

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

AMANDA HELLEN DE SOUSA SANTOS
ELISALDO ALVES DA SILVA JÚNIOR
JACQUELINE ARAÚJO SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL PARA
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.017.365

TERESINA
2022

AMANDA HELLEN DE SOUSA SANTOS
ELISALDO ALVES DA SILVA JÚNIOR
JACQUELINE ARAÚJO SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL PARA
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.017.365

Artigo de Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado à banca examinadora
do Centro Universitário UNINOVAFAPI,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Macell Cunha Leitão

TERESINA

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

S237i Santos, Amanda de Sousa.

A inconstitucionalidade da tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas: a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 1.017.365. Amanda Hellen de Sousa Santos; Elisaldo Alves da Silva Júnior; Jacqueline Araújo Sousa. – Teresina: Uninovafapi, 2022.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2022.

21. p.; il. 23cm.

Orientador (a): Prof. Dr. Macell Cunha Leitão. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2022.

1. Inconstitucionalidade. 2. Marco temporal. 3. Indígenas. 4. RE 1017365 STF. 5. Direito fundamental I. Título. II. Silva Junior, Elisaldo Alves da. III. Sousa, Jacqueline Araújo. IV. Leitão, Macell Cunha.

CDD 340.22

AMANDA HELLEN DE SOUSA SANTOS
ELISALDO ALVES DA SILVA JÚNIOR
JACQUELINE ARAÚJO SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL PARA
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**
A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.017.365

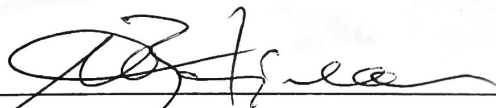
Artigo de Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado à Banca
Examinadora do Centro Universitário
UNINOVAFAPI, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Data de Aprovação: 16 / 11 / 2022

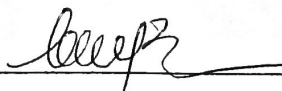
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Macell Cunha Leitão
Centro Universitário - UNINOVAFAPI
(Orientador)



Prof. Dr. Alexandre Augusto Batista de Lima
Centro Universitário - UNINOVAFAPI
(1º Examinador)



Profª, Dra. Cléa Mara Coutinho Bento
Centro Universitário - UNINOVAFAPI
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois, sem Ele, a conclusão desse ciclo não seria possível. Agradeço incondicionalmente aos meus pais Erisvaldo e Adriana e a minha irmã Viviane por sempre acreditarem e não medirem esforços para que meus sonhos fossem realizados, bem como a todos os meus familiares. Não posso esquecer de agradecer ao meu namorado Pedro por acreditar em mim, me encorajar e cuidar para que eu não desanimasse durante a construção desse trabalho. Agradeço, também, ao Issac Melo, meu pastor e amigo que abriu as portas para que eu me desenvolvesse profissionalmente e pessoalmente, além de incentivar constantemente a minha formação diante dos inúmeros desafios que surgiram no meio da graduação. Por fim, agradeço ao professor Macell Cunha Leitão por confiar e acreditar em nós para a construção deste trabalho tão desafiador e nos orientar com tamanha maestria. Agradecimento especial à instituição Uninovafapi pelos anos de ensino e incentivo a nós alunos.

Amanda Hellen de Sousa Santos

Agradeço, em primeiro lugar a Deus, por ter me permitido chegar até aqui, pois, sem ele, nada seria possível, por toda coragem e determinação para que os meus objetivos fossem alcançados. Apesar dos desafios e dificuldades nessa trajetória, consegui encarar todos com muita fé. Aos meus pais, Arlene e Otadiel, e ao meu irmão, Otávio, a minha imensa gratidão por todo o apoio e incentivo para que esse árduo trabalho pudesse dar certo. Minha gratidão a minhas parceiras de vida Karine e Glória, por todo o apoio e motivação durante esse tempo, e minha gratidão em especial a todos os amigos e amigas que me motivaram e desejaram energias positivas. Agradeço a todos os professores do curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi que, de alguma forma, contribuíram na minha vida acadêmica e, em especial, ao nosso orientador, Macell Cunha, por aceitar conduzir esse trabalho desafiador, nos direcionando, e pela confiança.

