

RESSONÂNCIAS DO TEMPO: REFLEXÕES E ANÁLISES DOS VOTOS DO STF NO R.E. 1017365 E A TRAMITAÇÃO DA LEI Nº 14.701/2023

RESUMO

O presente trabalho visa debater, de maneira sucinta, a teoria do Marco Temporal das terras indígenas, a qual foi levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário de número 1017365, posteriormente colocada em debate no Projeto de Lei nº 2903/2023 e na sanção e vetos da Lei nº 14.701/2023. O recurso extraordinário recentemente obteve maioria dos ministros contrários a tese, mas não de forma unânime. O Projeto de Lei 2903/2023 se converteu na Lei nº 14.701/2023, a qual teve vetos presidenciais sobre o Marco Temporal, que foi posteriormente derrubado pelo Congresso Nacional. Mediante uma abordagem dialética, poderemos responder se o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do acordo firmado pelos ministros, pode ser compreendido como defesa de direitos fundamentais e quais os desafios que a Lei nº 14.701/2023 impõe. A proposta deste artigo visa compreender o entendimento da maioria dos ministros no julgamento de um Recurso Extraordinário que firmou tese judicial acerca da constitucionalidade do território indígena, bem como realizar uma contribuição sucinta sobre um tema de grande importância e atual, que tem desafiado a democracia e a efetivação dos direitos fundamentais e ainda se encontra em debate com as ações constitucionais que questionam a constitucionalidade da Lei nº 14.701/2023.

Palavras-chave: Marco temporal. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

RESONANCES OF TIME: REFLECTIONS AND ANALYSIS OF THE VOTES OF THE STF IN R.E. 1017365 AND THE PROCESSING OF LAW Nº 14.701/2023

ABSTRACT

This paper aims to briefly discuss the theory of the Temporal Framework for indigenous lands, which was brought to the plenary of the Federal Supreme Court through Extraordinary Appeal number 1017365, later put up for debate in Bill 2903/2023 and in the sanction and vetoes of Law No. 14,701/2023. The extraordinary appeal recently obtained a majority of the ministers against the thesis, but not unanimously. Bill 2903/2023 became Law 14.701/2023, which had presidential vetoes on the Temporary Framework, which was later overturned by Congress. Through a dialectical approach, we will be able to answer whether the path taken by the Federal Supreme Court, within the agreement signed by the justices, can be understood as a defense of fundamental rights and what challenges Law 14.701/2023 imposes. The purpose of this article is to understand the understanding of the majority of ministers in the judgment of an Extraordinary Appeal that established a judicial thesis on the constitutionality of indigenous territory, as well as to make a succinct contribution on a topic of vital and urgent importance, which has challenged democracy and the fulfillment of fundamental rights and is still under debate with the constitutional actions that question the constitutionality of law 14.701/2023.

Keywords: Time frame. Fundamental rights. Federal Supreme Court.

Submetido em: 09/05/2024 Aceito em: 17/06/2024 Publicado em: 02/07/2024

Esp. Adriano Augusto da Silveira Rolim



Universidade de Fortaleza,
UNIFOR, Brasil
adriano.rolim@gmail.com

Esp. Paulo Henrique Benelli de Azevedo



Universidade de Fortaleza,
UNIFOR, Brasil
dp.benelli@hotmail.com

Esp. Fábio Aly de Freitas



Universidade de Fortaleza,
UNIFOR, Brasil
fabioaly@hotmail.com

Dr. Raimundo Pereira Pontes Filho



Universidade Federal do Amazonas,
UFAM, Brasil
pontesfilho72@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

Co Yvy Oguereco Yara! gritou Sapé Tiaraju em 1756, e seu brado ressoou por toda história. E apesar da derrota dos indígenas guaranis na batalha de Caiboaté, todos do velho e do novo continente entenderam que “*Esta terra tem dono*”.

Os anos se passaram, e com este tempo vieram a independência de Portugal, a monarquia brasileira, o fim da escravidão, a Proclamação da República, os regimes de exceção de 1937 e 1964, a redemocratização e a Constituição Federal 1988; e todo este tempo separa o grito de Sepé da nossa atual realidade, onde o clamor do líder indígena sobre a sua terra podem ter sido jogadas no esquecimento.

O esquecimento e tempo são as areias da ampulheta na qual o Supremo Tribunal Federal precisou se debruçar no Recurso Extraordinário nº 1017365, em que julgou a Teoria do Marco Temporal das Terras Indígenas. A tese do Marco Temporal é uma interpretação jurídica que defende que os povos indígenas só podem reivindicar a demarcação de terras onde já estavam estabelecidos na data de promulgação da Constituição Brasileira, em 5 de outubro de 1988. Os favoráveis a tese apontava para a necessidade de segurança jurídica e os contrários ao marco temporal alegavam violação a direitos fundamentais das comunidades indígenas. Atualmente a maioria do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese.

