

Transições

Centro Universitário Barão de Mauá

<https://doi.org/10.56344/2675-4398.v5n2a2024.6>



Título

Demarcação de terras, o direito originário dos povos indígenas brasileiros e as divergências normativas da lei 14.701/2023 à luz da repercussão geral – RE 1017365 (tema 1031/STF)

Autores

Marcos Aurélio Manaf
Guilherme Muniz de Faria

Ano de publicação

2024

Referência

MANAF, Marcos Aurélio; FARIA, Guilherme Muniz. Demarcação de terras, o direito originário dos povos indígenas brasileiros e as divergências normativas da lei 14.701/2023 à luz da repercussão geral – RE 1017365 (tema 1031/STF). **Transições**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 2, 2024.

Recebimento: 21/07/2024

Aprovação: 08/12/2024

**DEMARCAÇÃO DE TERRAS, O DIREITO
ORIGINÁRIO DOS POVOS INDÍGENAS
BRASILEIROS E AS DIVERGÊNCIAS NORMATIVAS
DA LEI 14.701/2023 À LUZ DA REPERCUSSÃO
GERAL – RE 1017365 (TEMA 1031/STF)**

**LAND DEMARCATION, THE ORIGINAL RIGHTS OF
BRAZILIAN INDIGENOUS PEOPLES AND
NORMATIVE DIVERGENCES OF LAW 14.701/2023
FROM THE PERSPECTIVE OF GENERAL
REPERCUSSION – RE 1017365 (TOPIC 1031/STF)**

Marcos Aurelio Manaf*
Guilherme Muniz de Faria**

Resumo: O direito dos povos indígenas às terras originariamente ocupadas é uma abordagem emblemática no Brasil, e o artigo tem como principal questionamento a eficácia das normas constitucionais e dos institutos jurídicos como a posse, propriedade e da função social à demarcação de terras indígenas, tendo ainda como hipóteses se a tese do marco temporal é correta como parâmetro legal, para demarcação de terras indígenas, e se é legítima para suprimir o reconhecimento de ancestralidade e direitos dos povos originários à posse de suas terras. Assim, por meio da metodologia analítica dedutiva, com uso de revisão bibliográfica especializada no tema, subsidiada pela legislação e da jurisprudência, quanto aos direitos dos povos indígenas às terras originariamente ocupadas e a repercussão geral da tese de marco legal. Dentre os objetivos, a pesquisa analisou as normas constitucionais que garantem aos indígenas à demarcação de suas terras e a contrastou com as normas da Lei 14.701/2023 com a decisão do STF, no RE 1017372 (Tema 1031). Dos resultados obtidos foram possíveis apontar a insegurança jurídica aos indígenas, que continuarão com seus direitos ameaçados, dadas as divergências entre as normas da Lei 14.701/2023, que contrariam normas constitucionais, afirmadas nos itens da tese

* Doutorado em Ciências Sociais pela UNESP. Docente do Centro Universitário Barão de Mauá. Contato: marcos.aurelio@baraodemaua.br

** Graduando em Direito pelo Centro Universitário Barão de Mauá.

fundada na decisão do STF no Tema 1031. Por fim, presente artigo busca contribuir com a provocação à abordagem multidisciplinar dos campos de conhecimento e lançar luz no debate deste tema tão sensível, para a proteção e legitimação de direitos aos povos originários.

Palavras-chave: Direito originário; Indigenato; Função social da terra; Marco temporal.

Abstract: The right of indigenous peoples to originally occupied lands is an emblematic approach in Brazil, and the article's main question is the effectiveness of constitutional norms and legal institutes such as possession, property and the social function of demarcating indigenous lands, also having as hypotheses whether the time frame thesis is correct as a legal parameter for the demarcation of indigenous lands, and whether it is legitimate to suppress the recognition of ancestry and rights of original peoples to possession of their lands. Thus, through deductive analytical methodology, using a specialized bibliographical review on the topic, supported by legislation and jurisprudence, regarding the rights of indigenous peoples to originally occupied lands and the general repercussion of the legal framework thesis. Among the objectives, the research analyzed the constitutional norms that guarantee indigenous people the demarcation of their lands and contrasted them with the norms of Law 14.701/2023 with the STF decision, in RE 1017372 (Theme 1031). From the results obtained, it was possible to point out the legal uncertainty for indigenous people, who will continue to have their rights threatened, given the divergences between the norms of Law 14,701/2023, which contradict constitutional norms, stated in the items of the thesis based on the STF decision in Topic 1031. Finally, this article seeks to contribute to the provocation of the multidisciplinary approach to the fields of knowledge and shed light on the debate on this very sensitive topic, for the protection and legitimization of the rights of original peoples.

Keywords: Original right; Indigenato; Social function of the land; Time frame.

INTRODUÇÃO

O dia 19 de abril, desde o Decreto-lei 5.540, de 2 junho de 1943 (revogado pela Lei 14.402/2022), é considerada a data comemorativa dos povos indígenas no Brasil. É uma data com forte representação histórica e de verdade proposicional, porque antecede o dia 22 de abril, data considerada da chegada dos portugueses em 1500 às terras da Ilha

de Vera Cruz, hoje o território do Brasil.

