



DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO

<https://doi.org/10.5281/zenodo.17978093>

MÁRCIA CRISTINA CARVALHO¹

FERNANDA CABELLO DA SILVA MAGALHÃES²

RESUMO: O presente artigo reflete sobre o direito originário dos povos indígenas à terra como uma garantia constitucional da dignidade humana. A pesquisa analisa a efetividade dos direitos fundamentais no estado constitucional e as atuais decisões judiciais acerca da demarcação de terras, com foco especial na controvérsia sobre a tese do "Marco Temporal". O objetivo é analisar o conflito jurídico e político estabelecido entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.017.365 e a subsequente promulgação da Lei 14.701/2023 pelo Congresso Nacional. A pesquisa é qualitativa, baseada em revisão bibliográfica de doutrina constitucional e antropológica, análise documental da legislação pertinente e da jurisprudência interna e internacional, com recorte temporal focado no período pós-Constituição de 1988, notadamente os eventos de 2009 a 2024. Demonstra-se que o Estado tem o dever de garantir o desenvolvimento social dos cidadãos, sendo a demarcação essencial, visto que a terra é um componente da ancestralidade indígena. Conclui-se que a instabilidade atual compromete a segurança jurídica e a sobrevivência desses povos, e que a tese do marco temporal se revela inconstitucional e inconvencional.

Palavras-Chave: Indígenas; Dignidade humana; Demarcação, Marco Temporal, Controle de Convencionalidade.

RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLE TO TERRITORY

ABSTRACT: This article reflects on the original right of indigenous peoples to land as a constitutional guarantee of human dignity. The research analyzes the

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Bauruense – UNIESB, bacharel em Administração de empresas pela Unisalesiano, escrevente técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lotada no gabinete da Terceira Vara de Santo André

² Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE); Pós Graduada em Direito Processual Civil, com ênfase em ensino superior pela Escola Superior da Advocacia do Estado de São Paulo – Núcleo de Bauru (ESASP/BAURU); Professora de Direito Processual civil e Direito Constitucional do Centro Universitário Bauruense – UNIESB mantido pela UNIESP S/A e coordenadora do Curso de direito da mesma instituição. currículo na plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/2902563717994046>. Endereço eletrônico diretoriasilvamagalhaes@gmail.com ou fernanda@smladvocacia.com.br. Contato: (14) 98810-8251; <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0006-7641-4199>



effectiveness of fundamental rights in the constitutional state and the current judicial decisions regarding land demarcation, with a special focus on the controversy over the "Temporal Framework" (Marco Temporal) thesis. The objective is to analyze the legal and political conflict established between the decision of the Supreme Federal Court in Extraordinary Appeal 1.017.365 and the subsequent enactment of Law 14.701/2023 by the National Congress. The research is qualitative, based on a bibliographic review of constitutional and anthropological doctrine, documentary analysis of relevant legislation, and domestic and international jurisprudence, with a time frame focused on the post-1988 Constitution period, notably the events from 2009 to 2024. It is demonstrated that the State has the duty to guarantee the social development of citizens, with demarcation being essential, as land is a component of indigenous ancestry. It is concluded that the current instability compromises legal security and the survival of these peoples, and that the temporal framework thesis proves to be unconstitutional and unconventional.

Keywords: Indigenous; Dignity of the human; Demarcation, Temporal Framework; Conventionality Control.

1. INTRODUÇÃO

Os povos indígenas foram historicamente excluídos da participação do poder estatal e da sociedade, encontrando-se em situação de vulnerabilidade. A Constituição Federal de 1988 representou um marco, obrigando o Estado a garantir uma vida digna a esses povos, visando diminuir a desigualdade social. Desse modo, é de grande relevância a defesa do direito dos povos indígenas sobre o território que ocupam tradicionalmente, pois sua sobrevivência depende da proteção integral da terra.

A existência e modo de vida dos povos indígenas depende do território, que por sua vez necessita de proteção jurídica integral, realizada através das políticas públicas protetivas de demarcação, como necessidade para a satisfação do mínimo existencial e da dignidade humana desses povos étnicos culturalmente diferentes e autodeterminados.

Observando-se os traços históricos sociais do nosso país é preciso que sejam entendido e aceito o fato de que os povos indígenas são partes de nós mesmos e que a luta deles por garantias de direitos é a luta de toda uma nação.

Nesse sentido, o Estado deve promover o reconhecimento pela sociedade brasileira das suas diferenças pluriétnicas e multiculturais, tendo como ponto central o respeito dos diferentes tipos de pessoas humanas que formam a



sociedade nacional, para o desenvolvimento social e bem-estar dos cidadãos, com fundamento na igualdade e dignidade humana.

Historicamente os direitos dos povos indígenas sofreram pelo próprio Estado a tentativa de aniquilação de sua cultura e de sua identidade, porquanto a noção de integralização do indígena à comunhão nacional tratava-se do processo de aculturação dos povos originários nativos.

A Constituição de 1967, a Criação da FUNAI e do Estatuto do Índio foram importantes conquistas aos direitos dos índios, apesar de ainda terem permanecido com a ideia integracionista, ficou mais clara a questão territorial, haja vista que são eles, os indígenas, os detentores do direito originário a esta terra pois já estavam nela desde o início de sua existência.

A proteção dos direitos dos povos indígenas se mostra como um relevante tema de direitos humanos na realidade brasileira, tendo em vista o histórico de marginalização social a que foram submetidos ao longo do processo de colonização do Brasil, por mais de 500 anos, bem como diante das novas ameaças das quais têm sido vítimas nos últimos tempos.

Nesse passo, o estudo sobre os seus direitos territoriais possui especial importância, à medida que a garantia à terra representa condição básica de sobrevivência e desenvolvimento a esses povos e garantia de preservação de sua cultura e, de outro lado, a sua negação representou, historicamente, uma forma absolutamente eficaz de garantir o extermínio de incontáveis grupos ou a sua condenação a viverem em condições de pauperização e de inviabilidade de subsistência.