Neste contexto, este artigo explora o debate jurídico do Marco Temporal das Terras indígenas por uma análise de acórdão dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1017365, tendo por principal objetivo a análise dos votos dos Ministros e, em especial, o do relator Ministro Edson Fachin.

Também se faz um recorte sobre o PL 2903/2023, o qual se converteu na Lei 14.701/2023, que foi criada para institucionalizar no plano jurídico a teoria do marco temporal. A criação da Lei, o veto presidencial e as derrubadas do veto no Congresso Nacional são relatados neste artigo, como parte do debate dos direitos fundamentais das comunidades atingidas.

Finalmente, espera-se produzir uma reflexão acerca dos direitos fundamentais compreendidos no RE 1017365 e na Lei nº 14.701/2023, com o objetivo de contribuir academicamente para um sistema jurídico mais justo e equitativo, onde nenhuma voz, independentemente do idioma, seja silenciada ou esquecida.

2 CO YVY OGUERECO YARA! – O TEMPO E O MARCO

Larenz (1997), ao destacar a importância dos métodos específicos para cada disciplina, ressalta que cada área do conhecimento deve empregar suas ferramentas e perspectivas próprias para investigar questões relevantes. No contexto jurídico, isso significa que ao examinar questões como o marco temporal, é essencial adotar uma abordagem que seja estritamente jurídica, empregando métodos de jurisprudência para analisar e interpretar as leis e precedentes relevantes.

Não se pretende adentrar no debate antropológico ou sociológico acerca das implicações da tese do marco temporal, mas sim nos direitos constitucionais debatidos na decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, um preambulo fático se faz necessário para entender como uma discussão referente a uma reserva florestal no interior de Santa Catarina ganhou repercussão geral do Supremo Tribunal, que acabou por definir as regras para as terras dos povos indígenas.

O caminho jurídico, do processo iniciado com centenas de indígenas no interior catarinense – há pouco mais de 700 quilômetros de onde Sepé Tiajuru havia dado o seu brado – iria ser determinante para que diversos povos e diferentes etnias pudessem reverberar a secular voz de que “*aquela terra tinha dono*”.

As luas começam a ser contadas no dia 13 de janeiro de 2009, quando em uma área de 80.006,00 m² de propriedade da FATMA (Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina), em um local chamado “Reserva Sassafrás”, muitos indígenas ocuparam o terreno da fundação com o argumento que a terra era pertencente comunidade Xokleng da terra indígena La Klânô. A luta dos indígenas era para que a Terra Indígena Ibirama La-Klânô – habitada pelos Xokleng e por outros dois povos, os Kaingang e os Guarani – não fosse incorporada em áreas pleiteadas pelo governo de Santa Catarina e pelos atuais ocupantes de propriedades rurais, mas sim reconhecida como áreas ancestrais indígenas.

A FATMA, no ano de 2009, ingressou com o processo judicial de nº 2009.70.00.007349-5, na Vara Federal da Seção Judiciária de Mafra, com a pretensão de obter a de reintegração de posse da área discutida. A decisão de primeiro grau deu razão ao Estado de Santa Catarina, porém a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), apelou da decisão com o argumento que as questões relativas a direitos adquiridos, direitos reais, direitos possessório, prescrição e decadência destes casos somente poderiam ser dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a União defenderia ato do Ministro da Justiça contra atos e interesses manifestos do Governo de Santa Catarina, o que indicava potencial lesivo ao pacto federativo (Brasil, 2024).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), na apelação de número processual 168-27.2099.404.7214 (ST4-03-C) conheceu a apelação da FUNAI, porém deu causa, novamente ao Estado de Santa Catarina sob a alegação que não foi demonstrado que as terras seriam originariamente ocupadas pelos indígenas e confirmou a sentença em que fora determinada a reintegração de posse (Brasil, 2024).

Então restou a FUNAI, como flecha derradeira da aljava, lançar mão do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365 com solicitação de Repercussão Geral, em que buscou manter reconhecido o território tradicional do povo Xokleng sob a alegação de existência de violação aos direitos fundamentais do Art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV e, especialmente, ao Art. 231 do texto constitucional. Apontou a FUNAI que o acórdão do TRF da 4ª Região afastou-se da hermenêutica contida no artigo 231, caput, e §§ ao privilegiar o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis em detrimento do direito originário dos indígenas (Brasil, 2024).