Apesar da representação cronológica, o direito dos povos indígenas às terras originariamente ocupadas é uma abordagem emblemática no Brasil, e o artigo tem o principal questionamento sobre a eficácia das normas constitucionais e dos institutos jurídicos como a posse, propriedade e da função social à demarcação de terras indígenas, tendo ainda como hipóteses se a tese do marco temporal é correta como parâmetro legal, para demarcação de terras indígenas, e se é legítima para suprimir o reconhecimento de ancestralidade e direitos dos povos originários à posse de suas terras.

Um importante argumento do artigo trata especificamente do reconhecimento das terras ocupadas pelos povos indígenas no Brasil, sopesado nos artigos 231 e 67 da ADCT, ambos da CF/88, e das normas do Decreto 1.775/1996, dos quais são alvo de medidas processuais e embaraços políticos, que impedem os procedimentos administrativos federais, para concretização da demarcação das terras indígenas na atualidade.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva analisar as normas constitucionais que garantem aos indígenas à demarcação de suas terras, com subsídio da decisão do STF, dada a repercussão geral no RE 1017372 (Tema 1031) de 27/09/2023, com decisão contrária ao 'marco legal', e contrastar com as normas da Lei 14.701 de 20/10/2023, que fortalecem novas discussões judiciais em relação ao marco temporal, por meio de metodologia analítica dedutiva, com uso de revisão bibliográfica especializada no tema e da legislação pátria, quanto aos direitos dos povos indígenas às terras originariamente ocupadas.

Além da Introdução, a segunda seção elucidará em breve contextualização sobre os povos indígenas brasileiros e a falta de reconhecimento de seus direitos às terras originariamente ocupadas, na terceira e última seção, será tratada a tese do marco temporal, e as

divergências normativas da lei 14.701/2023 em face do entendimento do STF, na repercussão geral (RE) 101.736 (Tema 1031).

OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS E A FALTA DE RECONHECIMENTO DE SEUS DIREITOS ÀS TERRAS ORIGINARIAMENTE OCUPADAS

As terras indígenas e sua demarcação sempre estiveram envolvidas numa problemática histórica e legal, desde a chegada dos portugueses em 1500 a 'terra brasilis', e a partir de 1531 com o processo de colonização sob regime de sesmaria, concedendo terras aos interessados (não indígenas) que pudessem ocupá-las. Tais interessados gozavam de regalias e poderes soberanos sobre as terras repassadas pela coroa portuguesa, que conservava apenas os direitos de suserania, forma semelhante ao sistema feudal na Europa, e que perdurou até 1822 (Marques, 2005; Souza, 2017; Manaf; Tárrega, 2018).

A invisibilidade cidadã dos povos indígenas foi evidenciada na Constituição de 1824, ora pela ausência expressa no texto normativo e pela pressuposição no rol dos brasileiros nascidos livres ou libertos, ora pela ausência de menção normativa sobre a ocupação ancestral e originária desses povos às terras do então 'Império do Brasil'.

No entanto, em 1834, por pressão dos poderes locais, que eram contrários aos direitos territoriais dos indígenas, por delegação imperial (§5º, art. 11), as Províncias do Império receberam a capacidade de legislar sobre a questão indígena, para a catequese, gradativa 'civilização' e a colocação desses povos em colônias (Souza, 2017; Cunha, 2018; Brasil, 2024).

Segundo Marques (2005), com a independência do Brasil em 1822 houve o fim do regime de sesmarias e um hiato temporal sobre a regularização da posse de terras devolutas, até a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 (Lei das Terras).

A Lei de Terras (Lei n. 601/1850), passou a regulamentar as terras

devolutas no Império, e daquelas possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, e por simples título de posse mansa e pacífica, isto é, regularizou a outorga dos títulos de domínio aos detentores das sesmarias não confirmadas, provando-se que apenas a posse foi pacífica e mansa (Cunha, 2018).

Novamente, foram suprimidos os direitos dos povos originários que já habitavam o território brasileiro antes da chegada dos portugueses, ou seja, detinham a posse mansa e pacífica, e passaram a não ter sequer o reconhecimento de sua existência como originários 'brasileiros natos', segundo as leis da classe política governante.

E a questão dos indígenas no Brasil, como sujeitos de direitos sob uma 'cidadania' de segunda classe, passaram ao largo da história, segundo Marés:

Embora farta, toda a legislação indigenista brasileira, desde o descobrimento até a Constituição de 1988, é voltada para a integração, retratada ao modo da época em que foi escrita: "... Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce" (1808); "... despertar-lhes o desejo do trato social" (1845); "... até a sua incorporação à sociedade civilizada" (1928); "... incorporação à comunhão nacional" (1934, 1946, 1967, 1969);... "integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional" (1973) (Marés, 2013, p.14).

Em 1973, no Estatuto do Indígena (Lei 6.001), em seu inciso IX, do artigo 172, os povos indígenas passaram a ter uma tutela especial do Estado brasileiro, em moldes de política governamental de cooperação entre o ente nacional e demais entes subnacionais, para garantir a proteção das comunidades indígenas, a posse permanente das terras por eles ocupadas, reconhecendo o usufruto exclusivo das riquezas naturais e suas utilidades.

Com a redemocratização do país em meados dos anos 80, ampliou-se os debates sobre a "questão indígena" através de organizações que defendiam essas causas para a concretização de

direitos dos povos indígenas, com o protagonismo do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e da própria organização política na participação de indígenas durante a Assembleia Nacional Constituinte (1987), em favor dos seus direitos com a criação de associações indígenas em diversas partes do Brasil, o que proporcionou a materialização de direitos na Constituição Federal de 1988 (Gomes, 2012).

