

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL: entre a folha de papel e a força normativa

Antonio Oneildo Ferreira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerações acerca das teorias constitucionais de Lassalle e Hesse. 2. Os direitos territoriais dos povos indígenas na Constituição de 1988. 3. A discussão do marco temporal. 3.1. A posição do STF. 3.2. Os embates no Congresso Nacional. Considerações finais.

“Para o homem primitivo, o solo que pisa não é simplesmente chão; ele está carregado de significado psíquico. É território sagrado, impregnado de espíritos, deuses e forças ancestrais”.

(Carl Gustav Jung, ‘O eu e o inconsciente’, 1928) ”

Introdução

Os conflitos políticos atinentes à demarcação de terras indígenas no Brasil lamentavelmente escancaram a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais albergados na Constituição de 1988, a qual reafirmou o direito originário dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (art. 231). Recentemente (28/05/2025), o Plenário do Senado Federal, em retumbante retrocesso, aprovou o Projeto de Decreto Legislativo – PDL nº 717/2024, que suspende decretos do Poder Executivo: a) acerca do procedimento demarcatório geral (art. 2º do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996)²; que demarcavam terras indígenas no Estado de Santa Catarina (Decreto nº 12.289, de 2024, que demarca Toldo Imbu, em Abelardo Luz/SC; e Decreto nº 12.290, de 2024, que demarca Morro dos Cavalos, em Palhoça/SC). Segundo justificativa de seu proponente, o senador Espírito Santo

¹ Advogado. Presidente da OAB/RR no período de 2001 a 2012. Diretor-Tesoureiro do CFOAB no período de 2013 a 2019.

² Ementa: “Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências”.

Amin (PP/SC), integrante do Centrão, os decretos referidos colidem com a Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023 – “Lei do Marco Temporal”³.

A aprovação em Plenário deu-se a despeito da inconstitucionalidade (quanto aos decretos demarcatórios em SC) apontada pelo relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, senador Alessandro Vieira (MDB/SE), para quem o controle concreto de decretos, nos termos do direito constitucional pátrio, cabe somente ao Poder Judiciário. Por outro lado, a sustação foi justificada como “resposta necessária e juridicamente sólida ao abuso normativo” pelo senador oposicionista Sergio Moro (União/PR), que acusou o Supremo Tribunal Federal – STF de paralisar a aplicação da Lei do Marco Temporal. Tendo sido aprovado no Senado, o PDL seguiu para escrutínio na Câmara dos Deputados⁴.

Trata-se de uma postura sistemática de malbaratamento dos direitos dos povos indígenas às terras, arquitetada sob interesses escusos, por parlamentares (da chamada “bancada ruralista”) que se comportam como prepostos dos latifundiários, ruralistas, mineradores e garimpeiros, a quem interessa o descumprimento da norma constitucional do art. 231, ainda que amparados por modificações legislativas em sua maior parte *inconstitucionais*. No campo legislativo, é digna de nota a já referida Lei do Marco Temporal, plasmada na tese jurídica segundo a qual os direitos dos povos indígenas às terras cingem-se às efetivamente ocupadas, física e permanentemente, na data da promulgação da Constituição: 5 de outubro de 1988. Para os partidários dessa tese, o marco temporal traria segurança jurídica para os proprietários de terras, ao mesmo tempo que impediria uma temida ampliação das terras demarcáveis. Defensores dos direitos humanos dos povos indígenas contra-argumentam⁵ que se trata de uma tese injusta, inconstitucional e colonialista, na medida em que desconsidera que, antes de 1988, muitos povos haviam sido expulsos ou fugiram da violência perpetrada em seus territórios.

Trazendo a discussão para o campo jurídico, há que constar, antes de tudo, que, como detalharei adiante, o art. 231 possui *eficácia plena e efeito imediato*, de tal sorte que não cabe

³ Ementa: “Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973”.

⁴ Informações obtidas na página virtual oficial do Senado Federal. In: *Notícias*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2025/05/28/plenario-aprova-sustacao-de-decretos-de-demarcacao-em-sc-texto-vai-a-camara>>. Acesso em: 20/06/2025.

⁵ Tal é o posicionamento da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – Funai, exposto em artigo publicado na *Agência Gov*. Disponível em: <<https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202408/marco-temporal-entenda-porque-a-tese-e-inconstitucional-e-viola-os-direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 20/06/2025. Conferir também as reivindicações de entidades da sociedade civil, como a associação de entidades Articulação dos Povos Indígenas no Brasil – Apib, cujas críticas ao marco temporal podem ser conferidas em sua página virtual. Disponível em: <<https://apiboficial.org/marco-temporal/>>. Acesso em: 20/06/2025.

ao legislador restringir os direitos fundamentais de essência constitucional proclamados pelo poder constituinte originário, acrescentando barreiras (datas arbitrariamente escolhidas) para seu exercício. O STF confirmou em setembro de 2023, com lucidez, essa obviedade jurídica. No entanto, recalcitrante, o Congresso Nacional, dominado pelos interesses patrimonialistas do Centrão, aprovou, logo após a decisão do STF, a já mencionada Lei do Marco Temporal, em clara reação à jurisprudência garantista do tribunal. Naturalmente, o tema retornou ao STF, a fim de que seja confirmada a flagrante inconstitucionalidade da lei.