Segundo Gruenbaum, (1998 apud Linhares, 2021, p. 473), antropólogo e sociólogo, em depoimento à Corte Interamericana:

Um tema fundamental na definição dos povos indígenas é a relação destes com a terra. Todos os estudos antropológicos, etnográficos, toda a documentação que as próprias populações indígenas apresentaram nos últimos anos, demonstram que a relação entre os povos indígenas e a terra é um vínculo essencial que dá e mantém a identidade cultural destes povos. Tem que se entender a terra não como um simples instrumento de produção agrícola, mas como parte do espaço geográfico e social, simbólico e religioso, com o qual se vincula a história e a atual dinâmica destes povos. A maioria dos povos indígenas na América Latina são povos cuja essência se deriva de sua relação com a terra, seja como agricultores, como caçadores, como coletores, como pescadores etc. O vínculo com a terra é essencial para sua autodefinição. A saúde física, a saúde mental e a saúde social do povo indígena estão vinculadas com o conceito de terra. Tradicionalmente, as comunidades e os povos



indígenas dos países na América Latina têm um conceito comunal da terra e de seus recursos.

Portanto, para que as Terras Indígenas cumpram seu conceito constitucional se faz necessário que o Estado promova sua proteção definindo seus limites.

A presente pesquisa, de natureza qualitativa, adota como metodologia a revisão bibliográfica e documental. A análise bibliográfica centrou-se em doutrina constitucional, de direitos humanos e antropológica, com recorte temporal focado em publicações posteriores à promulgação da Constituição de 1988. A análise documental e jurisprudencial investigou a evolução legislativa da proteção indígena, os debates do Caso Raposa Serra do Sol (2009), a tese firmada no Recurso Extraordinário 1.017.365 (2023) e o texto da Lei 14.701/2023, analisando a convencionalidade desta última frente aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Os direitos dos povos indígenas no país ocorreram de forma gradual, em um processo histórico longo e violento. Da colonização, no século XVI, com a imposição cultural e escravidão, passando pelo Diretório dos Índios (1757) que forçava a integração, e pelo Período Imperial, que manteve o objetivo de catequizar e civilizar, a tônica sempre foi a negação de seus costumes.

Com a República, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), de 1910, iniciou a responsabilização do Estado, embora com políticas indigenistas ainda integracionistas. A Constituição de 1934 foi a primeira a reconhecer o respeito à posse das terras por eles ocupadas, vedando sua alienação. Durante o regime militar (1964-1985), a Constituição de 1967 estabeleceu que as terras ocupadas integravam o patrimônio da União, mas os indígenas permaneciam tutelados, sem capacidade civil plena. Neste período, a FUNAI substituiu o SPI (1967) e o Estatuto do Índio (1973) foi um avanço ao defender a preservação da cultura, embora ainda mantivesse o dever conflitante de "integrar" os indígenas à comunhão nacional.

Quadro 1: Evolução da Legislação Indigenista e o Direito à Terra

PERÍODO/NORMA VISÃO SOBRE O INDÍGENA TRATAMENTO DA TERRA

Período Colonial

(ex: Diretório dos índios, 1757) “Primitivo” a ser “civilizado” Visto como mão de obra Exploração de recursos e remoções forçadas. Início da integração territorial.

Período Imperial (ex: Regulamento das Missões, 1845) Objeto de catequese e “civilização” forçada. Ocupação das terras para transformação dos indígenas em trabalhadores do Império.

República Velha

(ex: Criação do SPI, 1910) Início de uma política de “proteção” estatal -



Constituição de 1934 Reconhecido como possuidor de direitos fundiários.

Respeito à posse das terras permanentemente ocupadas, declaradas inalienáveis.

Regime Militar
(C.F. 1967 /

Estatuto do Índio, 1973) Visto como "relativamente incapaz", tutelado pela União.

Visão integracionista. Terras ocupadas são patrimônio da União, mas de usufruto exclusivo dos indígenas.

Constituição de 1988 Rompimento com a tradição integracionista.

Reconhecimento da cidadania plena, capacidade processual e respeito à organização social, costumes e línguas. Reconhecimento dos direitos sobre as terras como "direitos originários" anteriores à criação do Estado. Posse permanente e usufruto exclusivo

O marco fundamental foi a Constituição Federal de 1988, a primeira a dedicar um capítulo específico (Capítulo VIII) à proteção dos direitos indígenas. Houve o rompimento com a tradição secular de compreender os indígenas como uma categoria social a ser incorporada à unidade nacional. Foram reconhecidos seus direitos originários sobre as terras, assumindo-os como os primeiros ocupantes do Brasil. Além disso, a Constituição garante aos indígenas sua capacidade processual (art. 232) e o acesso a todos os direitos fundamentais. Contudo, a realidade ainda é de vulnerabilidade.

3 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Estado de Direito

O Estado de Direito surge após as Revoluções Burguesas ocorridas entre os séculos XVII e XVIII. A criação foi influenciada principalmente pela Revolução Francesa, e caracteriza-se por um Estado organizado por uma Constituição com valor jurídico. A ideia da Constituição como lei maior do Estado tem na Carta Magna Inglesa de 1215 seu primeiro embrião. O escrito já apresentava no século XIII elementos modernos e essenciais para o constitucionalismo, para limitação do poder do Estado e para direitos fundamentais para os cidadãos.

As Cartas Magnas e Constituições elaboradas pós-Revolução Francesa marcaram o fim dos Estados Absolutistas e a separação entre Estado e governantes.

Os direitos fundamentais e essenciais aos cidadãos foram incluídos ao longo dos séculos nos mais diversos países, levando em consideração os contextos históricos, sociais e as necessidades de cada local.

Para Silva (1988, p. 7):

Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, foi a construção do Estado social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

3.1 Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, as ações são voltadas para a garantia dos direitos sociais fundamentais.



O Estado democrático de direito é um conceito que se refere a um Estado em que existe o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais. Deve existir a garantia dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos políticos.