Assim, a Constituição Federal de 1988 institucionalizou mudanças significativas à orientação da ação do Estado, reformulando os seus mecanismos de ações voltadas aos povos indígenas, e segundo Baniwa (2012, p. 207) houve a ruptura da 'ideologia histórica de unicidade do Estado', mudando a lógica da interpretação jurídico-social aos povos originários no Brasil, pelo reconhecimento do multiculturalismo; da capacidade e da autonomia societária dos povos indígenas, garantindo o direito ao território e ao desenvolvimento econômico nos moldes de seus interesses e projetos coletivos presentes e futuros.

Apesar dos povos indígenas terem seus direitos marginalizados no passado, o que resultou em sua invisibilidade social, na atualidade conquistaram espaços para suas reivindicações históricas em afirmações de direitos, seja no plano político com a participação efetiva e por representantes institucionais, seja na busca de legitimação cultural, na concreção de direitos coletivos territoriais e em avanços em direitos sociais por políticas públicas indigenistas e indígenas, voltados à saúde (ex. postos avançados do SUS), à educação (ex. ensino na língua materna e em português como língua oficial), à cultura (ex. proteção como patrimônio brasileiro imaterial as suas tradições, arte etc.), dentre outros.

Sob o aspecto de afirmação de direitos aos povos indígenas, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) teve papel crucial na influência normativa brasileira, a partir de 2004 (Decreto 5.051/2004,

revogado pelo Decreto 10.088/2019), que propõe a ruptura de paradigma em que os Estados buscavam assimilar os povos indígenas à cultura ocidental, ou a uma cultura nacional.

A Convenção OIT nº 169 (1989) tornou-se, portanto, o primeiro mecanismo jurídico de abrangência internacional em reconhecer de forma ampla as “condições sociais, culturais e econômicas” dos povos originários e tradicionais, e já no artigo 1º, item 2, nota-se uma fundamental preocupação em relação aos povos originários, em que o texto afirma: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

E, ainda, a Convenção OIT nº 169, em seu art. 2º ressalta o compromisso dos países signatários, abrangendo o Brasil, a assumirem “a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”.

Algumas transformações positivas ocorreram na dimensão institucional brasileira, por meio de ações afirmativas do Estado e de órgãos de proteção, que favorecem a visibilidade da existência indígena e o sentido de pertencimento no território brasileiro como povos originários.

Contudo, os indígenas brasileiros ainda são ameaçados, direta e indiretamente, por grupos que buscam a exploração dos recursos naturais (minerais, madeira etc.), que se encontram em terras ocupadas e reivindicadas pelos povos indígenas, devendo as instituições públicas como o IBAMA, a FUNAI, o Ministério Público Federal, Polícia Federal e Forças Armadas (art. 34, Lei 6.001/1973), acompanharem e estarem atentos a irregularidades nestes processos, e principalmente quando envolvem interesses econômicos em terras tradicionalmente ocupadas ou territórios indígenas, em que empresas privadas que financiam tais

empreendimentos, devem também assumir sua parcela de responsabilidade sendo diligentes em não apoiar ações ilícitas (Marques, 2005; Marés, 2013).

A proteção aos indígenas transita pelo reconhecimento à posse da terra e à sua ancestralidade (art. 25, Lei 6.001/1973), independente de demarcação, sendo fatores principais à manutenção da vida, saúde, a reprodução social, sua autodeterminação e seu etno-desenvolvimento, ou seja, não há qualquer apelo econômico e de acúmulo de riquezas. No entanto, os territórios indígenas são “terras virgens” à exploração do capitalismo parasitário (Bauman, 2010), sendo alvos de disputas e supressão de direitos desses povos.

As terras ocupadas por povos indígenas são caracterizadas em territórios com dimensões de grandes áreas, porém em nada se assemelham ao latifúndio, sob três aspectos: 1) os povos indígenas não praticam a exploração econômica com a produção extensiva em suas terras; 2) nos territórios ocupados por povos indígenas há a preservação da biodiversidade; e 3) a terra em posse dos povos indígenas há a função social, com a preservação ambiental em seu uso e manejo.

E tais aspectos são contrapostos por grupos com interesses econômicos, porque nesses territórios há uma concentração de riquezas naturais como minerais e de outros recursos, daí a forte resistência histórica desses grupos para retardar a demarcação de terras indígenas no Brasil.

A questão de reconhecer a posse permanente e usufruto exclusivo das terras ocupadas pelos povos indígenas, não significa a situação presente, mas reconhece a posse originária de seus territórios (arts. 25 e 26, da Lei 6.001/1973), rompendo assim a ideia de propriedade desde a Lei de Terras (1850), quando o limitador do direito à terra passou a ser o poder econômico.

Na atualidade, os institutos jurídicos da posse e da propriedade no

domínio da terra são autônomos, porém, continuam a serviço do poder econômico como um dos principais bens jurídicos do homem, com extensa regulamentação legal, para a proteção deste objeto nas relações interpessoais, assim, como previsão constitucional sobre o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII CF/88) e à sua função social (arts. 5º, XXIII, 170; 182, § 2º; e 186, *caput*, CF/88).