Ainda, afirmou que, por se tratar de direito imprescritível da comunidade indígenas, as terras conformam-se como inalienáveis e indisponíveis, não sendo cabível, diante de todo o ordenamento jurídico, que se compreenda que os direitos indígenas ao usufruto das terras, ou quaisquer outros que a Constituição lhes confira, decorram da demarcação administrativa da área, pois os títulos de domínio referentes ocupação das são inoponíveis aos indígenas. A questão seria, então, “a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988”, a qual ainda não havia sido definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante, tampouco pelo legislador ordinário (Brasil, 2024).

As peculiaridades e questões indígenas, trazidas na questão de repercussão geral, denotavam uma possível ofensa ao texto constitucional, especificamente ao art. 231 da Constituição Federal, o qual dispõe que aos povos indígenas são garantidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Ademais, como aponta em seu parágrafo primeiro são terras ocupadas tradicionalmente pelos índios as que eles habitam de forma permanente, as que eles utilizam para suas atividades produtivas, e as são indispensáveis à conservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições.

A questão do marco temporal se dá exatamente no debate apontado no § 1.º do Art. 231 da CF, onde é descrito como “o caráter permanente” citado na Constituição. Os defensores da causa indígena indicam que esta expressão é voltada para o futuro e não diz respeito ao caráter

imemorial da situação presente ou passada, mas sim onde estudos antropológicos determinariam a situação atual que relevaria além de indícios do passado.

O constitucionalista José Afonso da Silva (Silva, 1997, p. 782) anotou que:

Terras ocupadas tradicionalmente não indica aí uma relação temporal. Se recorremos ao Alvará de 1º de abril de 1960 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupada tradicionalmente não significa ocupação ancestral. Não quer dizer, pois terras ocupadas desde sempre, ou qualquer das condições ou termos que as compõe, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, na cultura deles.

Para este debate, far-se-ia necessário a repercussão geral, colocando este julgamento além do caso específico com consequências para todos os povos e terras indígenas do Brasil, razão pela qual o que ficaria decidido vincularia obrigatoriamente as demais instâncias do Poder Judiciário e da Administração Pública. O ministro Edson Fachin, relator da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, ao analisar o pedido de repercussão, apontou a existência de conflitos, violação a direitos fundamentais, e a necessidade do STF em atuar, ativamente, para defender estes valores:

Assim, e sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, compreendo ser oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição – e, como já manifestei em oportunidade anterior, na qualidade de direitos fundamentais dos índios – possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional. A despeito dessa tutela das terras e do próprio modo de vida indígena, pelo texto constitucional vigente, e mesmo pelas previsões constitucionais e legais a ele anteriores, a questão indígena não se encontra resolvida ou ao menos serenada, razão pela qual, compreendo ser necessário que este Tribunal desempenhe uma vez mais sua tarefa de guardião da Constituição, lançando novamente um olhar a todas as questões imbricadas nessa temática que, para além de assentar questões meramente possessórias e de domínio, envolve a própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira. Assim, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, apesar do esforço hercúleo da Corte na Pet nº 3.388, não se encontram pacificadas, nem na sociedade, nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário. (Brasil, 2018).

Assim, ao final, em 21 de fevereiro de 2019, foi caracterizada a repercussão geral do tema (Tema 1.031), referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do contido no artigo 231 da Constituição da República. A decisão do Supremo Tribunal nesta repercussão geral servirá de parâmetro para a resolução, ao menos, de 82 casos semelhantes que estão sobrestados.

3 SEM COCAR, MAS COM TOGAS – A DECISÃO DO RE 1017365 PELO STF

O Recurso Extraordinário foi caracterizado como repercussão geral e houve então uma mobilização da sociedade civil para a defesa dos interesses que cada um dos lados acreditava como certo.

De um lado a FUNAI, a Defensoria Pública da União, o Conselho Missionário Indigenista e diversas Associações e organizações ligadas aos indígenas e aos Direitos Humanos

defenderam a inexistência de marco temporal para ocupação dos povos indígenas. Do outro lado do conflito, estavam diversos Estados da federação, a Advocacia Geral da União e Associações de Produtores Rurais, que pleiteavam uma noção clara de data com a intenção de obter segurança jurídica para a ocupação e demarcação das terras.

