

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA I**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme; Claudio José Amaral Bahia; Benjamin Xavier de Paula – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-625-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Constituição. 3. Teoria constitucional. XIX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

É com imensa satisfação acadêmica que apresentamos as atas de publicação científica dos trabalhos selecionados e debatidos no âmbito do "GT6 - Constituição, teoria constitucional e democracia I", realizado sob os auspícios do IX Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), ocorrido entre os dias 22 e 26 de junho de 2026.

A coordenação conjunta deste GT esteve a cargo dos professores Dr. Edson Ricardo Saleme, Dr. Claudio José Amaral Bahia e Dr. Benjamin Xavier de Paula. O evento congregou dezenas de pesquisadores e juristas de importantes instituições de ensino e pesquisa jurídica, com diferentes matrizes epistemológicas, cujas produções se debruçam sobre as transformações hermenêuticas, os desafios de legitimidade democrática e as inovações tecnológicas que marcam o constitucionalismo contemporâneo.

No decorrer do evento, o dinamismo interinstitucional evidenciou o vigor da pós-graduação stricto sensu nacional no diagnóstico e na superação de crises estruturais no sistema normativo pátrio.

Abrindo o ciclo de reflexões temáticas, o artigo "Constitucionalismo é preciso, democracia não: a relação constitutiva entre os dois termos", de autoria de Rubens Beçak, Matheus Conde Pires e João Pedro Felipe Godoi, desenvolve uma profunda investigação teórica de viés pós-fundacional e interpretativo acerca da tensão inerente entre a democracia e o constitucionalismo. Ao desnaturalizar a adjetivação contínua da prática democrática no léxico constitucional, os autores descortinam as contradições fundamentais de um povo que se declara soberano, mas que simultaneamente se limita pelas barreiras normativas que ele próprio edifica. O estudo reconstrói historicamente a gênese do Estado Moderno para expor suas contingências e precariedades, de modo a radicalizar o sentido democrático. Conclui-se que a democracia só se viabiliza quando é devidamente delimitada, não por valores morais ou éticos transcendentais, mas sim em razão do constante processo de disputa e conceituação de seus próprios contornos institucionais.

Na sequência, o estudo intitulado "Por uma solução dogmática para a resolução dos litígios territoriais no Brasil", elaborado pelos pesquisadores João Pedro Felipe Godoi e Matheus Conde Pires, lança luz sobre as recorrentes disputas de fronteira entre os entes subnacionais do país, hoje resolvidas predominantemente pela via da judicialização no Supremo Tribunal Federal. Tomando como caso de análise a Ação Cível Originária que envolve os estados do Ceará e do Piauí, a pesquisa propõe uma alternativa dogmática amparada na hermenêutica clássica e na análise rigorosa do texto de 1988. Os autores criticam a excessiva transferência dessas disputas ao Judiciário, demonstrando que tal prática alija a população interessada das decisões locais. Defende-se, como hipótese confirmada, que a realização de plebiscito popular, seguida pela homologação no Congresso Nacional nos termos do artigo 18, § 3º da Carta Magna, constitui a via mais democrática e constitucionalmente compatível para a pacificação de impasses federativos.

O terceiro artigo, sob a rubrica de "O mínimo existencial digital na sociedade tecnológica: a necessidade de garantia da conectividade significativa para a efetivação dos direitos fundamentais", de autoria de Bruno Mello Corrêa de Barros Beuron e Luiza Rosso Mota, discute a transição da internet de mera utilidade para um pressuposto elementar da dignidade humana. Sob uma metodologia dedutiva e um procedimento funcionalista focado na integração social do indivíduo, a investigação avalia de que maneira a exclusão tecnológica aprofunda as históricas desigualdades brasileiras. Através de exame bibliográfico e documental, os pesquisadores defendem o reconhecimento estatal da conectividade significativa como um direito fundamental de caráter prestacional. A pesquisa conclui que o mínimo existencial na modernidade precisa incorporar o acesso qualificado às redes, sob pena de que a vulnerabilidade digital funcione como um obstáculo intransponível ao pleno usufruto de direitos humanos essenciais como a educação, a saúde e o trabalho.

O texto "Novos constitucionalismos da periferia: conceitos, limites e possibilidades e a constituição brasileira de 1988", escrito por André da Silva Silveira, Leandro Ernani Freitag e Luiz Fernando Pereira de Oliveira, propõe um contraste crítico entre o neoconstitucionalismo europeu do pós-guerra e os modelos transformadores surgidos na periferia da América Latina. Valendo-se de uma abordagem interdisciplinar que conecta a constitucionalização simbólica de Marcelo Neves aos diagnósticos de Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda e Darcy Ribeiro, os autores demonstram a potência das propostas andinas decoloniais na superação do patrimonialismo secular e das patologias sociojurídicas brasileiras. Embora reconheçam que a Carta de 1988 consolidou um progresso imenso para a redemocratização nacional, o estudo conclui que ela permanece atada a amarras eurocêntricas e a lógicas de transição, sem atingir a ruptura paradigmática biocêntrica e decolonial oferecida pelo neoconstitucionalismo andino periférico.

Por sua vez, o trabalho "Possível banalização do princípio da dignidade humana frente a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal", desenvolvido por Marcelo Antonio Theodoro e Bruna Ribeiro De Souza Arnaut Amadio, debruça-se sobre a aplicação jurisprudencial de um dos pilares mais invocados do constitucionalismo nacional contemporâneo. Através de métodos dedutivo, histórico e analítico, a pesquisa recupera a evolução histórica da dignidade da pessoa humana e seus núcleos valorativos essenciais para contrastá-los com o ativismo decisorio do Supremo Tribunal Federal. Mediante a análise de julgados e de tratados internacionais, os autores diagnosticam um preocupante fenômeno de banalização doutrinária e argumentativa, que ameaça esvaziar o potencial transformador do conceito. A conclusão aponta para a imperiosa necessidade de se fixar parâmetros teóricos e contornos dogmáticos mínimos para o princípio, protegendo-o de decisões arbitrárias e preservando sua real força normativa no ordenamento pátrio.

A pesquisa "Autonomia federativa e o constitucionalismo subnacional: a manifestação de direitos fundamentais na constituição do estado de Mato Grosso", conduzida por Marcelo Antonio Theodoro e Lucas Souza Senhorini Penachioni, investiga a capacidade inventiva das cartas estaduais frente à centralização do poder na esfera federal brasileira. Utilizando uma abordagem jurídico-dogmática focada no Poder Constituinte Decorrente, os autores analisam a Constituição mato-grossense de 1989 para verificar se ela atua como mera cópia ou se expande autonomamente as garantias jusfundamentais. Os resultados revelam inovações pioneiras da carta local que antecederam a legislação federal em décadas, como a proibição da discriminação por orientação sexual, a proteção de dados pessoais e a tutela de biomas sensíveis. Conclui-se que o constitucionalismo subnacional serve como um valioso laboratório normativo para a federação, demonstrando a importância da autonomia dos estados na consolidação democrática.