Segundo Nono (2019, s/p) são algumas características do Estado democrático de direito: soberania popular: o controle sobre o poder político é exercido pelo povo, que elege os governantes que vão lhes representar, o povo também é o destinatário dos direitos; importância da Constituição Federal, a Constituição é chamada de "Lei Maior" porque é a lei que estabelece quais são os princípios fundamentais que devem orientar as decisões no país; a ação e as decisões dos governantes devem sempre levar em consideração o que a lei estabelece, a lei coloca limites ao poder de decisão dos governantes; as ações dos governos devem ser voltadas ao respeito e à satisfação dos direitos dos cidadãos, isto é, faz parte das funções do Estado trabalhar para garantir a justiça social no país; divisão entre os três Poderes que fazem parte do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e cada um tem sua função;

O Legislativo é o responsável por fazer as leis que permitem que o Executivo tome decisões. Já o Judiciário é independente para julgar e deve ser imparcial nas suas decisões.

O Brasil é um Estado democrático de direito, de acordo com o que é expresso no artigo 1º da Constituição Federal de 1988: "Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)."

O Estado Brasileiro deve garantir os direitos básicos e essenciais para uma vida justa e confortável a todos os cidadãos, independente de cor, religião ou orientação política.

Os direitos básicos garantidos pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 são: direito à moradia; acesso à saúde; acesso à educação básica; acesso às informações pessoais; acesso ao sistema jurídico; sufrágio Universal.

Ainda segundo Nono (2019 s/p), o Estado Democrático de Direito se fundamenta e legitima a partir da "crença" de que o Poder Estatal emana do povo. Tem por princípio fundamental a democracia pluralista, conferindo abertura à participação social dos diversos representantes da sociedade civil, assegurando também o respeito aos direitos das minorias.

Os Princípios do Estado Democrático de Direito são:

- a) princípio da constitucionalidade: que exprime, em primeiro lugar, que o Estado democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);
- c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII);
- d) princípio da justiça social, referido no art. 170 (princípio da ordem econômica e da ordem social);
- e) princípio da igualdade (art. 5º, caput, e inciso I);
- f) princípio da divisão de poderes (art. 2º);
- g) princípio da legalidade (art. 5º, inciso II);
- h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. (Silva, 1988, p. 10).



4 DIREITOS DAS MINORIAS

As minorias sociais são as coletividades que sofrem processos de estigmatização e discriminação, resultando em diversas formas de desigualdade ou exclusão sociais, mesmo quando constituem a maioria numérica de determinada população. São exemplos de minorias sociais, atualmente, negros, indígenas, imigrantes, mulheres, homossexuais, idosos, moradores de vilas (ou favelas), portadores de deficiências e moradores de rua. (Nono, 2020, s/p).

Segundo o sociólogo Mendes Chaves:

“A palavra minoria se refere a um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, “maioritário”, ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria. (Chaves apud Enriconi, 2017, p.1)”

A respeito dos direitos das minorias, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O artigo 3º, IV, da Constituição também proíbe expressamente a discriminação com base em origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

A Constituição Federal também garante o direito das minorias, que inclui:

- O direito de ter uma vida cultural própria, juntamente com outros membros do grupo;
- O direito de professar e praticar a própria religião;
- O direito de usar a própria língua;
- O direito de acesso às fontes da cultura nacional;
- O direito de ter as manifestações culturais valorizadas e difundidas;
- A proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.

Desse modo, sendo os indígenas classificados como minoria social têm seus direitos assegurados pela Constituição.

Acerca disso, importante ressaltar que com a Lei Complementar 75, de 20.05.1993, as minorias étnicas, foram incluídas sob a tutela do Ministério Público Federal.

3.2 Direito das minorias no Direito Internacional

Em relação aos direitos das minorias no âmbito internacional, a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: dispõe que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, assim estabelecendo a igualdade formal e os direitos fundamentais para todas as pessoas;

Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 dispõe: apesar de não citar diretamente a proteção a grupos minoritários, entende-se que, historicamente, foram eles os mais afetados por ações de extermínio e genocídio.

Assim, a Convenção representou um grande avanço na proteção dessas populações; Convenção da UNESCO para Eliminação da Discriminação na Educação, de 1960: dispõe que os membros das minorias nacionais devem ter o direito de exercer as atividades educativas que lhe sejam próprias, inclusive o uso ou ensino de sua própria língua, garantindo a preservação de sua cultura;

Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, de 1992: dispõe que “Pessoas pertencentes a minorias



nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas têm o direito de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, de fazer uso de seu idioma próprio, em ambientes privados ou públicos, livremente e sem interferência de nenhuma forma de discriminação”, colaborando para a garantia dos direitos de minorias étnicas, religiosas e linguísticas.

Em especial, referente aos direitos internacionais dos povos indígenas, temos a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (ONU, 2008), da qual o Brasil é signatário.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

4.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê, de forma expressa, a dignidade da pessoa humana, colocando-a em lugar privilegiado, ou seja, no 1º artigo, inciso III, compondo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sendo assim, a dignidade passou a ser um dos pilares da Constituição Federativa de 1988 e do Estado Democrático de Direito, orientando, inclusive, direitos constitucionais e infraconstitucionais.

Conforme Sarlet (2011, p. 19 e 23), apud Kant:

Para Kant, dignidade é a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Sendo assim, a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

No art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade).

Segundo Sarlet (2011, p. 23 e 24):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto (...) para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas.



A dignidade da pessoa humana é um princípio essencial que sustenta os direitos fundamentais e a igualdade entre todos os indivíduos, sendo ainda mais crucial no contexto dos povos indígenas. Esses povos enfrentam desafios históricos e contínuos, como a luta por território, cultura e autodeterminação, elementos indissociáveis de sua identidade. Reconhecer e promover a dignidade dos indígenas não é apenas uma obrigação ética e jurídica, mas também um passo essencial para corrigir injustiças históricas, valorizar a diversidade cultural e garantir que todos os membros da sociedade sejam tratados com respeito e equidade.

4.2 O mínimo existencial

O mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 1988, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça. Como dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial possui caráter universal, sendo titularizado por todas as pessoas naturais, independentemente de qualquer outra condição.

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange, também, as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2^a turma, REsp 1.185.474, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20.04.2010).