A ordem econômica, faz parte do exercício da função social da terra, Grau (1990, p. 223) evidencia que a função social busca “subordinar o exercício da propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existências digna”.

A questão da função social não envolve apenas o instituto jurídico da propriedade, e também a relação da posse, segundo Diniz e Santiago (2023), a partir do século XIX, surgiu uma corrente de pensamento propondo a mudança na posse pelo individualismo, para o interesse e bem estar coletivos, com a valorização da pessoa humana em detrimento ao seu patrimônio, ou seja, a ordem econômica deixa de propagar a valorização do patrimônio como o seu cerne existencial, para promover o equilíbrio com os interesses sociais, e o ser humano deixa de ser entendido como mero constituidor de renda (se possuidor ou proprietário), para ser compreendido pela preservação da dignidade pessoal e da coletividade.

Canuto (2004) enfatiza que por muito tempo, e ainda hoje, o modelo de propriedade moderna, serve para sobrevivência do interesse oculto da exploração econômica, sob o lema liberal do Marquês de Argenson (1751) - “*laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même*”, sopesado em uma realidade de ‘pseudo’ justiça social, de igualdade e de respeito à dignidade humana, de degradação ambiental, e no Brasil ressoa como “os fins justificam os meios”, com o esgotamento de recursos naturais não renováveis, e outras formas de

degradação ambiental, ou seja, o modelo de propriedade moderna não há nada que se diferencia do passado.

Acompanhando a posição de Canuto, Marés (2010) entende que a ação humana é desprovida de racionalidade, cujo resultado de suas escolhas invertem os valores fundamentais do contexto social, como a vida e os meios de sobrevivência, dada predominância de interesses de um grupo econômico minoritário, por vezes com o apoio do Estado em permitir que a terra e o ambiente, enquanto riquezas naturais (bem comum), passem de maneira não razoável pelo processo de transformação em objetos de riqueza humana (interesse individual), sob a forma de uma falsa justiça social.

E, sob a ótica dos direitos fundamentais da propriedade e da função social, ao longo da história, segundo Marés (2010), formou-se uma contraposição que apenas contribuiu no acirramento de conflitos sociais no acesso à terra, ora em não concretizar as garantidas com a reforma agrária, tampouco à titulação das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades tradicionais indígenas (art. 231 CF/88), e por comunidades quilombolas (§ 5º, do art. 216 CF/88), conforme a previsão constitucional, respectivamente nos arts. 67 e 68 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88.

Todavia, na atualidade os povos indígenas encontram-se sob um dilema crucial, de um lado o efetivo reconhecimento de sua ancestralidade, e a concretização dos direitos originários das terras tradicionalmente ocupadas, como previsto no artigo 231 da CF/88, e de outro lado, pela tese do 'marco temporal', tendo como delimitador a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, para a concreção da posse e de seus usufrutos territoriais.

A inércia do Estado brasileiro em cumprir os objetivos da própria Constituição Federal de 1988 e do art. 67, da ADCT da CF/88, para realizar os procedimentos administrativos de demarcação das terras indígenas

(Decreto 1.775/1996), deixa em suspensão as pendências do passado, em relação aos povos indígenas, para o efetivo reconhecimento e demarcação das terras originariamente ocupadas por eles, contribuindo, assim, em violações ao direito adquirido, e em incompatibilidades de situações desastrosas em ataque à dignidade humana dos povos indígenas (Bulos, 2023; Barroso, 2024).

Destaca-se que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Repercussão Geral de Recurso Extraordinário 1017365/SC (Tema 1031), cuja demanda versou sobre dois aspectos: 1) as regras de comprovação da presença dos povos indígenas nas áreas em 05/10/1988, data da promulgação da Constituição Federal, e 2) a institucionalização da tese do chamado 'marco temporal', para a possível demarcação de territórios indígenas.

Por outro lado, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2.903, de 2023 (Projeto de Lei 490, de 2007, na Câmara dos Deputados), e a nova Lei nº 14.701/2023, passou a regulamentar o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, impondo data da promulgação da Constituição Federal de 1988, para a comprovação fundamentada e por critérios objetivos (art. 4º, *caput* e §§ 1º ao 4º, e art. 32 da Lei 14.701/2023) quanto à ocupação simultaneamente, pela habitação, pela utilização e pela necessária reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

No entanto, é necessário um maior debate histórico, antropológico e jurídico, em relação ao efetivo reconhecimento da ocupação dos povos originários em terras brasileiras, principalmente para o afastamento da delimitação temporal, questão está rejeitada pelo STF, e divergente no novel, que será apresentado na seção seguinte.

O MARCO TEMPORAL E AS DIVERGÊNCIAS NORMATIVAS LEI 14.701 DE 20/10/2023 EM FACE DO ENTENDIMENTO DO STF NA REPERCUSSÃO GERAL (RE) 1017365/SC (TEMA 1031 DE 27/09/2023)

A proposta de um marco temporal à demarcação de terras indígenas, não previsto no art. 231 da CF/88, revelou um dilema social e jurídico, abrindo discussões com conflitos de interesses entre posseiros, com forte apelo econômico e influência política, que defendem a validação de uma demarcação de terras ocupadas pelos povos indígenas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, e de outro lado os povos indígenas que reivindicam seus direitos originários e o reconhecimento sobre as terras tradicionalmente ocupadas, com a invalidação da lei do marco temporal, sob a justificativa histórica de que seus ancestrais foram expulsos das terras que habitavam.