A Procuradoria Geral da República, por meio da procuradora geral Raquel Dodge, em um fundamentado parecer apontou que a tese do marco temporal ofenderia o Art. 231 da Constituição Federal, tendo se manifestado pelo provimento parcial do recurso extraordinário no que se refere à ofensa ao art. 231, *caput*, e parágrafos, da Constituição Federal (Brasil, 2024). O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu enfrentar a questão e os ministros passaram a manifestar seus votos.

No dia 09/09/2021 o Ministro Edson Fachin, relator do processo, apresentou seu voto e admitiu a repercussão geral do Recurso Extraordinário. Fachin afirmou que a teoria do marco temporal não considera os direitos indígenas como fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas que não podem ser suprimidas por emendas à Constituição. Em seu voto, apontou que a proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” não depende da existência de um marco nem da configuração do esbulho renitente com conflito físico ou de controvérsia judicial persistente na data da promulgação da Constituição (Brasil, 2021).

Sustentou que os direitos territoriais indígenas, previstos no artigo 231 da Constituição, visam à garantia da manutenção de suas condições de existência e vida digna, o que os torna direitos fundamentais. Ao final, manifestou pelo provimento do recurso interposto pela FUNAI para anular a decisão do TRF-4, que não considerou a preexistência do direito originário sobre as terras, conferindo hierarquia ao título de domínio enquanto prova da posse justa, sem proporcionar à comunidade indígena e à Funai a demonstração da melhor posse (Brasil, 2021).

O segundo ministro a votar foi Nunes Marques que, em 15/09/2021, apresentou sua divergência do relator. Afirmou que a decisão do STF no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388), em que foi adotado o marco temporal, é a solução que melhor concilia os interesses do país e dos indígenas. Segundo ele, esse parâmetro tem sido utilizado em diversos casos, e a revisão da jurisprudência ocasionaria insegurança jurídica e retorno à situação de conflito fundiário. Ademais, que a Constituição de 1988 reconheceu aos indígenas, entre outros pontos, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no entanto, essa proteção constitucional depende do marco temporal. Segundo Marques, a posse tradicional não deve ser confundida com posse imemorial. É necessária a comprovação de que a área estava ocupada na data da promulgação da Constituição ou que tenha sido objeto de esbulho, ou seja, que os indígenas tenham sido expulsos em decorrência de conflito pela posse (Brasil, 2021).

O terceiro ministro a votar foi Alexandre de Moraes, em 07/06/2023, o qual considerou que a data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) não pode ser utilizada como ponto de definição da ocupação tradicional da terra por comunidades indígenas. O ministro, em nome da segurança jurídica, propôs a necessidade de conciliar os direitos dos indígenas com os de produtores rurais que adquiriram as terras regularmente e de boa-fé. Ele sugeriu que, se for reconhecida a ocupação tradicional sobre terras que tenham uma cadeia de domínio legítima, os proprietários não sejam prejudicados. Nesses casos, a União deve ser responsabilizada e pagar indenização sobre o valor total dos imóveis, e não apenas sobre as benfeitorias (Brasil, 2021).

O ministro André Mendonça realizou sua votação no dia 30/08/2023 e afirmou que a Constituição Federal de 1988 visava estabilizar a situação dos povos indígenas quando foi promulgada. Por esse motivo, previu a conclusão das demarcações em cinco anos. Ele considera que os laudos antropológicos são essenciais para comprovar a tradicionalidade da ocupação, mas devem ser elaborados por uma comissão especialmente constituída para essa finalidade, podendo ouvir especialistas de outras áreas (Brasil, 2023).

O ministro Cristiano Zanin, no dia 31/08/2023, manifestou contra a imposição de qualquer marco temporal que possa prejudicar os direitos dos povos indígenas em relação à posse da terra. Ele acredita que a Constituição Federal de 1988 é clara ao afirmar que a garantia de permanência nas terras tradicionalmente ocupadas é essencial para a realização dos direitos fundamentais básicos desses povos. Reconheceu o direito à indenização das benfeitorias decorrentes das ocupações de terras indígenas feitas de boa-fé e defendeu a necessidade de indenizar o valor da terra nua, se for comprovada a aquisição de boa-fé. Contudo, nesses casos a responsabilidade civil não deve ficar restrita à União, mas também aos estados que tenham causado danos decorrentes de titulação indevida (Brasil, 2023).

Ainda nesta data, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou seu voto, também contrário ao marco temporal. Ressaltou que a Constituição Federal reconhece o direito das comunidades indígenas ao usufruto da terra, no entanto, limitado a existência de vínculo cultural ou a ocupação na data da promulgação da Constituição mediante a comprovação de laudos antropológicos. Em relação à indenização aos compradores de boa-fé, considera que a responsabilidade deve ser do ente federado que emitiu o título de posse (Brasil, 2023).

