. A terceira modalidade, excepcional, ocorre quando o acordo resolve o conflito e o STF opta por não se pronunciar sobre a constitucionalidade, produzindo o que a autora denomina “subjetivação” do processo constitucional, que, na visão de Alvim, merece especial atenção crítica.²⁹⁴

Acontece que, mesmo que se compreenda a segunda modalidade como “salvaguarda” (prosseguimento do julgamento), a crítica aqui desenvolvida ainda subsiste: a submissão à conciliação anterior ao cotejo sobre a constitucionalidade implica, invariavelmente, a transação da própria constitucionalidade. Isso porque, conforme demonstrado, eventuais “efeitos” ou “resolução do conflito intersubjetivo” são analisados em conjunto com a própria validade da norma, a partir da análise da norma infraconstitucional que ensejou o conflito com a Constituição inicialmente. Nesse contexto, surge outra problemática: em sede homologatória, o Tribunal não se imiscui no mérito (ou seja, na (in)constitucionalidade), apenas avaliza sua juridicidade.²⁹⁵ Se se considera possível a análise da constitucionalidade do acordo, como defende Abboud, tal exame parece residir, segundo sua própria premissa, apenas na aferição de eventual vedação constitucional ao conteúdo do ajuste.²⁹⁶ E, ainda que assim não fosse, o problema estende-se ao fato de que o Tribunal não estaria exercendo controle de constitucionalidade sobre um ato normativo elaborado pelo legislador - com

²⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Cabe consensualidade no controle concentrado? In: ABBOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 326-327.

²⁹⁵ NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABBOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 74.

²⁹⁶ ABBOUD, Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 88-91.

todos os procedimentos democráticos e *accountability* que lhe são ínsitos, mas sobre o produto da vontade de um grupo seletivo que conseguiu sentar à mesa de conciliação.

À vista disso, no que concerne aos métodos compositivos em controle da norma em tese tem-se que, quando a Corte decide "conciliar" sobre a validade de uma norma (ou, ainda que se admita, por amor ao argumento, a possibilidade de conciliar seus "efeitos") ela está, na prática, recusando-se a aplicá-la integralmente. Assim submete a norma a um escrutínio negocial que prescinde do rito formal. Nesse contexto, não se pode confundir tal prática com mera interpretação constitucional. A interpretação conforme pressupõe a preservação de um espaço normativo mínimo de incidência da lei. Quando esse espaço é substituído por obrigações negociais ocorre verdadeiro esvaziamento normativo. A jurisprudência do próprio STF, no julgamento da Rcl 31.928, já delimitou uma "zona de certeza positiva" quanto à aplicação do art. 97 da Constituição, afirmando que, *"se o Tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo, i.e., se não restar qualquer espaço para a aplicação do diploma, não haverá dúvida de que o que ocorreu foi um afastamento, não uma simples interpretação"*.²⁹⁷

É nesse sentido que se insere o entendimento firmado no RE nº 240.096, segundo o qual constitui declaração material de inconstitucionalidade a decisão que, "embora sem o explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição".²⁹⁸ No caso da autocomposição em controle abstrato, tal resultado é produzido não por acórdão do plenário, mas por decisão homologatória. A gravidade institucional se intensifica quando um ato singular - já que admitida homologação por decisão monocrática - produz efeitos equivalentes aos de uma decisão de controle concentrado, sem observância do quórum qualificado e do modelo deliberativo constitucionalmente exigido.

Destarte, longe de legitimar a conciliação em sede de controle abstrato, a teoria que lhe atribui eficácia vinculante, efeitos erga omnes, resolução de mérito e bloqueio de litígios paralelos apenas confirma que se trata de uma via informal de controle de constitucionalidade, imune às garantias procedimentais do art. 97 da Constituição e da Súmula Vinculante nº 10. Ao deslocar a deliberação constitucional do Plenário para as mesas de conciliação, esse modelo compromete a colegialidade, a transparência deliberativa e a racionalidade

²⁹⁷ Rcl 31.928, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 19-9-2018, DJE 200 de 21-9-2018.

²⁹⁸ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Súmula Vinculante n. 10. Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 167-206, maio/jun. 2008.

institucional que estruturam o controle concentrado, convertendo a presunção de constitucionalidade em presunção de negociabilidade, além de dismantelar a função contramajoritária da Corte na proteção de direitos fundamentais.

A desestruturação do modelo deliberativo e a violação da reserva de plenário, contudo, não constituem apenas desvios procedimentais ou tecnicismos jurídicos; elas sinalizam uma ameaça substantiva à própria integridade da Constituição. Ao permitir que a validade da norma seja transacionada em mesas de conciliação, ambientes naturalmente permeáveis à influência das maiorias políticas e dos grupos de pressão econômica, o Supremo Tribunal Federal corre o risco de abdicar de sua missão institucional primordial. É nesse contexto de fragilização hermenêutica que se torna imprescindível revisitar a natureza inegociável dos direitos fundamentais e a função contramajoritária da jurisdição constitucional. Afinal, quando a guarda da Constituição se converte em gestão de interesses pragmáticos, a proteção das minorias e a força normativa dos direitos básicos, que deveriam atuar como verdadeiros trunfos contra a vontade majoritária, tornam-se as primeiras vítimas do “consensos”.

IV.4 A ESFERA DO INDECIDÍVEL E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES MATERIAIS À AUTOCOMPOSIÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO

Para dimensionar adequadamente os riscos inerentes à prática da conciliação em sede de controle de constitucionalidade, torna-se imprescindível regressar aos alicerces da teoria geral dos direitos fundamentais. A discussão sobre a admissibilidade de transações envolvendo o objeto do litígio constitucional não pode ser reduzida a uma questão de mera engenharia procedimental ou eficiência judicial. Ela é, em essência, um debate sobre a natureza e a disponibilidade dos direitos fundamentais. Assim, cumpre estabelecer a distinção ontológica entre os direitos sujeitos à autonomia da vontade e aqueles que, por sua estrutura universal e inalienável, compõem a “esfera do indecidível”.

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli elucida as quatro aproximações conceituais acerca dos direitos fundamentais, aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico, tendo em vista que o esforço reside na definição do que *são* os direitos fundamentais, não *quais* são.²⁹⁹ Do ponto de vista da justiça, fundamentada em valores

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 92-93.

axiológicos, a definição parte do esforço em definir quais direitos *devem* ser (ou justo que sejam) considerados como fundamentais. Do ponto de vista da validade, cujo fundamento é jurídico positivo, tem-se como direitos fundamentais aqueles assim *estipulados* pelo ordenamento jurídico. Do ponto de vista da efetividade, cujo fundamento é a própria realidade concreta, são direitos fundamentais aqueles direitos - que por determinadas razões e processos - se afirmaram e são de fato garantidos como tal em um determinado espaço-tempo. Por fim, do ponto de vista da teoria do direito, Ferrajoli conceitua os direitos fundamentais “todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir.”³⁰⁰

Para o autor, a perspectiva da teoria do direito tem o condão de estabelecer um ponto de encontro com as demais, de modo a estabelecer uma correspondência entre os direitos fundamentais e a igualdade, já que, pela universalidade, todos detêm os mesmos direitos. No entanto, certos campos do saber acabam por incorrer em falácias ideológicas, ou seja, confundem o *dever-ser* com o *ser* ou vice-versa. Uma dessas falácias, frequentemente atribuída a cientistas políticos e sociólogos, é a que Ferrajoli denomina falácia realista: a substituição da validade pela eficácia (facticidade). Em síntese, tende-se a reduzir o direito à prática social, ignorando seu núcleo normativo. Como resultado, o funcionamento conjuntural das instituições muitas vezes é percebido como legítimo em detrimento da própria normatividade.³⁰¹ Sob essa ótica, a conciliação na jurisdição constitucional, ao buscar eficiência³⁰², alicerça-se em justificativas pragmáticas sobre a complexidade social e a suposta falência do processo adjudicatório, mas falha ao não estabelecer mecanismos que preservem a validade normativa do direito e as características capitais dos direitos fundamentais, como a indisponibilidade.

É que os direitos fundamentais muito se diferem dos direitos patrimoniais outros. Ferrajoli observa que os direitos fundamentais são *dispostos* por normas gerais para todos, ao passo que os direitos patrimoniais são *predispostos* por normas, ou seja, são singulares,

³⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 90-92.

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 94.

³⁰² Atualmente, mais de 20 mil processos estão em tramitação no STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Prestação jurisdicional: dados estatísticos de 2025*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2025. Disponível em: <https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2025/12/19133512/relatorio-PRESTACAO-JURISDICCIONAL-dezembro-2025-18-12-2025-21H25.pdf>

excludentes e emergem de atos civis, a exemplo dos contratos. À vista disso, Ferrajoli aponta, por exemplo, que, se a liberdade ou a dignidade pudessem ser alienadas ou negociadas, deixariam de ser fundamentais e se tornariam, de fato, patrimoniais, como acontecia nos regimes escravistas. Assim, os direitos fundamentais estabelecem a “esfera do não decidível” no sentido que funciona como limites e restrições à legislação, bem como ao poder público da maioria, que não pode suplantá-los.

No que concerne a negociabilidade de direitos indisponíveis, Elton Venturi defende que a classificação de um direito ou interesse como indisponível não deve conduzir, automaticamente, à conclusão de que este seja inegociável, uma vez que a vedação à transação poderia, paradoxalmente, impedir a forma mais eficaz de proteção e concretização dessas garantias. Sob a ótica de uma teoria liberal dos direitos fundamentais, a exemplo do que propõe Virgílio Afonso da Silva, sustenta que a autonomia e a liberdade, essências desses direitos, devem englobar a prerrogativa de não os exercer ou de sobre eles dispor, rejeitando-se o que ele considera ser um paternalismo estatal, o qual restringe a titularidade sob o pretexto de proteger o indivíduo de si mesmo. Nesse contexto, a transação não se confunde necessariamente com a renúncia ou a alienação. Ao revés, ela reafirma a titularidade do direito e, quando submetida a mecanismos adequados de controle e representatividade, como a atuação do Ministério Público, permite sopesamentos concretos que superam presunções abstratas de interesse público.³⁰³

Para conflitos dentro da lógica do processo subjetivo, no qual eventual acordo produz efeitos *inter partes*, é possível defender certa flexibilidade quanto a essa espécie de direito, mas não sem acurado compromisso com a paridade de armas, a devida representação e a possibilidade de retirada. No entanto, ao se tratar de direitos indisponíveis negociados no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, trata-se de hipótese completamente distinta. Ao submeter direitos fundamentais a acordos judiciais em controle abstrato, o STF opera uma transmutação indevida: trata como disponível aquilo que, por definição, foi retirado da esfera de disposição política. Isso porque, nesta sede processual, o que está em jogo excede a perspectiva meramente subjetiva. A conciliação no controle abstrato opera, por essência, sobre a natureza jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais não se esgotam na função de direitos subjetivos de

³⁰³ VENTURI, Elton. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? Revista de Processo, São Paulo, v. 251, jan. 2016, p. 397-398.

defesa do indivíduo; eles constituem "decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição" que irradiam eficácia por todo o ordenamento jurídico e fornecem diretrizes vinculantes para todos os Poderes.³⁰⁴

Sob esse prisma objetivo, os direitos fundamentais incorporam os valores fundamentais da comunidade, devendo ter sua eficácia valorada sob o ponto de vista da sociedade em sua totalidade. Essa dimensão objetiva desdobra-se em diversas facetas que tornam a via da conciliação no controle concentrado temerária. Primeiramente, destaca-se a eficácia irradiante pela qual os direitos fundamentais fornecem impulsos e diretrizes para a interpretação de todo o direito infraconstitucional.³⁰⁵ Um acordo entre partes cujo objetivo capital é tão somente resolver um conflito pode implicar a flexibilização da norma constitucional, comprometendo a coerência hermenêutica de todo o sistema. Além disso, a dimensão objetiva impõe ao Estado os deveres de proteção. Não basta ao Estado não agredir, é também de sua incumbência zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais contra agressões provindas de terceiros e até de outros Estados.³⁰⁶ Ao transacionar em sede de controle abstrato, o Estado pode estar, na prática, abdicando desse dever de guarda em troca de uma pacificação momentânea. Nesse contexto, imperioso trazer à baila a função dos direitos fundamentais como parâmetros para organização e procedimento: o conteúdo das normas de direitos fundamentais exige uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção, evitando-se riscos de redução do significado de seu conteúdo material.³⁰⁷

Não se trata, evidentemente, de defender que a dimensão subjetiva dos direitos seja absorvida pela sua dimensão objetiva. A preocupação é precisamente inversa: o risco de que direitos de minorias históricas, como os povos indígenas, ou de grupos politicamente desarticulados, sejam suplantados por maiorias políticas e econômicas sob o verniz da consensualidade. Teme-se a alteração da lógica do sistema para favorecer esses interesses hegemônicos por meio de uma mesa de conciliação imposta, ato que decorre de decisão que

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 143.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144-147.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148-149.

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 150.

prescinde da anuência das partes, o que torna difícil sustentar a existência de uma genuína liberdade para negociar. Portanto, a validade da tese de Venturi, se estendida à lógica conciliação no controle abstrato de constitucionalidade, depende inexoravelmente de um pressuposto que parece ausente no cenário atual: a autêntica autonomia da vontade. Se a transação de direitos indisponíveis é legítima justamente porque reafirma a liberdade e a titularidade do sujeito sobre o próprio direito, tal legitimidade se esvai quando a “negociação” é imposta verticalmente pelo Estado-Juiz. Ao forçar a sentar-se à mesa minorias ou grupos vulneráveis, sob o rito de uma conciliação obrigatória e sem a devida anuência prévia, o Tribunal não está promovendo a “melhor proteção” vislumbrada pela doutrina, mas sim subvertendo a própria lógica liberal. Afinal, não existe liberdade para negociar onde não existe a liberdade para dizer não. Transformar a disponibilidade processual em imposição judicial é converter o instrumento de emancipação descrito por Venturi em mais uma ferramenta de dominação majoritária.

Essa problemática reforma a tese de Luigi Ferrajoli sobre a tutela dos mais fracos. Para o autor, os direitos fundamentais funcionam como a “lei do mais fraco” em oposição à “lei do mais forte”, esta última prevalecente na ausência de regulação, seja pela força física, pelo poder de mercado ou pela vontade política da maioria. A liberdade pessoal protege contra a força física; os direitos sociais protegem contra o poder econômico; e os direitos políticos protegem as minorias contra as majorias³⁰⁸. Permitir a negociação dessas garantias no controle concentrado equivale a remover a barreira que protege os vulneráveis, reinserindo-os na arena política onde a assimetria de poder é a regra.