Segundo Cademartori e Kuhn (2023, p.99) as normas dos §§ 1º e 2º, do art. 231 da CF/88 não trazem quaisquer critérios específicos temporal de ocupação de terras pelos povos indígenas, pelo contrário, constam parâmetros específicos como: a) ocupação tradicional em caráter permanente; b) utilização para suas atividades produtivas, consideradas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais e de seu bem estar, c) reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Desse modo, a existência de um direito originário dos indígenas brasileiros às áreas que tradicionalmente ocupavam, segundo Barroso (2024), tais terras permanecem sob o domínio da União (CF/88, art. 20, XI), afetadas para o uso especial na destinação da posse permanente dos índios (CF/88, art. 231, § 2º), com características específicas de indisponibilidade, inalienáveis (CF/88, art. 231, § 4º), e que não podem ser removidos delas, salvo em situações excepcionais, garantindo-se seu retorno tão logo possível (CF/88, art. 231, § 5º).

A ordem Constitucional vigente reafirma a Teoria do Indigenato,

em que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, antecedem a própria formação do Estado brasileiro, e este deve concretizar os direitos fundamentais aos povos indígenas sobre as suas terras (CNJ, 2023).

Nessa esteira, o constituinte fez registrar no art. 67 ADCT que: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

Bulos (2023) esclarece que as normas dos Atos das Disposições Transitórias são qualificadas, juridicamente, pelo STF como um estatuto de índole constitucional, e que inexistem desníveis entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Constituição Federal quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência da autoridade dessas normas, impondo-se, no plano do ordenamento estatal a observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.

E Cademartori e Kuhn (2023) referenciam que o constituinte dirigiu na norma do art. 67 ADCT uma obrigação à União, para a conclusão em cinco anos na demarcação das terras indígenas, dada a emergência em concretizar o direito fundamental aos povos indígenas, logo, não é razoável fixar a data da promulgação da Constituição, para finalidade diversa a não ser à conclusão da obrigação do ente federal.

Contudo, dada a procrastinação no cumprimento da norma do art. 67 ADCT, a União permitiu o surgimento em 2005 da tese do marco temporal com a judicialização da Portaria do Ministério da Justiça que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima (Cademartori; Kuhn, 2023), pela Petição nº 3.388/RR.

A demanda judicial tornou-se um caso emblemático envolvendo a discussão sobre a ocupação tradicional e o direito dos povos indígenas, em detrimento à tese jurídica de observância à ocupação ou disputas pela posse em 05 de outubro de 1988.

E, ainda, houve o registro sobre a necessidade de uma efetiva demarcação das terras indígenas, pela qual é balizada em sua função socioambiental, conforme trecho da decisão do STF na Pet 3888/RR:

[...] O momento é propício para remarcar a perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de 'conservação' e 'preservação' ambiental, pois o fato é que a Constituição dá por suposto o que dissemos um pouco mais atrás: índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação de unha e carne. Não são como óleo e água, que não se misturam (CNJ, 2023, p.45).

Nesta seara, a pauta das reivindicações dos povos indígenas por demarcação de suas terras, recentemente, deparou-se com a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, que trouxe à baila a discussão em relação à posse das áreas de ocupação indígena tradicional, conforme a interpretação do estatuto constitucional à luz das regras dispostas no artigo 231, em que:

[...] Do exame dos autos, extrai-se que o embate ocorre porque não houve, até o momento, o devido processo de demarcação da terra indígena pela União, nos termos do art. 231 da CF/88, em que pese a supracitada portaria, não havendo, portanto o reconhecimento da área neste momento ocupada pela comunidade indígena como sendo terra tradicionalmente ocupada. [...]

E ainda, o Relator Min. Edson Fachin, em sua fundamentação para admitir a configurada repercussão geral, em 19/12/2018, trouxe o seguinte:

[...] De fato, entre os anos de 2008 e 2009, esta Corte debruçou-se sobre o caso Raposa Serra do Sol, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, intentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão étnica e social (Brasil, 2023b).

E, em 22 de fevereiro de 2019, o Plenário virtual do STF decidiu pela existência de repercussão geral. Em 26 de agosto de 2021, o Ministro Edson Fachin (relator) leu seu relatório, finalizando ser desfavorável ao marco temporal, sustentado sob um forte argumento que predominou no debate do Plenário da Corte, sobre o direito dos indígenas à suas terras, reconhecido na Constituição Federal, bem como tal direito é originário, uma vez que se firmou como anterior ao próprio Estado brasileiro. Após a leitura do relatório, o julgamento foi suspenso (Brasil, 2023b).

Em 15 de setembro de 2021, foi retomado o julgamento, com a leitura do voto do ministro Nunes Marques, que argumentou sobre a necessidade, no caso de Santa Catarina, de definição de um marco temporal, para a segurança jurídica dos negócios e das propriedades já incorporadas ao mercado imobiliário brasileiro. E ainda, o Ministro Nunes Marques discorreu em seu voto que a posse tradicional não deve ser confundida com posse imemorial, em face ao prazo previsto na Constituição para que a União efetuasse em cinco anos a demarcação das terras, sendo o tempo estabelecido para a definição de áreas indígenas.

No entanto, em 27 de setembro de 2023, a maioria dos Ministros do STF tiveram posições e argumentos desfavoráveis ao delimitador temporal, considerando a data da promulgação da Constituição Federal, para reconhecer o direito dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC - Tema 1031).