No dia 20/09/2023 foi a vez do Ministro Dias Toffoli apresentar o seu voto com a sustentação que a Constituição Federal de 1988, ao garantir aos povos indígenas o direito às terras tradicionais, levou em consideração a concepção dos próprios povos sobre seu território. Isso permitiu que a ocupação se estabelecesse de acordo com seus usos, costumes e tradições. O ministro entendeu que, nos casos em que a demarcação envolva a retirada de não indígenas que ocupem a área de boa-fé, deve-se buscar seu reassentamento. Caso isso não seja possível, a indenização deverá abranger, além das benfeitorias, o valor da terra nua. Esse valor será calculado em processo paralelo ao demarcatório e sem direito à retenção das terras (Brasil, 2023).

Com a maioria dos ministros contra a tese do marco temporal o julgamento seria retomado no Supremo Tribunal Federal no dia 21/09/2023, oportunidade em que eram aguardados os votos dos ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Gilmar Mendes. Nesta data, centenas de indígenas se aglomeraram no estacionamento do Supremo Tribunal Federal aguardando o desfecho da ação (Brasil, 2023).

O primeiro a votar naquela tarde foi o ministro Luiz Fux, o qual afirmou que a Constituição Federal de 1988, ao falar em terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, se refere às áreas ocupadas e às que ainda têm vínculo com a ancestralidade e a tradição desses povos. Ressaltou que essas áreas devem ser objeto da proteção constitucional, mesmo que não estejam formalmente demarcadas (Brasil, 2024).

Em seguida, votou a ministra Carmem Lúcia, a qual destacou que a Constituição Federal, ao estabelecer o estatuto dos povos indígenas, garantiu expressamente a manutenção de sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Para a ministra, a posse da terra não pode ser desvinculada dos outros direitos fundamentais garantidos a eles. Ela ressaltou que o julgamento trata da dignidade étnica de um povo que foi oprimido e dizimado por cinco séculos (Brasil, 2024).

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes também rejeitou a tese do marco temporal, desde que os ocupantes de boa-fé sejam indenizados, inclusive quanto à terra nua. Segundo ele, o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, que orienta as demarcações, deve observar objetivamente os critérios definidos na Constituição e atender a todos (Brasil, 2024).

A ministra Rosa Weber, presidente a época do STF, foi a última a votar. Afirmou que a posse de terras pelos povos indígenas está relacionada com a tradição e não com a posse imemorial. Explicou que os direitos desses povos sobre as terras por eles ocupadas são direitos fundamentais que não podem ser mitigados. Além disso, destacou que a posse tradicional não se limita à posse atual ou física das terras e lembrou que a legislação brasileira tradicionalmente trata da posse indígena sob a ótica do Indigenato, ou seja, de que esse direito é anterior à criação do Estado brasileiro (Brasil, 2024).

Ao final do julgamento o Supremo Tribunal Federal promulgou o acórdão que negou a tese do Marco Temporal. Transcrevemos a parte a respeito da teoria do marco temporal:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.031 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, nos termos do voto do Relator, vencidos o Ministro Nunes Marques, que negava provimento ao recurso, e, parcialmente, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso extraordinário, mas devolviam os autos à origem para que, à luz da tese aprovada, fosse apreciada a questão. Não votou, quanto ao mérito do recurso extraordinário, o Ministro André Mendonça, nos termos da questão de ordem apreciada no Plenário virtual. Em seguida, foi fixada a seguinte tese: “I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF [...]. (Brasil, 2024).

Adotando as ideias de Alexy (2008) entendemos que a Constituição deve ser interpretada de forma a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais. A decisão do Supremo Tribunal Federal apontou a demarcação de terras indígenas é um ato declaratório do direito originário dos povos indígenas sobre as terras que ocupam tradicionalmente e que esse direito fundamental não depende de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou ainda da existência de conflito ou controvérsia judicial na data da promulgação da Constituição. A fim de garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade dos direitos dos detentores de terras em disputa, o STF também fixou critérios para a indenização das benfeitorias úteis e necessárias feitas por particulares nas terras indígenas, assim como a validade dos atos e negócios jurídicos relativos a essas terras dos povos indígenas, conforme as diferentes situações de ocupação tradicional indígena.

Quando os votos dos ministros rechaçaram a tese do Marco Temporal, os índios que estavam no estacionamento do STF cantaram e dançaram em comemoração. Foi uma vitória para os povos indígenas os quais tinham conquistado uma decisão final que serviria como um modelo para resolver os demais casos que estavam em situações análogas.