Assim, a proteção do princípio máximo da dignidade humana resulta em fundamento de limitação Constitucional de todas as atividades estatais para garantir que os direitos do homem sejam plenamente exercidos, assentando a materialidade do princípio máximo da dignidade humana sobre o conceito do “mínimo existencial”, que se sustenta na concretização dos direitos sociais.

Em relação aos povos indígenas, a terra com o seu habitat adquire status de maior direito jusfundamental desses povos, sendo o bem material de maior importância que compõe o “mínimo existencial” para proteção da dignidade humana, pois é o local onde sobrevivem e, portanto, necessário para a realização dos demais direitos jusfundamentais, garantindo o bem-estar indígena e a preservação da autonomia cultural e social diferentes, aplicando-se o meta-princípio da dignidade humana de forma complementar aos direitos fundamentais para efetivação da política pública constitucional de demarcação das terras indígenas, apesar da complexidade da sociedade brasileira, que é multicultural.

5 CIDADANIA, IDENTIDADE DOS POVOS INDIGENAS E ANCESTRALIDADE

O conceito de cidadania indígena no aspecto formal jurídico, comporta o cidadão de direitos políticos, na condição de titular político de uma comunidade que pertença, que se reconhece por um vínculo de identidade prévia, pré-política, que no caso do Brasil é formada por grupos étnicos diferentes, multiculturais e autônomos.

Segundo o sociólogo Zygmunt Bauman (2025 apud SILVA, 2022), identidade é simultaneamente o comum e o indivisível e o diferente e inconfundível. A construção da identidade é precisamente um processo que leva em consideração contraste dialógico com os demais, uma operação baseada nas semelhanças e diferenças.



A terra é um componente da concepção de identidade pessoal do indígena, relacionada à vivência em comunidade, e assim a uma identidade coletiva, onde cada indivíduo tem uma função indispensável. Nesse sentido, as sociedades tradicionais se constituem pelo todo, pela cultura, reafirmando a ideia de coletivo. (Silva, 2022, p. 28 apud DANTAS, 1999).

“Os indígenas dispõem de um forte laço sentimental com a terra, chegando a ser apontado um vínculo espiritual sagrado, já que a “mãe terra” é quem dá ao indígena os meios necessários para que tenha uma boa vida, vivendo em uma conexão afetiva com a terra originária. A ligação com a terra originária é um componente de identificação indígena, permite ao indivíduo que este se identifique como membro de uma comunidade tradicional e histórica fundada nessa terra, em razão da sua localização geográfica, e dessa forma o direito à terra deve ser compreendido como um direito à identidade indígena, como direito à personalidade” (ROCHA, 2020 apud Silva, 2022, p. 49).

Portanto, a efetivação de direitos da cidadania para os povos indígenas pressupõe o reconhecimento de sua autonomia interna de organização social, que identifica a terra como elemento do direito de identidade, enquanto coletividades culturalmente diferenciadas, que necessitam ser ressignificadas socialmente para a efetivação e exercício da cidadania diferenciada multicultural dos povos indígenas, para uma participação democrática igualitária, baseada no diálogo e na razoabilidade jurídica e política, com fundamento na dignidade da pessoa humana, que dá uma eficácia reforçada de proteção máxima. (SILVA, 2022, p. 55).

Sendo assim, o direito à terra é fundamental para a preservação da cultura e existência dos povos indígenas, haja vista que, os direitos conquistados pelos povos indígenas na Constituição de 1988, tornam o Estado brasileiro responsável pelo cumprimento da efetivação desses direitos, promovendo políticas públicas para um atendimento qualificado de demarcação e proteção jurídica das terras indígenas, por ser o maior direito fundamental dos povos tradicionais, imprescindível para a preservação e a continuidade da ancestralidade, espiritualidade e tradição, implicando no reconhecimento de uma nova forma de cidadania. (Silva , 2022, p. 96).

6 DIREITO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS À POSSE

Na Constituição de 1988, os direitos dos indígenas estão expressos em capítulo específico (Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VIII, Dos Índios) com preceitos que asseguram o respeito à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições.

Desse modo, os povos indígenas têm o direito à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam. A posse das terras é originária, e os indígenas têm o usufruto exclusivo dos recursos naturais presentes nas terras.

De acordo com o texto constitucional, a obrigação de proteger as terras indígenas cabe à União. Nas Disposições Constitucionais Transitórias, fixou-se em cinco anos o prazo para que todas as terras indígenas no Brasil fossem demarcadas. Porém, o prazo não se cumpriu.

Também há garantias aos povos indígenas em outros dispositivos ao longo da Constituição. No Artigo 232, é garantida aos povos indígenas a capacidade processual, ao trazer expresso que “os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo, em defesa dos seus direitos e interesses”.

A definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas encontra-se no parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição Federal: “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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

Os indígenas têm a posse das terras, que são bens da União, contudo a necessidade de demarcação da terra indígena é a necessidade maior de toda a luta ancestral da população indígena no Brasil.

São determinados elementos, que definem uma sorte de terra como indígena. Presentes esses elementos, a serem apurados conforme os usos, costumes e tradições indígenas, o direito à terra por parte da sociedade que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo.

Nesse sentido, a demarcação de uma Terra Indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, é um ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional.