O artigo "Entre o voto e a toga: a atuação do judiciário no vácuo da atividade parlamentar", escrito por Maria Luísa Lopes Santos Silva, Geyssa Suellen Brito Pereira e Edson Barbosa de Miranda Netto, lança um olhar analítico sobre o crescente protagonismo da Suprema Corte brasileira e as constantes acusações de ativismo judicial que a cercam. Utilizando o método dedutivo e uma revisão qualitativa da jurisprudência nacional, os autores examinam detidamente a ADO 26, na qual o Supremo equiparou a homofobia e a transfobia ao racismo. A investigação revela que o Legislativo frequentemente abdica de suas competências para se esquivar de custos políticos associados a debates sociais controversos, transferindo ao Judiciário o dever de decidir. Conclui-se que a atuação da Corte, embora interpretada como invasiva, é legítima e necessária para conferir eficácia aos direitos fundamentais diante de omissões deliberadas do Congresso.

O trabalho "O múnus protetivo da jurisdição constitucional e a salvaguarda dos direitos originários: a inadmissibilidade da tese do marco temporal", elaborado por Dayse Sophya Andrade Pestana Maciel, Giovana Araújo Fonseca e Edson Barbosa de Miranda Netto, examina a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na defesa das minorias vulneráveis do Brasil. A pesquisa aborda a polêmica do Marco Temporal, encampada pelo Legislativo para restringir as demarcações territoriais indígenas à data de promulgação da Constituição de 1988, em oposição ao caráter puramente declaratório da posse originária. Sob uma metodologia qualitativa de viés documental e jurisprudencial, as autoras sustentam que a imposição de barreiras cronológicas representa um retrocesso no ordenamento de direitos humanos. Conclui-se que a atuação do STF, por meio do controle de constitucionalidade, é imprescindível para bloquear retrocessos legislativos e assegurar os direitos sagrados e fundamentais das populações tradicionais.

O controle sobre a liberdade pública é objeto de "O controle judicial do discurso no Brasil", no qual Luiz Fernando Pereira de Oliveira e Leandro Ernani Freitag problematizam a ascensão do combate à desinformação e os riscos do retrocesso paternalista na regulação estatal da palavra. Através de um sofisticado diálogo jurisprudencial entre a jurisprudência norte-americana da Primeira Emenda — pautada no livre mercado de ideias — e a postura marcadamente expansiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, os autores questionam os limites da intervenção judicial na esfera pública contemporânea. O artigo alerta para as patologias de uma tutela judicial expansiva, como o enfraquecimento do debate democrático e o "efeito de resfriamento" sobre a liberdade de expressão. Defende-se, ao final, que a atuação do Judiciário sobre o discurso deve ser eminentemente minimalista, procedimental e excepcional, assegurando a autonomia dos indivíduos no cenário político atual.

O artigo "A constituição e cidadania digital: tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio nas redes sociais na Guiné-Bissau", proposto por Iaia Djassi, estuda as fronteiras constitucionais da liberdade de expressão no ambiente virtual guineense sob a égide do artigo 51º daquela constituição. Contextualizado em um cenário de instabilidade política crônica, em que o Facebook tornou-se o principal canal de engajamento da juventude e de fomento ao ativismo cidadão, o trabalho também evidencia os graves impactos da disseminação de ódio e fake news. O autor utiliza marcos regulatórios consagrados no Brasil (Marco Civil da Internet) e na União Europeia para propor soluções adequadas à realidade local. Conclui-se que a liberdade de expressão não pode ser interpretada de forma absoluta na rede, exigindo-se uma ciberregulação contextualizada para preservar a estabilidade institucional e o tecido democrático da Guiné-Bissau.

O artigo "Erosão democrática e avanço do autoritarismo nas democracias contemporâneas", de Antônio Carlos dos Santos, realiza um exame acurado da crise institucional que atinge o cenário político mundial do século XXI por meio de reformas graduais e sistemáticas em sistemas formalmente democráticos. O autor afasta a clássica figura dos golpes de Estado abruptos da Guerra Fria para detalhar como líderes contemporâneos instrumentalizam leis aparentemente perfeitas e redes de desinformação digital para enfraquecer por dentro os controles constitucionais. Utilizando o método dedutivo por meio de uma revisão bibliográfica aprofundada, o estudo demonstra que essa nova face do autoritarismo opera de forma coordenada e dissimulada. A pesquisa conclui pela existência de meios viáveis de resistência cidadã, os quais passam fundamentalmente pelo reforço de campanhas educacionais, pelo revigoramento dos partidos políticos tradicionais e pelo papel proativo dos poderes como guardiães da democracia.

O trabalho intitulado "Extrema direita: EUA e Brasil em perspectiva", elaborado por Solange Montanher Rosolen, desenvolve uma análise teórica e comparativa de cunho comportamental sobre os caminhos da erosão democrática promovida pela extrema-direita nas duas maiores repúblicas presidencialistas do continente americano. A autora utiliza as bases conceituais de Bobbio, Mudde e Levitsky e Ziblatt para investigar por que o ataque ao Capitólio em Washington (2021) e a invasão dos Três Poderes em Brasília (2023) produziram respostas judiciais tão antagônicas. Enquanto a Suprema Corte norte-americana assegurou ampla imunidade penal a Donald Trump em 2024, viabilizando seu retorno eleitoral, o Supremo Tribunal Federal brasileiro puniu exemplarmente os crimes de tentativa de golpe no julgamento de 2025. Conclui-se que diferentes arquiteturas institucionais moldam distintas respostas, evidenciando o papel de responsabilização do sistema de justiça no Brasil.

Fechando a presente obra científica, o artigo "O papel do STF na defesa da democracia: caso Daniel Silveira", produzido por Roberta Arrechea, investiga o impacto do populismo contemporâneo e a instrumentalização das ferramentas digitais como armas de mobilização e ataque sistemático às instituições brasileiras. Com foco metodológico de natureza qualitativa e teórico-analítica, o texto debruça-se sobre a condenação penal do ex-deputado pelo Supremo Tribunal Federal e a concessão da graça presidencial outorgada no período político subsequente. O estudo problematiza de maneira rigorosa a utilização do desvio de poder administrativo para a satisfação de interesses e objetivos contrários ao Estado de Direito. Conclui-se que o Supremo atua como elemento central de contenção de retrocessos institucionais, ressaltando o papel insubstituível da jurisdição constitucional contra o uso indevido de institutos jurídicos para fins antidemocráticos.

Convidamos, portanto, todos os leitores à imersão nestas refinadas análises teóricas e empíricas, que certamente oferecem contribuições inestimáveis à doutrina jusfundamental e ao debate sobre o destino de nossas instituições e soberanias populares no atual cenário da sociedade democrática tecnológica.

Coordenação Científica do GT:

Prof. Dr. Edson Ricardo Saleme (Universidade Católica de Santos - UNISANTOS)

Prof. Dr. Cláudio José Amaral Bahia (Centro Universitário de Bauru - ITE)

Prof. Dr. Benjamin Xavier de Paula (Universidade de Brasília - UnB / Universidade Federal de Uberlândia - UFU)

O MÚNUS PROTETIVO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SALVAGUARDA DOS DIREITOS ORIGINÁRIOS: A INADMISSIBILIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL

THE PROTECTIVE DUTY OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE SAFEGUARDING OF INDIGENOUS RIGHTS: THE INADMISSIBILITY OF THE TEMPORAL FRAMEWORK.

