O MARCO TEMPORAL E OS DIREITOS DOS INDÍGENAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365

THE TEMPORAL FRAMEWORK AND INDIGENOUS RIGHTS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF EXTRAORDINARY APPEAL 1,017,365

André William de Castilho[1]

Orientadora: Profª. Dra. Sarah Francine Schreiner[2]

Resumo: O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 garante aos indígenas os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Entretanto, mesmo com esses direitos positivados, o Poder Judiciário enfrenta recorrentes demandas sobre a demarcação de terras indígenas. Nesse viés, o problema do estudo é: a partir do entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.017.365 em relação ao artigo 231 da Constituição Federal de 1988, o estabelecimento do marco temporal compromete os direitos dos indígenas no Brasil? O objetivo geral é verificar se o estabelecimento do marco temporal compromete os direitos dos indígenas no Brasil. Os objetivos específicos são definir os indígenas como sujeitos de direito, e especificar seu tratamento jurídico na estrutura constitucional e civilista nacional; explicar a natureza jurídica da demarcação de terras indígenas; estudar os termos da decisão do Supremo Tribunal Federal e verificar, constitucionalmente e a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal, se o estabelecimento do marco temporal compromete os direitos dos indígenas no Brasil. A metodologia é exploratória e qualitativa. Como resultados, há um evidente prejuízo aos direitos indígenas a partir da definição de um marco temporal, tendo em vista que exigir a presença e resistência das comunidades indígenas na data de promulgação da Constituição Federal de 1988 em suas terras, das quais vem sendo esbulhadas há décadas, fortalece a propriedade privada e o avanço exploração rural no Brasil, comprometendo os direitos desses povos originários.

Palavras-chave: Constituição Federal; demarcação de terras indígenas; marco temporal; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Article 231 of the 1988 Federal Constitution guarantees indigenous people original rights to the lands they traditionally occupy, with the Union being responsible for demarcating them. However, even with these rights codified, the Judiciary faces recurring demands regarding the demarcation of indigenous lands. In this context, the research problem is: based on the understanding of the Plenary of the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 1,017,365 in relation to Article 231 of the 1988 Federal Constitution, does the establishment of the temporal framework compromise

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE) Campus São Bento do Sul.

[2] Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE) *campus* São Bento do Sul, Doutora em Filosofia (PUC/PR – bolsista UNIEDU), Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas (PUC/PR – bolsista CAPES).

the rights of indigenous peoples in Brazil? The general objective is to verify whether the establishment of the temporal framework compromises the rights of indigenous peoples in Brazil. The specific objectives are to define indigenous peoples as legal subjects, and to specify their legal treatment within the national constitutional and civil law structure; to explain the legal nature of the demarcation of indigenous lands; to study the terms of the Supreme Court decision; and to verify, constitutionally and based on the STF ruling, whether the establishment of the temporal framework compromises the rights of indigenous peoples in Brazil. The methodology is exploratory and qualitative. As results, there is evident harm to indigenous rights from the definition of a temporal framework, considering that requiring the presence and resistance of indigenous communities on the date of promulgation of the CRFB/88 on their lands, from which they have been dispossessed for decades, strengthens private property and the advance of rural exploitation in Brazil, compromising the rights of these indigenous peoples.

Keywords: Federal Constitution; Indigenous land demarcation; temporal framework; Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Mesmo após décadas do longo processo de extermínio de aldeias inteiras pelos governos imperiais, o Brasil tem dificuldades para a demarcação de terras indígenas, pois parte dos povos originários perderam seus territórios – que posteriormente seriam declarados públicos – durante o domínio europeu no século XVI.

Para garantir o mínimo de preservação e reparação histórica, social e cultural dos remanescentes indígenas no país, muitos atos legais buscaram reparar os danos causados aos povos originários, podendo-se citar que, durante o período colonial, em 1º de abril de 1680, o Alvará Régio reconheceu o Indigenato, ou seja, o direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, teoria esta, inclusive, adotada pela atual Constituição Federal de 1988[3]. E o Alvará Régio de 06 de junho de 1775, determinou que na concessão de sesmarias se respeitassem o direito dos indígenas, primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas.

Em matérias constitucionais, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos indígenas à posse de suas terras, e desde então, nenhuma outra Constituição deixou de incluir tal garantia. A CRFB/88 separou um capítulo para tratar dos direitos e garantias fundamentais dos indígenas, composto pelos artigos 231 e 232. Entretanto, mesmo considerando positivados tais direitos, o Poder Judiciário

[3] A partir desta nota, a Constituição Federal de 1988 será referenciada com a sigla CRFB/88.

enfrenta demandas que versam sobre a demarcação de terras indígenas, as quais, em grande parte, revelam conflitos entre particulares e comunidades nativas que disputam a posse e propriedade de territórios.

Por isso, o problema do estudo consiste em verificar, a partir do entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal[4] no Recurso Extraordinário 1.017.365 em relação ao artigo 231 da CRFB/88, se o estabelecimento do marco temporal compromete os direitos dos indígenas no Brasil.

O objetivo geral da pesquisa é, a partir de tal decisão, analisar se o marco temporal, expressão essa definida a partir da análise do caso Raposa Serra do Sol na Petição 3.388 pelo STF e normatização, por meio da Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023, que definiu a data de promulgação da CRFB/88, em 05 de outubro de 1988, como data certa como marco temporal para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por uma etnia autóctone, afeta direta ou indiretamente os direitos das comunidades indígenas, aqui consideradas como sujeitos de direitos.

Os objetivos específicos são definir os indígenas como sujeitos de direito e especificar seu tratamento jurídico a partir da CRFB/88 e da estrutura civilista nacional; explicar a natureza jurídica da demarcação de terras dos povos indígenas, a partir do artigo 231 da CRFB/88; estudar os termos da decisão do Pleno do STF Recurso Extraordinário 1.017.365 em relação ao artigo 231 da CRFB/88 quanto ao estabelecimento *marco temporal* para demarcação de terras indígenas e verificar, a partir dessa decisão, se o estabelecimento do *marco temporal* compromete os direitos dos indígenas no Brasil.

Compreende-se as comunidades indígenas como povos formadores da sociedade brasileira, portadores de rica carga histórica, social e cultural que reverbera por todas as gerações nacionais, e o contexto de esbulho aos quais as comunidades indígenas foram submetidas, e como até os dias de hoje precisam de políticas públicas em todas as esferas de governança para garantir a preservação de seus costumes, práticas e tradições.