A atuação jurisdicional do STF naquele momento teria se encerrado, porém, na casa ao lado, no Congresso Nacional, tramitava, desde o dia 1º de julho de 2023 o Projeto de Lei 2903/2023 e esta proposta legislativa colocava, desta vez no cenário legal, a tese do Marco Temporal.

4 RESSOAM OS TAMBORES DA GUERRA: O PL 2903/2023 E A LEI Nº 14.701/2023

Na Câmara dos Deputados, antes da ocupação dos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani no território da FATMA, foi apresentado pelo deputado Homero Pereira (PL/MT), em 2007, um projeto de lei que debatia a questão temporal e as terras indígenas, apontando para um marco temporal de 5 de outubro de 1988. Este projeto recebeu o número PL 490/2007 na época.

Em maio de 2023, quando a questão do Marco Temporal estava sendo debatida como repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e já havia os votos dos ministros Fachin (contra o marco temporal) e Nunes Marques (favorável), o projeto de lei foi colocado em votação e aprovado no Plenário da Câmara, com 310 votos favoráveis e 129 contrários. Posteriormente, a proposta legislativa foi renomeada para PL 2903/2021 e encaminhada ao Senado Federal.

No dia 13 de setembro de 2023, após a decisão do STF no RE 1017365, o senador Plínio Valério discursou no plenário do Senado e alegou que houve ativismo do Supremo Tribunal Federal. Verberou que a corte suprema, frequentemente, estaria ingerindo na autonomia do Poder Legislativo ao decidir assuntos da alçada do Congresso Nacional. No discurso, afirmou:

O juiz ativista assume o papel de protagonista, de alguém que toma iniciativas e não se contenta em ser mero avaliador das provas do processo ou de desempenhar o papel histórico do Judiciário, que é aplicar a legislação do país. O surpreendente está no ativismo tomar conta de todo o órgão judicial colegiado. (Brasil, 2023).

O Projeto de Lei 2903/2021, aprovado em 30/05/2023, na Câmara dos Deputados, passou a tramitar no Senado Federal e foi aprovado no Plenário em 27/09/2023, sendo posteriormente encaminhado à Sanção Presidencial. Visou especialmente regulamentar o artigo 231 da Constituição Federal, que trata dos direitos dos povos indígenas sobre as terras que ocupam, além de outros temas como o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão das terras indígenas. Estabeleceu como regra do marco temporal que as terras indígenas só podem ser reconhecidas e demarcadas se os povos indígenas comprovarem que já as ocupavam na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, contrariando o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a batalha perdida na planície, coube aos indígenas esperarem uma resposta do planalto, que recebeu o projeto de lei em 29 de setembro de 2023 para a sanção ou veto presidencial. Foi solicitado do Ministério dos Povos Indígenas uma recomendação técnica sobre o tema e, em resposta, o Ministério apontou a inconstitucionalidade de diversos artigos do projeto legislativo, em especial aquele que tange sobre o marco temporal. Entre os argumentos avocados pela nota técnica estão a ofensa do PL aos direitos fundamentais indígenas, dentre eles a violação ao princípio da proibição do retrocesso, que impediria a redução ou supressão dos direitos fundamentais já reconhecidos pela CF/88, como o direito originário dos povos indígenas sobre as suas terras tradicionais (Nota Técnica sobre o Projeto de Lei 2.903/2023, 2023).

Na noite de sexta-feira, 20 de outubro de 2023, o Presidente da República acatou a recomendação do Ministério dos Povos Originários e encaminhou a Mensagem de n.º 536, de 20 de outubro de 2023, comunicando vetos parciais ao projeto de Lei. Assim, o Presidente rejeitou partes da Lei que enfraqueciam a proteção às terras indígenas e possibilitavam a anulação de áreas já reconhecidas, além de dificultar a identificação de novas terras no futuro. O principal dos pontos rejeitados foi o que buscava trazer como forma legal a tese do Marco Temporal descartada em setembro pelo STF no RE 1017365. A Presidência da República que, apontou ainda que o Marco Temporal já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois possuía um “vício de inconstitucionalidade” e contrariava o “interesse público por usurpar direitos originários” e com isso, não caberia a um projeto de lei disciplinar

de modo contrário ao previsto na Constituição (Ministério dos Povos Indígenas celebra veto do presidente Lula ao PL do Marco Temporal, 2023; Mensagem n.º 536, 2023).

Com diversos vetos e, em especial, a tese temporal vetada pelo Presidente da República, o PL 2903/2023 foi sancionado e virou a Lei nº 14.701 de 20 de outubro de 2023. Entretanto, o dispositivo legal retornou ao Congresso Nacional, para os deputados e senadores avaliarem os vetos presidenciais.