Dayse Sophya Andrade Pestana Maciel ¹

Giovana Araújo Fonseca ²

Edson Barbosa de Miranda Netto ³

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, cabendo à demarcação territorial caráter meramente declaratório. Em sentido contrário, o Poder Legislativo tem encampado a tese do Marco Temporal, condicionando o reconhecimento do direito territorial à efetiva presença indígena em 5 de outubro de 1988, marco cronológico da promulgação da Carta Magna. O presente artigo, nesse sentido, analisa o papel do Supremo Tribunal Federal quanto ao cumprimento de sua função contramajoritária, na proteção da minoria social, frente ao argumento político, utilizando o controle de constitucionalidade como ferramenta protetora dos povos originários. A pesquisa adotou uma abordagem metodológica de natureza qualitativa, através de pesquisas bibliográficas e documentais jurídicas, analisando jurisprudências do órgão máximo do Poder Judiciário. Constatou-se que a adoção do Marco Temporal como resolução das discussões sobre os territórios indígenas representaria o retrocesso normativo do país, tendo a Corte Suprema papel fundamental na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais da minoria social.

Palavras-chave: Território, Povos indígenas, Controle de constitucionalidade, Função contramajoritária, Marco temporal

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil guarantees indigenous peoples original rights to traditionally occupied lands, with territorial demarcation being merely declaratory in nature. However, the Legislative Branch is observed to favor the "Temporal Framework" thesis, which conditions territorial recognition on proof of indigenous occupation on October 5, 1988, the date of the promulgation of the Constitution. This article,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão.

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão.

³ Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Universidade Estadual do Maranhão. Advogado.

in this sense, analyzes the role of the Supreme Federal Court in fulfilling its counter-majoritarian function in protecting social minorities, in the face of political arguments, using judicial review as a tool to protect indigenous peoples. The research adopted a qualitative methodological approach, through bibliographic and legal documentary research, analyzing jurisprudence from the highest court of the Judiciary. It was found that the adoption of the Temporal Framework as a resolution to discussions about indigenous territories would represent a normative regression for the country, with the Supreme Court playing a fundamental role in safeguarding the fundamental rights and guarantees of social minorities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Territory, Indigenous, Judicial review, Counter-majoritarian function, Temporal framework

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende estudar o múnus protetivo da jurisdição constitucional, como atribuição contramajoritária do Poder Judiciário, para a consolidação dos direitos originários. Faz-se uma recapitulação do legado histórico-cultural dos povos indígenas, alicerçado pela busca de permanência ancestral e identidade territorial, voltadas à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas e à constante luta contra as tentativas de vulneração jurídico-normativas dos preceitos protetores. Diante desse panorama, o estudo debruça-se sobre as tensões em torno da tese do “Marco Temporal” e os esforços para a sua constitucionalização.

Justifica-se a relevância jurídica desta produção pela indispensabilidade de compreender a atuação do STF enquanto guardião último do pacto democrático inaugurado em 1988, através da promulgação da Constituição Federal, especialmente diante das tensões institucionais contemporâneas. Sob essa ótica, o exame desvela como o controle de constitucionalidade opera não apenas como amparo normativo, mas como autêntico vetor da salvaguarda social, impedindo que majorias eventuais esvaziem a eficácia de direitos fundamentais e originários de grupos historicamente vulnerabilizados – em especial, os povos nativos.

Investigar esse cenário, portanto, faz-se fulcral para a compreensão dos limites do princípio majoritário face à intangibilidade dos direitos territoriais, que constituem pressuposto vital para a integridade do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a pergunta que norteia a presente pesquisa é: Em que medida o controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, assegura a proteção da territorialidade indígena — compreendida como dimensão de identidade cultural — diante da tese do “Marco Temporal”?

Para analisar a eficácia do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal na salvaguarda dos direitos territoriais indígenas, compreendendo o território como expressão da identidade cultural e o Poder Judiciário como baluarte na contenção de retrocessos normativos frente ao critério cronológico, este trabalho tem como escopo os seguintes objetivos: a) Analisar a salvaguarda constitucional dos direitos dos povos originários, sob a perspectiva da territorialidade como expressão de uso diferenciado, simbólico e cultural dos espaços ancestrais; b) Investigar o papel da jurisdição constitucional como mecanismo de barreira a retrocessos e de consolidação das prerrogativas territoriais indígenas no ordenamento jurídico brasileiro; c) Demonstrar como a declaração de inconstitucionalidade da tese do Marco Temporal pelo Supremo Tribunal Federal é primordial

para a manutenção da estabilidade jurídica dos processos demarcatórios e a sobrevivência física e cultural dos povos tradicionais.

Para assegurar os objetivos desta pesquisa, optou-se por uma abordagem metodológica de natureza fundamental, com abordagem qualitativa e objetivos descritivo-explicativos. Diante da complexidade do tema – que interliga a ontologia territorial originária, o histórico colonial e a atuação da jurisdição constitucional contemporânea –, adota-se um desenho metodológico interdisciplinar baseado em duas frentes principais: a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental-jurídica, através da confrontação entre o conceito multidimensional de territorialidade indígena e a realidade jurídico-dogmática.

2 A TERRITORIALIZAÇÃO DA IDENTIDADE E O ALICERCE ÉTNICO ORIGINÁRIO

O período colonial foi marcado por intensos processos de exploração, violência e etnocídio contra os povos indígenas, submetidos à imposição dos padrões culturais, sociais e religiosos dos colonizadores europeus. Neste sentido, a desestruturação da organização social dos povos nativos contribuiu para o afastamento compulsório de seu território, o qual representa uma parte de sua existência, elemento fundamental de identidade e pertencimento coletivo. A desvinculação territorial, que perdura na hodiernidade, ensejou a luta pela reocupação das terras – reconstrução étnica –, como representado por Daniel Munduruku, líder indígena:

Quando os povos indígenas lutam pela demarcação do seu território, na verdade eles estão lutando pelo direito de existir, não de sobreviver. Porque para sobreviver basta um pedacinho de terra. O indígena vê a terra como um conjunto. O que seria para as pessoas ter muita terra, é dar sentido para o estar no mundo. Terra para a gente é parte da gente. O indígena olha para a terra não como um objeto a ser negociado, mas algo que faz parte de si. Faz parte da sua própria existência (Munduruku, 2018).

Ex vi do exposto, a fala do ativista evidencia a lógica patrimonialista inerente ao eurocentrismo político-territorial, na qual o europeu enxergava a terra como propriedade a ser negociada, comprada, trocada e destruída. Observa-se tal lógica em toda a gênese socio-histórica brasileira, iniciando com o Tratado de Tordesilhas pela disputa entre a Espanha e Portugal, em que visava fins econômicos, dispostos a explorarem a “descoberta” do Novo Mundo, nas Américas. E, diante deste propósito, invadiram territórios já tradicionalmente ocupados por povos originários, estabelecendo estratégias para aproximação

e ocupação, identificadas como “violências à flor da pele”, àquelas cujo colonizador identifica o “inimigo” e despeja seu ódio para concretização de seus interesses (Fanon, 1968, p. 54).