No que se refere às Terras Indígenas, a Constituição de 1988 ainda estabelece que: incluem-se dentre os bens da União (art. 20, XI); são destinadas à posse permanente por parte dos índios (art. 231, § 2); são nulos e extintos todos os atos jurídicos que afetem essa posse, salvo relevante interesse público da União (art. 231, § 6); apenas os índios podem usufruir das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2); o aproveitamento dos seus recursos hídricos, aí incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, só pode ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra (art. 231, § 3, art. 49, XVI); é necessária lei ordinária que fixe as condições específicas para exploração mineral e de recursos hídricos nas Terras Indígenas (art. 176, § 1); as Terras Indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas é imprescritível (art. 231, § 4) e ainda, é vedado remover os índios de suas terras, salvo casos excepcionais e temporários (art. 231, § 5). O Estado Democrático brasileiro tem que praticar medidas afirmativas para efetivação da política pública da Constituição de 1988 de demarcação das terras indígenas, que precisam ser determinadas para proteção jurídica eficaz do direito dos povos indígenas de posse e uso exclusivo dos recursos naturais, bem como, para reconhecer a identidade étnica originária e cultural diferentes, com certa autonomia jurídica dos grupos.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisões sobre direitos possessórios indígenas em que se discute a dimensão do direito das comunidades tradicionais sobre suas terras, inclusive nos critérios de lapso temporal e da exigibilidade da posse para fins de reconhecimento e demarcação, tendo como norte a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que é preciso analisar a posse das terras indígenas para além do conceito clássico de propriedade. Refere ainda que, mesmo que povos indígenas tenham saído de suas terras em razão da violência sofrida ou voluntariamente por um lapso temporal, o direito à terra permanece. Portanto, não há necessidade de prova de posse da terra em determinado período para que seja reconhecido o direito tradicional para fins de demarcação (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006, p. 72).

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram ratificadas pelo Brasil por meio do Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992 (Casa Civil, 2023, s/p).

7 POLÍTICA PÚBLICA DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Demarcar a terra indígena significa garantir o direito indígena à terra, o qual é de suma importância tanto para a preservação da identidade indígena, como para sua proteção jurídica, a fim de impedir a ocupação por terceiros. Portanto a demarcação de terras



indígenas é a mais importante maneira de assegurar a posse indígena no território tradicional.

Existem ao menos dois direitos territoriais indígenas distintos: o direito originário à terra tradicional, com todos os seus elementos, que independe de processo demarcatório, e o direito à delimitação dessa terra. Ocorre que, na prática, sem a demarcação, o direito à terra fica juridicamente desprotegido e vulnerável a outros títulos de propriedade que legitimam falsamente as invasões e as interferências nas áreas indígenas sob o argumento de que, uma vez que não está demarcada a terra, não há como saber se essa é ou não indígena (TEIXEIRA, 2006, apud Silva, 2022, p. 93).

Hoje a demarcação de terras é regida pelo Decreto nº 1.775, de 08/01/1996, sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso.

Anterior a esse decreto, a demarcação de terras indígenas era um ato meramente declaratório, após esse Decreto, foi introduzida a exigência do contraditório e a participação dos entes federados.

O procedimento de demarcação hoje encontra-se paralisado, considerando que para a efetivação da demarcação, há diversas etapas administrativas e jurídicas que devem ser obedecidas.

No entanto, há um impasse que paralisou todas as demarcações, haja vista que há uma divergência, entre o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, que inaugura a tese do Marco Temporal, sendo ratificada com a promulgação da Lei 14701/2023 e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, no qual foi determinada a repercussão geral, gerando uma insegurança jurídica e com isso paralisando todas as demarcações de terras indígenas em andamento.

7.1 Demarcação de terras indígenas no Brasil

A demarcação de terras Indígenas segue as diretrizes do processo administrativo definidas na Lei nº 6.001, de 19/12/1973 – Estatuto do Índio, bem como no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996, sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, que “dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas”.

Em resumo, segundo o sítio eletrônico “Povos Indígenas no Brasil”, para ocorrer a demarcação de uma terra como terra indígena, é necessário:

- Estudos de identificação: A Funai nomeia um antropólogo para elaborar estudo de identificação da TI. O estudo do antropólogo fundamenta o trabalho do grupo técnico especializado de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além do levantamento fundiário. E o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado à FUNAI.
- Aprovação da Funai: O relatório tem que ser aprovado pelo Presidente da Funai, que, no prazo de 15 dias, fará com que seja publicada em diário oficial nacional e local.
- Contestações: A contar do início do procedimento até 90(noventa) dias após a publicação do relatório, todo interessado, inclusive estados e municípios, poderá manifestar-se, apresentando ao órgão indigenista suas razões, acompanhadas de todas as provas pertinentes, com o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no relatório.
- Declarações dos limites da Terra Indígena: O Ministro da Justiça terá 30 dias para: (a) expedir portaria, declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física; ou (b) prescrever diligências a serem cumpridas em mais 90 dias; ou ainda, (c) desaprovar a identificação, publicando decisão fundamentada no parágrafo 1º. do artigo 231 da Constituição.
- Demarcação física: Declarados os limites da área, a Funai promove a sua demarcação física, enquanto o Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma



Agrária), em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-indígenas.

- Homologação: O procedimento de demarcação deve, por fim, ser submetido ao Presidente da República para homologação por decreto.
- Registro: A terra demarcada e homologada será registrada, em até 30(trinta) dias após a homologação, no cartório de imóveis da comarca correspondente e no SPU (Serviço de Patrimônio da União).

O procedimento de demarcação hoje encontra-se paralisado. Segundo dados recentes do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), existem atualmente 857 terras indígenas com pendências administrativas para serem regularizadas. A gravidade da situação é corroborada pela própria FUNAI, que admitiu em julho de 2025 que 304 terras não demarcadas são diretamente afetadas pela Lei do Marco Temporal. Esse impasse, como será visto, gera uma insegurança jurídica e social sem precedentes.

8 SITUAÇÃO ATUAL DAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

Para o entendimento de toda a dinâmica em que se encontram atualmente as demarcações de terras no Brasil, é importante citar alguns casos e teses relevantes.

8.1 Caso Raposa Serra do Sol

Trata-se de uma área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, alvo de uma disputa entre grupos indígenas e agricultores que ocupam a região.

A área é tradicionalmente habitada pelos indígenas Macuxis, etnia majoritária na reserva. A reserva compreende uma região de planície (Raposa) e uma montanhosa, ao norte (Serra do Sol). Cerca de 19 mil indígenas, de cinco etnias diferentes, vivem na região da reserva, agrupados em quase 200 aldeias, chamadas de malocas. O maior grupo é da etnia Macuxi, que convivem com Wapichana, Taurepang, Ingaricó e Patamona.

O governo do presidente Fernando Henrique Cardoso promoveu a demarcação da reserva em 1998, e o presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologou as terras em 2005. O laudo antropológico com base no qual a área foi demarcada diz que a extensão da área se justifica pela grande migração existente entre os índios das cinco etnias que vivem na região.