Assim, foi rejeitada a tese de marco legal pelo Plenário do STF, em não adotar a data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas. A decisão do STF do Tema 1031, assentou uma tese com treze itens, prevendo o direito originário dos povos indígenas, também abordou a questão da indenização aos não

indígenas que detinham autorização governamental ou a posse pacífica em terras ocupadas tradicionalmente por povos indígenas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe certa tranquilidade aos povos indígenas, tanto que as lideranças de diferentes etnias comemoraram, a derrubada da tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas pela Corte Constitucional (STF), para prevalecer os direitos constitucionais dos povos originários à posse de terras públicas, bem como define que a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, sendo inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.

Entretanto, diante da preeminente decisão do STF em afastar o marco temporal para a demarcação de terras ocupadas tradicionalmente por povos indígenas, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2.903, de 2023 (Projeto de Lei nº 490, de 2007, na Câmara dos Deputados), e encaminhou para sanção presidencial, tendo várias partes vetadas pela Presidência da República.

Em 27 de dezembro de 2023, o Presidente do Congresso Nacional rejeitou os vetos, em parte, e promulgou o projeto transformado na Lei nº 14.701/2023 (Brasil, 2023a), cujos pontos contrários à decisão do Tema 1031/STF serão demonstrados no quadro a seguir:

Quadro 1: Principais pontos sensíveis e divergentes da Lei 14.701/2023, em relação às razões de veto presidencial e à decisão do Tema 1031/STF

(Continua)

Normas da Lei 14.701/2023	Razões de veto presidencial	Tese do Tema 1031/STF
<p>Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente:</p> <p>I - habitadas por eles em caráter permanente;</p> <p>II - utilizadas para suas atividades produtivas;</p> <p>III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;</p> <p>IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.</p> <p>§ 1º A comprovação dos requisitos a que se refere o caput deste artigo será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos.</p> <p>§ 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado.</p> <p>§ 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.</p> <p>§ 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo.</p>	<p>[...] estabelece que a comprovação dos requisitos mencionados seria devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos e que a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracterizaria o seu enquadramento como terras habitadas em caráter permanente, ressalvado o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. Ainda, define como renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada, situação que excepciona quanto à cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, que inviabilizaria o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada.</p> <p>Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.</p>	<p>I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;</p> <p>II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional;</p> <p>[...] IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;</p> <p>X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;</p> <p>XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;</p> <p>XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; [...]</p>

Quadro 1: Principais pontos sensíveis e divergentes da Lei 14.701/2023, em relação às razões de veto presidencial e à decisão do Tema 1031/STF.

(Continua)

Normas da Lei 14.701/2023	Razões de veto presidencial	Tese do Tema 1031/STF
<p>Art. 9º Antes de concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação.</p> <p>§ 1º Consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento demarcatório.</p> <p>§ 2º A indenização das benfeitorias deve ocorrer após a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente.</p>	<p>[...]</p> <p>Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por permitir aos ocupantes não indígenas a permanência, uso e gozo das terras indígenas para além da data de expedição da Portaria declaratória de limites, ato administrativo que formaliza o reconhecimento estatal do direito de uma comunidade indígena à terra que deverá ser demarcada, nos termos do Decreto nº 1.775, de 1996. Ao ampliar as hipóteses de benfeitorias classificadas como de boa-fé, o dispositivo pode gerar incentivo à ocupação e à realização de benfeitorias após a expedição da Portaria declaratória, ampliando eventuais custos com pagamento de indenizações a cargo da União.</p> <p>Além disso, conquanto não se desconheça que aos não indígenas é sim devido o justo ressarcimento do dano sofrido pela titulação indevida, é de se reconhecer que o §6º do art. 231 da Constituição Federal e as teses fixadas no precedente vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 1017365 exigem que a indenização das benfeitorias seja derivada de ocupação ou posse de boa-fé pelos não indígenas. Desse modo, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois o art. 9º e seus respectivos parágrafos do Projeto de Lei reproduzem escolha legislativa que contraria a adequada exegese constitucional. [...]</p>	<p>[...]</p> <p>IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;</p> <p>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 tituló 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;</p> <p>VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; [...]</p>

Quadro 1: Principais pontos sensíveis e divergentes da Lei 14.701/2023, em relação às razões de veto presidencial e à decisão do Tema 1031/STF

(Continua)

Normas da Lei 14.701/2023	Razões de veto presidencial	Tese do Tema 1031/STF
<p>Art. 13. É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.</p>	<p>[...] a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, por violação ao § 4º do art. 231 da Constituição Federal, ante a imprescritibilidade do direito a terras tradicionalmente ocupadas, e contraria o interesse público, pois a vedação da ampliação de terras indígenas previamente demarcadas não poderia se dar por meio de uma lei ordinária e criaria limite quando o texto constitucional não o fez. Ademais, conforme decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, o redimensionamento não é vedado. Assim, o dispositivo impediria a reparação legal, caso seja comprovado erro no processo administrativo, e acarretaria a diminuição dos direitos dos povos e das comunidades tradicionais. Outrossim, a atual interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do disposto no art. 231 da Constituição Federal permite, ainda que excepcionalmente, o redimensionamento de terra indígena. [...]</p>	<p>[...] VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; [...]</p>
<p>Art. 23. O usufruto dos indígenas em terras indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção. § 1º O órgão federal gestor responderá pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a terras indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, considerados os seus usos, tradições e costumes, e poderá, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente. § 2º O trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor.</p>	<p>[...] Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao submeter o usufruto indígena à tutela do órgão ambiental nos casos de sobreposição de terras indígenas a unidades de conservação, quando já há reconhecimento no ordenamento jurídico atual da compatibilidade entre os direitos dos povos indígenas e a proteção ao meio ambiente, por meio da gestão compartilhada desses territórios. Ainda, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois é assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas nas áreas de proteção ambiental. [...]</p>	<p>[...] X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; [...] XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; [...]</p>