Nesse contexto, a formação territorial brasileira decorrente da colonização construiu-se pela abordagem sociedade-espço (Moraes, 2001, p. 105), em decorrência das necessidades econômicas, sociais e políticas da metrópole, as quais moldavam a utilização e o significado do espaço. Houve, igualmente, a adoção do termo *terra nullius* (terra de ninguém), que legitimava a ocupação europeia sob o pretexto de que os povos originários não exerciam o domínio pleno ou a exploração produtiva nos moldes da propriedade privada ocidental.

Desse modo, nota-se a influência da herança colonial, quando analisado os ciclos da produção de mercadorias, extração de matéria-prima e uso de mão de obra: da tinta da árvore Pau-Brasil (*ibirapitanga*, no tupi), cana-de-açúcar, o minério de ouro, chegando à contemporaneidade — o agronegócio, que se manifesta como uma reatualização tecnológica e produtiva da lógica do sistema *plantation*. Tais ciclos apenas existiram à base da exploração dos nativos e do tráfico de escravizados, conforme Bosi (1992, p. 19) afirma:

[...] o processo colonizador não se esgota no seu efeito modernizante de eventual propulsor do capitalismo mundial; quando estimulado, aciona ou reinventa regimes arcaicos de trabalho, começando pelo extermínio ou a escravidão dos nativos nas áreas de maior interesse econômico. Quando é aguçado o móvel da exploração a curto prazo, implantam-se nas regiões colonizáveis estilos violentos de interação social. [...] Sem entrar aqui na questão espinhosa dos conceitos qualificadores da economia colonial [...], não se pode negar o caráter constante de coação e dependência estrita a que foram submetidos índios, negros e mestiços nas várias formas produtivas das Américas portuguesa e espanhola.

Na contemporaneidade, o agronegócio é a forma mais recente do sistema capitalista de exploração da agricultura e pecuária voltado ao mercado internacional, necessitando, sucessivamente, de porções extensas de terra para o latifúndio e criação de animais. Estas atividades, embora relevantes para a economia nacional, intensificam conflitos fundiários e ameaçam territórios tradicionalmente ocupados por povos indígenas, comprometendo práticas culturais, vínculos identitários e formas próprias de organização social, frequentemente associados à grilagem e à violência contra essas comunidades.

O dispositivo normativo da Lei nº 6.001/73, o chamado “Estatuto do Índio”, prevê a proteção do grupo social vulnerável, colocando-os na condição de possuidores e no usufruto das terras — estas como bens da União — sendo vedada ao grupo majoritário a execução das atividades econômicas (artigo 18, parágrafo primeiro). Entretanto, na análise fática, o instituto jurídico é insuficiente quanto ao formalizado, falhando na proteção da minoria social.

Aferem-se tais evidências na realidade intrínseca de diversos povos originários constitutivos do tecido social nacional, como os Xavante, que integram o leste matogrossense.

A região Centro-Oeste tem a predominância do bioma do cerrado, sendo o segundo maior do Brasil, caracterizado por espécies arbóreas de médio porte com raízes profundas e uma vasta biodiversidade na fauna. A geógrafa Maria Lucia Cereda Gomide (2008) pontua a prática cultural deste povo nativo, o zomori. Ele representa o conhecimento da savana brasileira, com longas expedições para a caça e a pesca, realizadas pelos jovens, para o amadurecimento da sabedoria cultural, delimitada pela ancestralidade. Entretanto, convém pontuar que tal legado está descontinuado, devido a demarcação territorial limitada, e, para tal prática, é necessária uma grande extensão de terras. O zomori fomenta a conexão do povo originário Xavante ao território, sendo essencial a compreensão da ligação espiritual e física existente, sendo uma extensão étnica.

A resistência indígena, por conseguinte, transcende a mera salvaguarda ambiental para configurar-se como um imperativo ético de sobrevivência coletiva. O usufruto do território atravessa dimensões patrimoniais e habitacionais, alcançando a continuidade cultural e existencial, na preservação de direitos e garantias fundamentais delimitados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse espaço, as comunidades tecem uma simbiose ontológica onde a terra não é apenas recurso a ser apropriado e explorado indevidamente, mas repositório da ancestralidade e da memória viva dos que as precederam, exigindo uma análise que contemple tanto o equilíbrio ecossistêmico quanto a imaterialidade do saber tradicional:

A etnia se cria e se fortalece pela profundidade de sua ancoragem no solo e pelo grau de correspondência mais ou menos elaborada que mantém com um espaço – que ela divide em áreas, originando uma malha – e polariza de acordo com suas próprias finalidades e representações simbólicas (Bonnemaison, 2002, p. 112).

A ancoragem no solo citada por Bonnemaison refere-se a territorialização da identidade, ultrapassando a utilização da terra exclusivamente para fins de subsistência material, mas como alicerce cosmológico e existencial. Dessarte, depreende-se que o território constitui o elemento definidor de sua própria ontologia, que pode ser observado não apenas na valorização de ancestral daqueles que juntam-se a terra, mas, da mesma maneira, a transmissão intergeracional dos saberes culturais adquirida através da permanência local. Logo, a desterritorialização compromete vínculos identitários fundamentais à preservação da existência coletiva, assim como práticas culturais – Zomori, do povo dos Xavante – enfrentam obstáculos para a executoriedade, comprometendo a continuidade histórica e cultural dessas comunidades.

3 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO INDÍGENA E A TUTELA CONSTITUCIONAL

Para além do entendimento atualmente consolidado acerca do arcabouço normativo protetor dos povos originários, prevaleceram, preteritamente, concepções teóricas e dogmáticas que desvirtuaram o conceito de dignidade plena, reverberadas no âmbito social, econômico, jurídico e político de um Brasil hoje materialmente distante, mas historicamente conhecido. A acepção paradigmática dos segmentos indígenas na realidade brasileira, contemporaneamente compreendida pelo viés principiológico de conquistas civilizatórias e constitucionais (Cunha, 2006), outrora concebeu-se como diametralmente tortuosa, vivenciada por meio de fervorosos preconceitos e extensas práticas violentas.

Prefacialmente, como base sistêmica colonial, emergiu na terra a construção de um objeto-conflito, por consubstanciar-se, essencialmente, como um mecanismo de acumulação de capital, através não só do uso, mas da exploração, do acesso e da apropriação dos recursos nela concentrados. Nessa linha de intelecção, o longo aproveitamento dos meios territoriais estimulou a dilaceração física e cultural dos povos originários, instituindo a concentração fundiária nas mãos de uma elite agrária reduzida, que exercia poder e dominação por intermédio da expropriação coletiva nativa (Silva, 2018).

Diante de tal moldura fática, construiu-se na mente popular um alicerce direcionado à marginalização dos segmentos pré-coloniais, implantando, conseqüentemente, a normatização de perspectivas hegemônicas limitadas ao olhar elitizado e estimuladoras de uma circunscrição espacial. Não obstante, com o advento da Lei de Terras de 1850, condicionou-se o acesso ao espaço geofísico exclusivamente por meio da compra, favorecendo classes economicamente dominantes e subalternizando povos originários, sujeitando-os à desagregação e fazendo romper o principal liame basilar para suas produções sociais, econômicas, religiosas e culturais: a terra. Por conseguinte, no decurso do período colonial, vivenciou-se uma severa involução demográfica, impulsionando o desapossamento compulsório de domínios ancestrais.