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS INDÍGENAS NO BRASIL

[4] A partir desta nota, o Supremo Tribunal Federal será referenciado com a sigla STF.

O primeiro artigo do Código Civil destaca que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e antes, ainda, da atualização na normatização civilista do país, a redação da CRFB/88 separou um título denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, com o objetivo de garantir a dignidade dos brasileiros, como cláusula indisponível, na inserção da ordem social.

Gagliano e Pamplona Filho (2025) esclarecem que a personalidade jurídica é a aptidão para titularizar direitos e contrair deveres, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes, e possui capacidade de direito ou de gozo.

Nesse viés, o inciso III do artigo 6º do Código Civil anterior ao atual, determinava que os indígenas eram incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer e, além disso, o parágrafo único do mesmo artigo afirmava que os nativos ficariam sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessaria à medida que se fossem adaptando a civilização do país.

A ideia de tutela por incapacidade tem ascendência histórica na legislação nacional, valendo registrar o Decreto nº 426, de 24 de julho de 1845, conhecido como Regulamento sobre as Missões de Catequese e Civilização dos Índios, que estabeleceu no artigo 5º que "A capacidade, de fato, dos índios sofrerá restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada".

Para efetivar a adaptação dos indígenas à civilização do país, prevista no texto civilista, criou-se em 1910 o Serviço de Proteção ao Índio, e com a Lei nº 5.484 de 27 de junho de 1928, determinou-se que esse órgão seria responsável pela tutela indígena diante da incapacidade civil destes, prestando toda a assistência necessária para concretização da sua autonomia, a partir de sua completa integração à civilização.

De acordo com o Instituto Socioambiental (2018) fragilidades econômicas e de formação de seus servidores comprometeram a eficácia do Serviço de Proteção ao Índio, havendo denúncias envolvendo situações de fome, surtos de doenças, assassinatos e até casos de escravização de indígenas. Com isso, como alternativa, em 5 de dezembro de 1967, pela Lei nº 5.371 foi criada a Fundação Nacional do Índio, atualmente denominada de Fundação Nacional dos Povos Indígenas[5].

[5] A partir de agora referenciada como FUNAI.

Ainda, o Instituto Socioambiental (2018) afirma que o regime tutelar ao indígena permaneceu durante anos no Brasil, sendo ratificado com a promulgação do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, durante a Ditadura Militar. Essa norma, ainda vigente, reforça os direitos dos povos indígenas, apesar de manter o regime tutelar a cargo da Funai, o que comprometia a plena autonomia indígena, cenário finalmente modificado, com a promulgação da CRFB/88, a qual não recepcionou o entendimento de que os indígenas eram relativamente incapazes e precisem estar sob a tutela do Estado.

Conforme comenta Barbieri (2021), a atual CRFB/88 produz um sistema de normas que visa melhor proteção aos interesses indígenas, deixando de lado a política protecionista de integração ou assimilação da sociedade nacional. O reconhecimento dos direitos relativos à capacidade plena de ser sujeitos de direitos e deveres dos autóctones são uma inovação, valendo registrar que, a respeito dos direitos a terra, os indígenas já os tinham descritos em todas as constituições brasileiras anteriores.

Foi a partir da Constituição de 1934, que o direito dos indígenas a seus territórios passou a figurar de maneira explícita em todas as cartas constitucionais republicanas. Com a Constituição de 1967, acrescentou-se a determinação de que a propriedade dessas terras seria atribuída à União, reforçando o caráter público e coletivo da proteção. Já a Emenda Constitucional de 1969, ao detalhar de forma mais incisiva tais prerrogativas no artigo 198, conferiu maior salvaguarda dos direitos territoriais indígenas, reafirmando o compromisso do Estado brasileiro com a preservação de sua integridade cultural e territorial (Cunha, 2018).

Atualmente, o artigo 231 da CRFB/88 garante aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens:

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

A partir dessa garantia, os autóctones tornam-se sujeitos de direitos, assim como todo e qualquer cidadão da sociedade brasileira. Não existe, ou pelo menos não

deveria existir mais, a ideia de que as comunidades nativas precisam ser assimiladas à civilização do país para, então, tornarem-se cidadãos capazes de direitos e deveres na ordem civil:

> A Constituição Federal de 1988 é comemorada por instituir uma nova relação entre Estado e povos indígenas, uma vez que reconhece aos índios o direito de ser índio, e manter-se como índio, rompendo com toda a legislação indigenista anterior de caráter eminentemente integracionista, e atribuindo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas. Assim, o artigo 231 ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, inaugura, no constitucionalismo brasileiro, sua concepção pluralista e comunitarista, pautada no reconhecimento da diversidade cultural e social como fonte de fortalecimento do Estado e da democracia. Desta forma, na busca pela garantia dos direitos étnicos e efetivação das políticas interculturais, diante do histórico conflito com o Estado, os povos indígenas acabam por recolocar em debate questões estruturantes, como democracia, governo e direito (Castilho, 2019, p. 50).

Por outro lado, embora a proteção jurídica dos povos indígenas no Brasil tenha gradualmente conquistado maior espaço nas agendas legislativas e nas políticas públicas, ainda subsiste uma tese potencialmente capaz de comprometer direitos e conquistas historicamente consolidadas, chamada tese do *marco temporal*.

Segundo a Articulação dos Povos Indígenas no Brasil (2023), o marco temporal consiste em uma tese jurídica segundo a qual os povos indígenas somente teriam direito à demarcação de suas terras tradicionais caso estivessem efetivamente ocupando-as em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da CRFB/88. De acordo com esse entendimento, as terras que não estivessem sob a ocupação desses povos naquela data, seja por estarem desocupadas, seja por se encontrarem na posse de terceiros, não poderiam ser reconhecidas ou demarcadas como terras indígenas, ou seja, nesse cenário tais territórios passariam a ser considerados propriedade de particulares ou do próprio Estado, deixando de ser reconhecidos como pertencentes aos povos originários que tradicionalmente os ocupavam.