Quadro 1: Principais pontos sensíveis e divergentes da Lei 14.701/2023, em relação às razões de veto presidencial e à decisão do Tema 1031/STF

(Conclusão)

Normas da Lei 14.701/2023	Razões de veto presidencial	Tese do Tema 1031/STF
<p>Art. 32. O inciso IX do caput do art. 2º de Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 2º [...] IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição Federal, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas em 5 de outubro de 1988, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;</p>	<p>[...] Em que pese a boa intenção do legislador, este dispositivo, como já sinalizado quando da análise do veto do art. 4º, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público ao usurpar direitos originários previstos no caput do art. 231 da Constituição Federal, e já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de se adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas.</p>	<p>[...] I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; [...]</p>

Fonte: Brasil (2023a); Brasil (2023b). Autoria própria

Na decisão, o STF pontuou ainda que, caso não haja a ocupação tradicional indígena ao tempo no dia da promulgação da Constituição Federal, deve-se considerar a validade e eficácia como justo título ou posse de boa-fé nas terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, na impossibilidade de reassentamento dos particulares (art. 4º, do Decreto nº 1.775/96), caberá a eles indenização pela União.

A tese do Tema 1.031, definiu também que, não haverá indenização nas terras indígenas que já estejam reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, a não ser que o caso já esteja em juízo, conforme segue a decisão:

[...]

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 tituló a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; [...]

E em relação ao procedimento administrativo da União para a demarcação das terras indígenas, conforme o Decreto nº 1.775/96, a decisão o STF determinou o seguinte:

[...] VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo

caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT);

VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; [...]

A FUNAI institucionalmente vinha denunciando a tese do marco temporal, que se propunha a ignorar o longo histórico de esbulho possessório e violência praticada contra os povos indígenas, acarretando a expulsão de seus territórios, além de violar os direitos indígenas previstos na própria Constituição Federal de 1988 e em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário.

E, a decisão do STF, fortaleceu o instrumento técnico previsto no Decreto 1.775/1996, que regulamenta o artigo 17 da Lei 6.001/1973, para que seja elaborado por profissionais da área da antropologia, para o reconhecimento de terras de domínio, ocupadas ou habitadas por indígenas e as áreas para reserva, conforme segue:

[...] IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;

X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas;

XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI

e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei". Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 27.9.2023. (Brasil, 2023b)

Do início ao final do julgamento da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, representantes dos povos indígenas afirmaram que o marco temporal é uma ameaça a sobrevivência de muitas comunidades indígenas e de florestas, e que trará o 'caos' jurídico ao país e muitos conflitos em áreas já pacificadas, por provocar a revisão de reservas já demarcadas.

Ainda existe a intervenção judicial pelos partidos do PT, PCdoB e PV, para que o STF conclua com veemência sobre o 'marco temporal', evitando novas discussões em relação à ocupação tradicional da terra pelos indígenas, pois tal parâmetro não é compatível com a proteção constitucional na demarcação desses territórios.

E essa preocupação é legítima, porque a Lei nº 14.701/2023 mantém divergências sobre a questão do marco temporal, contrariando os efeitos da Tese do Tema 1031/STF, permitindo a reprodução de futuras demandas judiciais sobre o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, e reforça a insegurança jurídica pela sobreposição de interesses econômicos e de grupos políticos, para a supressão de direitos desses povos, como se fossem uma categoria de cidadãos de segunda classe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reivindicações indígenas resultam de um processo histórico de supressão de direitos, de marginalização e invisibilidade social. Entretanto, nos últimos trinta anos, com a redemocratização do Brasil, os povos indígenas, gradativamente, têm conseguido espaços para as afirmações de sua cidadania e de direitos civis e políticos, tendo maior participação à legitimidade cultural, direitos coletivos de seus territórios, direitos sociais em

educação e cultura, contempladas na Constituição de 1988.

Em dias atuais, para a demarcação de terras, os povos originários deparam-se com conflitos e divergências sobre a tese do 'marco temporal', de um lado interesses econômicos defendidos por posseiros abastados, e com grande força política, e de outro lado, os povos indígenas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

A tese do marco temporal é equivocada, por afirmar que a posse pelos povos originários deve ocorrer apenas às áreas ocupadas até a data da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, desprezando o passado de supressão de direitos em relação a sua existência antes da chegada dos portugueses, o que é motivo de preocupação pelos povos indígenas.

A proposta temporal foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, tendo a decisão assentada no Tema 1031, de que a Constituição Federal não delimitou data para a efetiva comprovação de posse e ocupação, e reafirmando a eficácia das normas constitucionais para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas à demarcação de terras, considerando o direito originário desses povos aos seus territórios, comprovados por laudo antropológico previsto em normas do ordenamento jurídico pátrio, como sendo um dos elementos fundamentais para a demonstração da ocupação tradicional desses povos, conforme seus usos, costumes e tradições.