Além disso, não se pode confundir a homologação de um acordo com a verdadeira paz social. Na teoria de Ferrajoli, a paz não precede o direito, ela é uma construção que depende diretamente da vigência das garantias jurídicas. O autor sustenta haver uma “correlação biunívoca” entre a estabilidade da paz e a efetividade do garantismo: em sociedades complexas, a violência diminui na exata medida em que se fortalecem as garantias dos direitos fundamentais. Tais direitos, que abrangem desde a proteção da integridade física contra a “lei do mais forte” até a segurança dos mínimos vitais proporcionada pelos direitos sociais, formam a base do contrato social. Por essa razão, Ferrajoli adverte que a violação de tais garantias rompe o pacto de convivência de forma tão profunda que legitima uma reação

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 106-107.

mais extremada, de modo que a lesão a direitos vitais justifica "não o dissenso, mas a revolta" e o próprio exercício do direito de resistência.³⁰⁹

Nesse contexto, tentar obter a paz mediante a conciliação em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo no caso de direitos indisponíveis, é uma contradição em termos. Ao flexibilizar a aplicação dessas normas para "fechar um acordo", o Tribunal fragiliza justamente os alicerces (os direitos vitais) que impedem o retorno à violência e ao arbítrio. Não se constrói a paz renunciando às garantias que a sustentam.

Por fim, são pertinentes os ensinamentos de Ferrajoli a respeito da implicação dos direitos fundamentais para a democracia. Segundo ele,

as constituições são, por assim dizer, contratos sociais em forma escrita, sendo eles mais necessários e preciosos quanto mais profundas, heterogêneas e conflituosas forem as diferenças pessoais e as subjetividades políticas, que são chamados para tutelas através da garantia dos direitos de liberdade, e quanto mais claras e intoleráveis forem as desigualdades materiais que têm a tarefa de remover ou reduzir, por meio da garantia dos direitos sociais.³¹⁰

Assim, ao se contrapor à visão de Carl Schmitt, que entendia a constituição como uma representação orgânica de uma suposta vontade popular unitária, Ferrajoli defende que a constituição não serve para espelhar uma identidade coletiva homogênea, mas sim para garantir a convivência pacífica entre sujeitos e interesses intrinsecamente diferentes. A função da constituição é, portanto, de assegurar os direitos de cada indivíduo, blindando-os inclusive contra a vontade eventual das majorias. É nessa tensão entre a vontade majoritária e a garantia de direitos que se edifica o paradigma da "democracia constitucional". Ferrajoli explica que esse modelo se baseia na coexistência de duas dimensões: a formal, que rege a "esfera do decidível" (confiada à representação política e ao mercado), e a substancial, que delimita a "esfera do indecidível". Esta última é composta tanto pelo "indecidível que" (direitos de liberdade que impõem proibições ao Estado) quanto pelo "indecidível que não" (direitos sociais que impõem obrigações de prestação).

Em se tratando da "esfera do indecidível" resta evidente que não se está a afirmar que os Poderes não possam endereçá-los. Ao revés, devem, até porque os direitos fundamentais impõem que o Poder Público tente, buscando equilibrar as diferenças e incertezas estruturais

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 108.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição; n. 11). Dir.: José Luis Bolzan de Moraes, p. 111.

das sociedades contemporâneas, concretizá-los ao máximo. Eis aí um problema da conciliação: o objetivo principal não é exatamente maximizar a eficácia e concretude dos direitos em questão - embora possa acontecer - é, na verdade, buscar acomodar interesses para que se tenha, por fim, uma solução, cujos parâmetros de qualidade ainda permanecem obscuros. Há de se refletir: todo acordo é necessariamente bom?

Essa distorção é particularmente grave quando envolve grupos vulneráveis, cuja proteção justifica a própria existência da jurisdição constitucional. O caso do marco temporal é ilustrativo. Como demonstrado na Seção II, direitos originários foram elevados ao *status* de direito fundamental e inseridos na Constituição justamente porque o Constituinte reconheceu que a existência desses povos corria risco real diante da vontade da maioria circunstancial e da força econômica de setores antagônicos. Em um conflito, gerado por uma norma cuja tramitação legislativa não só foi açodada, como também não buscou endereçar os problemas apontados no julgamento do Tema 1031 (ver Seção III.1), marcado por interesses virtualmente opostos, função do Supremo Tribunal Federal não é atuar como mediador de interesses em conflito, mas sim exercer com vigor sua posição contramajoritária. Conforme alerta Ferrajoli, os direitos fundamentais atuam como a "lei do mais fraco", protegendo as minorias contra a onipotência das maiorias políticas e econômicas. Submeter a demarcação de terras a uma mesa de negociação, antes de balizar critérios constitucionais mínimos, equivale a ignorar a assimetria de armas entre as partes e renunciar à tutela de bens jurídicos que foram constitucionalizados precisamente para não estarem à disposição do jogo político ou das conveniências de mercado.

Obviamente, tal crítica não conduz - e nem poderia - a noção de que os direitos de minorias sociais são absolutos, tampouco que não é salutar o incentivo ao diálogo. Contudo, ao propor a conciliação antes de estabelecer as balizas constitucionais, o Tribunal perde a oportunidade histórica de delimitar os contornos jurídicos da controvérsia, submetendo a matéria a uma composição de interesses que ignora os limites aos limites dos direitos fundamentais. A dogmática constitucional, conforme aponta Sarlet, exige que qualquer restrição a direitos fundamentais observe a garantia do seu núcleo essencial, entendido como parte conteúdo que sem o qual o direito fundamental esvazia sua mínima eficácia e deixa de ser reconhecível como tal.³¹¹ No caso da Lei 14.701/2023, restava evidente que seu conteúdo

³¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 421-423.

afrontava essa essência intangível dos direitos indígenas. Seria, portanto, razoável e salutar que o Tribunal se debruçasse novamente sobre a matéria para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos, exercendo o controle material para impedir que a restrição tornasse o direito tutelado "sem significado para a vida social como um todo"³¹², estabelecendo, *a priori*, um grau minimamente possível de conformação.

Noutro giro, a tentativa de compatibilizar o direito à propriedade dos latifundiários exigia uma análise rigorosa sob a ótica da reserva do possível. Sarlet ensina que esse instituto não é um cheque em branco para a inação estatal, mas possui uma dimensão tríplice que abrange a disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica e, crucialmente, a proporcionalidade da prestação exigida³¹³. No contexto das indenizações da terra nua, era necessário que o Tribunal discutisse até que ponto essa exigência era "razoável exigir da sociedade"³¹⁴, utilizando a reserva do possível como parâmetro para delimitar o núcleo do direito dos proprietários. A falta desse balizamento prévio permitiu que a negociação ocorresse no vazio, sem parâmetros sobre o que é faticamente e juridicamente suportável pelo Estado.

Ademais, como qualquer direito, é possível sua limitação, desde que fundamentada e submetida ao crivo do princípio da proporcionalidade. Sarlet destaca que a proporcionalidade atua não apenas como proibição de excesso, mas também como proibição de proteção insuficiente. A falência do dever estatal de proteção ocorre quando o Estado atua de modo insuficiente, ficando aquém dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos.³¹⁵ Ao insistir em uma conciliação sem parâmetros definidos, o Tribunal corre o risco de cancelar uma tutela deficitária tanto para os indígenas quanto para a segurança jurídica da propriedade. Uma avaliação *a priori* da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³¹⁶ teria revelado que tentar conciliar o inconciliável é uma medida inidônea, gerando desperdício de investimento em capital humano, gasto institucional e desgaste público. Com efeito, a

³¹² Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 423.

³¹³ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 284-287.

³¹⁴ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 287.

³¹⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 416.

³¹⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 417.

ausência de parâmetros prévios transformou a mesa de conciliação do marco temporal em um exercício de desgaste, onde os pontos mais controvertidos permaneceram insolúveis após quase um ano. A retirada da APIB da mesa é sintomática de que a falta de definição sobre o qual seria "conteúdo imune à ação do poder público"³¹⁷ inviabilizou o diálogo. Para evitar que as partes se desgastem em disputas estéreis, é fulcral que o Tribunal exerça sua competência de fixar os limites constitucionais antes de abrir espaço para concessões.

Diante da constatação de que a ausência de parâmetros prévios inviabiliza a proteção de grupos vulneráveis, a atuação do Tribunal deve ser reexaminada sob a luz da sua vocação primária. Recusar a posição de mero mediador em conflitos assimétricos não é uma escolha autoritária, mas um imperativo da sua natureza contramajoritária. A questão que se impõe, então, é como conciliar essa defesa intransigente das minorias e das regras do jogo democrático com a necessária abertura para o contraditório social. Cumpre demonstrar que é possível (e necessário) exercer uma jurisdição constitucional dialógica e receptiva aos desacordos morais, sem que isso implique a disponibilidade da própria competência constitucional.

Conforme observam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, embora democracia e jurisdição constitucional não se pressuponham mutuamente, a experiência histórica demonstra que elas tendem a desenvolver conjuntamente, visto que o controle judicial assegura a lisura do processo político e a garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, essa relação carrega o perigo do excesso. O autor argumenta que a dificuldade democrática se instala quando as cortes constitucionais avocam para si a função de foro central para conflitos sociais ou reivindicam a interpretação definitiva da Constituição. Assim, conclui-se que o desafio não é o instrumento do controle judicial, mas a calibração de seu uso frente à vontade popular.³¹⁸

De maneira correlata, Luís Roberto Barroso trata a judicialização como uma realidade fática, impulsionada por múltiplos vetores. Entre eles, destacam-se a crise de representatividade e a estratégia de agentes políticos que, visando preservar sua popularidade, transferem ao Judiciário a resolução de temas polêmicos. A esse cenário somam-se perspectivas teóricas como a de Tom Ginsburg, que concebe as Cortes como um 'seguro

³¹⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 423.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 26.

político' contra incertezas distributivas futuras, e a tese de Ran Hirschl, para quem a expansão judicial atua como instrumento de preservação da hegemonia das elites. Para Barroso, o ativismo, por outro lado, é uma atitude das Cortes, que, não necessariamente, precisa ser politizada, que implica em uma participação mais abrangente e incisiva do Judiciário.³¹⁹ Independente da maneira da atuação, no entanto, a doutrina parece uníssona no sentido de que, diante da complexidade dos problemas, da multiplicidade de interpretações razoáveis e da vagueza de normas constitucionais, o juiz, ao interpretar e aplicar a lei, está participando do seu processo de criação.³²⁰

À vista disso, a dificuldade é equacionar algumas nuances e críticas que emergem dessa expansão. Tem-se um dilema: de um lado, é função de uma Suprema Corte guardar a Constituição de ameaças antidemocráticas; de outro, a interferência excessiva na atuação do parlamento pode inviabilizar o autogoverno popular³²¹, decorre daí o cerne da dificuldade contramajoritária, isto é, que uma Corte, que não foi eleita, possa derrogar os produtos daqueles que foram eleitos pelo jogo democrático. No que concerne às críticas, Barroso sistematiza três objeções principais à ascensão judicial. A primeira, de cunho ideológico, sugere que o Judiciário atuaria como uma força conservadora das elites para frear a democratização e a participação popular. A segunda, focada nas capacidades institucionais, questiona a aptidão técnica dos tribunais para decidir questões complexas e administrar efeitos sistêmicos imprevisíveis, recomendando-se, nestes casos, cautela e deferência. A terceira crítica aponta para o elitismo do acesso à justiça e o risco de politização indevida, que poderia substituir a razão jurídica pelas paixões políticas.³²² Em contrapartida, a própria premissa da dificuldade contramajoritária é objeto de contestação doutrinária. Argumenta-se que, no cenário atual, o Poder Judiciário não estaria atuando necessariamente em descompasso com a vontade popular; ao contrário, diante da crise de representatividade do Legislativo, a Corte frequentemente decide em sintonia com a opinião pública. Ademais, a

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 9, n. 4, 2018, p. 2178-2182.

³²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 9, n. 4, 2018, p. 2184. Ver também: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

³²¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

³²² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 9, n. 4, 2018, p. 2185.

suposta falta de legitimidade democrática teria sido superada pela democratização do processo constitucional, que abriu as portas do Tribunal à participação social. Por fim, tem-se o entendimento de que a democracia substancial não se confunde com a mera ditadura das maiorias, exigindo, acima de tudo, a preservação dos direitos fundamentais.³²³

Diante desse cenário, a doutrina de Sarmiento e Souza Neto advoga por um modelo de jurisdição dialógica, no qual a Constituição é uma construção compartilhada, sem que se atribua a 'última palavra' definitiva a um único ente estatal. Para operacionalizar essa convivência e dosar o nível de intervenção judicial, estabelecem-se balizas para a deferência do STF. Tem-se como os parâmetros que justificam a maior relativização da presunção de constitucionalidade e, portanto, uma atuação mais incisiva do Tribunal: i) legitimidade democrática do ato; ii) proteção das “regras do jogo democrático”; iii) proteção de minorias sociais; iv) relevância material do direito; v) capacidade institucional; e vi) temporalidade da norma.

Sob a perspectiva da legitimidade democrática, tem-se que a deferência do Judiciário é diretamente proporcional à participação democrática da elaboração da norma. Atos normativos forjados em ambientes de alta participação popular, ou que aglutinaram consensos suprapartidários (unindo maioria e minorias), merecem uma presunção de constitucionalidade reforçada, demandando uma postura mais autocontida da Corte Constitucional em comparação a atos administrativos ou decisões tomadas por maiorias precárias. A ideia é que decisões legislativas tomadas à luz da participação popular e apoio de grupos dissidentes entre si carregam uma presunção de acerto (valor epistêmico da democracia) maior.³²⁴

No que diz respeito à proteção das regras do jogo democrático, uma postura mais ativa do Tribunal deve ser manifestada quando a lisura do processo democrático está ameaçada. O Judiciário tem o dever de atuar como guardião das regras do jogo político, protegendo-as contra abusos dos grupos que ocupam o poder. Nesse cenário, restrições a direitos fundamentais instrumentais, como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a proteção às minorias parlamentares, demandam um controle rigoroso por parte dos juízes. Tal

³²³ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 9, n. 4, 2018, p. 26.