No âmbito do Poder Judiciário, o debate em torno da tese do marco temporal passou a ganhar maior projeção a partir do ano de 2009, quando o STF analisou a Petição 3.388, relacionada à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima. Na ocasião, embora o Tribunal tenha confirmado a validade da demarcação contínua do território indígena, também estabeleceu um conjunto de diretrizes destinadas a orientar a atuação estatal em situações

semelhantes, as quais ficaram conhecidas como *salvaguardas institucionais*. Com base nessa leitura das condicionantes fixadas naquele julgamento, diferentes medidas administrativas e judiciais passaram a ser adotadas em diversas regiões do país, resultando, em determinadas situações, na revisão ou invalidação de demarcações já realizadas e até mesmo na determinação de retirada de comunidades indígenas de áreas que tradicionalmente ocupavam.

Nesse sentido, conforme sustenta Silva (2016) em parecer jurídico sobre a matéria, não se identifica no texto da CRFB/88 qualquer previsão que estabeleça ou autorize a adoção de um critério temporal fixo para o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas, razão pela qual a utilização dessa orientação como requisito para a demarcação de terras indígenas carece de fundamento constitucional.

> Marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet. 3.388 sobre as Terras Indígenas Raposa da Serra do Sol, questionável em primeiro lugar porque fixado pretorianamente de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas. [...] Mostra isso que a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388. O termo "marco" tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limites territoriais. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo. Pois bem, o documento que deu início e marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Carta Regia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III (Silva, 2016, p. 7-8).

Em análise aos direitos territoriais indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por esses povos originários, é necessário compreender que tais direitos não se limitam a uma dimensão patrimonial, econômica ou meramente possessória, a relação estabelecida entre os povos indígenas e seus territórios ultrapassa a lógica da exploração econômica ou da simples utilização da terra para subsistência, envolvendo aspectos culturais, espirituais e ambientais que estruturam a própria organização social dessas comunidades.

Nessa esteira, Marés (1988, p. 23) destaca que:

> Cada povo indígena tem uma ideia própria de seu território elaborada por suas relações internas de povo e externas com os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma

> ligação estreita com os culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte, artesanato e utensílios. Por isso, em cada terra indígena se encontra uma relação mágica entre os conhecimentos do povo e as manifestações da natureza, importando não só o místico como o fático do espaço territorial. É claro que há muitos povos indígenas no Brasil, cujas terras foram reservadas ou demarcadas com critérios anteriores à constituição, que se veem distantes desta dimensão sacra do território.

Do ponto de vista cultural, como explica Oliveira *et al*. (2020), a apropriação comunitária das terras indígenas fundamenta-se nas relações sociais e culturais que cada povo estabelece com o território, levando em consideração que a terra é concebida como um bem comum, essencial ao sentimento de pertencimento coletivo, sendo ocupada e utilizada de forma comunitária. E além de garantir a produção e a reprodução da cultura indígena e da própria existência dos povos, a terra é entendida como um espaço sagrado, uma dádiva recebida, carregando parte do espírito de quem a concedeu – sejam deuses ou entidades protetoras –, de modo que não pode ser objeto de compra ou venda, devendo ser respeitada e utilizada em reciprocidade com sua origem espiritual.

A reflexão sobre a territorialidade é central para compreender a dimensão dos direitos indígenas e a própria sobrevivência cultural de seus povos. Marés (1998) enfatiza que o território não se reduz a um espaço físico delimitado, mas constitui o fundamento das referências culturais, espirituais e materiais que sustentam a identidade coletiva. Nesse sentido, a perda do território implica a ameaça de dissolução das relações que definem um povo, já que é nele que se enraízam suas crenças, práticas religiosas, formas de alimentação, saberes tradicionais e expressões artísticas, como lembra Marés (1998, p. 120):

> É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo. Esta afirmação é válida para todos os povos exatamente porque o conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopéia e arte de cada povo.

De acordo com Moraes (2025), a garantia constitucional prevista para os indígenas em relação aos direitos originários sobre suas terras vem pelos preceitos

constitucionais, conforme interpretação dos sete parágrafos do artigo 231[6], de definição, propriedade, posse permanente, destinação, aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais e remoção dos indígenas.

De acordo com a CRFB/88, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas correspondem àquelas por eles habitadas de forma permanente, utilizadas para suas atividades produtivas e essenciais à preservação dos recursos ambientais indispensáveis ao seu bem-estar, bem como à sua reprodução física e cultural, conforme seus usos, costumes e tradições.

E na Ação Civil Originária 312, ajuizada pela Fundação Nacional do Índio, que discutiu a anulação de títulos de propriedade de terras localizadas dentro da área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, no sul da Bahia, o STF declarou, em 2012, a nulidade dos títulos de propriedade rural incidentes sobre tais áreas, por se tratar de terras de posse permanente e habitação indígena. O Tribunal também determinou que a União e a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) devem garantir a proteção territorial dessas terras, ainda que o processo de homologação não esteja concluído (Moraes, 2025).

A destinação dessas terras é voltada à posse permanente e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes, abrangendo o solo, os rios e os lagos. São, portanto, inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. O aproveitamento

---

[6] § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

dos recursos hídricos e minerais em terras indígenas somente pode ocorrer mediante autorização do Congresso Nacional, após consulta às comunidades afetadas, assegurando-se a participação destas nos resultados da exploração, conforme previsto no § 7º do artigo 231 da CRFB/88.

Por fim, como ensina Moraes (2025), a remoção dos povos indígenas de suas terras é expressamente proibida, salvo em casos excepcionais de catástrofe, epidemia ou interesse da soberania nacional, mediante aprovação do Congresso Nacional, devendo ser garantido o retorno imediato dos grupos ao território tradicional assim que cessarem as razões que motivaram a remoção.

A compreensão da natureza jurídica da demarcação de terras indígenas exige o reconhecimento de que tais direitos não nasceram com a CRFB/88, mas possuem raízes históricas e jurídicas muito anteriores. Cunha (2018) menciona que no início do século XX, o jurista João Mendes Júnior consolidou essa concepção ao formular a teoria do indigenato, segundo a qual o direito dos indígenas sobre suas terras é originário e independente de legitimação estatal. Esse direito não decorre de concessão ou registro, mas do simples fato da ocupação tradicional, constituindo o título jurídico mais antigo e fundamental do ordenamento brasileiro.

Para complementar, a noção de indigenato proposta por Mendes Júnior serviu de base teórica para a consagração, na CRFB/88, da expressão *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam* (artigo 231, *caput)*. Assim, a demarcação de terras indígenas não cria um direito, mas reconhece e declara um direito preexistente, cuja origem remonta à própria formação histórica do Estado brasileiro.