No início do século XXI, desencadeia-se uma acirrada disputa dentro e fora dos tribunais, envolvendo, de um lado, o Estado de Roraima e arrozeiros na reivindicação de demarcação da Terra Indígena em ilhas; ao contrário dos indígenas, que pleiteavam em áreas contínuas.

As ações possessórias, reclamações e liminares evidenciaram a oposição entre o Estado de Roraima e a União, especialmente a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), fazendo com que o litígio chegasse ao Supremo Tribunal Federal (STF).

O Supremo Tribunal Federal em 2008 confirmou a lisura do ato presidencial, contudo acatou 19(dezenove) condicionantes propostas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito, impondo frágeis condições à garantia de direitos dos indígenas nesse caso.

Por conseguinte, ruralistas e não indígenas assenhорaram-se das teses contidas nas condicionantes para mover ações revisionistas não só desta Terra Indígena, bem como de diversas Terras Indígenas no Brasil em anos posteriores.



8.2 Marco Temporal

O Marco temporal é uma tese jurídica segundo a qual os povos indígenas têm direito de ocupar apenas as terras que ocupavam ou já disputavam em 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição atualmente em vigor.

A tese surgiu em 2009, em parecer da Advocacia-Geral da União sobre a demarcação da reserva Raposa-Serra do Sol, em Roraima, quando esse critério foi usado.

A partir desta tese, abriu-se a oportunidade para que os opositores aos direitos indígenas propusessem outros dispositivos infralegais restritivos de direitos como a Portaria 303, em 2012, da Advocacia Geral da União (AGU), o Parecer 001/2017, ou Parecer Vinculante nº GMF-05 (ambos da AGU), sancionados pelo Presidente Michel Temer.

Essas portarias e pareceres foram determinadas 19 condicionantes e após tal determinação o Supremo Tribunal Federal, mais especificamente a 2ª Câmara, se debruçou sobre o tema e em síntese, decidiram que se os indígenas não estivessem de posse das terras, as quais reivindicam, na data de 05 de outubro de 1988, eles devem provar o remitente esbulho, ou seja, eles tem que provar que houve uma reação à invasão, que houve resistência por parte dos indígenas e para isso deveriam haver ações judiciais, ou uma prova de um enfrentamento de fato.

Contudo, analisando a política indigenista que foi realizada desde a chegada dos colonizadores no Brasil, juridicamente, os indígenas sempre foram tratados como sendo relativamente incapazes, sendo até a Constituição de 1988, tutelados por órgãos governamentais (SPI ou FUNAI).

Desse modo, eles não tinham sequer capacidade postulatória, então não haveria como terem ajuizado ações judiciais, ainda mais considerando que os próprios órgãos (SPI e FUNAI) que deveriam proteger os direitos indígenas são alvos de Comissões

Parlamentares de Inquérito acerca de atos contrários a esses direitos, incluindo entrega de terras indígenas, escravização etc.

Outrossim, em relação ao enfrentamento de fato, além da óbvia disparidade de forças entre indígenas e esbulhadores, exigir prova de enfrentamento de fato, seria como incentivar o exercício das próprias razões, contrário ao próprio direito.

Para por fim a essa disparidade, em julgamento ao Recurso Extraordinário 1.017.365 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Fachin, relator, determina que esse julgamento deverá ter repercussão geral, ou seja, terá efeito vinculante em julgamentos posteriores.

8.3 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 – Santa Catarina.

Em 2003, foi criada a Terra Indígena Ibirama-Laklânõ, mas uma parte dela, ocupada pelos indígenas Xokleng e disputada por agricultores, está sendo requerida pelo governo de Santa Catarina no Supremo Tribunal Federal (STF).

O argumento é que essa área, de aproximadamente 80 mil m², não estava ocupada em 5 de outubro de 1988.

Os indígenas Xokleng, por sua vez, argumentam que a terra estava desocupada na ocasião porque eles haviam sido expulsos de lá.

A decisão sobre o caso de Santa Catarina firmará o entendimento do Supremo Tribunal Federal para a validade ou não do marco temporal em todo o País, afetando mais de 80(oitenta) casos semelhantes e mais de 300(trezentos) processos de demarcação de terras indígenas que estão pendentes.

Nesse Recurso Extraordinário que ainda não transitou em julgado, devido embargos de declaração opostos, por maioria, uma tese de repercussão geral que rejeitou o marco temporal.

Em síntese, o STF decidiu que: (I) a demarcação é um procedimento declaratório do direito originário; (II) a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, incluindo terras para atividades produtivas, preservação ambiental e reprodução física e cultural;



(III) a proteção constitucional independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração de remitente esbulho; (V e VI) foram fixadas regras de indenização pela União aos ocupantes de boa-fé em terras de ocupação tradicional, distinguindo casos onde havia ou não ocupação indígena na data da promulgação; e (XIII) foi reafirmada a capacidade civil e postulatória plena dos povos indígenas.

No entanto, várias partes envolvidas entraram com recursos contra essas determinações haja vista que, como será tratado como repercussão geral, assim que transitar em julgado, deverá ter efeito vinculante em todos os casos (ações) que versarem sobre o mesmo tema.

8.4 Lei 14.701/2023

A Lei 14.701/2023, de 20 de outubro de 2023, regulamenta o artigo 231 da Constituição Federal e trata do reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. Importante ressaltar a promulgação dessa lei, haja vista que o projeto dessa lei se encontrava parado e com o advento da decisão do Ministro Fachin, a qual seria de repercussão geral, e claramente contrária à tese do Marco Temporal, a promulgação dessa lei foi rapidamente reavaliada e em tempo recorde foi votada e aprovada pelo Legislativo com a explícita intenção de superar a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

A referida lei em seu artigo 4º:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: I - habitadas por eles em caráter permanente; II - utilizadas para suas atividades produtivas; III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
§ 1º A comprovação dos requisitos a que se refere o caput deste artigo será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos.