³²⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 406-407.

intervenção não seria antidemocrática; Ao revés, trata-se de um ativismo necessário para assegurar a própria sobrevivência e o funcionamento do sistema representativo.³²⁵

Há, ainda, um critério qualitativo para atuação mais incisiva do Poder Judiciário, qual seja, a proteção de minorias estigmatizadas. Isso porque o processo político majoritário falha frequentemente em acolher as demandas de grupos estigmatizados. Diante dessa insuficiência do Parlamento, o insulamento dos juízes torna-se uma vantagem, permitindo-lhes proteger direitos que seriam negligenciados na arena eleitoral, lógica que fundamentou, por exemplo, a decisão do STF sobre uniões homoafetivas. Sarmento e Souza Neto defendem, portanto, que a presunção de constitucionalidade das leis deve ser relativizada sempre que estas afetarem negativamente minorias que, independentemente de seu contingente numérico, carecem de força política e social para se defenderem pelas vias ordinárias.³²⁶

Um quarto critério refere-se à relevância material do direito tutelado. Os autores propõem uma distinção na intensidade do controle: quando a norma restringe direitos fundamentais básicos, sejam liberdades existenciais, sejam direitos sociais mínimos, ela deve ser submetida a um escrutínio judicial rigoroso, pois tais direitos atuam como "trunfos" morais contra a vontade majoritária. Por outro lado, advertem que essa proteção reforçada não se estende a interesses puramente patrimoniais ou a privilégios corporativos, mesmo que estes tenham status constitucional. Nesses casos, a deferência ao legislador deve ser maior. A justificativa reside na necessidade de permitir que o poder político implemente medidas redistributivas essenciais para corrigir desigualdades estruturais, o que muitas vezes exige a alteração do *status quo* de direitos patrimoniais adquiridos.³²⁷

Outro critério é a falta de *expertise* técnica como um fator limitador da atuação judicial. O argumento é que magistrados não possuem o conhecimento necessário para revisar decisões em áreas complexas fora do Direito, recomendando-se, portanto, deferência às agências e órgãos técnicos. O autor alinha-se à posição de Gustavo Binimbo ao afirmar que, em campos de alta tecnicidade, a presunção de acerto das decisões tomadas por

³²⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 407.

³²⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 407.

³²⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 408.

administradores experientes é maior, o que exige do Judiciário uma postura de recuo e respeito à competência técnica alheia.³²⁸

Por fim, Sarmiento e Souza Neto destacam o fator temporal como elemento determinante na intensidade do controle. Para o autor, normas anteriores à Constituição de 1988 não gozam da mesma presunção de constitucionalidade daquelas editadas sob a sua vigência. Isso se justifica pelo déficit democrático de períodos autoritários passados e pela premissa de que as decisões de gerações mortas possuem menor peso legitimador sobre os cidadãos atuais. Além disso, há uma impossibilidade lógica: não se pode esperar que o legislador do passado tenha conformado sua vontade a princípios constitucionais que sequer existiam à época.

A sistematização desses parâmetros oferece, portanto, um ponto de partida robusto para o estabelecimento de limites objetivos à possibilidade de autocomposição na jurisdição constitucional. A lógica é de que os mesmos critérios que exigem um controle judicial rigoroso devem funcionar como barreiras à conciliação em sede do controle abstrato de constitucionalidade. Nas hipóteses em que a aplicação desses vetores, como a defesa de minorias ou de pressupostos democráticos, demanda uma atuação incisiva do Judiciário para proteger a integridade da ordem constitucional, a abertura de vias conciliatórias prévias à decisão de mérito revela-se temerária. Nesses cenários de tensão máxima, admitir a transação equivaleria a permitir que a Corte dispusesse de sua competência precípua de guarda da Constituição. Se a análise dos critérios indica uma inconstitucionalidade qualificada pela vulnerabilidade do grupo atingido ou pela relevância material do direito, o dever do Tribunal é exercer o veto contramajoritário, sob pena de transformar direitos fundamentais indisponíveis em moeda de troca política.

Sob essa ótica, a gestão judicial do conflito em torno da tese do marco temporal ilustra, de forma paradigmática, uma matéria que jamais deveria ter sido submetida à lógica conciliatória. A lei em questão, surgida como reação legislativa imediata ao julgamento do Tema 1.031 pelo STF, falha gravemente no teste do "pedigree democrático": sua tramitação foi marcada pelo açodamento, por obstruções regimentais e pela ausência de consensos mínimos, com um déficit de participação popular patente na realização de apenas uma audiência pública (vide Seção III.1). Ademais, a aplicação dos critérios de proteção de

³²⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 408.

minorias e de relevância material tornava imperativa uma postura intransigente da Corte. Tratava-se de norma com impacto negativo direto sobre os povos indígenas, grupo historicamente estigmatizado e sub-representado, e que atingia o direito territorial, que, conforme demonstrado na Seção II, não é apenas patrimonial, mas o pressuposto existencial para o exercício de todas as outras liberdades e da própria mundividência dessas comunidades.

A inadequação da via conciliatória, contudo, não se esgota na crítica à disponibilidade do objeto litigioso. Ela contamina, igualmente, a legitimidade dos sujeitos que dele dispõem. Ao abdicar de sua função contramajoritária para atuar como mediador, o Tribunal não apenas permite que o indecidível seja decidido, mas consente que isso ocorra em um cenário marcado por profundas assimetrias de poder e voz. Surge, assim, o desafio crucial da representação adequada: em mesas de conciliação compostas majoritariamente por atores institucionais e elites políticas, como garantir que a vontade real dos titulares de direitos, frequentemente desprovidos de capital político e econômico, não seja silenciada ou distorcida por interlocutores que, embora formalmente habilitados, desconhecem ou ignoram a realidade e as urgências daqueles que dizem representar

IV.5 DÉFICITS DE REPRESENTATIVIDADE E ASSIMETRIA DE PODER: OS RISCOS DA CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A modernização do processo civil brasileiro, plasmada pelo Código de Processo Civil de 2015, trouxe como espinha dorsal o incentivo às resoluções consensuais. Observou-se que o mero acesso ao sistema judicial não corresponde ao acesso à justiça. No entanto, ao transportar essa lógica conciliatória para a esfera dos conflitos coletivos e do direito público, esbarra-se em barreiras (ou melhor, na ausência delas) normativas. Conforme advertiram Tereza Thibau e Ludmila Reis, em 2016, situação que ainda se mantém, a evolução normativa não evoluiu a contento para endereçar as peculiaridades de um processo coletivo.³²⁹ Nesse sentido, afirma ainda que, apesar dos avanços do paradigma da consensualidade, ainda há conflitos intrinsecamente “não mediáveis”. Estão nessa categoria os questionamentos de ordem constitucional sobre a licitude de condutas, a definição do conteúdo de direitos

³²⁹ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), Fortaleza, v. 14, n. 19, 2016, p. 196.

fundamentais e questões envolvendo valores morais, especialmente quando há uma disparidade de poder de negociação entre as partes que não pode ser "equalizada" pelos meios tradicionais.³³⁰

Em verdade, os obstáculos explicitados nas seções precedentes agravam a complexidade da conciliação em conflitos coletivos. Ainda que tal prática tenha obtido êxito em outros contextos, sua utilização no controle abstrato de constitucionalidade, antes da deliberação da Corte, corre o risco de tornar-se um vetor de aprofundamento dos déficits democráticos sob o manto de uma aparente pacificação social. Para compreender a crítica, é necessário primeiro visitar os fundamentos da justiça conciliativa descritos por Ada Pellegrini Grinover. A autora elenca três pilares: i) a pacificação, buscando evitar o resultado binário de "perde-ganha" ou a sucumbência recíproca típica da sentença; ii) o viés político, fortalecendo a democracia participativa ao permitir que as próprias partes construam a solução; e iii) o aspecto funcional, voltado a desafogar o Judiciário.³³¹

Contudo, a própria autora lança a ressalva que serve de fio condutor para a problematização: os métodos consensuais dependem, para sua validade ética e jurídica, do equilíbrio entre as partes. Grinover assevera que os mediadores/conciliadores enfrentam dificuldades maiores para superar diferenças econômicas, sociais e psicológicas do que os juízes. Sem essa superação, a liberdade e a informação, requisitos do consentimento, tornam-se viciadas.³³² Em seu célebre ensaio *Contra os Acordos*, Owen Fiss tece severas críticas às medidas conciliatórias, apontando que a disparidade de recursos entre as partes gera desequilíbrios insuperáveis na negociação. A vulnerabilidade econômica impõe uma necessidade temporal distinta; grupos mais pobres, premidos pela urgência de uma indenização ou solução imediata, tendem a se contentar com resultados que oferecem menos direitos do que aqueles que obteriam em um julgamento pleno. A essa pressão somam-se as dificuldades de manter o litígio, dados os elevados custos logísticos, financeiros e o desgaste

³³⁰ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), Fortaleza, v. 14, n. 19, 2016, p. 204.

³³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini.; MARCATO, Antônio Carlos; ZUFELATO, Camilo; et al. *O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book, ISBN 978-85-970-0236-2, p. 2.

³³² GRINOVER, Ada Pellegrini.; MARCATO, Antônio Carlos; ZUFELATO, Camilo; et al. *O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book, ISBN 978-85-970-0236-2, p. 4.

psicológico envolvidos na continuidade do processo.³³³ Nesse ponto, a diferença reside no fato de que o processo judicial não deve operar pela lógica do voto ou da força numérica, mas pela autoridade dos princípios. Para minorias historicamente marginalizadas, o recurso ao Judiciário é uma tentativa de escapar do atropelo das maiorias políticas, é inclusive essa a grande conquista da expansão do rol de legitimados do art. 103. Se a Corte responde a esse pedido de socorro impondo uma conciliação baseada em concessões mútuas ou votação em uma assembleia, ela reproduz, dentro do processo, a assimetria de poder que a minoria tentava combater. Isso gera uma dupla vitimização: primeiro pelo processo legislativo excludente e, depois, por um sistema de justiça que se recusa a decidir com base no direito, devolvendo o oprimido à mesa de negociação com seu opressor. Esse é o retrato do caso do marco temporal.

Fiss adverte, ainda, que tal desequilíbrio não afeta apenas a negociação, mas provoca uma distorção do próprio julgamento, uma vez que a qualidade da apresentação das pretensões das partes está diretamente atrelada aos recursos de que dispõem³³⁴ Diante desse cenário, o autor é categórico ao contrastar a natureza do acordo com a da adjudicação judicial:

“Existe uma enorme diferença entre o processo judicial no qual é celebrado um acordo, que é baseado na negociação e aceita as desigualdades de recursos como componentes integrantes e legítimos, e o processo levado a julgamento, o qual reconhecidamente combate essas desigualdades.”³³⁵

Um dos pontos críticos a respeito da negociação no controle abstrato de constitucionalidade é o desafio da representatividade, que se impõe por três razões. Primeira: em muitos casos, sequer é possível antever com precisão o impacto da ação em certos grupos. Segunda: em um processo multipolar, definir quem participa requer critérios bem delineados para não incorrer em restrições que minem a legitimidade democrática, nem em leniência que prejudique a eficiência dos trabalhos. Terceira: o sistema brasileiro carece de critérios claros sobre como definir a representatividade adequada em litígios coletivos. Quanto a isso, Fiss aponta a dificuldade prática de discernir, quando se trata de grupos ou ações coletivas, quem

³³³ FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III, p. 125-126.

³³⁴ FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III, p. 126.

³³⁵ FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III, p. 128.

detém a legitimidade para representar os interesses em jogo e consentir com o acordo. Embora esse dilema de agência também permeie as ações judiciais convencionais, Fiss argumenta que o risco é significativamente menor na adjudicação. Isso ocorre porque, no julgamento, o magistrado não acolhe os argumentos das partes de forma automática ou passiva; ao contrário, as pretensões são submetidas a “procedimentos independentes e critérios de ordem substancial”, de modo que “a autoridade surge do direito” e não apenas da vontade dos litigantes.³³⁶

A situação se agrava em ações que envolvem milhares de pessoas, onde a obtenção de um consentimento verdadeiro e individualizado é virtualmente impossível. Nessas circunstâncias, a homologação do acordo pelo juiz acaba se baseando em uma precária “sentença hipotética”: o magistrado precisa imaginar qual seria o desfecho do caso sem ter passado pelo processo de instrução probatória e contraditório real. O perigo, segundo o autor, é que as partes acabam por convencer o juiz de que o acordo é benéfico, sem que haja o escrutínio necessário dos fatos.³³⁷ A ausência de uma normatividade clara e específica para a aferição da representatividade agrava substancialmente esse cenário de “sentença hipotética”. Sem critérios legais definidos, o sistema brasileiro opera sob uma crítica “ficção da legitimação *ex lege*”, denunciada por Sérgio Cruz Arenhart, onde se presume uma onisciência dos órgãos públicos (como MP e Defensoria) ou associações, tratando direitos transindividuais como se fossem titularidade do ente legitimado. A falta de adequação na representatividade é elemento que deslegitima a extensão dos efeitos àqueles ausentes³³⁸ e, no limite, esvazia a função política e funcional dos acordos.

O direito comparado serve de inspiração para a necessária regulamentação e balizamento da representação em ações multipolares. Conforme explica Arenhart, nas *class actions* do modelo norte-americano incumbe ao juiz, com fundamento na *Rule 23*, certificar se o representante possui interesses típicos dos grupos, se há e quais são os conflitos de interesse internos, a disponibilidade de tempo e, até mesmo, a expertise do advogados que patrocinam

³³⁶ FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III, p. 126-131.

³³⁷ FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III, p. 134-135.