Em idêntica assimilação, reafirma-se uma visão distorcida das comunidades autóctones sob a égide do Código Civil de 1916, codificando os indivíduos formadores como “menores de idade” e “relativamente incapazes”, reverberando uma tutela estatal assistencialista, alicerçada na premissa de que esses indivíduos seriam desprovidos de autodeterminação. Soma-se a isto que, no decorrer do século XX, repercutiu um paradigma integracionista, no qual o Estado atuava para compelir tais coletividades à assimilação forçada

perante a hegemonia axiológica da nação, objetivando o chamado “progresso” nacional e visando a homogeneidade do povo brasileiro (Gomes, 2012).

Ineditamente, em contrapondo a um prolongado legado histórico segregacionista, a Constituição de 1934 inaugurou o reconhecimento das prerrogativas territoriais, ao positivar o preceito da inalienabilidade das terras ocupadas por comunidades originárias. Referido ideal apresenta um sutil avanço quanto a compreensão da relação terra-indivíduo, mas não marcou o fim do entendimento equivocado, uma vez que, posteriormente, ainda haveria a normatização de preceitos instigadores da inviabilização do pleno exercício das garantias inseparáveis para a plenitude dos segmentos originários, como o Decreto 736, de 6 de abril de 1936.

Neste decreto, os “índios” deveriam ser incorporados à sociedade brasileira, ignorando a clara multiplicidade cultural, ética, política e religiosa intrínseca a tais coletividades. Nessa perspectiva, cria-se a constante necessidade conservadora de subalternação originária a cânones estigmatizantes, fazendo surgir a Fundação Nacional do Índio (Funai), com intuito precípua de operacionalizar a transição do indígena para o status de “brasileiro integrado”, negligenciando o pluralismo étnico em prol de uma homogeneização social. Sob o prisma legislativo, em 1973, promulgou-se o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), normatizando a demarcação de terras e processos de regulamentação fundiária sob um viés assistencialista, conferindo à Funai a competência unilateral para gerir todas as fases demarcatórias, solidificando a Máquina Estatal como gestora absoluta da atribuição territorial desses povos (Brasil, 1973).

Paulatinamente, no evoluir do tempo, surgiram diretrizes regramentais para definição e proteção territorial indígena, contudo, deletariamente ainda intimamente associadas a observação nacionalista de incorporação a homogeneidade, com sentido direcionador de uma formação cultural única, pautada em uma civilização a parte de idiosincrasias inerentes ao modo de vida formador de singularidades. Isto posto, não há incertezas quanto a clara imposição, ao longo da história brasileira, de desígnios excludentes da religiosidade, ancestralidade e culturalidade originária:

As populações originárias nativas foram engolidas (e dizimadas) durante todo o período colonial pela imposição de um novo sistema de vida. A própria construção de uma identidade nacional, de um poder estatal na realidade brasileira, coloca os indígenas numa condição radicalmente periférica, subalterna, para obedecer e se enquadrar efetivamente no sistema de normas que se refere à sua própria vida (Silva, 2018).

No entanto, diante de um viés urgente, observa-se uma forte ebulição dos movimentos sociais na conjuntura nacional, o que possibilitou críticas à postura estatal integracionista. Naquele momento, a questão originária adquiriu a centralidade política outrora ausente, marcando o desenvolver de garantias fundamentais às mudanças nas acepções formais do Estado brasileiro, voltadas para a demarcação das terras indígenas e a definição institucional das formas de proteção, dos limites e do controle dos territórios. Dessa forma, ampliava-se a necessidade de superação da condição tutelar do Estado, redirecionando o ideal indígena para autonomia e responsabilidade legal pela terra. Com a abertura política no país e a força dos movimentos a favor da Constituinte, a questão nativa passou a ganhar espaço e a reverter o quadro de retrocessos legais.

A redemocratização testemunhada pela coletividade nacional trouxe reivindicações e convergências nos diversos âmbitos formadores da dignidade humana e no exercício de direitos. Durante a arquitetura normativa do Estatuto Fundamental, houve a intensificação da participação indígena, fazendo-se evidente a urgência legislativa para proteção à heterogeneidade. Pela primeira vez na história, mesmo após a instauração de distintas Constituições, o relacionamento com os povos pré-coloniais passou a dispor de um amplo conjunto doutrinário e legislativo, do qual magistrados e parlamentares deveriam derivar suas ações (Silva, 2018). Para além da garantia real sobre as terras tradicionalmente ocupadas, a Carta Magna rompeu com o antigo viés assimilacionista, superando a tese da integração compulsória desses indivíduos ao tecido social brasileiro.

A Constituição de 1988 supera a tutela marginalizadora, trazendo a normatização da valorização do pluralismo, na linha do multiculturalismo contemporâneo, reconhecendo a autonomia indígena (Baniwa, 2012). A terra passa a ser vista como elemento intrínseco do viver nativo e como condição fulcral para seu desenvolvimento cultural, como dispõe o art. 231, §1, do referido dispositivo legal. *In verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (Brasil, 1988).

Sob esse prisma, a abertura normativa, possibilitada pela consolidação sistêmica e principiológica da Carta Magna, permitiu a visualização de novos horizontes e o respeito às

diferenças para continuidade humana e social dos povos originários, reconhecendo-os como indivíduos plenamente capazes, fazendo com que, pela primeira vez na história, a diferença cultural não fosse vista como obstáculo a ser superado, mas como realidade inerente ao tecido social moderno e legitimador do ordenamento jurídico imperante.

É incorporada ao Estado, de maneira sistematizada, a função de garantir aos segmentos tradicionais a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos das terras ancestrais nas quais exercem suas manifestações culturais, aquelas indispensáveis para sua reprodução física e religiosa (Brasil, 1988), reverberando costumes e crenças intrínsecas a vivência identitária.

Em virtude da maturação de tais sedimentações, as organizações indígenas estabeleceram relações de cooperação para com os demais segmentos estruturantes do país, como os ministérios da Educação, da Saúde e do Meio Ambiente (Silva, 2018), passando a incorporar requisitos fulcrais para o funcionamento de uma sociedade já permeada por princípios valorativos. Consoante a isso, as diretrizes constitucionais voltadas à proteção das demandas e necessidades dos povos originários corporificam-se como resultados de muita luta, organização das próprias coletividades e articulação com os órgãos que atuam em sua defesa.

A bem dizer, os conflitos territoriais em solo brasileiro perpassam o interesse capitalista agrário pela exploração dos recursos naturais, materializados nas terras indígenas. Observa-se um complexo confronto entre múltiplas formas de acesso coletivo, comunitário e controle democrático frente à reafirmação de formas monopolistas de controle das propriedades de terra no Brasil (Caldart, 2012). Dessa forma, apesar das conquistas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, há ainda um longo caminho a ser trilhado para a devida efetivação das garantias dispostas no ordenamento jurídico vigente.