Ainda, cabe aqui destacar que a atuação do Poder Judiciário brasileiro em matéria indígena revela um caráter incompleto e aberto no reconhecimento de novos direitos previstos na CRFB/88 porque as interpretações judiciais, em grande parte, reproduzem visões de mundo que mantêm a lógica de estranhamento e inferioridade em relação aos povos indígenas, sem alcançar uma compreensão efetiva de seus valores e realidades, postura que acaba por reforçar a condição de desigualdade estrutural desses povos, limitando-se à negação e não à interação (Moreira, 2014).

Nesse mesmo sentido, Oliveira e Castilho (2019, p. 68) observam que:

> Na maior parte das decisões, principalmente das varas da justiça estadual, fica evidente o distanciamento entre a vigência e a efetividade do conjunto de normas e princípios da Constituição e do direito internacional, como a

> Convenção n.º 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Povos Indígenas. Na questão da terra/ território, especialmente nas ações e recursos de liminares de manutenção de posse ou reintegração de propriedade, ou nas ações de interdito proibitório, há um alinhamento da magistratura no sentido de reconhecer a propriedade privada, em desconsideração ao conceito jurídico de terra indígena, que transita entre as ideias-elementos de habitat do povo, posse permanente e tradicionalidade. Até que todo o processo demarcatório seja concluído, majoritariamente as decisões caminham no sentido de garantir a manutenção do status quo.

Após a promulgação da CRFB/88, o Estado brasileiro precisou revisar os antigos decretos que tratavam da demarcação de terras indígenas, adequando-os aos novos preceitos constitucionais, e nesse processo, ocorreram três mudanças significativas na legislação. As duas primeiras foram realizadas durante o governo de Fernando Collor de Mello, por meio dos Decretos nº 22, de 4 de fevereiro de 1991, e nº 608, de 20 de julho de 1992. A terceira alteração, ainda em vigor, foi promovida no governo de Fernando Henrique Cardoso, com a edição do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que estabeleceu o atual procedimento administrativo para a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

De acordo com a Funai (2024), o processo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas segue um rito administrativo composto por cinco etapas, que envolvem órgãos da administração pública federal, entre eles a Funai, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Secretaria do Patrimônio da União e os cartórios de registro de imóveis da comarca correspondente. Esse procedimento é o instrumento por meio do qual o Estado reconhece os territórios de ocupação tradicional, conforme o artigo 231 da CRFB/88.

A Funai (2024) continua explicando que a primeira fase é conduzida pela própria Funai e tem como finalidade identificar e delimitar a área reivindicada. Essa etapa envolve a elaboração de um Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação, produzido por uma equipe técnica multidisciplinar, composta por antropólogos, historiadores, engenheiros agrônomos, ambientalistas e outros especialistas. O estudo considera a história, a ocupação tradicional e as formas de reprodução física e cultural da comunidade indígena, em consonância com os parâmetros constitucionais.

O Decreto nº 1.775/1996 garante a ampla defesa e o contraditório desde o início do processo, assegurando que terceiros interessados possam se manifestar sobre o estudo. Além disso, a Portaria nº 2.498/2011 do Ministério da Justiça reforça a necessidade de participação dos entes federativos, especialmente no levantamento

fundiário. Após a publicação do relatório nos Diários Oficiais da União e dos estados envolvidos, abre-se um prazo de 90 dias para a apresentação de contestações administrativas, que são posteriormente analisadas pela Funai, a qual dispõe de 60 dias para responder.

Concluída a fase de contestações, o processo é encaminhado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, responsável por avaliar o relatório técnico. O ministério pode aprovar o estudo, determinar novas diligências ou rejeitá-lo. Caso reconheça a legitimidade da reivindicação, é expedida uma Portaria Declaratória, que formaliza o reconhecimento da terra como de ocupação tradicional indígena.

Com a portaria declaratória publicada, o procedimento retorna à Funai para execução da demarcação física, etapa que envolve a colocação de marcos e placas nos limites da terra e eventuais ajustes técnicos. Após a demarcação física, o processo é encaminhado novamente ao Ministério da Justiça para verificação final e, em seguida, à Presidência da República, que realiza a homologação por decreto presidencial, ato que confirma a posse permanente da terra pelos povos indígenas.

A última etapa consiste no registro da terra indígena na Secretaria do Patrimônio da União e nos cartórios de registro de imóveis competentes, consolidando o caráter público da área e garantindo o usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre o território.

Conforme destaca a Funai, (2024) por meio da fala da diretora Janete Carvalho, o cenário atual revela tanto uma intensa judicialização contrária aos direitos territoriais indígenas quanto um número crescente de ações favoráveis. Nesse contexto, cabe à fundação cumprir sua missão institucional com base nos parâmetros legais e constitucionais vigentes.

ANÁLISE DA DECISÃO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365

O debate contemporâneo sobre a tese do marco temporal ganhou maior relevância jurídica e destaque nas pautas ambientais durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 pelo STF. O recurso foi interposto pela Funai, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que confirmou a sentença de primeira instância quanto à procedência de ação de reintegração de

posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA)[7], em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos originários Xokleng, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.

A sentença de procedência do pedido inicial fundamentou-se no entendimento de que houve turbação no exercício da posse da área da reserva biológica em razão da presença de indígenas na região e, ainda, na inexistência de elementos suficientes que permitissem caracterizar as terras descritas na petição inicial como tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, nos termos do artigo 231 da CRFB/88, isso porque a área vinha sendo utilizada, inclusive à época dos fatos, pela parte autora para fins de preservação ambiental:

> Outrossim, não há elementos que permitam inferir que as terras referidas na petição inicial sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, na forma do art. 231 da Constituição da República, máxime porque quem as vem ocupando, ainda atualmente, para fins de preservação ambiental, como visto, é a parte autora. [...] Destarte, também sob o fundamento da necessidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental titularizado por toda a coletividade (art. 225, caput, da Constituição da República), deve-se repelir a turbação da posse do imóvel, para o fim de fazer cessar a invasão e o corte de madeira nativa. (BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. Reintegração/Manutenção de Posse nº 2009.72.14.000168-0, Juiz Federal Substituto Adriano Vitalino dos Santos, julgado em 15/12/2009).