Por outro lado, as normas da lei 14.701/2023, divergem do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e colidem com as normas constitucionais, desestabilizando o ordenamento jurídico, para subsidiar novas demandas judiciais sobre à ancestralidade desses povos às terras ocupadas, mesmo antes de 1500, pois delimita o marco temporal e impõe requisitos de comprovação de efetiva ocupação ou posse até a promulgação da Constituição Federal de 1988, em franca insegurança aos povos indígenas.

Nesta seara, o presente artigo não pretende esgotar o assunto, por

ainda pairar a possibilidade de novas controvérsias sobre o 'marco temporal', contra o reconhecimento da ancestralidade dos povos indígenas e de seus direitos à posse das terras por eles ocupadas, garantidos na Constituição Federal.

Contudo, o artigo buscou contribuir para uma reflexão quanto à eficácia das normas constitucionais sob dois aspectos, um no sentido mais restrito quanto à posse e à demarcação de terras indígenas, que resulta na concretização da preservação ambiental e da biodiversidade no Brasil, e em outro aspecto, em sentido mais amplo, no reconhecimento e compensação histórica aos povos indígenas de seus direitos como brasileiros, desde a colonização do Brasil, em face dos abusos na expropriação de seus territórios, no perdimento de muitos saberes tradicionais com a extinção de muitas etnias, e na sonegação de direitos subjetivos como originários que, por muito tempo, resultou em sua invisibilidade social como cidadãos, verdadeiramente, natos.

Por fim, espera-se que o artigo possa lançar luz e contribuir a um debate legítimo e racional, quanto aos direitos dos povos indígenas previstos na Constituição Federal, e contribua com o efetivo afastamento da tese sobre o marco temporal.

REFERÊNCIAS

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. Disponível em: https://www.portal.abant.org.br/publicacoes2/livros/Constituicoes_Nacionais_e_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 16 abr. 2024.

BARROS, Ricardo M. C; OLIVEIRA, Lourival J. **A função social da propriedade rural**. Unimar: Argumentum, v. 9, 2008. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1022/622>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BAUMAN, Zygmant. segundo Baumann. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2010.

BRASIL. **Ato Adicional de 1834**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/arquivonacional>. Acesso em: 05 abr. 2024

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. Brasília, DF: Dou, 28 dez. 2023 (a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão nº PETIÇÃO 3.388/RR. Relator: Min. Relator Ayres Britto. **Dje**. Brasília, 01 jul. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 05 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão nº RE 1.017.365. Tema 1.031 Relator: Min. Relator Edson Fachin. **Dje**. Brasília, 2023 (b). p. 1-33. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 05 maio 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CADEMARTORI, S.; KUHN, L. A tese marco temporal e o direito fundamental ao território indígena: uma visão a partir do constitucionalismo garantista. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 15, n. 1, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/32587>. Acesso em: 28 maio. 2024.

CANUTO, A. **Agronegócio: a modernização conservadora que gera exclusão pela produtividade**. Presidente Prudente: Revista Nera, v. 5, n. 7, 2004. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/1466>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CFESS. CFESS Manifesta: Dia da luta indígena. Conselho Federal de Serviço Social. Gestão Tempo de Luta e Resistência. Brasília, 19 abr. 2012. Disponível em: <http://www.cfess.org.br>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**: dados de 2015. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Concretizando Direitos Humanos – Direito dos povos indígenas. Brasília: Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/04/cadernos-stf-povos-indigenas-web-23-02-10.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 3, n. 37, p. 429-443, dez. 2018. Trimestral. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/d9Kq7jjTt8GqR8DqBSgQbTK/?lang=pt#>. Acesso em: 05 maio 2024.

DINIZ, Maria H.; SANTIAGO, Mariana R. **Função social e solidária da posse**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599091/>. Acesso em: 21 mai. 2024.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Política Indigenista**. 2016. <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/funai-participa-do-seminario-direito-territorial-indigena-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal>. Acesso em: 16 abr. 2024.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: Interpretação crítica. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MANAF, M. A.; TÁRREGA, M. C. V. B. Bastardos inglórios: a fragilidade dos direitos coletivos das comunidades quilombolas brasileiras quanto à identificação, reconhecimento e titulação das terras tradicionalmente ocupadas. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 5, 2018. p. 56-76. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1016>. Acesso em: 21 maio. 2024.

MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. BERGOLD, Raul Cesar (org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013 (p.13-32).

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário brasileiro**. 6.ed. ampl. e atual. Goiânia: AB, 2005.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-

[2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72). Acesso em 05 abr. 2024.

PAULINO, Eliane T. **O descumprimento da função da terra e a invisibilização do latifúndio como estratégia de classe: o caso de Mato Grosso**. Uberlândia: Caminhos da Geografia, v. 20, n. 71, set. 2019. Disponível em:

<https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/>. Acesso em: 3 abr. 2024.

SOUZA, Wlaumir Donisete de. Ribeirão preto e a questão da terra. **Serviço Social & Realidade**, Franca, v. 2, n. 17, p.320-345. Disponível em:

<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/SSR/article/viewFile/82/96>. Acesso em: 01 set. 2017.