4 O MÚNUS PROTETIVO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Inobstante o lastro histórico acerca da temática, impende considerar a convergência das balizas teóricas e a sedimentação dogmática que dão arrimo ao sistema democrático como paradigma legítimo de regência do tecido social moderno. Distanciando-se do senso comum teórico e das concepções puramente fenomênicas, a democracia não oferece soluções solitárias para a proteção das decisões e formulações reverberadas perante os indivíduos formadores da coletividade. Apesar de ser concebida conceitualmente como “governo da

maioria”, não é possível afirmar, logicamente, que existe uma só materialização e significação entre “democracia” e “maioria”. Nesse sentido, critérios quantitativos direcionam-se, primordialmente, para o exercício indireto democrático pelos mecanismos eleitorais, não havendo alicerces sólidos para, sozinhos, estruturarem completamente um ordenamento jurídico eficaz e garantidor de vigências fundamentais, haja vista que nem sempre pressupõe a ideia de resguardo equitativo direcionado para toda população de forma justa. Assim, entende-se o ideal democraticamente construído como o conjunto de garantias não apenas majoritárias, mas proporcionais a todo conjunto social.

[...] há que se considerar que o conceito de democracia não se reduz apenas a um mero conceito político, abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais conquistados ao longo da história, ou seja, um meio e um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que, analisados historicamente, verificam-se as conquistas e evolução, tendo o conteúdo enriquecido a cada etapa do evoluir social, mas com a manutenção do princípio básico, de que o poder repousa na vontade do povo (Alves; Oliveira, 2014).

Nesse contexto fático-jurídico, a Constituição Federal assume o papel de anteparo normativo e alicerce imprescindível para o sistema democrático, erigindo salvaguardas que resguardam o núcleo essencial das prerrogativas individuais e coletivas contra ímpetus reformistas de maiorias políticas conjunturais. A Lei Fundamental, ao consubstanciar a expressão do poder constituinte originário, materializa o pacto pelo qual a soberania popular delega e limita o exercício do poder estatal. Resguardar sua estrutura institucional e valorativa revela-se como necessidade fulcral para o equilíbrio social, econômico e político, efetivando pressupostos democráticos para todo corpo social. Para tanto, o princípio da supremacia constitucional põe-se como vetor axiológico do sistema, estabelecendo a Carta Magna como Norma Parâmetro Suprema e fonte primordial da construção infraconstitucional (Campagnoli; Mandalozzo, 2014).

Ao se cristalizar como mandamento central de todo ordenamento jurídico, consubstancia-se como ferramenta consagradora de proteção inexorável a construção de mecanismos que operem para viabilizar e manter o status imanente da Lei Maior como hierarquicamente superior às demais, não havendo abertura para infringências violadoras dos preceitos constitucionais. Desse modo, diante da possibilidade de transgressões normativas, erige-se o Controle de Constitucionalidade como o instrumento precípuo e inafastável para resguardar a higidez do texto constitucional (Dantas, 2001). É o principal recurso de proteção dos direitos individuais frente às decisões dos poderes públicos, mesmo quando estas resultam

direta ou indiretamente da vontade popular, materializando o equilíbrio entre o anelo coletivo e os interesses singulares, considerados como direitos fundamentais.

A operacionalização do sistema verificador normativo de constitucionalidade originou-se no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803, no qual John Marshall consagrou uma das maiores ferramentas protetoras do regramento jurídico, ao institucionalizar o poder-dever do magistrado de declarar inconstitucional todo e qualquer preceito normativo violador do texto supremo, promovendo a primazia da Constituição.

Posteriormente, Hans Kelsen consolidou a viabilidade dessa proteção sob a ótica do modelo austríaco, ao fundamentar a necessidade de um Tribunal Constitucional especializado para invalidar normas incompatíveis com a Lei Fundamental. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis votadas pelo Poder Legislativo e desconstituir atos normativos do Poder Executivo. E essa legitimidade repousa sobre a sujeição do juiz à Constituição, assumindo seu papel de garantir os direitos fundamentais ali estabelecidos, fatores que fundamentam a legitimação da jurisdição e independência do Judiciário frente aos demais poderes (Campagnoli; Mandalozzo, 2014), notabilizando-se como força contramajoritária e emergindo como forma de balanceamento entre a regra da maioria e os direitos da minoria.

Nesta seara, evidencia-se a necessidade de limitação ao princípio majoritário, para que não seja utilizado como executor negativo dos direitos fornecidos às minorias, ferindo garantias e valores já positivados. Luís Roberto Barroso (2010), nesse sentido, afirma que é por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária que as sociedades podem obter estabilidade quanto às garantias estabelecidas no Texto Constitucional. Um Estado Democrático de Direito, portanto, deve estar fundado no respeito ao regime democrático e a garantia de prerrogativas inalienáveis, devendo a democracia pautar-se na valorização do interesse geral e nos valores de igualdade e liberdade, para que tanto as majorias quanto as minorias tenham efetivamente seus direitos fundamentais assegurados, o que justifica a necessidade do controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional manifesta o seu verdadeiro múnus defensivo, na medida em que serve de garantia dos direitos invioláveis e da própria democracia, proporcionando a participação das minorias, para que não tenham suprimidos seus direitos fundamentais por ímpetos majoritários ocasionais. Nesse quadrante, o controle de constitucionalidade manifesta-se como elemento essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito, posto que, apesar de atuar contra a vontade da maioria ordinária, faz prevalecer a soberania do

poder constituinte, cristalizada na Lei Fundamental. Tratando-se a Constituição da maior expressão da soberania popular, o controle de constitucionalidade pode ser tido como um instrumento protetor das minorias políticas, impedindo arroubos arbitrários e prezando pela manutenção de um processo democrático legítimo, atuando como determinante do valor da própria democracia (Campagnoli; Mandalozzo, 2014).

À luz das referidas postulações, encontra-se como amparo realista da concretização do controle de constitucionalidade como protetor legítimo democrático e social, a salvaguarda das populações indígenas que, como outrora mencionado, localizam-se historicamente como grupos que situam-se em condição de vulnerabilidade acentuada perante a hegemonia política majoritária brasileira. Se por um lado concebe-se a Constituição Federal de 1988 e o fenômeno de redemocratização operacionalizado no Brasil como precursores da real proteção aos direitos e garantias fundamentais originárias, do outro a tutela positivada juridicamente subsiste apenas mediante a higidez do controle de constitucionalidade.

Frente à iminência de proposições legislativas e atos infralegais que, em rota de colisão com o texto magno buscam vulnerar o direito originário não só às suas manifestações culturais, religiosas e ancestrais, mas também e, intimamente, as terras tradicionalmente ocupadas, o Poder Judiciário assume posição fulcral de anteparo contramajoritário e instrumento protetor da sobrevivência étnica e cultural dessas coletividades, ao exercer o controle de constitucionalidade.