³³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 426-435.

tais ações. O autor também cita o sistema japonês, onde há organizações certificadas pelo governo e Argentina, no qual acontece eleição de representantes pelo grupo, embora critique, e aqui nos alinhamos, a esta última pela possibilidade de virar um concurso de popularidade sem garantir qualidade técnica.³³⁹ Em síntese, o controle de adequação pode ser feito pela via legislativa, a exemplo do requisito temporal da associação na Lei da Ação Civil Pública, ou, ainda, por pronunciamento judicial³⁴⁰, como no emblemático caso da ADPF 709, ocasião que o Plenário do STF, pela primeira vez, reconheceu a legitimidade da APIB para propor ações de controle concentrado, em uma demonstração acertada e necessária de abertura da Corte para coletividades vulneráveis.³⁴¹

Como ponto de partida para uma necessária regulamentação, Edilson Vitorelli propõe o parâmetro do "epicentro da lesão", segundo o qual a rigidez da representação deve ser proporcional à proximidade do dano. Para o autor, grupos situados no núcleo do conflito exigem representantes estritamente vinculados à sua vontade e uma subdivisão rigorosa de classes. Já na periferia da lesão, admite-se maior autonomia do representante e tolerância à conflitualidade interna para não inviabilizar o trâmite processual. Essa modulação técnica é indispensável, pois Vitorelli alerta que o mero ideal de colaboração não sobrevive aos interesses pragmáticos das partes e à necessidade dos magistrados de reduzir seus acervos (*clean the docket*). Portanto, a participação não pode ser um mero convite cerimonial para audiências, devendo atuar como instrumento efetivo de aporte informacional para garantir uma decisão materialmente justa.³⁴²

Um exemplo eloquente da dificuldade em delimitar os afetados e garantir a devida representação no controle concentrado reside na ADI 7433, sob a relatoria do Ministro Cristiano Zanin. No caso, que discutia o edital da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) limitando a participação feminina a um teto de 10%, a solução consensual transformou o que

³³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 439-442.

³⁴⁰ DANTAS, Bruno; SANTANA, Guilherme Mazzarello Nóbrega de. Consensualidade e controle de constitucionalidade: caminhos de efetivação do direito ao acesso à jurisdição constitucional. In: ABBoud, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 340-341.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos. *Jota*, 15 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-juris-dicao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos>

³⁴² VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015, p. 585-588.

era teto em piso: o acordo, firmado entre atores institucionais de cúpula, como a AGU, o Ministério da Segurança Pública, a PGDF, a PMDF e o partido autor (PT), permitiu o prosseguimento do certame, quando já havia saído o resultado preliminar da 1ª fase (prova objetiva), assegurando que o resultado final não fosse inferior a 10% de candidatas mulheres. Embora sob a ótica dos direitos fundamentais o desfecho seja celebrado por prestigiar a igualdade de gênero, a negociação evidencia um claro déficit de representatividade, pois alterou a esfera jurídica de candidatos que, por um contrato que não assinaram, viram suas chances de aprovação impactadas pela fixação do percentual mínimo. A definição do piso, sintomaticamente, sequer constou do julgamento de mérito posterior, que apenas declarou a inconstitucionalidade da lei impugnada com efeitos *ex nunc*.

Essa dinâmica demonstra que, mesmo em acordos vocacionados à ampliação de direitos fundamentais, subsiste o risco de que arranjos macroscópicos desconsiderem as nuances dos interesses individuais de terceiros ausentes, que sofrem os efeitos diretos da repactuação das regras do jogo sem terem tido voz na mesa de negociação. Nesse contexto, é mister transcender a afirmação retórica da legitimidade democrática e avançar para proposições técnicas concretas. Afinal, reconhecer a dificuldade representativa não é “sabotar” a Corte, mas exercer um dever intelectual indispensável ao seu aprimoramento institucional. No mais, a dificuldade representativa abre caminho para uma crítica ainda mais profunda sobre a função latente dos meios autocompositivos. Se, por um lado, a falta de representatividade adequada pode gerar decisões injustas, por outro, a própria estrutura da conciliação pode ser desenhada não para resolver o conflito, mas para silenciá-lo.

Laura Nader, em um estudo sobre o tratamento conciliatório de pequenas injustiças nos EUA, especialmente pertinente à seara consumerista, argumentando que tais mecanismos, deliberadamente ou não, atuam para dissuadir os cidadãos e dispersar a pressão por mudanças estruturais. A autora aponta que mesmo órgãos governamentais de defesa, financiados pelo contribuinte, sofrem com a influência de lobbies e com a circulação de funcionários entre as agências e as indústrias reguladas. Interessadas em sua própria sobrevivência, essas agências têm poucos incentivos para resolver conflitos, optando por reduzir as expectativas da comunidade para manter sua legitimidade. Nesse cenário, os intermediários, sejam departamentos internos ou terceiros que oferecem uma falsa aparência de neutralidade, servem primordialmente aos interesses das organizações reclamadas. Eles atuam resolvendo

apenas os casos mais gritantes ou de indivíduos persistentes, utilizando táticas psicológicas e burocráticas para desviar a maioria das queixas. Nader destaca o uso de procedimentos complexos e morosos como barreiras intencionais e descreve a estratégia de "esfriamento de ânimos" (*cooling out*): o consumidor é inicialmente acolhido com simpatia, mas, diante de atrasos sucessivos, sua indignação arrefece até que ele desista, muitas vezes iludido pela sensação de que tomou uma decisão racional.³⁴³

O processo envolve ainda a manipulação das expectativas do reclamante, reformatando a queixa para remover seu teor emocional ou induzindo o indivíduo a acreditar que não há base para o pleito, explorando o estigma cultural de se passar por "reclamão". Além disso, a triagem das reclamações é seletiva e discriminatória, favorecendo perfis específicos (como homens brancos e de classe média) e descartando casos complexos ou sem óbvio amparo legal. A consequência desse tratamento *ad hoc* é a proteção de grupos de interesse e a falha em promover reformas, gerando frustração e apatia social. Isso interrompe o fluxo de informações que poderia corrigir defeitos em produtos e serviços. Para a autora, o acúmulo dessas injustiças resulta em uma "ilegalidade endêmica", sendo fundamental ampliar o papel do direito para enfrentar a exploração cotidiana e agregar as queixas individuais em demandas sistêmicas, visto que os mecanismos atuais falham em coibir a corrupção e a inépcia dos agentes públicos e privados.³⁴⁴

Essa lógica de desequilíbrio e dissuasão, identificada por Nader nas disputas privadas, encontra um paralelo inquietante no direito público naquilo que André Cyrino denomina "consensualidade abusiva".³⁴⁵ O autor alerta que, sob a aparência de uma composição amigável, muitas vezes esconde-se um excesso de autoridade estatal que impõe ao particular obrigações ilegítimas. Embora a consensualidade na Administração Pública possa gerar eficiência, confiança e engajamento, ela corre o risco de se tornar um disfarce para a imposição unilateral quando há assimetria de poder. Nesse cenário, o particular se vê com margem de negociação quase nula e acaba compelido a aceitar acordos com encargos

³⁴³ NADER, Laura. Disputing without the Force of Law. Yale Law Journal, New Haven, v. 88, n. 5, 1979, p. 1008-1013.

³⁴⁴ NADER, Laura. Disputing without the Force of Law. Yale Law Journal, New Haven, v. 88, n. 5, 1979, p. 1014-1019.

³⁴⁵ CYRINO, André.; SALATHÉ, Felipe. A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024, p. 645.

excessivos por temor das prerrogativas sancionatórias do Estado.³⁴⁶

A dinâmica descrita por Cyrino revela que a "escolha" pelo acordo é frequentemente viciada pela ameaça da continuidade de um processo sancionador hostil. O administrador pode manipular o procedimento, somando infrações, dificultando a defesa ou ameaçando com sanções máximas, para forçar a adesão, uma tática que remete ao conceito de "ameaças regulatórias" de Tim Wu.³⁴⁷ Além disso, a postura contraditória do Poder Público gera insegurança jurídica, criando um incentivo perverso: o particular aceita termos desfavoráveis apenas para evitar riscos maiores, o que esvazia a voluntariedade genuína exigida pelo art. 26 da LINDB. Para mitigar esses riscos, Cyrino sugere um aprimoramento normativo que limite a discricionariedade e estabeleça regras claras de transparência.³⁴⁸

Complementando essa visão crítica, Campanharo adverte que a busca pela eficiência e a aplicação da lógica consequencialista (art. 20 da LINDB) não podem transformar a discricionariedade em um "Cavalo de Troia", permitindo que interesses egoístas ou desvios sejam legitimados sob o pretexto de maximização do bem-estar.³⁴⁹ O autor defende a necessidade de um sistema multiportas verdadeiramente democrático, e não um mecanismo de renúncia forçada de direitos. Retomando as preocupações de Fiss e Arenhart, Campanharo destaca que a "pacificação" via acordo não pode encobrir injustiças nem se basear em uma "representação fictícia", onde os contornos da demanda são definidos pelos representantes à revelia dos representados, sob pena de o Estado renunciar indevidamente à satisfação do interesse público.³⁵⁰

A retirada da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) da mesa de conciliação sobre o Marco Temporal no STF constitui, novamente, um estudo de caso paradigmático para compreender as limitações e os perigos da autocomposição em sede de

³⁴⁶ CYRINO, André.; SALATHÉ, Felipe. A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024, p. 636-646 .

³⁴⁷ CYRINO, André.; SALATHÉ, Felipe. A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024, p. 648-649.

³⁴⁸ CYRINO, André.; SALATHÉ, Felipe. A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2024, p. 646-651.

³⁴⁹ CAMPANHARO, Jorge. A AUTOCOMPOSIÇÃO E O INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS, DESAFIOS E A TUTELA DA VULNERABILIDADE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. REVISTA JURÍDICA GRALHA AZUL - TJPR, [S. l.], v. 1, n. 31, 2025, p. 44.

³⁵⁰ CAMPANHARO, Jorge. A AUTOCOMPOSIÇÃO E O INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS, DESAFIOS E A TUTELA DA VULNERABILIDADE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. REVISTA JURÍDICA GRALHA AZUL - TJPR, [S. l.], v. 1, n. 31, 2025, 39-45.

controle abstrato de constitucionalidade, materializando empiricamente as críticas teóricas formuladas pela doutrina contemporânea. O episódio ilustra com precisão o conceito de "consensualidade abusiva" descrito por André Cyrino e analisado por Campanharo, uma vez que o ambiente negocial foi marcado por profunda assimetria de poder e pelo que a doutrina identifica como "ameaças regulatórias". Ao relatar, em manifesto, que a continuidade da negociação ocorria sob a sombra de uma eventual aprovação de PEC restritiva de direitos, inclusive com questionamentos judiciais sobre a força parlamentar dos indígenas para impedi-la, fica evidente que a "voluntariedade" do acordo estava viciada. Não se tratava de uma composição livre, mas de uma escolha trágica entre aceitar perdas parciais ou enfrentar a supressão total de direitos via Legislativo, cenário em que o Estado utiliza sua inércia e poder de reforma constitucional como alavancas de coação, desvirtuando a premissa de liberdade que deve reger qualquer autocomposição, conforme alerta o artigo 26 da LINDB.

Além do vício na vontade, a dinâmica processual imposta violou a lógica do "epicentro da lesão" defendida por Edilson Vitorelli. A denúncia da APIB de que a mesa incluía setores alheios ao processo e operava sob a regra da decisão majoritária revela uma diluição da representatividade que ignora a posição dos sujeitos no conflito. Ao submeter os povos indígenas, que ocupam o núcleo absoluto da lesão e sofrem os danos existenciais diretos, a um sistema de voto onde seu peso é equiparado ou suplantado por atores periféricos, o procedimento falhou em garantir a influência qualificada que a doutrina exige para quem está no epicentro. Essa distorção foi agravada pela tentativa de ressuscitar uma "representação fictícia", criticada por Sérgio Arenhart, ao se aventar a possibilidade de a Funai falar pelos indígenas. Tal proposta não apenas remonta ao superado regime de tutela, mas ignora a crítica de Arenhart à "despessoalização" dos direitos coletivos, onde órgãos estatais presumem uma legitimidade *ex lege* para dispor de direitos indisponíveis, substituindo a voz real dos afetados por uma burocracia que historicamente operou contra eles.

Por fim, o relato da APIB desnuda os mecanismos psicológicos e sociais de "esfriamento de ânimos" (*cooling out*) teorizados por Laura Nader. A manutenção da vigência da lei questionada durante as tratativas, somada à imputação de culpa à APIB pela "espiral de conflitos" em caso de retirada, reflete a estratégia de transferir a responsabilidade para a parte vulnerável, reformulando a queixa para deslegitimar o reclamante. A conciliação, nesses termos, deixou de ser um instrumento de pacificação justa para se tornar uma ferramenta de

contenção de danos ao status quo, onde a complexidade procedimental e a demora serviam para desgastar a resistência indígena enquanto a violência persistia nos territórios. A saída da APIB, portanto, não representa mera intransigência, mas uma recusa fundamentada em validar um processo que, sob o manto do diálogo, reproduzia as mesmas estruturas de silenciamento e violência que a jurisdição constitucional deveria combater.

Assim, o déficit de representatividade evidenciado não constitui uma falha isolada, mas o sintoma agudo de um modelo que, ao tentar forçar a composição sobre o inconciliável, arrisca desvirtuar a natureza objetiva do controle abstrato e privatizar a própria Constituição. A análise crítica empreendida até aqui demonstra que a ausência de parâmetros rígidos permite que a força política majoritária capture o processo constitucional, subvertendo a proteção dos direitos fundamentais e transformando a jurisdição em um espaço de barganha assimétrica. Contudo, o objetivo de desnudar essas patologias não é inviabilizar as opções dialógicas, cuja relevância é inegável, necessária e bem-vinda, mas alertar que a atual condução, marcada por um subjetivismo voluntarista e pela individualidade que vem pautando a atuação recente do Supremo, corrói a autoridade da Corte e a própria primazia do Direito.

Urge, portanto, transcender o diagnóstico dos riscos para edificar caminhos propositivos. Como ponto de partida inegociável, impõe-se uma premissa basilar: em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a autocomposição não pode preceder nem substituir o exercício do *judicial review*. É indispensável a existência de uma decisão anterior do Supremo Tribunal Federal que, exercendo sua competência nuclear, declare a (in)constitucionalidade do dispositivo impugnado e estabeleça, com autoridade, os limites e parâmetros da controvérsia. Apenas sob a égide dessa moldura normativa (que define o que é constitucionalmente indisponível) é que se pode admitir a abertura de vias consensuais.

IV.6 PARÂMETROS NORMATIVOS PARA A CONCILIAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO E A RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DO STF

Diante dos problemas estruturais apontados ao longo deste capítulo, desde a natureza objetiva do processo até os riscos à representatividade de minorias, torna-se imperativo propor um modelo que não negue a realidade política da jurisdição constitucional, mas que a ordene sob parâmetros de integridade normativa. A preocupação em uma conciliação em controle abstrato sem parâmetros bem definidos funda-se na possibilidade da política colonizar o direito. É que reconhecer que a produção do direito é ato político e que os próprios magistrados não são capazes de afastar seus interesses, paixões e ideologias não significa defender que a aplicação do direito e da política não podem ser seccionadas.³⁵¹ Um bom exemplo da colonização da política em sede conciliação são as ADIs 7827, 7839 e ADC 96 que tratavam sobre o Decreto Executivo que aumentou a alíquota do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), o qual foi derrubado por um Decreto Legislativo.