Elisaldo Alves da Silva Júnior

Agradeço a Deus por ter me sustentado e me dado forças para conseguir enfrentar os inúmeros desafios que apareceram nessa jornada. Minha gratidão eterna à minha mãe, Cleberlene, e ao meu pai, Cristóvão, por terem me apoiado incondicionalmente nesses longos e desafiadores anos. Agradeço aos meus irmãos, Ítalo e Lucas, por todo o companheirismo e apoio. Agradeço imensamente à minha tia, Laura, por ter sido tão essencial para a conquista deste sonho. Agradeço a todos os professores e professoras do Centro Universitário Uninovafapi e, de maneira especial, agradeço ao nosso orientador, professor Macell Cunha Leitão, por ter nos ajudado e direcionado na construção desse trabalho acadêmico.

Jacqueline Araújo Sousa

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a constitucionalidade da tese do Marco Temporal indígena e seus impactos, por meio do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC do Supremo Tribunal Federal. Para isso, a princípio, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com o objetivo de esclarecer o que seria a tese do Marco Temporal e sua origem por meio do julgamento do caso Raposa do Sol. Posteriormente, foi realizada pesquisa documental com a análise minuciosa do presente Recurso Extraordinário, seu trâmite e contexto, bem como a apresentação dos argumentos que norteiam o parecer da Advocacia-Geral da União, que defende a constitucionalidade da tese do Marco Temporal com base na interpretação da expressão “ocupam” presente no art. 231, caput da Carta Magna. Por fim, realizou-se a junção de ambas pesquisas, bibliográfica e documental, para analisar e argumentar o posicionamento do STF pela institucionalidade diante da demanda jurídica. Ao final, conclui-se que, de fato, a tese do Marco Temporal indígena fere direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, ademais, esta tese gera impactos sem precedentes aos povos indígenas nos âmbitos cultural, territorial, político e social, impossibilitando, ainda mais, o acesso desses povos aos seus direitos.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Marco Temporal. Indígenas. RE 1017365 STF. Direito Fundamental.

ABSTRACT

This article aims to analyze the constitutionality of the Indigenous Temporal Framework thesis and its impacts, through Extraordinary Appeal nº 1.017.365/SC of the Federal Supreme Court. For this, at first, bibliographic research was used in order to clarify what would be the Marco Temporal thesis and its origin through the judgment of the Raposa do Sol case. Subsequently, a documentary research was carried out, with a thorough analysis of this Extraordinary Appeal, its process and context, as well as the presentation of the arguments that guide the opinion of the Attorney General's Office, which defends the constitutionality of the thesis of the Temporal Framework, based on in the interpretation of the expression “occupy” present in art. 231, caput of the Magna Carta. Finally, both bibliographic and

documentary research were combined to analyze and argue the position of the STF by institutionality in the face of legal demand. In the end, it is concluded that, in fact, the thesis of the indigenous Temporal Framework violates fundamental rights guaranteed in the Federal Constitution, in addition, this thesis generates unprecedented impacts on indigenous peoples, in the cultural, territorial, political and social scope, making it impossible, even more, the access of these peoples to their rights.

Keywords: Unconstitutionality. Timeframe. indigenous. RE 1017365 STF. Fundamental right.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a constitucionalidade da tese do Marco Temporal Indígena através da análise crítica do caso abordado no Recurso Extraordinário nº 1.017.365 de Santa Catarina (BRASIL, 2020) o qual foi tramitado no Supremo Tribunal Federal, julgado no dia 21 de fevereiro de 2019.

A problemática a ser versada é questionar a constitucionalidade da tese do Marco Temporal por esta limitar os povos indígenas ao acesso ao direito às suas terras, uma vez que o Marco Temporal Indígena alterou a política de demarcação de terras indígenas, o que dificultou a possibilidade de os povos indígenas reivindicarem o direito sobre as terras que estes já estivessem ocupando no momento da promulgação da Constituição Federal.