§ 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 remitente esbulho devidamente comprovado. (BRASIL, 2023, Lei 14.701/2023).

Cabe mencionar que a aprovação do Projeto no Senado Federal se deu uma semana após a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (1.017.365) citado supra, que afastou a tese do marco temporal levando em conta os critérios constitucionais.

Com o julgamento da Ação da terra indígena do povo Xokleng, no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, o Ministro Fachin e o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decide rever o entendimento do Caso Raposa Serra do Sol, ou seja, ele acaba com a tese do Marco temporal, e com isso os indígenas não tem que provar o remitente esbulho e nem a posse em 05 de outubro de 1988. No dia seguinte ao julgamento, o Congresso Nacional faz movimentar um Projeto de Lei que já estava sendo discutido, mas que a partir de então, tem uma tramitação relâmpago na Câmara e no Senado e com isso é publicada a Lei 14701/2023, que vai desfazer o que foi determinado no caso de Repercussão Geral. Além disso, em menos de 24 horas após a aprovação da Lei, é distribuída uma Ação Direta de Constitucionalidade. (Onze Supremos: O Supremo e a questão indígena (com Déborah Duprat). Locução de Deborah Duprat e Davi Sobreira, 2024)

O Presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionou com 34(trinta e quatro) vetos a recém-criada Lei 14.701/2023 aprovada pelo Congresso Nacional (Presidência da República, 2023, s/p). Na argumentação dos vetos, a Presidência argumenta que a iniciativa



legislativa contraria o interesse público e incorre em vício de constitucionalidade (Senado Federal, 2023, s/p).

Além do veto à tese do marco temporal, também foram vetados: a possibilidade de exploração de terras indígenas, em cooperação ou com a contratação de não indígenas; a permissão para instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares; a ampliação da possibilidade de indenização às ocupações de boa-fé; o trecho que impedia a ampliação de terras indígenas já demarcadas e a adequação de processos demarcatórios em andamento nas regras da nova Lei (Senado Federal, 2023, s/p).

O Congresso Nacional derrubou os vetos ao marco temporal das terras indígenas. O apoio à rejeição dos vetos veio principalmente de políticos ligados à chamada bancada ruralista.

Diante da rejeição dos vetos presidenciais, a tese do marco temporal voltou ao Supremo Tribunal Federal em 2024, agora sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual votou a favor do marco temporal nos julgados anteriores.

Contudo, com a promulgação da lei, foram interpostas, uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 87), assim como duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 7583, ADI 7582 e ADI 7586) e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO 86).

Desse modo, mais uma vez caberá ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade do marco temporal que agora chega à Corte por meio do processo legislativo.

O fato é que os Poderes estão em divergência político jurídica diante da decisão de inconstitucionalidade do marco temporal proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2023, e a sequência de aprovação no Congresso Federal, sanção com vetos presidenciais e derrubada de vetos pelo Congresso da Lei 14.701/2023.

Ademais, levando-se em conta as decisões trazidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos possessórios indígenas, embasadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, tem-se um ponto de abertura para a aplicação do instituto do controle de convencionalidade à Lei Nº 14. 701, de 20 de outubro de 2023.

O Ministro Gilmar Mendes, relator das ações (ADC, ADI's e ADO), optou por, ao invés de respaldar a decisão de inconstitucionalidade do marco temporal já tomada pela Corte que ele mesmo integra, criar uma comissão para rediscutir o tema, inaugurando em agosto, o grupo de conciliação que até a conclusão do presente artigo ainda não foi noticiada.

9 O CONFLITO ENTRE PODERES E A INCONVENCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL

A sequência de eventos entre 2023 e 2024 expõe um grave conflito político e jurídico entre os Poderes Judiciário e Legislativo. A rápida tramitação e aprovação da Lei 14.701/2023 pelo Congresso Nacional, uma semana após o STF afastar a tese do marco temporal em sede de repercussão geral, foi uma manobra legislativa explícita para "desfazer o que

foi determinado no caso de Repercussão Geral".

O ponto nevrágico dessa lei é o seu Artigo 4º, que efetivamente positiva a tese do marco temporal, exigindo que os indígenas estivessem na terra na data da promulgação da Constituição, e condicionando a exceção (remitente esbulho) a uma comprovação de conflito.

Aqui reside a principal análise crítica deste trabalho. A exigência de comprovação de "remitente esbulho" ou de "enfrentamento de fato" ignora a própria história da política



indigenista brasileira. Como exigir capacidade postulatória ou resistência física de povos que, até 1988, eram legalmente considerados "relativamente incapazes" e tutelados pelo Estado?

O próprio órgão tutelar (SPI/FUNAI) é historicamente acusado de omissão e, em certos casos, de facilitar o esbulho. Exigir essa prova, como aponta o artigo original, é "incentivar o exercício das próprias razões, contrário ao próprio direito".

Ademais, a Lei 14.701/2023, ao ser promulgada após a derrubada dos vetos presidenciais pela bancada ruralista, padece não apenas de vício de inconstitucionalidade — por ferir o direito originário (Art. 231) e a dignidade humana (Art. 1º) — mas também de vício de inconvencionalidade.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto Nº 678/1992. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja jurisprudência o Brasil se comprometeu a seguir, possui entendimento consolidado de que a posse indígena transcende o conceito clássico de propriedade. A Corte já firmou que, mesmo que os povos tenham saído de suas terras (seja por violência ou voluntariamente), "o direito à terra permanece", não havendo necessidade de "prova de posse da terra em determinado período".

Portanto, a Lei 14.701/2023, ao fixar um marco temporal, viola diretamente as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. O fato de o STF, agora sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes nas ADIs que questionam a lei, optar por uma comissão de conciliação em vez de julgar imediatamente a inconstitucionalidade de uma tese que a própria Corte já rejeitou, agrava a insegurança jurídica e a instabilidade social, aumentando as animosidades em territórios conflagrados.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou refletir sobre a instabilidade jurídica e social que define a questão dos direitos territoriais indígenas no Brasil. A Constituição de 1988 representou o maior avanço normativo, reconhecendo o direito originário e a sociodiversidade do país, que conta com mais de 300 povos.