Nesse cenário, a conciliação acabou operando como um mero adiamento da decisão. Os próprios atores institucionais preferiram devolver a controvérsia ao Judiciário, à espera de que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse de forma definitiva sobre questões centrais: se o Presidente da República extrapolou os limites do poder regulamentar, se a justificativa fiscal apresentada é compatível com a Constituição e se o Decreto Legislativo respeita os parâmetros constitucionais. A tentativa de acordo, contudo, não trouxe ganhos reais nem de eficiência nem de legitimidade. Ao contrário, apenas retardou o controle de constitucionalidade e expôs o Tribunal à crítica de se esquivar, ainda que momentaneamente, de sua função decisória. Afinal, mais do que ter a prerrogativa de declarar a conformidade ou não de atos normativos com a Constituição, o STF tem o dever constitucional de fazê-lo, sob pena de fragilizar seu papel como instância de estabilização do sistema jurídico.³⁵²

Os métodos conciliatórios e o constitucionalismo dialógico, de modo geral, tendem a engendrar uma aceitação ampla. Afinal, seria difícil encontrar alguém que, de fato, prefira a litigiosidade e o conflito manifesto do que boa conversa conciliativa. Acontece que, como

³⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 185, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534. Disponível em:

³⁵² GODOY, Miguel Gualano de; BRITO, Leonardo Soares. Lições cruzadas: por que o STF erra ao promover conciliações em ações de controle abstrato? *Jota*, 18 jul. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/licoes-cruzadas-por-que-o-stf-erra-ao-promover-conciliacoes-em-acoes-de-controle-abstrato>

alerta Roberta Gargarella, é imperioso que não se incorra na “metáfora do diálogo”, usada para justificar decisões polêmicas que, ao cabo, não são de fato precedidas de uma dinâmica dialógica.³⁵³ Nesse contexto, a teoria dos diálogos institucionais parece oferecer caminhos para uma tomada de decisão mais dialógica e, se contrapondo a uma visão anacrônica dos *check and balances*, o qual previa uma guerra entre os poderes, ter uma relação cooperativa entre os Poderes, sem precisar dispor da sua competência precípua. Assim, para Gargarella, as soluções verdadeiramente dialógicas só podem ser compreendidas à luz de uma concepção deliberativa de democracia, que funciona como ideal regulador para avaliar os arranjos institucionais concretos.

Nessa perspectiva, o diálogo não é um recurso retórico nem um expediente pragmático para reduzir tensões políticas, mas um processo estruturado de tomada de decisão que exige inclusão, igualdade e abertura genuína à discordância. A legitimidade das decisões decorre, portanto, de procedimentos nos quais todos os potencialmente afetados possam participar em condições simétricas, oferecendo razões, formulando críticas e sendo efetivamente ouvidos. A aposta deliberativa repousa na ideia de que decisões construídas a partir de uma discussão ampla tendem a ser mais imparciais, não apenas porque ampliam o repertório informacional disponível, mas porque forçam os decisores a justificar suas posições de modo inteligível e aceitável para terceiros, levando em conta os impactos de suas escolhas sobre outros grupos e interesses.³⁵⁴

Esse modelo implica uma crítica direta à lógica tradicional dos *checks and balances*, concebida historicamente como um mecanismo de contenção mútua e de administração do conflito entre poderes. Para Gargarella, ao invés de organizar institucionalmente uma “guerra social controlada”, um constitucionalismo dialógico deve ordenar as instituições em função de fins deliberativos, isto é, criar incentivos e canais que facilitem o diálogo prolongado entre iguais. Daí decorre a tensão estrutural desse modelo tanto com formas clássicas de controle de constitucionalidade centradas na “última palavra” judicial³⁵⁵, exercida por um Poder com

³⁵³ GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43. ISBN 978-85-450-0196-6.

³⁵⁴ GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43-44. ISBN 978-85-450-0196-6.

³⁵⁵ Para aprofundar mais sobre o tema, vide: GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

credenciais democráticas mais frágeis, quanto com arranjos hiperpresidencialistas ou legislativos pouco permeáveis à sociedade. Em todos esses casos, o que se perde não é apenas participação formal, mas a própria racionalidade deliberativa da decisão. O alerta de Roberto Gargarella, portanto, reforça que falar em diálogo institucional exige mais do que cooperação aparente entre Poderes: requer uma reorganização profunda das práticas decisórias, sob pena de o “diálogo” converter-se em mera metáfora legitimadora de decisões já tomadas.³⁵⁶

A guerra controlada entre os poderes então transmuta-se, em uma democracia deliberativa, no diálogo institucional. A guerra controlada entre os poderes então transmuta-se, em uma democracia deliberativa, no diálogo institucional. Nessa chave, a prática dos diálogos institucionais evidencia, em primeiro lugar, que nenhuma decisão estatal, ainda que proferida por um dos Poderes em posição de destaque, ostenta um caráter plenamente definitivo, pois permanece aberta à contestação e à revisão em outros espaços públicos de deliberação. A autoridade decisória passa a ser distribuída de forma dinâmica, o que significa reconhecer que diferentes instituições podem reavaliar, responder ou reformular decisões anteriores, sem que isso implique instabilidade, mas antes um reforço da legitimidade democrática. Em segundo lugar, essa abordagem parte do reconhecimento de que cada arena institucional possui capacidades próprias, que tanto podem potencializar quanto limitar sua aptidão para decidir determinados casos. Justamente por isso, torna-se necessária a existência de canais permanentes de diálogo, já que uma instituição pode se encontrar, em dado contexto, em posição mais vantajosa do que outra para lidar com a complexidade normativa, técnica ou social do problema em exame.³⁵⁷

Nesse sentido, quando a Corte identifica que o Legislativo dispõe de melhores condições institucionais para enfrentar a controvérsia, pode optar por abrir espaço para uma resposta democrática por meio da lei, sem que isso represente abdicação de seu papel constitucional. Trata-se de uma deferência qualificada e provisória, na qual o Judiciário preserva sua função fiscalizatória, mas reconhece que outros Poderes podem, em um primeiro momento, apresentar soluções mais adequadas para sanar a violação constitucional. Caso essa oportunidade não seja efetivamente aproveitada, a jurisdição constitucional retoma sua

³⁵⁶ GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43-44. ISBN 978-85-450-0196-6.

³⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 189, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

centralidade, declarando a inconstitucionalidade da norma e afastando-a do ordenamento jurídico. O diálogo, portanto, não elimina o controle, mas o reorganiza em etapas, distribuindo responsabilidades de forma cooperativa.³⁵⁸

Nesse diapasão, a “fusão dialógica” da teoria de diálogos institucionais de Christine Bateup parece ser a mais adequada e completa. Ao propor essa formulação, Bateup busca sintetizar os aportes mais consistentes das teorias do “equilíbrio” e da “associação”, superando as limitações de cada uma quando consideradas isoladamente. As teorias do equilíbrio partem do reconhecimento de que o Judiciário ocupa, de fato, uma posição institucional privilegiada no constitucionalismo contemporâneo, mas rejeitam que essa centralidade se traduza em supremacia decisória. Seu papel, nessa leitura, consiste sobretudo em estimular debates constitucionais amplos e públicos, capazes de envolver a sociedade e os demais Poderes na construção de um entendimento mais equilibrado acerca do significado constitucional em disputa, sem eclipsar a função legislativa. Já as teorias da associação deslocam o foco da hierarquia institucional para a pluralidade de contribuições possíveis no diálogo constitucional. Parte-se da premissa de que os diferentes ramos do governo e mesmo atores externos às instituições estatais dispõem de competências, experiências e sensibilidades distintas, todas potencialmente relevantes para a interpretação constitucional. Nesse modelo, não se atribui primazia ao Judiciário, mas se reconhece a legitimidade compartilhada de juízes, legisladores, Executivo e sociedade civil no processo deliberativo, concebido como um espaço de aprendizado recíproco entre perspectivas institucionais diversas³⁵⁹

A fusão dialógica proposta por Bateup pretende justamente articular essas duas intuições, oferecendo uma resposta mais robusta ao problema da legitimidade democrática e uma compreensão mais abrangente do diálogo constitucional, tanto em seus aspectos sociais quanto institucionais.³⁶⁰ Como observa Miguel Godoy, a fusão dialógica proposta por Bateup constitui a teoria mais adequada dos diálogos institucionais por duas razões centrais: (i) valoriza as contribuições de todos os Poderes sem estabelecer um ator privilegiado, o que a

³⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 189, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

³⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 198, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

³⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 199, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

torna teoricamente mais consistente; e (ii) exige previsão normativa e arranjos institucionais concretos, conferindo-lhe maior plausibilidade prática. Nessa linha, a teoria dos diálogos evidencia a ausência de fundamento para a primazia judicial e explicita os limites democráticos da ideia de “última palavra”, apontando alternativas institucionais mais compatíveis com o pluralismo constitucional. Além disso, demonstra ser possível conciliar a provisoriedade das decisões judiciais com a continuidade da política democrática, ao reinscrever a jurisdição constitucional em uma dinâmica aberta de deliberação e aprendizado institucional.³⁶¹

Com relação ao lugar ocupado por juízes e cortes nesse modelo, a exigência central é a de uma transformação na forma como exercem sua autoridade. Para que os mecanismos de abertura democrática tenham densidade real, a escuta judicial não pode partir de uma posição hierárquica rígida, fundada na ideia de primazia interpretativa. Se essa assimetria não for superada, os espaços de participação tendem a operar apenas como um ritual discursivo, incapaz de influenciar substancialmente o conteúdo das decisões. A especificidade da contribuição judicial ao diálogo democrático reside menos na imposição de respostas definitivas e mais na função institucional de acolher demandas que não encontram ressonância nos circuitos ordinários da deliberação majoritária. Ao se deparar com reivindicações oriundas de grupos sistematicamente preteridos pelo processo político, cabe às cortes transformar essas queixas em argumentos juridicamente articulados, capazes de reintroduzir tais perspectivas no espaço público de decisão. Nesse movimento, o Judiciário não corrige a democracia a partir de fora, mas atua internamente para qualificar seus déficits, evitando que determinadas experiências sociais permaneçam invisíveis ou silenciadas. Ao favorecer a circulação de pontos de vista negligenciados e ao fomentar um intercâmbio argumentativo em condições mais simétricas, a jurisdição constitucional pode funcionar como um instrumento de proteção das minorias, frequentemente afetadas por práticas decisórias que, embora formalmente democráticas, produzem exclusão e vulnerabilidade.³⁶²

À vista disso, defende-se aqui que os diálogos institucionais, os métodos conciliatórios e o controle abstrato de constitucionalidade são plenamente compatíveis, desde que respeitados algumas premissas básicas. No intuito de preservar a higidez da Constituição, a

³⁶¹ GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 162-164.

³⁶² GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170-171.

competência institucional do STF e os direitos fundamentais, a análise da validade normativa deve preceder, de forma lógica e institucionalmente necessária, qualquer discussão sobre eficácia, implementação ou acomodação de interesses. Como sustentam Godoy e Acunha, a conciliação não pode operar como substitutivo da decisão constitucional, sob pena de inverter a racionalidade do controle concentrado e relativizar o próprio conteúdo da Constituição. A definição do que é constitucionalmente válido ou inválido constitui dever indeclinável do Supremo Tribunal Federal, enquanto a discussão sobre efeitos, transição e implementação pode, em determinados contextos, admitir soluções dialogadas, desde que submetidas a parâmetros previamente fixados pela Corte.³⁶³ Essa distinção entre validade e eficácia é central para compreender por que a conciliação, quando instaurada antes do julgamento de mérito, tende a produzir tutela deficiente e insegurança jurídica, especialmente em matérias que envolvem direitos fundamentais de minorias.

Em outras palavras, à semelhança de processos estruturais, a decisão anterior da Corte vale-se da técnica dos *open remedies* ou “tutela aberta”, na qual constata-se a violação de direito, ou seja, impõe-se certos limites ao que poderia ser objeto de conciliação, de modo a facultar o restante aos métodos autocompositivos.³⁶⁴ Ainda sob uma perspectiva do processo estrutural - até porque, além de recente, a conciliação em jurisdição constitucional parece ser inédita no mundo³⁶⁵ -, a teoria do *destabilization rights*, proposta por Charles F. Sabel e William H. Simon, segundo a qual a decisão prévia, que afirma a violação constitucional, não encerra o processo decisório, mas inaugura uma dinâmica institucional orientada à melhoria. Nessa perspectiva, a função central da decisão judicial inicial consiste em deslegitimar o status quo, indicando publicamente que a forma atual de funcionamento da instituição é incompatível com padrões mínimos juridicamente exigíveis e, por isso, não pode persistir. A partir dessa constatação, o papel do juiz não é escolher discricionariamente entre múltiplas

³⁶³ GODOY, Miguel Gualano de; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. STF e conciliação: é possível haver acordos concretos no controle abstrato? Jota, 10 set. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-conciliacao-e-possivel-haver-acordos-concretos-no-controle-abstrato>

³⁶⁴ DANTAS, Bruno; SANTANA, Guilherme Mazzarello Nóbrega de. Consensualidade e controle de constitucionalidade: caminhos de efetivação do direito ao acesso à jurisdição constitucional. In: ABBoud, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 345.