Considerando que a temática do Indigenato se contrapõe à tese do Marco Temporal, de forma que essa defende que o normativo constitucional assegura a proteção do direito fundamental à terra aos indígenas, por estes serem povos tradicionais e originários. Logo, o estabelecimento de um Marco Temporal representaria uma grave violação aos direitos humanos desses povos tradicionais.

Por essa ótica, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o confronto constitucional da asserção jurídica do Marco Temporal, que determina que somente terras já ocupadas por povos indígenas, antes da promulgação da Lei Maior, possuem o direito de ser pleiteada, pois terras ocupadas em um período divergente não são passíveis de reivindicações judiciais. Tem-se como objetivos específicos identificar os impactos do julgamento do RE nº 1.017.365 do STF (BRASIL, 2020) para tais povos citados, bem como, constatar a mora do ente Federativo da União no processo de demarcação das terras indígenas.

Com o propósito de chegar ao resultado perquirido, utilizar-se-á na abordagem dos alcances desses objetivos o raciocínio dedutivo, que parte da premissa geral pela exposição do Marco Temporal Indígena de maneira integral, abordando seus dilemas a fim de alvejar a inconstitucionalidade apresentada pelo remédio recursal supracitado. E, para embasar com o método apresentado, empregar-se-á o procedimento bibliográfico na investigação da constitucionalidade do objeto deste presente estudo. Além disso, a pesquisa se baseará em averiguação documental como, à exemplo, o julgado, em que debaterá o escopo dos direitos sociais apresentados.

A temática delineada é relevante por conta do viés jurídico constitucional. Além disso, os povos indígenas, desde o período colonial, sofrem inúmeras violações, abusos aos seus direitos e garantias, os quais foram agravados nas últimas décadas pelo descumprimento da Constituição Federal. Portanto, se ansiamos por um país democrático, é necessário tornar a discussão acerca da demarcação das terras indígenas central, com o objetivo de, não apenas garantir direito a esses povos, mas, efetivamente, cumprir as normas constitucionais em respeito à ordem do Estado Democrático de Direito.

Posto isso, o presente trabalho irá discorrer, em primeira seção, sobre o Marco Temporal e os povos indígenas, na qual traremos a contextualização da problemática, trazendo embasamentos por meio de julgados e textos normativos prelecionados em ordenamento jurídico pátrio, além de convicções doutrinárias acerca do tema.

Em seguida, haverá a análise do Recurso Extraordinário, onde promover-se-á pontos que marcam a inconstitucionalidade da oposição normativa quanto ao ponto discorrido. Por fim, em último tópico, se ratificará a não constitucionalidade em relação ao direito protegido pela nova sede constitucional pátrio, o acesso às terras indígenas.

2 O MARCO TEMPORAL E OS POVOS INDÍGENAS

A diversidade dos movimentos culturais e a luta do povo indígena em contexto mundial contribuíram para a normatização de garantias fundamentais desses povos, tanto no âmbito internacional, como no nacional. Em primeira análise, o conceito de povo indígena foi tratado nas normas internacionais vigentes, em especial, na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, que entrou em vigor no Brasil em 25 de julho de 2003, em seguida promulgada em 19 de abril de 2004, como descreve o art. 2º, LXXII do Decreto nº 10.088 de 05 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019).

Portanto, diante do exposto acima, para que se considere um determinado grupo como povo indígena é necessário atender aos requisitos legais, como: ancestralidade, idioma ou dialeto, religião e culturas próprias conservadas, bem como a autodeterminação destes, visto que, ninguém, nenhum grupo ou o próprio

Estado, tem o poder para negar a identidade a um povo indígena ou tribal, que assim se reconheça (OIT, 2011).

Ao analisar as características das terras indígenas, Souza Filho entende que a Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam. A formulação do artigo 231 nos remete a três ideias-chave sobre as terras indígenas: em primeiro, o caráter originário deste direito; em segundo, a ocupação real e atual; e, por fim, a forma tradicional de ocupação (SOUZA FILHO, 1999, p. 21).

Segundo José Afonso da Silva, ao ponderar sobre a problemática das terras indígenas, discorre em seguida:

Declara-se, em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (art. 20, XI). A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (SILVA, 2006, p. 871).