5 AS ESCARAMUÇAS NA PLANÍCIE E O RETORNO DO DEBATE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após sucessivas sessões adiadas no Congresso Nacional para a análise dos vetos presidenciais, no dia 14 de dezembro de 2023 os deputados e senadores reuniram-se e desta escaramuça os vetos presidenciais saíram vencidos. Entre os deputados, 321 votos foram pela derrubada dos vetos, enquanto 137 pela manutenção. No Senado, 53 votaram pela derrubada e 19 a favor da manutenção, impondo-se, assim, a manutenção da Lei nos termos propostos pelas casas legislativas. Consequentemente, fez valer a tese que estabelece que os povos indígenas somente terão direito à demarcação de terras que já eram tradicionalmente ocupadas por eles no dia da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

Ainda que a tese do Marco Temporal tenha se firmado com a Lei nº 14.701/2023 e os povos indígenas tenham perdido a batalha, a guerra pelo tempo e a terra ainda continuam. Sob a alegação da inconstitucionalidade da Lei do Marco Temporal, alguns partidos políticos e associações ligadas aos povos originários, ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, alínea “a” da CF/88) para anular a lei aprovada. Como define o Paulo Bonavides (Bonavides, 2021), “a Ação Direta de Inconstitucionalidade é o mais importante meio de controle de constitucionalidade das leis, sendo um instrumento crucial para a preservação da ordem jurídica e dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição”.

Foram protocoladas duas ações alegando a inconstitucionalidade da Lei. A primeira é a ADI de número 7582, proposta pela Articulação Dos Povos Indígenas Do Brasil – APIB, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Rede Sustentabilidade (REDE), o qual alega a inconstitucionalidade integral da Lei nº 14.701/2023, incluindo a parte sancionada pelo Presidente da República. A segunda ação, ADI 7583, foi ajuizada pelos partidos governistas, como o Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Verde (PV), a qual sustenta a inconstitucionalidade apenas dos artigos que tiveram o veto presidencial derrubado com a intenção de estabelecer o texto sancionado pelo presidente da república.

Aqueles que defendem o marco temporal, a derrubada dos vetos presidenciais, e a Lei nº 14.701/2023 como foi proposta pelo Congresso Nacional também recorreram ao Supremo Tribunal Federal. Assim os partidos políticos de oposição ao governo e defensores da tese, como Progressistas (PP), Republicanos, Partido Liberal (PL) ingressaram com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, inc. I, alínea “a” da CF/88) de número 87 a fim de sanar qualquer dúvida ou incerteza existente a respeito da constitucionalidade daquela lei.

O tempo não é uma linha reta, mas o círculo voltou para onde começou retornando ao Supremo Tribunal Federal para analisar as três ações constitucionais sobre a Lei nº 14.701/2023. No compasso destas decisões inicia-se uma nova fase deste embate, em uma batalha ainda inconclusiva pelo direito de povos existirem além do tempo pactuado por seus colonizadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisamos as implicações jurídicas, no âmbito dos direitos fundamentais do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, foi realizada uma análise jurídica do trajeto, realizado a pés descalços sob a terra vermelha, do RE

1017365, tendo como fato gerador a ocupação dos indígenas Xokleng, Kaingang e Guaranis em Santa Catarina.

No Recurso Extraordinário 1017365, o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, decidiu rejeitar a tese do marco temporal indígena por compreender que marco temporal viola os direitos originários dos povos indígenas, que existem independentemente de qualquer ato estatal, e que não se pode exigir que eles estivessem em suas terras em uma data específica. Em uma decisão que garantiu a máxima efetividade aos direitos humanos, o Supremo ainda fixou critérios de indenização, como forma de garantir a segurança jurídica aqueles que tem posse da terra.

O STF findou por reconhecer o direito dos índios Xokleng, Kaingang e Guaranis sobre a área litigada no Estado de Santa Catarina. Esta decisão foi considerada histórica, representativa e paradigmática, pois consolidou o entendimento de que a demarcação das terras indígenas deve levar em conta os critérios da ocupação tradicional, da continuidade histórica e da identidade cultural dos povos originários. A decisão do Supremo Tribunal Federal ainda teve repercussão geral, ou seja, deverá ser aplicada aos demais tribunais nos inúmeros casos semelhantes.