Contudo, a prática demonstra que o racismo institucional prevalece, dificultando a concretização desses direitos. A tese do marco temporal, agora positivada na Lei 14.701/2023, é a mais recente e grave tentativa de relativizar os marcos protetivos. Como demonstrado na análise, tal tese é incompatível com a Constituição, pois ignora o status tutelar dos indígenas pré-1988 e a natureza meramente declaratória da demarcação. Além disso, viola os compromissos internacionais do Brasil, notadamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A luta pela demarcação das terras é essencial, pois o vínculo territorial é a base para a continuidade da cultura, ancestralidade e espiritualidade dos povos tradicionais. A atual divergência entre o STF e o Congresso, e a opção do STF por uma conciliação onde deveria haver uma afirmação da constitucionalidade, deixa centenas de processos demarcatórios suspensos e coloca em risco a sobrevivência física e cultural desses povos, perpetuando o cenário de sociedade colonial denunciado por Quijano.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara Notícias. Da Redação - WS. Portal da Câmara dos Deputados. O que é marco temporal e quais são os argumentos favoráveis e contrários. Publicado

em 29/05/2023. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/966618-o-que-e-marco-temporal-e-quais-os-argumentos-favoraveis-e-contrarios>. acesso em 16/11/2024



BBC Brasil - Notícias - Entenda a polêmica em torno da reserva Raposa Serra do Sol. Disponível em:
https://www.bbc.com/portuguese/lg/noticias/2009/03/090317_raposaqandacq#:~:text=O%20laudo%20antropol%C3%B3gico%20com%20base,etnias%20que%20vivem%20na%20regi%C3%A3o. acesso em 16/11/2024.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 22^a ed., 2008.

Borges, Maria Creusa de Araujo; et al. Direito Internacional dos Direitos humanos. CONPEDI, 2024. Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade. Florianópolis. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/v38r977z/24v08k12/Am005mAPz6PN I3Kx.pdf>. acesso em 24/11/2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 3 ed., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

Enriconi, Louise. O que são minorias? Portal Politize! Publicado em 31/08/2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-sao-minorias>. Acesso em 24/11/2024.

Gonzaga, Alvaro de Azevedo. Deocolonialismo Indígena. Editora MATRIOSKA, BR. 2 ed. São Paulo - SP, Brasil: 2022.

Lenza, Pedro. Direito Constitucional. Editora: SARAIVA. JUR, 2022 (Coleção esquematizado). 26^a edição. São Paulo – SP, Brasil: 2022.

LINHARES, R. Povos Indígenas e a Relação com a Terra. Revista de Antropologia Social, vol. 12, n. 3, 2021.

Mapa de Conflitos. Injustiça Ambiental e saúde no Brasil. O caso da TI Raposa Serra do Sol e o perigo do efeito cascata sobre demarcações indígenas futuras e já homologadas. Disponível em:
<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/o-caso-da-ti-raposa-serra-do-sol-e-o-perigo-do-efeito-cascata-sobre-demarcacoes-indigenas-futuras-e-ja-homologadas/>. Acesso em 24/11/2024.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 23^a ed., 2008.

Novo, Benigno Núñez. Direito das Minorias. Fonte: Jus Brasil. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-das-minorias/734124727>. acesso em 15/11/2024.



Novo, Benigno Núñez. Estado Democrático de Direito. Fonte: Jus Brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/estado-democratico-de-direito/729515763>. acesso em 15/11/2024.

Oliveira, Cristiane de. Povos Indígenas: conheça os direitos previstos na Constituição. Agência Brasil. Publicado em 19/04/2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenas-conheca-os-direitos-previstos-na-constituicao> . acesso em 15/11/2024

Podcast: #216 O Supremo e a questão indígena (com Déborah Duprat). Onze Supremos . Davi Sobreira. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5W2WIJQ8rVUd1TCHg2GxLK>, . Acesso em: 15 nov. 2024.

Portal do Supremo Tribunal Federal. STF com você. O que faz. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/hotsites/comvoce/#:~:text=O%20STF%20julgou%20casos%20relacionados,respeitada%20e%20cumprida%20por%20todos>. Acesso em 24/11/2024.

Povos Indígenas no Brasil. Demarcações. Site da organização Povos Indígenas no Brasil. Disponível em : <https://pib.socioambiental.org/pt/Demarca%C3%A7%C3%B5es> . acesso em 17/11/2024.

Rê, Eduardo de et al. Equidade. Os direitos indígenas no Brasil. 07/07/2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/direitos-indigenas-no-brasil/>. acesso em 15/11/2024.

ROCHA, L. O Direito à Identidade Indígena. In: SILVA, Carlos Renato da. Política pública de demarcação das terras indígenas e a efetivação do direito fundamental dos povos indígenas. Editora Dialética. Edição do Kindle, 2022.

Rodrigues, Cláudia. Os direitos indígenas no Brasil. Site slideshare.10/11/2021. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/slideshow/os-direitos-indigenas-no-brasil/250627748>. Acesso em 24/11/2024.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Fededal de 1988 . 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Sarmento, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, A. C. (org). Identidade e Coletividade em Sociedades Tradicionais. In: DANTAS, M. Ensaios em Sociologia. Editora Povo, 1999.

Silva, Carlos Renato da. Política pública de demarcação das terras indígenas e a efetivação do direito fundamental dos povos indígenas. Editora Dialética. Edição do Kindle.



Silva, J. A. da. (1988). O estado democrático de direito. Revista De Direito Administrativo, 173, 15–24. <https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editora, 30^a ed., 2008.

Starck, Gilberto. Lei do Marco Temporal: Uma análise da Convencionalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE). ISSN 2318-5732 – vol. 12, n.2, 2024. Disponível em:
<https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1543/868>. Acesso em 15/11/2024

TEIXEIRA, J. A Proteção Jurídica das Terras Indígenas. *Cadernos de Direito Público*, n. 45, 2006.

Recebimento: 16/10/2025. Aprovação: 30/11/2025.

Revista Transversal

UNIESP S.A.