³⁶⁵ GODOY, Miguel Gualano de; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. STF e conciliação: é possível haver acordos concretos no controle abstrato? Jota, 10 set. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-conciliacao-e-possivel-haver-acordos-concretos-no-controle-abstrato>

soluções possíveis, mas impor o único remédio compatível com essa fase do processo: a desestabilização institucional, que força a instituição a se reorganizar em um procedimento no qual deverá responder a atores e interesses anteriormente excluídos.³⁶⁶

Esse tipo de intervenção é aplicável quando se verificam dois elementos cumulativos: o descumprimento de padrões mínimos de desempenho e a existência de bloqueio político que impede a correção do problema pelos mecanismos democráticos ordinários. O primeiro elemento é aferido a partir de parâmetros setoriais objetivos, frequentemente reconhecidos por especialistas, práticas profissionais consolidadas ou normas técnicas amplamente aceitas, o que aproxima essa etapa da lógica tradicional da responsabilidade civil. Já o segundo elemento é característico do direito público e se manifesta em contextos nos quais maiorias insensíveis, dinâmicas de ação coletiva assimétricas ou dilemas de coordenação mantêm instituições presas a equilíbrios de baixo desempenho, mesmo quando melhorias generalizadas seriam possíveis. Reconhecida a responsabilidade, desencadeia-se um processo de negociação supervisionada e deliberação contínua, no qual a definição dos remédios passa a ser construída com a participação de múltiplos stakeholders, inclusive atores externos que detenham interesses relevantes para o sucesso da reforma. As soluções produzidas assumem a forma de regras provisórias e revisáveis (*rolling rules*), concebidas desde o início como incompletas e abertas à reavaliação periódica à luz de dados transparentes sobre sua implementação.³⁶⁷

Para os autores, há seis tipos de efeitos desestabilizadores decorrentes da decisão judicial exarada na *liability phase* que engendram mudanças no planos cognitivo, político, institucional e social, permitindo que a decisão judicial inicial reorganize a deliberação democrática sem substituir a política, mas reabrindo-a em bases mais inclusivas, transparentes e responsivas. O primeiro é o efeito do véu (*veil effect*), pelo qual a incerteza gerada pela superação do *status quo* dificulta a atuação puramente estratégica das partes. Como nenhum dos envolvidos consegue prever com precisão sua posição futura no novo arranjo institucional, reduz-se a capacidade de entrincheirar interesses egoísticos e de bloquear reformas por cálculo antecipado de ganhos e perdas. O segundo é o efeito do *status quo*, que rompe a presunção cognitiva e normativa em favor das práticas vigentes. A declaração

³⁶⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1056, fev. 2004. DOI: 10.2307/4093364.

³⁶⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1062-1070, fev. 2004. DOI: 10.2307/4093364.

judicial de responsabilidade estigmatiza o arranjo existente, enfraquece heurísticas de aversão à perda e dissolve a percepção de que posições institucionais consolidadas correspondem a direitos adquiridos, ampliando a abertura à consideração de alternativas. O terceiro é o efeito da deliberação, pelo qual a deslegitimação do estado atual das coisas força os participantes a justificar suas posições com base em razões públicas, e não mais na inércia institucional. A necessidade de argumentar e responder a críticas racionais tende a reformular a compreensão que os próprios atores têm de seus interesses e possibilidades de ação, revelando soluções antes não percebidas.³⁶⁸

O quarto é o efeito da publicidade, decorrente da visibilidade pública da decisão de responsabilidade. O aumento do escrutínio social intensifica pressões difusas por comportamento institucional responsável, podendo tanto constranger práticas defensivas quanto mobilizar apoio político e social para reformas estruturais, sobretudo quando articulado com exigências de justificação pública. O quinto conjunto corresponde aos efeitos dos *stakeholders*, que se desdobra em três dimensões: (a) o reequilíbrio de poder entre autores e réus, com o fortalecimento institucional e simbólico das reivindicações reconhecidas judicialmente; (b) a reconfiguração interna das instituições demandadas, ao desestabilizar acomodações prévias entre grupos e incentivar coalizões favoráveis à mudança; e (c) o surgimento ou empoderamento de novos interessados, que passam a perceber riscos ou oportunidades e ingressam no processo deliberativo. Por fim, o sexto é o efeito teia (*web effect*), que descreve a capacidade da decisão judicial de irradiar impactos para além da instituição diretamente envolvida, alcançando práticas correlatas e outras arenas decisórias. Esse efeito permite enfrentar problemas policêntricos por meio de intervenções parciais e sequenciais, em que cada rodada de reforma produz informação suficiente para orientar ajustes posteriores, transformando a complexidade institucional em recurso para o aprendizado incremental.³⁶⁹

Transpondo a lógica dos destabilization rights para um modelo autocompositivo no âmbito das ações objetivas de constitucionalidade, sustenta-se que a conciliação somente pode ser legitimamente instaurada após uma decisão judicial prévia, correspondente à liability

³⁶⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1074-1076, fev. 2004. DOI: 10.2307/4093364

³⁶⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1077-1080, fev. 2004. DOI: 10.2307/4093364

phase da Corte, a qual deve observar, de forma cumulativa, os seguintes parâmetros, a serem construídos normativamente:

i) Em primeiro lugar, é indispensável a decisão de mérito sobre a norma impugnada. O Plenário do Supremo Tribunal Federal deve, inicialmente, deliberar e se pronunciar de modo definitivo acerca da (in)constitucionalidade dos dispositivos questionados, funcionando essa etapa como um filtro lógico e institucional inafastável. Somente após a definição do estatuto constitucional da norma é que se poderá cogitar qualquer forma de autocomposição.

ii) Em seguida, os dispositivos declarados constitucionais devem ser submetidos a um segundo filtro, de natureza material e temática. Devem ser excluídas da conciliação, desde logo, as normas cujo efeito implique a restrição ou a diminuição de direitos fundamentais de minorias ou de grupos estruturalmente vulneráveis, como trabalhadores, quando inseridos em relações hierarquizadas, bem como aquelas que incidam sobre minorias historicamente estigmatizadas. De igual modo, devem ser afastados os dispositivos que versem sobre as regras do jogo democrático, por afetarem diretamente as condições de legitimidade do próprio processo deliberativo. Essa análise deve ser realizada de maneira minuciosa, dispositivo por dispositivo, vedadas exclusões genéricas ou globais.

iii) Superadas essas etapas, e sendo cabível a autocomposição, a decisão judicial que autoriza a conciliação deve fixar metas mínimas, objetivas e verificáveis, afastando formulações vagas ou indeterminadas, como meros apelos ao “aprimoramento legislativo”. A partir da *ratio decidendi* firmada no julgamento de mérito, cumpre ao Tribunal delimitar com precisão o espaço legítimo de negociação, definindo como os efeitos da decisão serão compatibilizados e implementados. A título exemplificativo, declarada a inconstitucionalidade do marco temporal, poderia ter estabelecido prioridade para terras indígenas em estágio avançado de demarcação, remetendo à conciliação apenas a definição de prazos, valores indenizatórios e compromissos de implementação no âmbito das leis orçamentárias.

iv) A definição dos participantes da mesa de conciliação deve observar a lógica da teoria do epicentro, conforme desenvolvida na Seção IV.5. Os sujeitos mais intensamente afetados pela decisão constitucional devem deter representação proporcionalmente mais robusta e qualificada. Nesse sentido, impõe-se ao Tribunal o dever de estabelecer critérios

objetivos e aferíveis de representatividade, capazes de avaliar a legitimidade e a capacidade institucional dos atores envolvidos. Para racionalizar recursos e assegurar consistência procedimental, o STF poderia manter um banco de dados de organizações previamente habilitadas, sujeito a revisões periódicas. Ademais, é imprescindível identificar e convocar também os potenciais afetados indiretos da decisão, ainda que situados em posições periféricas, garantindo-lhes a possibilidade de participação no processo conciliatório.

v) Por fim, a decisão homologatória do acordo deve igualmente ser proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Nessa etapa, a Corte deverá examinar, à luz da decisão originária que fixou metas e parâmetros, tanto a legalidade quanto a constitucionalidade da solução pactuada. Embora a conciliação incida apenas sobre dispositivos previamente validados, cumpre verificar eventual inconstitucionalidade por arrastamento decorrente do conteúdo do acordo, em sua vinculação com a norma originalmente impugnada. A decisão homologatória deve, ainda, registrar de forma expressa os avanços, limites e dificuldades da experiência conciliatória, de modo a produzir um autêntico “registro de aprendizagem constitucional”, nos termos expostos na Seção IV.3. Homologado, o acordo deverá ser publicado com a íntegra de suas cláusulas, prazos e obrigações, admitindo-se tanto a adesão posterior de interessados quanto o pedido de anulação, mediante comprovação de descumprimento ou de efeitos negativos indesejados. O acordo homologado produzirá efeitos *erga omnes*.

Longe de subverter a lógica de eficiência associada aos métodos autocompositivos, a observância desses requisitos tende, ao contrário, a potencializar a efetividade das conciliações, reduzindo a probabilidade de novas rodadas de judicialização. Ao estabelecer parâmetros claros e previamente definidos, o Tribunal reforça a legitimidade institucional de sua atuação, o que contribui para que os participantes percebam a conciliação como um espaço decisório sério e confiável, aumentando, assim, a disposição para a negociação em bases cooperativas. Além disso, a exigência de decisão colegiada e de ampla publicidade confere aos acordos um continuum institucional, mesmo quando adotadas técnicas consensuais, assegurando coerência, previsibilidade e controle público do processo decisório. Esse encadeamento institucional não apenas qualifica o diálogo, como também funciona como mecanismo preventivo de novas contestações judiciais. Sobretudo, ao estruturar a conciliação nesses termos, o Tribunal preserva a proteção dos direitos fundamentais e

incorpora uma lógica genuína de diálogos institucionais sem abdicar de suas competências e deveres constitucionais, evitando que a abertura ao consenso se converta em renúncia à autoridade constitucional que lhe é própria.

Com efeito, a exigência de uma decisão prévia clara e estruturante projeta-se para a atuação do Supremo Tribunal Federal como um todo. A decisão constitucional, especialmente em matérias sensíveis e estruturais, não pode se reduzir a um conglomerado de votos individuais, desprovidos de uma *ratio decidendi* identificável. Para cumprir sua função institucional em um modelo deliberativo, o STF precisa falar como Corte, e não apenas como a soma aritmética de posições pessoais de seus membros. A decisão deve expressar uma posição institucional coerente, capaz de orientar os demais Poderes, os atores sociais e as futuras rodadas deliberativas.³⁷⁰ Nessa linha, uma corte deliberativa reconhece tanto a falibilidade de suas decisões quanto a inevitável continuidade do debate constitucional no espaço público e em casos futuros. Por isso, o acórdão não se esgota na produção de efeitos concretos imediatos: ele deve comunicar, por meio de uma retórica cuidadosamente construída, abertura ao diálogo, autocontenção e disposição para o aprendizado institucional. A escrita da decisão assume, assim, papel central, pois é nela que se manifesta a atitude deliberativa da Corte, evitando tons categóricos ou triunfalistas e reconhecendo a legitimidade das posições derrotadas.³⁷¹

Como bem ilustra Conrado Mendes, o desafio consiste em proferir decisões que não fragmentem a comunidade política entre “iluminados” e “equivocados”, mas que demonstrem respeito especial àqueles cujas convicções profundas são afetadas pelo pronunciamento judicial. A decisão constitucional, nesse sentido, não deve encenar uma disputa interpretativa com vencedores e perdedores definitivos, mas adotar uma linguagem que trate todos os interlocutores como membros de uma mesma comunidade política, destinada a continuar debatendo a controvérsia enquanto o desacordo persistir. Ao fazê-lo, o Tribunal reforça sua autoridade não pela imposição, mas pela capacidade de sustentar um espaço institucional de deliberação contínua.³⁷²

³⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 189, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

³⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 110.

³⁷² MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 110.

Com parâmetros definidos e melhoria deliberativa, os efeitos positivos de uma decisão desestabilizadora tendem a ser significativamente potencializados. A capacidade de desorganizar o *status quo* por meio da definição clara do que é constitucionalmente válido ou inválido, elemento central da desestabilização institucional, só se concretiza quando há uma declaração inequívoca de ilegitimidade das práticas ou normas vigentes. É essa definição prévia que cria o ambiente de incerteza necessário para reduzir a atuação puramente estratégica dos atores, enfraquecendo a ancoragem em interesses egoísticos e ativando, de forma consistente, tanto o efeito do véu quanto o efeito do *status quo*. Sem essa decisão inicial, o simples encaminhamento do conflito à conciliação, desacompanhado de parâmetros normativos claros, pode produzir o efeito inverso ao pretendido. Em especial quando estão em jogo interesses de elites políticas ou econômicas, a ausência de um juízo prévio de constitucionalidade sinaliza que a Corte evita se pronunciar sobre a validade da norma, permitindo que a negociação ocorra como se o ato legislativo fosse plenamente legítimo. Essa assimetria inicial tende a favorecer os atores que se beneficiam do arranjo vigente, comprometendo a neutralidade do processo conciliatório desde o seu ponto de partida.

Ao contrário, quando o Tribunal estabelece limites normativos claros e estrutura o procedimento segundo uma lógica dialógica bem definida, cria-se um ambiente institucional mais propício à deliberação genuína. Os participantes passam a negociar a partir de um referencial comum (a decisão judicial prévia) o que favorece a disposição para expor razões, reconhecer constrangimentos recíprocos e considerar a relevância dos direitos em disputa. Nesse contexto, os adversários chegam à mesa já cientes, ainda que de forma aproximada, da importância jurídica dos interesses contrapostos, o que potencializa o efeito da deliberação. De igual modo, o efeito da publicidade é intensificado quando a conciliação é precedida por uma decisão de responsabilidade. A clareza quanto ao conteúdo do litígio e quanto aos parâmetros constitucionais aplicáveis submete as partes a maior escrutínio público e institucional, reforçando mecanismos de *accountability* e reduzindo o espaço para acomodações opacas ou oportunistas. Ademais, a fixação de critérios objetivos de representatividade, aliada à ampliação qualificada do rol de participantes e à delimitação precisa do objeto da negociação, contribui para uma recomposição mais equilibrada das forças em jogo, ativando os efeitos dos *stakeholders*.

Por fim, a decisão judicial prévia também fortalece o efeito teia, na medida em que

irradia a *ratio decidendi* para além do caso concreto, conferindo ao Tribunal uma posição institucional substantiva sobre o tema, e não meramente homologatória. Essa irradiação orienta práticas futuras, informa outros processos decisórios e possibilita intervenções sucessivas e coordenadas, compatíveis com a complexidade dos conflitos estruturais. Desse modo, a conciliação deixa de ser um espaço de neutralização do controle constitucional e passa a operar como extensão qualificada da decisão jurisdicional, em um arranjo coerente com a lógica dos diálogos institucionais e da desestabilização democrática.

O estabelecimento de critérios objetivos e colegiados para a conciliação deve ser compreendido como resposta institucional à ampliação das competências do STF e às tensões daí decorrentes. Trata-se de uma estratégia de autocontenção não apenas desejável, mas imperiosa em um contexto de crescente polarização política, ataques institucionais e questionamentos doutrinários sobre a legitimidade do Tribunal.³⁷³ Ao disciplinar normativamente o uso da conciliação, o STF não abdica de suas competências constitucionais, mas as exerce de modo mais transparente, previsível e controlável, convertendo autoridade jurídica em legitimidade sociológica. Em verdade, os requisitos propostos para a atuação conciliatória em sede de controle abstrato não visam restringir a capacidade decisória do Supremo, mas requalificá-la institucionalmente. Ao falar de forma colegiada, estabelecer parâmetros normativos claros e delimitar com precisão os espaços legítimos de negociação, o Tribunal cria condições para se afastar do centro do “furacão” político no qual se viu envolvido, preservando sua função contramajoritária e reforçando, simultaneamente, sua autoridade e legitimidade em um ambiente democrático tensionado.