O PL 2903/2023, aprovado pela Câmara dos Deputados, Senado Federal e encaminhado ao Presidente da República tinha como objetivo legal regulamentar o artigo 231 da Constituição Federal para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão das terras indígenas incorporando a tese do marco temporal indígena como critério para definir as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. O Congresso defende o PL 2903/2023 como uma forma de garantir segurança jurídica, desenvolvimento econômico e integração nacional.

A Lei nº 14.701/2023 foi promulgada pelo Presidente da República, mas sofreu veto parcial sob a alegação de vício de inconstitucionalidade, pois a tese do marco temporal contrariava o interesse público por usurpar direitos originários. O Congresso Nacional rejeitou os vetos do Presidente da República e promulgou a tese que os povos originários terão direito à demarcação de terras limitadas as que já eram tradicionalmente ocupadas no dia da promulgação da Constituição Federal.

Atentos que o Supremo Tribunal terá que se manifestar novamente sobre o Marco Temporal, agora tendo como base a Lei nº 14.701/2023, a ADC 87, a ADIN 7582 e a ADIN 7583, a leitura sobre este caminhar de decisões e julgados da Suprema Corte se fará necessária, esperando-se, ao final, que sejam preservados os direitos fundamentais dos povos originários.

Ao analisar o acórdão do STF, o debate legislativo do projeto de lei e a sanção e vetos da Lei nº 14.701/2023, este artigo compreendeu que a Constituição de 1988 tem um vínculo profundo com os direitos fundamentais como um todo, e não apenas com as liberdades individuais tradicionais. A Lei Maior assume como missão primordial promover a dignidade humana em todas as suas dimensões, inclusive das minorias vulneráveis, como os povos originários. Por isso, também sob esta ótica as cláusulas pétreas ultrapassar os direitos individuais em sentido estrito e abranger outros que também devem ser considerados como fundamentais por integrar o núcleo de identidade da Constituição de 1988.

Diante do exposto, conclui-se que o marco temporal indígena é um tema que exige um debate amplo e qualificado, sob diversas óticas e perspectivas, em que considere os aspectos jurídicos, políticos e sociais todos os atores envolvidos, bem como os valores constitucionais colocados neste conflito. No caso das defesas dos direitos fundamentais, como o dos povos indígenas na RE 1017365, reconheceu a história de violência e esbulho sofrida pelos povos originários, garantindo o direito originário e imprescritível sobre as suas terras ancestrais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BONAVIDES, P. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: controle normativo abstrato da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 20 ago. 2023.
- BRASIL. Manifestação. **STF**, 19 dez. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7993834>. Acesso em: 20 ago. 2023.
- BRASIL. Marco temporal das terras indígenas: quatro ministros são contra a tese e dois a favor. **STF**, 31 de ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513247&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.
- BRASIL. Marco temporal das terras indígenas: STF já tem cinco ministros contra a tese e dois a favor. **STF**, 20 de set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514462&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.
- BRASIL. Marco Temporal: para ministro André Mendonça, Constituição previu demarcação conforme cenário de 1988. **STF**, 31 de ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513167&ori=1#:~:text=%C3%A9Anico%20a%20votar%20nesta%20tarde,das%20demarca%C3%A7%C3%B5es%20em%20cinco%20anos>. Acesso em: 24 out. 2023.
- BRASIL. Marco Temporal: para ministro Nunes Marques, data de promulgação da Constituição define ocupação tradicional. **STF**, 15 de set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.
- BRASIL. Ministro Alexandre de Moraes vota contra marco temporal para demarcação de terras indígenas. **STF**, 15 de set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508605&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Ministro Fachin considera que posse da terra indígena é definida por tradição, e não por marco temporal. **STF**, 09 set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472697&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. **Nota técnica sobre o Projeto de Lei nº 2.903/2023**. Brasília, 22 ago. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/notas-oficiais/2023/08/nota-tecnica-sobre-o-projeto-de-lei-2-903-2023>. Acesso em: 29 out. 2023.

BRASIL. STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. **STF**, 21 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87**. Brasília, DF, 28 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6824155>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 7583**. Brasília, DF, 28 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6824472>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 7582**. Brasília, DF, 28 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6824370>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365 RG/SC**. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 27 de setembro de 2023. Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. DJe-s/n Divulg. 14-02-2024 Public. 15-02-2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1017365**. Brasília, DF, 27 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 19 out. 2023.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PLÍNIO critica ativismo judicial do STF nas atribuições do Congresso Nacional. **Agência Senado**, 13 set. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/13/plinio-critica-ativismo-judicial-do-stf-nas-atribuicoes-do-congresso-nacional#:~:text=O%20senador%20destacou%20que%20o,marco%20temporal%20das%20terras%20ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 19 out. 2023.