Ressalte-se que a demarcação das terras indígenas é dever da União, tendo em vista que, consoante estipula o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no seu artigo 67, que dispõe que a “União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição” (BRASIL, 1988). Diante disso, resta demonstrado a mora deste ente federado competente para regularizar a demarcação das terras indígenas.

Ao examinar minuciosamente a temática do reconhecimento do direito originário dos indígenas à terra, compreende-se que: O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é, apenas, reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante (SOUZA FILHO, 1999, p. 22).

A competência para a demarcação de terras indígenas é da União e, na visão de Souza Filho (1999), esta tem caráter de mero ato administrativo, de natureza declaratória e que o Estado deve utilizar critérios originários e antropológicos, assim como a regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites do comando constitucional.

“A Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo. Está claro que o direito sobre as terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, pois, se a ocupação se faz segundo os usos costumes e tradições, há que se conhecer, em profundidade, a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo [...] Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto o critério é interno ao povo” (SOUZA FILHO, 1999, p. 24)

Diante do exposto, a tese do Marco Temporal foi criada em 2009, quando foi concluído o julgamento do caso Raposa Serra do Sol 3.388/RO, o que tornou um entendimento jurisprudencial apresentado durante o julgamento, no qual discutiu-se a constitucionalidade da demarcação contínua das Terras Indígenas.

A Relatoria do processo ficou a cargo do Ministro Carlos Ayres de Britto e, em referido julgamento, além do Marco Temporal, dezenove condicionantes foram estabelecidas para que seja considerada terra tradicional indígena passível de demarcação. Além disso, estabeleceu-se o chamado Marco Temporal de ocupação, coincidindo com a data de promulgação da Constituição de 1988.

O conteúdo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas elaborado na decisão do relator criou critérios para o reconhecimento e demarcação das terras indígenas. Segundo esta tese, para que sejam consideradas indígenas, as terras deveriam ter sido ocupadas efetivamente pelas populações indígenas na data da promulgação da Constituição, ou seja, 05 de outubro de 1988.

Posto isso, nos processos em que a tese do Marco Temporal vem sendo utilizada, se exige que o indígena prove o esbulho renitente, levando-se em conta a concepção branca de obrigatoriedade de luta pela posse da terra, como requisito à discussão pelo direito de posse de determinada área. No entanto, se o indígena tem garantido seu direito de viver de acordo com a sua cultura, compete ao Estado

reconhecer as suas formas próprias de resistência para além do ingresso com uma ação de reintegração de posse no sistema judiciário.

O Marco Temporal viola uma série de direitos previstos internamente e em documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário. Não leva em consideração o marco normativo existente na Constituição Federal de 1988, que protege o direito dos povos indígenas às terras tradicionais, sem a necessidade de cumprimento de outros requisitos além da prova de que se trata de um território tradicional.

Diante disso, cabe ao Estado o dever de demarcar as terras indígenas e assegurar a sua sobrevivência física e cultural dos povos indígenas do Brasil. As terras são bens da União. Sendo assim, a propriedade não é indígena, apenas é garantido a posse e o usufruto da terra. Os povos indígenas só podem ser removidos de suas terras em caso de catástrofe. Com a Constituição de 88, as comunidades passam a ter personalidade jurídica, deixam de ser tutelados pela FUNAI como previa o Estatuto do Índio (STARCK, 2020, p. 269).

3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.017.365 STF E SEUS IMPACTOS PARA OS POVOS INDÍGENAS

O Recurso Extraordinário nº 1017365 do Supremo Tribunal Federal, originado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região em Santa Catarina no ano de 2017, tem como Relator o Ministro Edson Fachin e as partes envolvidas são a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA - NOVA). Diante disso, o recurso foi reconhecido como de Repercussão Geral (Tema 1.301), visto que discute à luz da constituição:

[...] o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina (BRASIL, 2017).