Sob a ótica da teoria da autoridade, tais medidas são especialmente relevantes. Como diagnosticam Glezer e Vilhena, além das críticas do segmento autoritário da sociedade brasileira, que viu no STF - e aqui vale a exaltação de sua atuação - uma barreira para os empreendimentos antidemocráticos, o STF passa por uma crise institucional. As críticas ao STF acompanham a expansão de suas competências desde a promulgação da Constituição, expansão esta que não foi acompanhada, na mesma medida, pelo desenvolvimento de critérios normativos claros e mecanismos de autocontenção institucional. Longe de se alinhar às críticas autoritárias, é preciso refletir sobre as falhas institucionais que o STF operou. A

³⁷³ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 264-265, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

própria Corte contribuiu para a crise de legitimidade ao falhar em conter comportamentos estratégicos individualizados e ao não consolidar doutrinas eficazes de autocontenção, o que ampliou percepções de excessos institucionais e inconsistência decisória.³⁷⁴

A análise desse cenário exige uma distinção conceitual rigorosa entre autoridade e legitimidade. Glezer e Vilhena adotam, como pressuposto teórico, a concepção de autoridade formulada por Joseph Raz. Segundo Raz, é possível distinguir três situações básicas: (i) a autoridade legítima, que está justificada em exercer coerção; (ii) o exercício de força bruta, sem qualquer pretensão de legitimidade; e (iii) a autoridade de facto, que exerce coerção sem preencher plenamente os requisitos normativos da legitimidade, mas que é tratada como se fosse legítima, ao menos por parcela relevante da sociedade ou dos agentes institucionais. Enquanto autoridades legítimas oferecem razões efetivas para a obediência, autoridades *de facto* operam sob uma aparência de legitimidade, alegando possuir o direito de comandar, ainda que tal alegação não seja plenamente justificada. No caso das instituições políticas, e especialmente das Cortes Constitucionais, a autoridade de facto depende crucialmente de uma percepção social relevante de legitimidade, a qual sustenta expectativas de cooperação voluntária. A erosão dessa percepção, intensificada por discursos públicos e institucionais de deslegitimação, compromete as próprias condições de possibilidade da autoridade, ainda que subsista validade jurídica formal. Por isso, a análise da autoridade judicial não pode prescindir da dimensão sociológica da legitimidade.³⁷⁵

Para lidar com a polissemia do conceito de legitimidade, os autores recorrem à tipologia proposta por Richard Fallon, que distingue entre legitimidade jurídica, legitimidade moral e legitimidade sociológica. A legitimidade jurídica refere-se ao respeito aos limites procedimentais e argumentativos que estruturam a atuação do tribunal; a legitimidade moral diz respeito à fundamentação das decisões em valores que justifiquem a intervenção judicial; e a legitimidade sociológica concerne à percepção social acerca da confiabilidade do Tribunal e à disposição dos destinatários de obedecer suas decisões. Embora as duas primeiras dimensões sejam normativamente essenciais, a legitimidade sociológica desempenha papel decisivo na eficácia prática das decisões judiciais. Nesse sentido, é possível que o STF

³⁷⁴ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 249-253, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

³⁷⁵ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 259-262, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

detenha autoridade juridicamente legítima e, ainda assim, enfrente riscos concretos de desobediência. O inverso também é verdadeiro: o Tribunal pode manter níveis elevados de legitimidade sociológica mesmo com déficits normativos. Em tal hipótese, opera-se apenas com autoridade de facto, situação altamente vulnerável em contextos de contestação política sistemática, nos quais a percepção de ilegitimidade pode rapidamente corroer a força vinculante das decisões judiciais.³⁷⁶

Esse risco é agravado pelos diferentes níveis de crítica dirigidos ao Supremo. Glezer e Vilhena identificam críticas de natureza teórica ao caráter contramajoritário das cortes, críticas institucionais voltadas ao aperfeiçoamento de seus processos decisórios e críticas conjunturais ao mérito de decisões específicas. O cenário se torna especialmente desafiador quando o Tribunal responde a essas críticas reforçando exclusivamente seus instrumentos de coerção. A utilização de medidas heterodoxas ou de legitimidade questionável, sem respaldo de uma percepção social positiva, tende a acelerar a erosão da autoridade de facto do STF, aproximando-o da figura de um poder que impõe decisões pela força, e não pela legitimidade reconhecida.³⁷⁷

É nesse contexto que se insere a necessidade de decisões prévias, colegiadas e institucionalmente coesas, bem como de regulamentação normativa dos métodos autocompositivos. A ampliação das competências do STF, sem critérios normativos claros, intensifica a percepção de arbitrariedade e alimenta a narrativa de que o Tribunal atua como um “terceiro turno” da política, especialmente quando recorre à conciliação em sede de controle abstrato sem definição prévia da validade constitucional da norma, como evidenciado no caso do marco temporal. Nesses contextos, a conciliação, longe de descomprimir tensões institucionais, pode reforçar a crítica de usurpação da agenda política e comprometer a legitimidade sociológica do Tribunal.

Em conclusão, a experiência recente sugere que a abertura do controle abstrato à autocomposição só se torna compatível com a integridade do constitucionalismo quando se transforma em continuação qualificada, e não em substituição, da decisão constitucional. A conciliação sem critérios tende a reforçar justamente os fatores que alimentam a crise de

³⁷⁶ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 261-263, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

³⁷⁷ GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 251-252; -264, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

autoridade do Tribunal: a percepção de arbitrariedade, o personalismo decisório e a oscilação entre retração e hipertrofia coercitiva. Ao revés, a institucionalização de um modelo que exija decisão prévia de mérito, colegialidade, publicidade, definição objetiva de metas, delimitação material do objeto e critérios aferíveis de representatividade opera como um mecanismo de autocontenção e de racionalização do próprio exercício das competências ampliadas do STF, mitigando os riscos do “terceiro turno” político e recolocando a Corte no seu papel de estabilização do sistema jurídico. Assim, mais do que um aprimoramento procedimental, a adoção desses parâmetros revela-se uma estratégia institucional decisiva para reduzir a exposição do Tribunal ao conflito político desordenado, assegurar a proteção de minorias e converter o exercício de poder, inevitavelmente contestado, em autoridade legitimamente reconhecida.

V. CONCLUSÕES

O presente trabalho dedicou-se a perscrutar os limites jurídico-constitucionais da autocomposição no controle abstrato de constitucionalidade, elegendo como paradigma empírico o conflito em torno do marco temporal indígena (Lei nº 14.701/2023) e a inédita comissão instaurada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 87 e da ADI nº 7.582. A investigação partiu da premissa de que a importação de racionalidades negociais para a jurisdição constitucional, embora frequentemente justificada sob a retórica do pragmatismo e da pacificação social, gera tensões estruturais inconciliáveis com a natureza objetiva do processo, a indisponibilidade dos direitos fundamentais e o dever indeclinável de guarda da Constituição.

A análise do caso evidenciou que a tentativa de conciliar conflitos sobre a validade de normas antes do exercício do judicial review desloca o eixo decisório da Corte para uma arena de barganha política, desvirtuando a função contramajoritária do Tribunal, sobretudo quando em jogo direitos de minorias historicamente estigmatizadas. O estudo de caso do marco temporal demonstrou que essa inversão procedimental não apenas exacerba assimetrias de poder, mas também resulta em riscos de tutela deficiente e na erosão da autoridade institucional do STF. Diante desse diagnóstico, conclui-se que a legitimidade da consensualidade no controle concentrado depende de sua reconfiguração dogmática: ela não deve substituir a decisão constitucional, mas sucedê-la, operando sob balizas normativas estritas.

Para sistematizar as contribuições finais deste estudo, apresentam-se os seguintes eixos explicativo-conclusivos:

1. A teoria do indigenato, entendida como o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas às suas terras, constitui um produto jurídico consolidado no ordenamento brasileiro desde o período imperial, não obstante o fato de que, no plano da prática estatal, a política indigenista tenha sido historicamente marcada pela persistência de lógicas expropriatórias, frequentemente operacionalizadas por meio de instrumentos administrativos, legislativos e judiciais que esvaziaram, de forma sistemática, a eficácia concreta desse reconhecimento normativo.
2. O art. 231 da Constituição de 1988 configura uma conquista coletiva do Movimento Indígena Brasileiro, resultante de intensa mobilização política e participação direta no

processo constituinte, cuja elaboração antecedeu e independeu da controvérsia posterior acerca da consolidação dogmática da teoria do indigenato. Nesse sentido, para o constituinte de 1987/1988, os conceitos de ocupação imemorial e de ocupação tradicional não se confundem nem se sobrepõem, sendo este último adotado de forma deliberada para afastar critérios temporalistas restritivos e assegurar a proteção constitucional dos direitos originários indígenas em consonância com o pluralismo cultural consagrado pela Constituição.

3. O caso Raposa Serra do Sol representou um ponto de inflexão regressivo na política indigenista sob a égide da Constituição de 1988, ao introduzir condicionantes interpretativas que tensionaram o reconhecimento pleno dos direitos territoriais indígenas. Passada mais de uma década, essas condicionantes passaram a ser indevidamente instrumentalizadas como fundamento jurídico para empreendimentos de mitigação e restrição dos direitos territoriais indígenas, convertendo uma decisão originalmente situada em um contexto específico em parâmetro generalizante de contenção de direitos fundamentais.
4. A tramitação legislativa da Lei nº 14.701/2023 revelou um déficit democrático relevante, na medida em que foi conduzida com reduzida participação popular e insuficiente abertura deliberativa, especialmente em relação aos povos indígenas diretamente afetados pela norma. Ademais, o processo legislativo apresentou vícios de racionalidade legislativa, à luz dos critérios propostos por Manuel Atienza, notadamente no que se refere à racionalidade comunicativa e à racionalidade material, uma vez que os argumentos mobilizados no debate parlamentar mostraram-se predominantemente estratégicos, reativos e pouco comprometidos com a justificação pública adequada da medida, fragilizando a legitimidade democrática da lei produzida.
5. A importação acrítica de categorias do processo civil para a jurisdição constitucional fomenta a consolidação de uma "Constituição Negocial", na qual a lógica privatista de transação e eficiência suplanta a normatividade dos direitos fundamentais. Ao adotar uma racionalidade neoliberal que converte o conflito político em problema de gestão, o Supremo Tribunal Federal arrisca desidratar a força da Constituição, transformando garantias indisponíveis em ativos negociáveis e substituindo a necessária tensão

democrática por consensos artificiais de governança que neutralizam o dissenso legítimo.

6. Há uma diferença ontológica intransponível entre os processos de índole subjetiva, vocacionados à resolução de conflitos de interesses, e o controle abstrato de constitucionalidade, cujo objeto exclusivo é a defesa da higidez da ordem normativa objetiva. A aplicação de métodos autocompositivos a este último subverte sua função precípua, uma vez que a validade das normas constitucionais e a integridade do sistema jurídico não são bens passíveis de disposição ou modulação por vontade das partes, sob pena de converter a supremacia da Constituição em variável dependente de arranjos pragmáticos circunstanciais.
7. Por uma aplicação análoga, o acordo que precede a decisão sobre constitucionalidade, sobretudo se homologado monocraticamente, viola a Súmula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição. Conforme a jurisprudência da própria Corte, o esvaziamento da eficácia normativa de um diploma legal equivale a uma declaração material de inconstitucionalidade. Portanto, permitir que transações substituam o comando legislativo sem a observância do quórum de maioria absoluta converte a jurisdição constitucional em um expediente informal de revogação normativa.
8. A tentativa de conciliar apenas a "eficácia" da norma, sem uma decisão prévia sobre sua constitucionalidade, incorre em contradição lógica. A eficácia não é um atributo autônomo, mas a projeção da validade da norma. Logo, se a lei é presumidamente válida, sua aplicação é cogente e não passível de disposição. Ao transacionar sobre a eficácia a conciliação acaba, inevitavelmente, redefinindo o próprio conteúdo do direito. Nesse processo, o Tribunal e as partes não estão apenas gerindo consequências fáticas, mas reescrevendo a definição do que é o direito (o *ser* da norma), transformando a semântica jurídica e o alcance de garantias fundamentais em objeto de barganha, algo incompatível com a natureza objetiva da jurisdição constitucional.
9. Os direitos fundamentais não se confundem com direitos patrimoniais ou contratuais; eles constituem a "lei do mais fraco", erigida universalmente para blindar a dignidade humana contra a "lei do mais forte" (seja ela a força física, o poder econômico ou a vontade política majoritária). Essa natureza indisponível forma a "esfera do indecível", como leciona Luigi Ferrajoli, que substancializa a democracia para além

do mero rito eleitoral, transformando a Constituição em um pacto de convivência para uma sociedade heterogênea, e não em um espelho de consensos majoritários. A conciliação em sede de controle abstrato subverte essa lógica ontológica: ao submeter garantias inalienáveis (como o território indígena) à transação pragmática, o Tribunal retira esses direitos da esfera do indecível e os devolve à arena de barganha política.