Em grau recursal, o acórdão manteve a decisão proferida em primeira instância, destacando, adicionalmente, a complexidade da demanda, que decorreria da existência de portaria ministerial capaz de influenciar a análise acerca da legitimidade da posse exercida pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina, bem como da necessidade de se examinar a eventual caracterização da área como território tradicionalmente indígena. Ressaltou-se, ainda, a presença de interesse da União na controvérsia, tendo em vista que o processo administrativo de demarcação da terra indígena encontrava-se em andamento:

> Para fins de manutenção da sentença recorrida reafirmo que inexiste conexão entre a presente ação e a ação cível originária n. 1.100, que se encontra em trâmite perante o e. Supremo Tribunal Federal. A referida ação questiona a Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, acerca da demarcação dos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ e a presente ação busca a reintegração de posse de área pertencente à FATMA. Também acerca da legitimidade da União no presente feito, quando da interposição do agravo de

[7] Órgão que passou por uma reestruturação, sendo substituído pelo IMA – Instituto do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina.

> instrumento nº 2009.04.00.029816-8/SC, esta Corte manteve o entendimento pela manutenção do ente no polo passivo, uma vez que a área sobre a qual versa a demanda foi considerada, por meio da Portaria n. 1.128/2003 do Ministro da Justiça, como abrangida pelos novos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ, estando a FATMA a pleitear a sua reintegração na posse. A demanda mostra-se complexa, em face da existência da referida portaria ministerial a repercutir na legitimidade ou não da atual posse da área pela FATMA e o exame da caracterização ou não da área como sendo tradicionalmente indígena, donde se verifica haver interesse da União no feito, considerando também que ainda está em curso o processo demarcatório da reserva indígena. O referido recurso pende de análise junto ao Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.33299-8/SC). [...] Nessa equação, mantida a procedência do pedido, devem os réus suportar os ônus sucumbenciais. Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações e à remessa oficial. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 0000168-27.2009.404.7214/SC, Relator Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 23/07/2013).

No Recurso Extraordinário nº 1.017.365, interposto pela FUNAI, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CRFB/88, foi alegada violação aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV, bem como ao artigo 231 do mesmo diploma legal. A autarquia sustentou, inicialmente, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, em razão de o tribunal de origem não ter se manifestado de forma adequada sobre as questões levantadas nos embargos de declaração. No mérito, argumentou que a área em disputa já havia sido reconhecida como de ocupação tradicional indígena, afirmando que o acórdão recorrido adotou interpretação incompatível com o artigo 231 da CRFB/88, ao conferir prevalência ao direito possessório do particular registrado no cartório de imóveis em detrimento do direito originário dos povos indígenas sobre suas terras.

A FUNAI também defendeu que os direitos territoriais indígenas possuem natureza imprescritível, sendo as terras por eles ocupadas inalienáveis e indisponíveis e, nessa seara, destacou que tais direitos não se originam do ato administrativo de demarcação, mas são preexistentes, razão pela qual eventuais títulos de propriedade incidentes sobre essas áreas não podem ser opostos às comunidades indígenas.

Assim, o Pleno do STF, no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, enfrentou de forma definitiva a disparidade relativa à aplicação da tese do *marco temporal* na demarcação de terras indígenas, à luz do artigo 231 da CRFB/88.

O julgamento do recurso em referência, pelo Supremo Tribunal Federal, transcende a mera solução de um conflito possessório entre o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) e a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), pois o julgamento em questão se insere em um contexto histórico e jurídico

de intensos debates acerca da extensão e da efetividade dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil, prolongados ao longo da história do Brasil, desde a colonização portuguesa explicada primariamente. Ao debruçar-se sobre o tema, o Tribunal Pleno consolidou, por maioria de nove votos contra dois, o entendimento de que o procedimento demarcatório possui natureza declaratória, rejeitando a imposição de uma limitação temporal para o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas.

A demanda central envolvia possibilidade de se estabelecer um critério temporal fixo qual seja, a data de promulgação da CRFB/88, como requisito para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas, defendido por determinados setores, pois implicaria restringir o alcance do artigo 231, condicionando o reconhecimento do direito indígena à comprovação de presença física nos territórios ou de conflito possessório na referida data. A análise individualizada dos votos revela como o Plenário enfrentou as tensões entre a segurança jurídica patrimonial e a dignidade dos povos originários.

O Ministro Edson Fachin, na qualidade de relator, inaugurou a divergência contra o marco temporal estabelecendo o que se pode chamar de *coluna vertebral* da proteção indígena no julgamento, fundamentando que o direito à terra é conatural aos povos indígenas, preexistindo à própria organização estatal. Em seu voto, o ministro foi enfático ao afirmar que condicionar a proteção constitucional à presença física do grupo autóctone na área, em 5 de outubro de 1988, configuraria um etnocídio cultural, ignorando o histórico de esbulho e migração forçada que caracteriza a formação territorial brasileira e, sua tese, portanto, é o principal baluarte a favor da teoria do indigenato[8] no acórdão:

> Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um *continuum*, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham esses povos novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988. Nessa perspectiva de

[8] O Instituto do Indigenato é considerado pela doutrina jurídica nacional como o fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas no Brasil, com raízes que remontam ao direito luso-colonial. Foi consagrado na Constituição Federal de 1988, que expressamente reconheceu os direitos territoriais indígenas como “direitos originários”, mas ao lado de outros direitos humanos vêm sofrendo um constante ataque em função de interesses hegemônicos e contrários à visão de mundo dos povos tradicionais. APARICIO, Adriana Biller. *O instituto do indigenato e teoria crítica: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani*. Florianópolis: UFSC, 2018, p. 24.

> continuidade, na qual jamais se constitucionalizou a posse dessas terras por parte de terceiros não indígenas, não se pode juridicamente inferir do texto atualmente vigente a ilação de que se teriam por legitimados os atos de retirada dos indígenas das terras de posse tradicional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 27/09/2023).