Em primeira análise, referido recurso extraordinário foi interposto pela FUNAI por meio do acórdão do TRF da 4ª Região, este que aplicou a tese do Marco Temporal com o objetivo de fomentar a reintegração de posse favorável ao IMA-SC. Ademais, a área pertence à Reserva Biológica do Sassafrás. Posto isso, com a

análise do caso ora apresentado, em seu primeiro voto, o Ministro Edson Fachin, manifestou-se pela improcedência da tese do Marco Temporal, afirmando ser uma garantia constitucional à proteção aos direitos originários dos povos aborígenes sobre as terras tradicionalmente ocupadas, sem levar em consideração um Marco Temporal fixado na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (FERNANDES, 2021).

Posto isso, é notório a pertinência da discussão visto que há divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre a temática. Ademais, vale ressaltar que apesar dos esforços para fixar um entendimento sobre a constitucionalidade ou não da tese do Marco temporal indígena, a questão está longe de ser pacificada.

A Advocacia Geral da União (AGU) se posicionou no curso do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, e iniciou o parecer invocando precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento da petição Nº 3.388 em que foi tratado o Caso Raposa Serra do Sol. Ainda, destacou que, na época, o STF estabeleceu balizas interpretativas e as salvaguardas institucionais para a demarcação das terras indígenas no País. Desse modo, a AGU solicitou que o STF reafirmasse as condições estabelecidas no julgamento da petição Nº 3.388 sob o argumento de se assegurar a segurança jurídica (SILVA, 2016, p. 1).

A AGU ressaltou que, na época do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, o ministro relator Ayres Britto destacou que o Marco Temporal é o “Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra”. A partir disto, tornou a sustentar o argumento de que, com o estabelecimento do Marco Temporal, se prestigiaria e se asseguraria a segurança jurídica e, portanto, se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena (BRASIL, 2020).

Paralelo a isso, é notável a ênfase da AGU ao posicionar-se favorável à institucionalização do Marco Temporal indígena em garantir a segurança jurídica, pacificação do entendimento e consequentemente entendendo que, dessa forma, estará protegendo os direitos dos povos originários e do Estado.

Posto isso, tal argumento foi reforçado embasando-se no voto do Ministro Celso de Melo na época do julgamento do caso, o qual entendeu que a proteção constitucional deve considerar as ocupações desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa lei fundamental. Sustentou, ainda, o argumento de que deve prevalecer a força jurídica constitucional do precedente histórico, que

não se encerrou apenas na resolução do caso concreto, porque as condicionantes estabelecidas atuam como “verdadeiros pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação das terras indígenas no Brasil” e que, portanto, são aplicados de maneira reiteradas em julgamentos posteriores ao do caso (SILVA, 2016, p. 2). Diante disso, a União sustentou que, no recurso extraordinário em questão, por ter o fato da repercussão geral, entende necessária a reafirmação do entendimento consolidado para a manutenção da segurança jurídica acerca das decisões judiciais.

Concomitante a isso, observou-se com a emissão do parecer da Advocacia Geral da União (AGU), na qual manifestava-se favorável à tese, ora originada e defendida pelo STF, do Marco Temporal Indígena, sob a égide de que “[O] precedente busca harmonizar o direito à posse permanente dos índios em relação às terras que tradicionalmente ocupam e o direito à propriedade privada” (SILVA, 2016, p. 4).

Ademais, vale destacar a posição da AGU diante do mérito do RE 1.017.365 do STF, a qual “manifesta-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, porque a imissão dos indígenas na posse depende do reconhecimento da tradicionalidade das terras ocupadas, o que ocorre apenas com a conclusão do processo demarcatório” (SILVA, 2016, p. 6). Diante disso, fica o questionamento do que seria “o reconhecimento da tradicionalidade das terras ocupadas”, visto que a própria Constituição brasileira de 1988 determina que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são bens da União. Senão, vejamos: “Art. 20. São bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (BRASIL, 1988).

Posto isso, segundo dados do Governo Federal, através do Ministério da Saúde, apenas 60% das terras indígenas no Brasil estão em algum processo de reconhecimento. O Governo Temer, por meio da AGU, emitiu o Parecer 001/2017, no qual requer que as condicionantes do julgamento da Petição nº 3.388 sejam seguidas. Assim, percebe-se que não há intenção de se proteger os direitos dos povos indígenas (SILVA, 2016, p. 4).