Diante do exposto, ao exercer o escrutínio de constitucionalidade sobre normas que vilipendiam o núcleo essencial das prerrogativas indígenas, o Judiciário obsta que a regra da maioria se transmute em instrumento de opressão ou em vetor de apagamento identitário. A jurisdição constitucional revela-se como a última trincheira protetiva desses povos, garantindo que o pacto constituinte de 1988 prevaleça sobre os ímpetus legislativos efêmeros, assegurando que a democracia brasileira seja, de fato, um pluralismo de existência e não apenas um exercício numérico de votos. Aprecia-se tal afirmação ao observar a declaração de inconstitucionalidade do “Marco Temporal” pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 incompatível com a Constituição Federal de 1988 e ratificando a natureza originária dos direitos territoriais indígenas.

5 A CONTROVÉRSIA DO MARCO TEMPORAL E O ANTEPARO CONTRAMAJORITÁRIO

Vislumbra-se que, mesmo após o assentamento de enunciados normativos e regramentos jurídicos norteadores e protetores dos direitos originários, como aqueles consubstanciados no art. 231 da Carta Magna, práticas violadoras continuam a materializar-se no plano real e legislativo em território brasileiro. Como atavismo histórico e remanescente do pensamento antanho colonial, ações com viés dilacerador do ideal indígena manifestam-se não apenas no sentido territorial, mas cultural, social, econômico e político, encontrando espaço em um cenário moderno, porém ainda permeado por cogitações inconsistentes.

Com anteparo disciplinador pautado no dispositivo acima mencionado, as terras tradicionalmente ocupadas são aquelas habitadas em caráter permanente, utilizadas para atividades produtivas, fulcrais para a preservação ambiental e, de igual modo, ao bem estar nativo, necessárias à sua reprodução física e cultural (Brasil, 1988). Não obstante, caracterizam-se também como inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, corporificando-se como garantias anteriores ao próprio Estado (Coelho de Souza, 2017).

Nesse panorama, aflora-se a controvérsia em torno do chamado “marco temporal”. De acordo com esse entendimento, seriam terras indígenas aquelas efetivamente ocupadas pelos povos pré-coloniais em 5 de outubro de 1988, ou seja, na data da promulgação da Constituição Federal (Ramalho, 2025). Do mesmo modo, alarga-se para abarcar aquelas cuja posse tivesse sido contestada judicial ou fisicamente nesse mesmo dia. Assim, se a coletividade não estivesse presente no espaço naquele exato período cronológico, a terra não poderia ser considerada como tradicionalmente ocupada.

Ex positis, no julgamento do RE n 1.017.365/SC (Tema 1031), submetido ao regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal consolidou juízo acerca dos direitos territoriais originários, à luz da ação possessória envolvendo a Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ, tradicionalmente ocupada pela etnia Xokleng, em Santa Catarina. Estabeleceu-se que garantias a terra independem da comprovação de ocupação em 5 de outubro de 1988, tampouco da tipificação de renitente esbulho possessório. Além disso, fixou-se que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas consiste em procedimento declaratório, e não constitutivo, diferenciando-se da posse civil comum, devido a sua utilização para atividades produtivas e manifestações culturais. Sem embargo das garantias determinadas, o STF reafirmou que é dever da União efetivar procedimento demarcatório, sendo admitidas a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de demarcação, devendo ser ouvida a comunidade indígena, norteador-se através do interesse público e da paz social, havendo compensação se necessário as coletividades afetadas (Brasil, 2023)

Dessa forma, compreende-se que os direitos territoriais indígenas possuem natureza originária, antecedendo à própria formação do Estado, razão pela qual a Lei Maior não os institui, mas sim os reconhece (Mattedi, 2026).

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual às terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas (Silva, 1997).

Nessa lógica, compreende-se que a tradicionalidade não se corporifica em dependência com a presença física contínua em um espaço territorial específico, interliga-se, em essência, a partir de elementos históricos, antropológicos e culturais singulares das comunidades indígenas, reverberados na vivência contínua de suas manifestações tradicionais. Impor, então, critério temporal a plena utilização e posse da terra violaria o regime constitucional de proteção dos direitos originários já consolidados na Norma Fundamental.

Desta feita, apesar da razão consolidada pelo Supremo, referida teoria não se perdurou por longo prazo sem encontrar adeptos no âmbito parlamentar, trazendo à superfície projeto de lei visando institucionalizar o critério temporal. Em outubro de 2023, foi promulgada a Lei n 14.701/2023, que, ao regulamentar o art. 231 da Norma Suprema, condicionou o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas à presença física da comunidade indígena na data da promulgação da Constituição, admitindo exceções, inclusive, para hipóteses de esbulho comprovado. Sob uma perspectiva complementar, o dispositivo legal operou diretamente como resposta legislativa ao consenso instaurado pelo STF, buscando implantar a tese cronológica no âmbito infraconstitucional (Brasil, 2023).

A inconstitucionalidade desse preceito normativo foi submetida ao controle concentrado na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) n 87/DF e nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) n 7582/DF, 7583/DF e 7.586/DF, julgadas em dezembro de 2025 (Mattedi, 2026). O STF declarou que seriam inconstitucionais os dispositivos que instituíssem a expressão “na data da promulgação da Constituição Federal”, por condicionarem, indevidamente, os direitos originários ao direcionamento do marco temporal.

O ditame legal, em seu artigo 4º, definiu como terras tradicionalmente ocupadas aquelas que, “na data da promulgação da Constituição Federal”, eram simultaneamente: (i)

habitadas em caráter permanente; (ii) utilizadas para atividades produtivas; (iii) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar; e (iv) necessárias à reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições. Desse modo, e reforçado nos parágrafos concernentes do referido mandamento normativo, transformou-se preceito constitucional de ocupação tradicional interconectado para com costumes, usos e historicidade em, meramente, regramento condicionante a presença específica, marcada por vultuosas pugnas territoriais, legado colonial perdurado pelo tempo.

A tensão institucional em torno do projeto de lei, de igual modo, mostrou-se presente em torno da ambientação legislativa. O artigo 4º e outros dispositivos foram inicialmente objeto de veto parcial pelo Presidente da República, mas parte do veto foi rejeitada pelo Congresso Nacional, resultando na promulgação das partes vetadas (Mattedi, 2026), indicando clara determinação para reafirmar, por meio jurídico normativo, o que o STF havia afastado no Tema 1031.

Embora tenha sido apresentada como mera lei regulamentadora do artigo 231 da Constituição, a Lei nº 14.701/2023 assumiu feição ambivalente. De um lado, organizou categorias importantes, como as diferentes modalidades de terras indígenas, e sistematizou regras relativas ao procedimento demarcatório e à gestão dessas áreas. De outro, ao condicionar o reconhecimento da terra tradicionalmente ocupada à presença física em 5 de outubro de 1988 e ao restringir de forma significativa o conceito de renitente esbulho, acabou por interferir diretamente no núcleo da controvérsia constitucional já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1031. (Mattedi, 2026).

A despeito do parecer estabelecido pelo Tribunal, não cessaram as tentativas de concretizar o marco temporal na realidade brasileira, padrão contínuo para dilacerar direitos e garantias fundamentais pactuadas na reintrodução democrática no país. No tocante a isto, houve a criação da Proposta de Emenda à Constituição n. 48/2023, visando mudança formal no texto constitucional, reestruturando o artigo 231 da Carta Magna.