No decorrer do julgamento, observou-se uma adesão majoritária que, embora convergente quanto à rejeição do marco temporal, apresentou nuances fundamentais para a aplicação prática do direito. O Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir seu voto, embora tenha acompanhado o relator no mérito principal, introduziu a discussão sobre a indenização integral a proprietários de boa-fé e, sob a ótica do seu objeto de estudo, representando uma via média que favorece os indígenas ao garantir o território, mas cria um potencial obstáculo orçamentário ao impor à União o dever de indenizar não apenas as benfeitorias, mas a terra nua em áreas consolidadas:

> Para compatibilizar os direitos fundamentais das comunidades indígenas, que não podem ser limitados por uma régua, como o marco temporal, com os direitos de todos aqueles que, de boa-fé, adquiriram propriedades - e aqui não é só o direito de propriedade; é o ato jurídico perfeito, o negócio jurídico perfeito, a coisa julgada - e, mais do que isso, visando ao que preveem os arts. 1º e 3º da Constituição Federal - a paz social, a tranquilidade nacional - , no caso das terras reconhecidas como das comunidades originárias, das comunidades indígenas, que estavam em 5 de outubro, ou estavam litigando, ou estavam resistindo ao esbulho, a posse deve ser reconhecida, deve ser demarcada, e, como hoje se faz, indenizadas as benfeitorias. Nos demais casos, mesmo fora do marco temporal, quando efetivamente reconhecida a terra como terra tradicional indígena, a indenização deve ser completa desde que comprovada a legalidade da aquisição e a boa-fé. A indenização àquele que, de boa-fé, na cadeia dominial, adquiriu, deve ser completa, à terra nua e a todas as benfeitorias, porque não havia como saber 100, 130, 160 anos depois. A culpa, a omissão, o lapso foram do Poder Público, e o Poder Público tem que arcar com isso para garantir a paz social. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 27/09/2023).

No mesmo sentido, o Ministro Cristiano Zanin reforçou a necessidade de uma justiça de transição que não desampare o particular que detém título legítimo, buscando equilibrar o direito originário com a paz social no campo.

Por outro lado, os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli trouxeram contribuições que robustecem a tese da ocupação tradicional, pois, Barroso, em especial, articulou o conceito de renitente esbulho, defendendo que o marco temporal não deve ser aplicado mesmo que o grupo não estivesse na terra em 1988, desde que houvesse uma disputa possessória ativa na época. Esse

entendimento amplia o espectro de proteção, pois reconhece que a ausência física era, muitas vezes, fruto de violência e não de abandono:

> Presidente, à luz do que foi exposto, eu decido o caso concreto votando no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o exercício da posse legítima por parte da comunidade indígena Xokleng, nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, porque verifiquei dos autos, muito claramente, que houve uma reivindicação persistente e constante de retorno àquela área. No meu voto, eu propunha uma tese bem simples, que dizia assim: O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos indígenas direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, desde que demonstrado o vínculo de tradicionalidade atual com a terra por meio de perícia antropológica, cabendo à União e à Funai proteger tais terras enquanto em curso o processo de demarcação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 27/09/2023).

Em contrapartida, os votos dos Ministros Kassio Nunes Marques e André Mendonça compuseram a corrente vencida, que desfavorece frontalmente os direitos territoriais indígenas em prol de uma interpretação formalista da segurança jurídica, haja vista que, ambos sustentaram que a estabilidade das relações de propriedade exigiria um referencial objetivo, a data da promulgação da Constituição, para evitar a revisão de situações jurídicas há muito consolidadas.

O voto do Ministro Kassio Nunes Marques foi apresentado em divergência ao relator e, em sua manifestação, o ministro sustentou a necessidade de fixação de um critério objetivo para a demarcação de terras indígenas, entendendo que a data da promulgação da Constituição de 1988 serviria como referência para a verificação da ocupação tradicional.

Tal perspectiva revela uma preocupação acentuada com a segurança jurídica e com a estabilização de conflitos fundiários, ao buscar limitar o reconhecimento de terras indígenas àquelas efetivamente ocupadas ou em disputa à época da Constituição. No entanto, essa interpretação implica uma leitura mais restritiva do artigo 231 da Constituição Federal, ao condicionar o exercício de um direito originário a um marco temporal específico.

De forma semelhante, o Ministro André Mendonça também apresentou voto no sentido de reconhecer a validade do marco temporal, reforçando a tese de que a delimitação temporal seria compatível com o texto constitucional, destacando a importância de critérios objetivos para a solução de conflitos envolvendo terras indígenas e propriedades privadas, alinhando-se à ideia de que a Constituição de 1988 teria estabelecido um parâmetro para o reconhecimento desses direitos.

Essa posição, embora orientada por uma lógica de previsibilidade e segurança jurídica, acaba por restringir a amplitude dos direitos territoriais indígenas, ao desconsiderar situações históricas de expulsão e deslocamento forçado, aproximando-se de uma interpretação mais limitada do alcance do artigo 231 da Constituição.

Já o Ministro Gilmar Mendes apresentou uma posição mais ponderada no julgamento, buscando conciliar a proteção dos direitos indígenas com a segurança jurídica de terceiros de boa-fé, reconhecendo a relevância dos direitos originários dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, mas destacou a necessidade de considerar também as situações consolidadas ao longo do tempo, especialmente em contextos de conflitos fundiários. Sua abordagem evidencia uma preocupação em equilibrar valores constitucionais potencialmente tensionados, evitando soluções que possam gerar insegurança jurídica ou ampliar disputas territoriais.

Nesse sentido, embora não tenha adotado uma posição tão restritiva quanto os votos que defendiam expressamente o marco temporal, sua fundamentação revela cautela quanto à aplicação irrestrita da tese contrária a esse critério. Ao enfatizar a importância da estabilidade das relações jurídicas e da proteção de particulares que agiram de boa-fé, o voto de Gilmar Mendes contribui para um debate amplo sobre os limites e as formas de concretização dos direitos territoriais indígenas, colocando a sua posição como intermediária, na medida em que reconhece os direitos indígenas, mas busca compatibilizá-los com outros interesses constitucionalmente relevantes.

O voto da Ministra Carmen Lúcia alinhou-se à corrente majoritária contrária à adoção do marco temporal, reafirmando a centralidade dos direitos indígenas como direitos fundamentais de natureza originária, desse modo, enfatizou a necessidade de uma interpretação constitucional comprometida com a proteção da dignidade dos povos indígenas e com o reconhecimento de sua historicidade, afastando leituras restritivas que condicionem tais direitos a critérios temporais não previstos no texto constitucional.