Entre os argumentos utilizados pela Advocacia-Geral da União, está o de que a ocupação da área pelos povos indígenas restou comprovada pelo laudo historiográfico apresentado. Ainda, que o instituto do Indigenato se refere aos tempos do Brasil Colônia, sendo que, desde a Constituição Federal de 1934, as

terras ocupadas pelos índios são protegidas para fins de reconhecimento como terras tradicionalmente ocupadas. Afirma-se que não há o que se falar em lesão a terceiro, pois qualquer título é juridicamente nulo em relação ao direito que os povos indígenas possuem sobre as terras. (SOUZA FILHO, 1999, p. 251)

Nesse sentido, a AGU desfez o argumento trazido pelos autores de que haveria prejuízo à comunidade. Para tanto, sustentou, com dados do IBGE, que, ao contrário, os povos indígenas colaboram para o crescimento da economia local. Por fim, esclareceu que não há nenhum conflito na região que coloque em risco a segurança nacional, conforme alegado pelos Requerentes.

Todavia, argumenta a AGU que a oitiva do Conselho de Defesa Nacional (CDN), no caso de demarcação de terra indígenas, é facultativa e não obrigatória, pois, os critérios e as condições de utilização das terras demarcadas, quando forem, de igual modo, indispensáveis à defesa do território nacional, já estão fixados nos artigos 231 e 232, ambos da Constituição Federal, razão pela qual não há qualquer mácula a ser apontada no processo administrativo de demarcação da TIRSS (BRASIL, 2020).

Portanto, diferentemente, em concordância com o entendimento da AGU, o cerne da questão gira em torno do tempo em que se ocupou essa terra e se nesta são locais de desenvolvimento dos costumes e tradições indígenas, sem levar em consideração a violação de séculos que os povos indígenas sofreram, em seus direitos, terras e bens.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL INDIGENA

Partindo do pressuposto que o recurso extraordinário visa a unidade da aplicação da matéria constitucional e a defesa da supremacia da Constituição Federal (BAHIA,, p. 233), é relevante fazer essa análise acerca da inconstitucionalidade da aplicação do Marco Temporal na demarcação das terras indígenas, visto que essa tese afronta a Lei Maior e viola, materialmente, o que está disposto nela.

Na sequência, a demarcação de Terras Indígenas é imprescindível pois a uma preservação e a continuidade da ancestralidade, tradição, bem como de toda uma história vivida pelos povos tradicionais. Nesse quesito, a aplicação do Marco Temporal instituindo uma data para atestar o direito originário indígena e

demarcação do território, viola dispositivos constitucionais e legais ao limitar esses direitos à restituição de seus territórios, restringindo sua capacidade de organização e resistência aos processos de exploração das terras e dos recursos naturais e, em consequência disso, expõe homens, mulheres e crianças indígenas à violência crescente.

Diante disso, a utilização dessa tese coloca os povos indígenas em situação de vulnerabilidade, fazendo com que percam a oportunidade de ter seus direitos humanos primários, como o acesso à saúde e à educação, garantidos, uma vez que as terras tradicionais desses povos naturais são sagradas e distantes de comunidades urbanas. Sendo assim, vivem, muitas vezes, desprotegidos e restritos às proteções jurídicas e sociais, pois dependem de seus espaços naturais para a própria manutenção.

Paralelo a isso, a tese do Marco Temporal Indígena trouxe uma nova perspectiva sobre a demarcação de terras indígenas, sendo ela singularmente temporal, na qual vincula o direito à terra, a presença física da comunidade na data do dia 05 de outubro de 1988, logo, em concordância com o parecer da AGU.