Inquiria-se, primordialmente, a inclusão explícita da limitação temporal da demarcação, direcionando o preceito normativo a delimitação cronológica de garantia de posse permanente intimamente relacionada à ocupação em 5 de outubro de 1988. Em linha de desdobramento, fundamentou-se a PEC sob a conjuntura da “segurança jurídica”, buscando a violação do direito originário diante da máscara da estabilidade das relações sociais e econômicas.

Ressurge-se a profunda premência, diante da persistente controvérsia alicerçada em um conflito institucional há décadas reverberado, da compreensão de que os direitos originários, outrora manifestados por meio integracionista, hoje já não se formam como

incertezas ou meras conjecturas, mas se estruturam em dispositivos constitucionais consolidados e impetrados na realidade brasileira, fazendo parte, conforme o Ministro Edson Fachin (Brasil, 2023), do caráter fundamental da Carta Magna, protegidos pelo art. 60, § 4º, da CF. Como cláusulas pétreas, o retrocesso é vedado, seja no âmbito infraconstitucional ou por meio de mudança formal do art. 231.

À luz dessa moldura fática, depreende-se que a partir da postura materializada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função contramajoritária, mesmo diante de fortes reações legislativas, este atua não apenas como escudo constitucional jurídico-normativo, ao proteger a Lei Maior de ataques substanciais aos seus dispositivos, mas também, de igual maneira, como trincheira protetiva das tradições e manifestações indígenas. Estas, irradiadas por distintas e diversas gerações que depositam o exercício cultural por meio da ocupação identitária e tradicional dos territórios, consagram a jurisdição constitucional como um instrumento vivo de justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, revelou-se a indispensabilidade do controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, para a proteção da identidade, culturalidade, ancestralidade e territorialidade indígena, bem como a tutela dos direitos e garantias fundamentais originários, consolidados normativamente na Lei Maior, frente à tese do “Marco Temporal”.

A Suprema Corte, ao executar perfil contramajoritário, protege direitos das minorias sociais contra eventuais retrocessos promovidos pelas majorias políticas, que ameaçam, em distintos níveis, os dispositivos solidificados na Constituição Federal de 1988. Desse modo, a análise da efetividade da jurisdição constitucional é crucial para a vedação ao retrocesso normativo, na medida em que, como instrumento jurídico de aferição da constitucionalidade, atua como mecanismo de preservação da supremacia constitucional frente às demais legislações, e, da mesma maneira, a eventuais violações, evidenciando a defesa e legitimidade, no caso em tela, contra propostas que violem os direitos dos povos nativos.

Nesse sentido, o conceito de território indígena revela interconexão intrínseca entre as esferas espacial e espiritual, visto que a permanência no local permite a transmissão de saberes culturais e ancestrais de maneira intergeracional. Sendo assim, o direito originário sobre terras tradicionalmente ocupadas evidencia que o pertencimento étnico-territorial não pode ser condicionado a quaisquer critérios cronológicos demarcatórios, dado que tal

argumento político delimita o espaço tradicional apenas àqueles que no dia 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Carta Magna, tiveram a presença dos povos originários. Desconsiderando, nessa perspectiva, as violências aplicadas pela elite agrária, que atenta ao potencial lucrativo, os submeteram ao esbulho e a intrusões.

Conclui-se, portanto, que a rejeição jurídica da tese política pelo Supremo Tribunal Federal foi fulcral para a manutenção da salvaguarda dos direitos fundamentais indígenas, e para a condução dos processos demarcatórios em conformidade com o texto constitucional. O controle de constitucionalidade, neste cenário, consolida-se não apenas como ferramenta técnica de supervisão normativa, mas como o baluarte democrático necessário para a estabilidade da função contramajoritária do Poder Judiciário e, consequentemente, proteção democrática do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta, Jacarezinho**, n. 20, p. 33-45, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

BONNEMAISON, J. Viagem em torno do território. In: CORRÊA, R. L.; ROZENTHAL, Z. (Orgs.) **Geografia Cultural: um século** (3). Rio de Janeiro: EdUERJ, p. 83-131, 2002.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia de letras, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Altera a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, e a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 2023. Edição extraordinária.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC - Santa Catarina. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Recorrido: Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente - FATMA e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 21 set. 2023. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Repercussão Geral - Tema nº 1.031. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 250, divulgado em 13 dez. 2023, publicado em 14 dez. 2023.

CAMPAGNOLI, A. F. P. F.; MANDALOZZO, S. S. N. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado

Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 48-62, mar. 2014.

COELHO DE SOUZA, Marcela Stockler. A dádiva indígena e a dívida antropológica: o patrimônio cultural entre direitos universais e relações particulares. Brasília: UnB (**Série Antropologia**, 415), 2017.

DANTAS, Ivo. O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2001.

FANON, Frantz. **Os condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968.

FERREIRA, A. T; MARTIN, A. G. O controle de constitucionalidade sob a perspectiva dos direitos fundamentais: garantia da ordem constitucional. **Linhas Jurídicas – Revista do Curso de Direito da Unifev**: v. 7, n. 10, p. 159 –174, jul. 2015.

GOMIDE, M. L. C. **Marãñã Bödödi – a territorialidade Xavante nos caminhos do Ró**. 2008. Tese (Doutorado em Geografia Física) – Programa de Pós-Graduação em Geografia Física/FFLCH/USP, São Paulo, 2008.

KOLLING, P.; SILVESTRI, M. Reflexões sobre território e terra indígena: aspectos culturais, sociais e jurídicos. **Para Onde!?**, v. 12, n. 1, p. 211-226, set. 2019.

MATTEDI, Talita Pereira. Jurisdição constitucional e reação legislativa: o percurso do debate sobre o marco temporal do RE nº 1.017.365/SC à PEC nº 48/2023. **Revista Científica Di Fatto**, [s. l.], ed. 6, 2026.

MORAES, A. C. R. Bases da formação territorial do Brasil. **Geografares**, n. 2, pp. 105-113, 2001.

MORAIS, H. A. de et al. A negação dos povos indígenas no processo de formação histórico-territorial do Brasil: Um passado colonial amarrado ao presente. **Ambientes: Revista de Geografia e Ecologia Política**, v. 5, n. 2, p. 264-297, 2023. DOI: <https://doi.org/10.48075/amb.v5i2.31455>

MUNDURUKU, D. Entrevista concedida ao documentário **Muita terra para pouco índio**. VILLELA, Bruno e LOBATO, Sergio. Amazon Picture, 2018.

PACHECO, J. Sem a tutela, uma nova moldura de nação: O Pós-Constituição de 1988 e os Povos Indígenas. **Brasiliana - Journal for Brazilian Studies**, v. 5, n. 1, p. 200–229, 31 mai. 2022.

PORTO, M. F. de S. P; ROCHA, D. Neoextrativismo, garimpo e vulnerabilização dos povos indígenas como expressão de um colonialismo persistente no Brasil. **Saúde em debate**, v. 46, n. 133, p. 487–500, jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-1104202213317>

RAMALHO, Walderez. Marco temporal e políticas do tempo: raízes de um equívoco histórico. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 45, n. 98, e-287819, 2025.

SILVA, E. C. de A. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serviço Social & Sociedade**, n. 133, p. 480–500, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.155>

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.