Sua posição reforça a compreensão de que a Constituição de 1988 promoveu uma ruptura com paradigmas anteriores, passando a assegurar proteção ampliada às comunidades indígenas, especialmente no que se refere à preservação de seus territórios como condição essencial para sua existência física e cultural:

> Por isso, Senhora Presidente, Senhores Ministros, quanto aos direitos dos indígenas, eu os reconheço, como já foi votado desde o voto do Relator, como fundamentais - reiterado em vários dos votos até aqui exarados. A Constituição brasileira estabeleceu expressamente, no art. 231, serem reconhecidos aos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças, direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União apenas demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Concluo exatamente no ponto, Senhora Presidente, como fez o Ministro-Relator. Aqui, a discussão é se, no direitos às terras tradicionalmente ocupadas, a "tradicionalmente ocupada" haveria de ser reconhecido a qualquer tempo em que se comprove objetivamente esta posse. Nesse sentido, estou acompanhando, portanto, o Relator, com este reconhecimento. Essas terras mencionadas na Constituição, e que compõem o acervo de bens reconhecidos e garantidos juridicamente aos indígenas, não podem ser, a meu ver, desmembradas do conjunto de direitos fundamentais que lhes é constitucionalmente assegurado. Essa posse permanente, assegurada lhes, de natureza constitucional, como já foi aqui também reiterado, não se confunde com a posse civil. Isso já foi cuidado e lembrado em vários dos votos aqui expostos. [...] Também estou acompanhando o afastamento do Marco Temporal como concebido no caso do 3.388, caso Raposa Serra do Sol. Considero, como o fez o Relator, que a demarcação de terras tem natureza meramente declaratória, o que também já foi aqui exposto em vários dos votos. Entendo que o laudo é elemento essencial para que se tenha a objetivação do que se busca em cada caso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 27/09/2023).

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber também acompanhou o relator, rejeitando a tese do marco temporal e contribuindo para a formação da maioria no julgamento. Sua fundamentação destacou a incompatibilidade dessa tese com o artigo 231 da Constituição Federal, especialmente por impor uma limitação indevida a direitos que possuem caráter originário e não dependem de reconhecimento estatal para existir. A ministra reforçou a importância de se considerar os processos históricos de exclusão e deslocamento forçado enfrentados pelos povos indígenas, defendendo uma interpretação que assegure a efetividade das garantias constitucionais. Dessa forma, seu voto contribui diretamente para o fortalecimento da proteção territorial indígena, ao afastar critérios que poderiam restringir o alcance desses direitos.

Nesse sentido, o STF enfatizou que o artigo 231 da CRFB/88 deve ser interpretado como norma de ampla proteção, inserida no rol de direitos fundamentais, razão pela qual se submete a princípios como a vedação ao retrocesso e a máxima efetividade das garantias constitucionais e, sendo assim, qualquer interpretação que venha a restringir esses direitos, como aquela fixada tese do marco temporal, comprometeria a própria a proteção constitucional conferida aos povos indígenas.

Outro aspecto de grande relevância abordado no acórdão, diz respeito à compreensão de ocupação tradicional, afastando uma leitura meramente fática ou

possessória, típica do direito civil, e passou a adotar uma perspectiva antropológica e cultural. Assim, a ocupação tradicional não se limita à presença física em continuidade, mas abrange um conjunto de relações históricas, culturais e espirituais estabelecidas entre a comunidade indígena e o território.

A rejeição do marco temporal, nesse viés, não constitui apenas uma escolha interpretativa, mas representa a afirmação desse novo paradigma constitucional pois, ao afastar limitações não previstas expressamente no texto constitucional, a Corte reafirma o compromisso com a proteção integral dos direitos indígenas, garantindo-lhes não apenas a posse da terra, mas as condições necessárias à sua reprodução física e cultural, tão importante para esses povos.

A decisão no Recurso Extraordinário 1.017.365 representa um verdadeiro marco na interpretação do artigo 231 da CRFB/88, ao consolidar o entendimento de que os direitos territoriais indígenas não se submetem a limitações temporais artificiais e a rejeição da tese do marco temporal reafirma a natureza originária desses direitos e reforça o papel da CRFB/88 como instrumento de proteção da diversidade cultural e dos direitos fundamentais.

Tavares (2026) menciona que, a primeira parte do artigo 231 da CRFB/88 determina que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Trata-se da primeira Constituição brasileira a reconhecer o direito dos povos indígenas à sua própria organização social e cultural, rompendo com uma lógica diversa, inimiga do pluralismo e da preservação e respeito a outras culturas, das Constituições anteriores de que os índios deveriam ser gradualmente integrados à sociedade.

Ao reduzir o alcance do artigo 231, a tese do marco temporal promove uma leitura restritiva que enfraquece a proteção constitucional conferida aos povos indígenas, contrariando a lógica expansiva própria dos direitos fundamentais e, ao invés de assegurar a plena realização desses direitos, a imposição do marco temporal introduz um filtro de exclusão que não encontra fundamentos no texto constitucional.

O marco temporal descaracteriza a ocupação tradicional das terras indígenas ao impor uma lógica civilista a um direito coletivo e cultural. O artigo 231 da CRFB/88 reconhece aos povos indígenas os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, utilizando uma expressão que não pode ser interpretada à luz dos institutos clássicos do direito civil, haja vista que a ocupação tradicional, nesse contexto, não se confunde com a posse civil, caracterizada por elementos como continuidade, *animus*

domini e exteriorização de domínio sobre a coisa, pelo contrário, trata-se de uma categoria jurídico constitucional própria, que deve ser compreendida a partir das especificidades culturais, sociais e históricas dos povos indígenas.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa caracteriza-se como exploratória e qualitativa, utilizando pesquisa bibliográfica e estudo de caso do Recurso Extraordinário 1.017.365, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste estudo evidencia que a questão fundiária e os direitos territoriais dos povos indígenas são temas bastante complexos do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, pois a trajetória normativa e jurisprudencial revela avanços significativos na proteção dos direitos originários, especialmente após a CRFB/88, cujo texto consagra não apenas o reconhecimento formal desses direitos, mas sua natureza fundamental, indisponível e imprescritível.

Ao examinar a evolução histórica do tratamento jurídico dispensado aos povos indígenas, constatou-se que, embora o ordenamento tenha superado concepções integracionistas e assimilacionistas herdadas do período colonial e da República Velha, resquícios dessas visões ainda permeiam debates jurídicos e políticos atuais. A partir da análise realizada, conclui-se que o estabelecimento da Tese do Marco Temporal compromete severamente os direitos dos indígenas no Brasil, pois desconsidera a natureza originária da posse tradicional e ignora o histórico de esbulho renitente que impediu muitas comunidades de estarem em suas terras na data da promulgação constitucional. Tal tese, longe de se compatibilizar com a CRFB/88, representa uma tentativa de restringir a efetividade do artigo 231 por meio de critérios externos e incompatíveis com a proteção das minorias.