Em seguida, vale destacar que, segundo o parecer de José Afonso da Silva “o direito do índio foi reconhecido e perfeitamente firmado durante o período colonial por meio de diversos alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses (...)” (SILVA, 2016, p. 4). Ou seja, a limitação temporal sobre os direitos originários dos povos indígenas sobre as suas terras ao dia 05 de outubro de 1988 é um engano por parte do Poder Judiciário, já que tal direito já havia sido reconhecido muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda, Afonso da Silva complementa ao declarar que

Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos originários*. Declara-se, em primeiro lugar, que *essas terras são bens da União* (art. 20, XI), como uma forma de propriedade vinculada com o fim de garantir os *direitos originários* dos índios sobre elas; assim, consagra uma relação jurídica fundada no *instituto do indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, da Constituição (SILVA, 2016, p. 5).

Por consequência, trazendo à luz da Carta Política, em seu art. 231, § 2º, entende-se que é um direito dos agrupamentos indígenas a posse permanente nas

terras tradicionalmente ocupadas: “§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (BRASIL, 1988).

Evidentemente, o Supremo Tribunal Federal, por meio do parecer da AGU no RE, simplesmente estabeleceu um Marco Temporal inexistente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, condensando o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionais.

Como resultado, os processos demarcatórios ultimados podem ser anulados sob argumentação de que os povos indígenas não estavam em posse das terras reivindicadas, o que contribui para o enfraquecimento da existência real dos direitos indígenas, já desprotegidos e para a contradição de todo um processo de reconhecimento e luta de uma minoria, que busca a constatação do direito às suas áreas tradicionais como um direito essencial para a sobrevivência, manutenção e permanência da sua cultura no presente e futuro (CUPSINSKI et al, 2017, p. 9)

Destarte, sua existência dependerá do entendimento do judiciário, sendo exatamente esta a luta dos povos indígenas, a saber, permanecer em suas terras e resistir à opressão sofrida desde o período colonial. Logo que a voz dos povos indígenas, em sua maioria, é negligenciada pela nação, fazendo com que sejam expulsos e espoliados de suas próprias terras. Posto isso, cabe à União, então, a responsabilidade de demarcar as áreas nativas e assegurar a sua sobrevivência física e cultural dos povos indígenas do Brasil.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, quanto à inconstitucionalidade da tese jurídica do Marco Temporal, é notável a afronta jurídico-constitucional que essa tese ocasiona, ferindo não somente a própria Carta Magna, como também o direito originário das comunidades indígenas à terra, concomitante a isso, as divergências doutrinárias existentes e a falta de consenso entre os juristas sobre a temática, traz ainda mais insegurança jurídica aos povos indígenas.

De igual modo, ressalta-se que tais comunidades aborígenes ocupam as terras baseando-se nos direitos originários, logo, não se pode resumir a demanda judicializada a uma disputa possessória. Posto isso, exigir a comprovação atual e recente da terra pelos povos indígenas para fins de se reconhecer essa como “terra

tradicionalmente ocupadas pelos índios”, bem como a validação de que naquele lugar a cultura, a tradição e os costumes indígenas estão sendo desenvolvidos pelo judiciário brasileiro, é negar uma série de fatos históricos importantes desde o período colonial brasileiro. Além disso, desconsidera preceitos basilares na construção daquela comunidade, como: língua, religião, costumes e organização.

Dessa forma, exigir que as comunidades em situação de conflito por terras comprovem o esbulho renitente é um entendimento extremamente equivocado por parte do sistema judiciário, em especial a AGU, que, além de enfatizar a tese do Marco Temporal em seus pareceres, busca tornar tal entendimento consolidado e vinculado a todos os precedentes jurídicos futuros. Em contrapartida, vale lembrar que as comunidades indígenas estão sob a tutela do Estado e tais propriedades pertencem à União, cabe a ela comprovar e defender os direitos originários desses povos. Posto isso, é inconstitucional limitar os direitos originários das comunidades aborígenes às suas terras à presença nela em 05 de outubro de 1988, pois a própria constituição não faz tal restrição temporal em seu texto, sendo o Marco Temporal uma interpretação que negligencia a história e o contexto social.

Analisando estes aspectos sobre a inconstitucionalidade do Marco Temporal indígena, percebe-se que é cincada e a sua imposição, a data de 05 de outubro de 1988 como data insubstituível e pertinente para determinar ocupação de um determinado espaço geográfico, viola os preceitos natos da Lei Maior. De mesmo modo, a exigência de comprovação de posse como prova por parte do grupo indígena em ocupar a terra consagradas por parte do judiciário brasileiro desqualifica e ignora uma série de fatos históricos importantes desde o processo de colonização.