10. A calibragem da intensidade da atuação do Supremo Tribunal Federal impõe um dever de escrutínio rigoroso sempre que a legislação impugnada restringir direitos de minorias estigmatizadas ou apresentar déficit de legitimidade deliberativa. No caso da Lei nº 14.701/2023, aprovada sem a devida participação social e com impacto existencial sobre os povos originários, a função da Corte não é a de mediadora, mas a de exercer sua competência contramajoritária para blindar a "lei do mais fraco" contra a vontade hegemônica. Ao optar pela via conciliatória em vez da invalidação da norma, o Tribunal desvirtua seu dever constitucional.
11. A transposição da lógica conciliatória do processo civil para litígios coletivos de direito público esbarra na falácia da paridade de armas. Conforme alertam Owen Fiss e Ada Pellegrini Grinover, a conciliação pressupõe um equilíbrio de poder inexistente em conflitos que envolvem minorias vulneráveis e o Estado ou grandes grupos econômicos. Nesse cenário, mecanismos como o "esfriamento de ânimos" (*cooling out*), descrito por Laura Nader, instrumentalizam a burocracia e a morosidade para dissipar a reivindicação por direitos, convertendo a jurisdição em uma ferramenta de contenção social. Ademais, a ausência de critérios rigorosos de representatividade fomenta uma legitimação fictícia.
12. O caso da retirada da APIB da mesa de conciliação do Marco Temporal exemplifica o fenômeno da "consensualidade abusiva", no qual o Estado utiliza suas prerrogativas e a inércia decisória como alavancas de coação, viciando a voluntariedade do acordo. A negociação, ocorrendo sob a ameaça de retrocessos legislativos e sem a definição prévia do direito, impôs aos indígenas uma escolha trágica entre a perda parcial ou total de garantias constitucionais.
13. A teoria dos diálogos institucionais, lida sob a ótica da "fusão dialógica" de Christine Bateup e das críticas de Roberto Gargarella, propõe a superação do modelo bélico de *checks and balances* por uma dinâmica de cooperação deliberativa, na qual a

autoridade decisória é distribuída e revisável, afastando o dogma da "última palavra" judicial. Nesse arranjo, o Supremo Tribunal Federal não perde sua relevância, mas requalifica sua atuação: sua função específica não é impor soluções tecnocráticas, mas atuar como corretor de déficits democráticos, inserindo no debate público as vozes e demandas de grupos sistematicamente silenciados pelos canais majoritários. Assim, o diálogo institucional autêntico não é uma metáfora retórica para legitimar decisões pré-fabricadas, mas um imperativo de legitimidade que exige a inclusão simétrica dos afetados e a construção compartilhada de soluções, operando em "parceria" com os demais Poderes sem abdicar da proteção de minorias.

14. Fundamentado na lógica dos *destabilization rights*, o modelo proposto estabelece como premissa basilar que a autocomposição no controle abstrato não pode substituir a jurisdição, mas deve operar como uma fase de execução dialogada necessariamente subsequente à declaração de inconstitucionalidade. Para conferir legitimidade e integridade normativa a esse processo, impõe-se a observância cumulativa de cinco requisitos: i) precedência decisória: Exigência de julgamento prévio de mérito pelo Plenário, definindo a violação constitucional para romper a inércia do status quo; ii) filtro material: Exclusão terminante de direitos de minorias estigmatizadas e regras do jogo democrático do objeto de negociação; iii) balizamento objetivo: Fixação judicial de metas claras e limites para a transação, impedindo cheques em branco; iv) representatividade qualificada: Adoção da teoria do "epicentro da lesão" para garantir que os afetados diretos tenham peso decisório superior aos atores institucionais periféricos; e v) controle colegiado: homologação final pelo Plenário, assegurando a compatibilidade do acordo com a *ratio decidendi* original
15. A superação da crise de autoridade do Supremo Tribunal Federal exige a transição de um modelo decisório marcado pelo voluntarismo individual para uma atuação institucional pautada pela autocontenção e pela colegialidade. A adoção de critérios objetivos para a conciliação e a exigência de homologação pelo Plenário mitigam a percepção de arbitrariedade, conferindo previsibilidade e coerência sistêmica à jurisdição constitucional. Ao atuar de forma coesa e transparente, o Tribunal fortalece sua legitimidade sociológica, assegurando que suas decisões sejam obedecidas não

pelo temor da força, mas pelo reconhecimento social de sua integridade normativa e de seu papel como instância estabilizadora, e não geradora, de conflitos.

VI. REFERÊNCIAS

MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

AGÊNCIA BRASIL. Número de envolvidos em conflitos por terra salta para 900 mil em 2024. 23 abr. 2025. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-04/numero-de-envolvidos-em-conflitos-por-terra-salta-para-900-mil-em-2024>

CIDH e ONU DIREITOS HUMANOS condenam a violência contra os povos indígenas no Brasil e instam o Estado a proteger seus direitos territoriais. 17 out. 2024. Disponível em:

<https://brasil.un.org/pt-br/281378-cidh-e-onu-direitos-humanos-condenam-viol%C3%Aancia-contr-os-povos-ind%C3%AAdgenas-no-brasil-e-instam>

CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Apib divulga manifesto do Levante Pela Terra, mobilização que reúne centenas de indígenas em Brasília. 18 jun. 2021.

Disponível em:

<https://cimi.org.br/2021/06/apib-divulga-manifesto-levante-pela-terra-mobilizacao-reune-centenas-indigenas-brasilia/>

CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Lideranças reúnem-se com presidente da Câmara e pedem arquivamento de projetos anti-indígenas. 10 jun. 2021.

Disponível em:

<https://cimi.org.br/2021/06/liderancas-presidente-camara-pedem-arquivamento-projetos-anti-indigenas/>

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Juristas criticam “conciliação” sobre marco temporal das demarcações no STF. 6 set. 2024. Disponível em:

<https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/juristas-criticam-conciliacao-sobre-marco-temporal-das-demarcacoes-no-stf>

POLÍCIA dispersa ato indígena com bombas de gás, e Câmara suspende discussão de demarcação de terras. *Folha de S.Paulo*, 22 jun. 2021. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/policia-dispersa-ato-de-indigenas-com-bombas-de-gas-e-camara-suspende-discussao-de-demarcacao-de-terras.shtml>

REPÓRTER BRASIL. Brasil tem segundo ano mais violento no campo desde 1985, diz CPT. 23 abr. 2025. Disponível em:

<https://reporterbrasil.org.br/2025/04/conflitos-campo-cpt-2024-segundo-ano-mais-violento/>

VÍDEO: policiais e indígenas entram em confronto durante protesto em Brasília; há feridos. *G1*, 22 jun. 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/06/22/video-pm-e-indigenas-entram-em-confronto-durante-protesto-em-brasilia.ghtml>

MANIFESTAÇÃO de índios em frente à Câmara é reprimida com bombas de gás pela polícia. *O Estado de S. Paulo*, 22 jun. 2021. Disponível em:

<https://www.estadao.com.br/politica/manifestacao-de-indios-em-frente-a-camara-e-reprimida-com-bombas-de-gas-pela-policia/?srsltid=AfmBOoqrMsMrtxgOriIpeVURIMKgr0Gmy6gpbBjDxylfmHbE9pdqG-6z>

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). Às vésperas da COP, Povos Indígenas cobram demarcação de terras – 67 só dependem de uma assinatura de Lula. 13 out. 2025. Disponível em:

<https://apiboficial.org/2025/10/13/as-vesperas-da-cop-povos-indigenas-cobram-demarcacao-d-e-terras-67-so-dependem-de-uma-assinatura-de-lula/>

LEIS E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, 23 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Diário da Justiça Eletrônico do CNJ, Brasília, DF, n. 219, p. 2–14, 1º dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno (recurso eletrônico). Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022. ISBN 978-65-990124-7-1. Disponível em: https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTO_RI.pdf

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Resolução da Câmara dos Deputados n. 17, de 1989. Atualizado até a Resolução n. 16, de 2025. Brasília: Câmara dos Deputados, 2025. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/legislacao/regimento_interno.asp

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 490, de 2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 2.903, de 2023. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 19 mar. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Tema 1.031 da Repercussão Geral. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 27 set. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 4 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.433. Relator: Min. Cristiano Zanin. Tribunal Pleno. Julgado em 6 mai. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 2024, 2. jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 87. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 18 dez. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7582. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 18 dez. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 jan. 2026.

ARTIGOS, CAPÍTULOS, LIVROS E PARECERES

ABBOUD. Georges. Acordos no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025

ALVIM. Teresa Arruda. Cabe consensualidade no controle concentrado? In: ABBoud, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 299–329.

ARAÚJO ASPERTI, Maria Cecília de; ROCHA CHIUZULI, Danieli. Supremo conciliador?: análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. REI - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 450–499, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.823.

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. 2018. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade;

Direito Internacional e Integração Econômica; Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 423-449.

BALICO, Vladimir. Vigência, validade e eficácia das normas constitucionais. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 8, 2015.

BALICO, Vladimir. VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.], v. 8, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43–92, 2006.

BENTHAM, Jeremy. The Book of Fallacies: Unfinished Papers. London: John and H. L. Hunt, 1824.

BERNSTEIN, Anya. Judicial accountability. The Georgetown Law Journal, Washington, DC, v. 113, n. 4, 2025.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009). 2010. 464 f., il. Tese (Doutorado em História)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Povos Indígenas (CONJUR-MPI). Parecer n. 00028/2023/CONJUR-MPI/CGU/AGU, de 4 out. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/notas-oficiais/2023/10/parecer-pl-2903-mar-co-temporal.pdf/view>

CAMPANHARO, Jorge. A AUTOCOMPOSIÇÃO E O INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS, DESAFIOS E A TUTELA DA

VULNERABILIDADE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. REVISTA JURÍDICA GRALHA AZUL - TJPR, [S. l.], v. 1, n. 31, 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. O parecer GMF 05/2017 da AGU e a Constituição. Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n. 10, 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. “Marco Temporal” das Terras Indígenas e a discussão de aspectos jurídicos do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho 2023 (Texto para Discussão nº 318).

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o STF e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856 - 1923). In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Índios, direitos originários e territorialidade. Gustavo Kenner Alcântara, Lívia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia (orgs.). Brasília: ANPR, 2018. p. 179.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976. p.1284.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de; FONÇATTI, Gabriel Martins. Conciliação no STF para além da normatividade: entendendo a constituição negocial; mobilizando a constituição radical. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 1–23, 2025. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/88068>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 183–206, 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

CUNHA, Luiz Henrique Matias da. Terras indígenas e o STF: análise de decisões na perspectiva decolonial de Aníbal Quijano (2009-2018). 2019. 110 f. Dissertação (Mestrado

em Direitos Humanos e Cidadania) — Centro de Estudos Avançados e Multidisciplinares, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. E-book (Kindle).

CYRINO, André.; SALATHÉ, Felipe. A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 634–660, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.808.

DANTAS, Bruno; SANTANA, Guilherme Mazzarello Nóbrega de. Consensualidade e controle de constitucionalidade: caminhos de efetivação do direito ao acesso à jurisdição constitucional. In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 332-348.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 960 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. JusPodivm, 12ª edição, 2020.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 1, n. 2, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011 (Coleção Estado e Constituição. BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Dir.). n. 11.).

FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. cap. III.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. ISBN 978-85-450-0196-6.

GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia desafiada. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 248–269, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.833. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/833>

GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. 63 p.

GODOY, Miguel Gualano de; BRITO, Leonardo Soares. Lições cruzadas: por que o STF erra ao promover conciliações em ações de controle abstrato? Jota, 18 jul. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/licoes-cruzadas-por-que-o-stf-erra-ao-promover-conciliacoes-e-m-acoes-de-controle-abstrato>

GODOY, Miguel Gualano de; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. STF e conciliação: é possível haver acordos concretos no controle abstrato? Jota, 10 set. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-conciliacao-e-possivel-haver-acordos-concretos-no-controle-abstrato>

GRINOVER, Ada Pellegrini.; MARCATO, Antônio Carlos; ZUFELATO, Camilo; et al. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book, ISBN 978-85-970-0236-2.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim. Organização de Fany Pantaleoni e Márcio Santilli. Documentos do Instituto Socioambiental, n. 3. São Paulo: Instituto Socioambiental, jun. 1997.

KINZO, Maria D'Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. São Paulo em Perspectiva. São Paulo, v. 15, n. 4, Dec. 2001.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. A influência dos interesses (subjetivos) no controle abstrato de constitucionalidade. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jul./set. 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Constitutional courts and deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner; SANTANA, Carolina Ribeiro. Marco temporal não pacifica sequer a relação do Supremo com o agro. Jota, 08 set. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marco-temporal-nao-pacifica-sequer-a-relacao-do-supremo-com-o-agro>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025. (Série IDP).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (6ª CCR). Nota Técnica n. 1/2020. Brasília, 2020, p. 7. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2020/NotaTcnican1.2020.6CCR.Marcotemporal.pdf>

NADER, Laura. Disputing without the Force of Law. Yale Law Journal, New Haven, v. 88, n. 5, 1979, p. 998-1021.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

NASCIMENTO, Roberta. Modelos de análise da argumentação legislativa e justificação do PL das Fake News. Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação, v. 24, n. 1, jun. 2024.

NAVARRO, Trícia. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do Supremo Tribunal Federal (NUSOL/STF). In: ABOUD, Georges; NAVARRO, Trícia (coord.). Consensualidade no STF. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 53–77.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. Mediações - Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 22, n. 2, 2017.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte no Brasil: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Firenze: Università degli Studi di Firenze, n. 43, p. 420, 2014.

PAIXÃO, Cristiano. Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito, p. 83. In: As Formas do Direito, Ordem Razão e Decisão (Experiências Jurídicas Antes e Depois da Modernidade. Curitiba: Juruá, 2013.

PISARELLO, Gerardo. Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

QUIJANO, A. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. Journal of World-Systems Research, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 342, 2000. DOI: 10.5195/jwsr.2000.228. Disponível em: <https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>.

RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 45, n. 98, 2025.

RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização. São Paulo: Círculo do Livro, [s.d.].

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015–1101, fev. 2004. DOI: 10.2307/4093364.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 375 p.

SARMENTO, Daniel. A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos. Jota, 15 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdicao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos>

SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. Parecer jurídico, 30 jul. 2023.

SARMENTO, Daniel. Terras indígenas, marco temporal e crise climática. O Globo, blog Fumus Boni Iuris, 31 maio 2024. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2024/05/daniel-sarmento-terras-indigenas-marco-temporal-e-crise-climatica.ghml>

SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018.

SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 33, n. 98, 2018.

SOUSA, Pedro; PIZA DUARTE, Evandro. A Teoria dos Poderes Implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, [S. l.], v. 13, n. 25, p. 210–232, 2021. Disponível em:

[https://www.abdconstojs.com.br/index.php?journal=revista&page=article&op=view&path\[\]=322](https://www.abdconstojs.com.br/index.php?journal=revista&page=article&op=view&path[]=322).

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. Meios autocompositivos de resolução de conflitos coletivos: reflexões sobre a adequação da técnica em favor da efetividade. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 195–209, 2016.

VENTURI, Elton. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? Revista de Processo, São Paulo, v. 251, p. 391–426, jan. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito FGV, v. 4, n. 2, 2008.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 710 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. Vol. 284, 2018.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 77, jul./set. 2020.

WALDRON, Jeremy. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (org.). The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Súmula Vinculante n. 10. Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 167-206, maio/jun. 2008.