A decisão no Recurso Extraordinário 1.017.365, pilar central desta pesquisa, consolidou o entendimento de que a proteção constitucional aos direitos territoriais indígenas independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988. O Plenário do STF, ao afastar a tese restritiva, reafirmou que o direito à terra é um direito fundamental e que a demarcação possui natureza meramente declaratória e,

assim, o julgamento representa um marco decisivo para o futuro da política indigenista no Brasil, simbolizando a vitória da visão constitucional que reconhece e protege a diversidade sociocultural frente às pressões políticas e econômicas que buscam limitar direitos fundamentais em favor de interesses produtivistas.

Diante desse cenário, é possível constatar que o desafio central reside na consolidação de um entendimento jurídico que seja fiel ao texto constitucional e às normas internacionais de direitos humanos. Somente assim será possível assegurar que os povos indígenas tenham garantidas as condições necessárias para sua reprodução física, cultural e social, elementos indissociáveis da própria noção de território tradicional, levando em consideração que o evidente que o afastamento do marco temporal pelo STF é a única via capaz de garantir a segurança jurídica e a sobrevivência das comunidades indígenas frente às ameaças de retrocesso.

Portanto, a imposição do marco temporal se mostra incompatível com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual as disposições constitucionais devem ser interpretadas de modo a garantir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, já que esse princípio orienta a interpretação constitucional no sentido de evitar interpretações restritivas que esvaziem ou limitem indevidamente o conteúdo dos direitos assegurados.

REFERÊNCIAS

APARICIO, Adriana Biller. **O instituto do indigenato e teoria crítica**: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural | Indigenous land rights: an intercultural interpretation. **Revista Publicum**, *[S. l.]*, v. 5, n. 1, p. 20–71, 2019. DOI: 10.12957/publicum.2019.36187. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/36187. Acesso em: 20 mar. 2026.

ARAÚJO, Ana Valéria *et al*. **Povos Indígenas e a Lei dos "Brancos":** o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Não ao marco temporal!:** cartilha sobre o julgamento decisivo para o futuro dos povos indígenas do Brasil e o enfrentamento da crise climática. Brasília: APIB, 2023. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2023/06/marcotemporal_cartilha_v7.pdf. Acesso em: 8 mar. 2026.

BARBIERI, Samia Roges J. **Os direitos dos povos indígenas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2021. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556273594/. Acesso em: 17 ago. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626861/. Acesso em: 19 abr. 2025.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os direitos indígenas na Constituição Brasileira de 1988: da conquista aos atuais retrocessos. **Revista de Estudos Constitucionais**, **Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** São Leopoldo, v. 14, n. 3, p. 439-463, set./dez. 2022. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9077403. Acesso em: 8 mar. 2026.

BRASIL. Agência Governamental. **Funai completa 57 anos com avanços na política indigenista e consolida proteção aos povos indígenas**. Brasília, DF, 2024. Disponível em: https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202412/funai-completa-57-anos-com-avancos-na-politica-indigenista-e-consolida-protecao-aos-povos-indigenas#:~:text=A%20cria%C3%A7%C3%A3o%20da%20Funai%20tinha,%2Dproclamada%20Rep%C3%BAblica%2C%20em%201889. Acesso em: 8 nov. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2025

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A (III)), 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 09 nov. 2025

BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 265, 9 jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 09 nov. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 nov. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 312, Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Julgado em 2 maio 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 54, p. 1-5, 21 mar. 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/. Acesso em: 5 nov. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 0000168-27.2009.4.04.7214/SC.** Relator: Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Julgado em 23 jul. 2013. Diário Eletrônico, publicado em 31 jul. 2013.

COSTA OLIVEIRA, Assis da; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (org.). **Lei do índio ou lei do branco - quem decide?:** sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429–443, set./dez. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.25091/S01013300201800030002. Acesso em: 2 nov. 2025.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil:** história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS**. Abril Indígena**: entenda as etapas de demarcação de terras indígenas. Brasília, 05 abr. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril-indigena-entenda-as-etapas-de-demarcacao-de-terras-indigenas. Acesso em: 08 nov. 2025.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga P. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 27. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553627486/. Acesso em: 16 ago. 2025.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Manual de direito civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625321/. Acesso em: 16 ago. 2025.

GOMES, Mercio Pereira**. Os índios e o Brasil.** São Paulo: Contexto, 2012. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555411188/. Acesso em: 05 nov. 2025.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios no Brasil.** Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Serviço de Proteção aos Índios (SPI). **Povos Indígenas no Brasil.** São Paulo: ISA, [s.d.]. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Servi%C3%A7o_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_aos_%C3%8Dndios_(SPI). Acesso em: 16 ago. 2025.

MACEDO MOREIRA, Erika. **Onhemoirõ:** o judiciário frente aos direitos indígenas. 2014. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/15760. Acesso em: 16 ago. 2025.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 41. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559777143/. Acesso em: 02 nov. 2025.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório.** São Paulo: Contracorrente, 2020.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de *et.al*. **A grilagem de terras na formação territorial brasileira.** São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP), 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SANTA CATARINA. Justiça Federal em Santa Catarina. **Ação de reintegração/manutenção de posse nº 2009.72.14.000168-0/SC.** Autor: Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA. Réus: Fundação Nacional do Índio – FUNAI e outros. Juiz Federal Substituto: Adriano Vitalino dos Santos. Mafra, 15 dez. 2009. Publicado em 14 jun. 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil:** uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras. 2015.

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: 8 mar. 2026.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil:** desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional.** 24. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2026. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786551770715/. Acesso em: 22 mar. 2026.

WIENSKOSKI ARAÚJO, Rodrigo. O processo de demarcação de terras Indígenas e os territórios ancestrais: a retomada Kaingang Kógũnh Mágem Canela/RS. **Revista Geografia**, Rio Claro/SP, v. 49, n. 1, p. 75-99, mar. 2024. Disponível em: https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/ageteo/article/view/17558. Acesso em: 08 nov. 2025.