Consequentemente, desconsidera questões básicas que envolvem as diferenças culturais, como a língua, costumes e formas de vivência daquelas comunidades. O conceito fundamental dos direitos dos Povos Indígenas sobre as terras é originário, inclusive as normas estabelecidas são imprescritíveis, ou seja, não prescrevem com o passar do tempo, como se observa no art. 231, § 4º, CF/88: “§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (BRASIL, 1988).

Em face do exposto, conclui-se que a aplicação do chamado Marco Temporal não recebe respaldo constitucional, ao contrário representa uma afronta em uma série de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o disposto nos artigos

231 e 232 da Carta Maior. Diante disso, não há que se falar em aplicação do Marco Temporal por mais de um motivo: primeiro pela existência do esbulho e da titulação a particulares e, depois, pelo ininterrupto risco psíquico e de preservação desses povos. Ou seja, sem dúvidas que o Marco Temporal, presente sutilmente em um parágrafo no acórdão da Petição 3388/RR (BRASIL, 2006), de forma isolada e desproporcional ao arcabouço constitucional do direito indígena, não se sustenta, seja pela incidência do §6º do art. 231 da CF/88, pela posse nativa e anímica, seja pelo esbulho praticado face os povos originários diante da afirmativa extraída do art. 231 da Lei suprema do Estado brasileiro.

Por fim, vale destacar que o objetivo da presente pesquisa foi alcançado com excelência, pois foi comprovado que a tese do Marco Temporal Indígena na demarcação de terras se configura como uma interpretação distanciada do contexto histórico e social, sendo visivelmente inconstitucional, logo, a consequência dessa será o desamparo às comunidades aborígenes, mortes, expulsão de suas próprias terras e a negligência dos seus direitos garantidos na própria Carta Magna, contribuindo para mais desigualdades sociais e jurídicas.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. Direito Constitucional, **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro - SP, v. 13, n. 1, dez de 2020, p. Disponível: <www.unifafibe.com.br/revistas/index.php/direitos-sociaispoliticas-púb/index>. Acesso em: 15 de out. de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out.. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Recurso Extraordinário nº 1017365**. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA. Relator: Ministro Edson Fachin. 6 de set. de 2020. Repercussão Geral. [S. L.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388, Ação Popular. Liminar Indeferida. Demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Ministro Ayres Britto. 6 de abril de 2006. Lex: Supremo Tribunal Federal. [S. L.], . Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.088 de 05 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm>. Acesso em 20 de out. de 2022.

CUPSINSKI, Adelar. et al. Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do Marco Temporal. **Conselho Indigenista Missionário**, Brasília, mai. 2018. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2018/05/terra-tradicionalmenteocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal/>>. Acesso em: 21 jul. 2021 Acesso em 20 de out. de 2022.

FERNANDES, Henrique Araújo e. RE 1017365: O Marco Temporal e a demarcação de terras indígenas. **OBSERVATÓRIO DA REFORMA NO STF**, 2021. Disponível em: <https://www.observatoriotrabalhistadostf.com/post/re-1017365-o-marco-temporal-e-a-demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas>.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

STARCK, Gilberto; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **O impacto da tese do Marco Temporal nos processos judiciais que discutem direitos possessórios indígenas**. 2019. Disponível em:

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonsomarco-temporal_.pdf>. Acesso em: 22 de out. de 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Nome completo, graduado (a) em Pedagogia pela Universidade Federal do Piauí e pós-graduanda em Revisão Textual pela UNYLEYA, declaro para o Centro Universitário UNINOVAFAPI que revisei o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado "**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.017.365**", dos alunos: Amanda Hellen de Sousa Santos, Elisaldo Alves da Silva, Jacqueline Araújo Sousa, ainda que o presente trabalho encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, de 04 de novembro de 2022.



Julie Ane de Araújo Lemos

CPF: 175.250.997-82