Quero questionar, à luz da controvérsia do marco temporal, em que medida as disposições constitucionais que garantem os direitos originários dos povos indígenas às suas terras possuem *força normativa*, ou em que medida não passam de inscrições estéreis em uma mera *folha de papel*. Noutras palavras: há normatividade no art. 231, ou devemos compreendê-lo como um simples joguete nas mãos do legislador, a ter sua normatividade esvaziada ao bel-prazer do Centrão? Na ciência do direito constitucional, tal questão está no cerne da célebre teoria sociológica constitucional do político social-democrata alemão Ferdinand Lassalle (1825-1864), bem como de sua respectiva crítica, não menos célebre, desenvolvida pelo jurista alemão Konrad Hesse (1919-2005). Desenvolverei este ponto na seção 1.

Às discussões sobre a tese jurídica do marco temporal, dedicarei a seção 3, onde busco sintetizar criticamente o debate nas circunscrições do STF (subseção 3.1) e do Congresso Nacional (subseção 3.2). Preliminarmente, contudo, discutirei os direitos dos povos indígenas às terras tradicionais tal como instituídos pela Constituição de 1988 (seção 2). Ao final, espero convencer de que as prescrições do art. 231 devem “sair do papel” e conformar a realidade social, no que tange especialmente aos direitos indígenas, pela força irradiadora das normas constitucionais, à qual o Estado democrático de direito brasileiro há de se conformar – assim o é, porque nossa Constituição reveste-se de incontestável força normativa. Pretextos escorados em teses mirabolantes e sofismáveis, como a do marco temporal, apenas expõem as tentativas das forças reacionárias de obstruírem o potencial transformador dos direitos sociais, ao tentar reduzi-los a simples textos sem aplicabilidade e eficácia. Vá-se aos argumentos.

1. Considerações acerca das teorias constitucionais de Lassalle e Hesse

Retomar a célebre teoria constitucional de Ferdinand Lassalle e sua respectiva crítica, não menos célebre, desenvolvida por Konrad Hesse, é rediscutir⁶ uma questão insistente, ainda em nossos dias: a constituição dos Estados modernos possui a almejada força normativa que o constitucionalismo lhe prescreve, ou, conforme insinuava Lassalle⁷, se circunscreve a uma mera folha de papel que espelha uma realidade preexistente, descriptiva de um emaranhado de relações de poder?

Tal visão restritiva e pessimista quanto às potencialidades normativas e transformativas do direito constitucional não é desprovida de lastro, se atentarmos em uma peculiaridade que distingue o direito constitucional de todo o resto do ordenamento jurídico: o *destinatário* de suas prescrições normativas. As normas constitucionais destinam-se aos agentes públicos e, não raro, exigem a aquiescência e fidelidade dos agentes políticos da mais alta patente do Estado. Por essa razão, faltariam ao direito constitucional mecanismos autônomos e garantias externas para efetivar o cumprimento de suas normas, nas hipóteses em que elas forem desobedecidas pelas autoridades máximas do Estado – estas, no limite, insuscetíveis de qualquer controle institucional. Afinal, quem vigia os vigilantes (*quis custodiet ipsos custodes*)? Daí se indagar: o direito constitucional é direito *stricto sensu*? E, se é direito, deve sê-lo em um sentido muito próprio, diverso do direito que é comumente afirmado como tal, de cuja violação inexoravelmente decorrem sanções mobilizadas pelo poder coercitivo do Estado contra particulares ou agentes públicos subalternos.

Uma resposta fatalista a essas inquietações está no âmago da concepção *sociológica* das constituições, que descreve o funcionamento real e efetivo de uma comunidade atravessada pelo poder, cuja natureza Lassalle dedicou-se a explanar, em sua clássica conferência⁸, reduzindo-a nos termos dos *fatores reais do poder*⁹. Nisto assenta a polêmica acusação de

⁶ Para uma discussão dessas visões dicotômicas no contexto específico da Constituição brasileira de 1988 (que então comemorava seu trintenário), remeto ao artigo de minha autoria “A constituição balzaquiana: aos trinta anos de promulgação da Constituição da República”, publicado como capítulo 1 em: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A Constituição balzaquiana e outros escritos*. Brasília: Editora OAB, Conselho Federal, 2019 (pp. 05-18).

⁷ Lassalle advertia que os problemas constitucionais não são problemas do direito, mas, sim, do poder. Conferir: LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Pref. e Org.: Aurélio Wander Bastos. 9^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015 (p. 45).

⁸ Trata-se de conferência proferida no dia 16 de abril de 1862, em Berlim, na antiga Prússia (hoje, Alemanha), para um público de intelectuais e operários, a qual serviu de base para a edição do antológico livro *A essência da Constituição*.

⁹ Fatores reais do poder são “essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, *Op. Cit.*, p. 20). Daí que o pensador político conclua que a constituição de um país (constituição real) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação – soma que expressa as relações de poder nele dominantes (poderes militar, social, econômico e intelectual). As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a *força ativa* determinante das leis e das instituições da sociedade.

Lassalle de que a constituição escrita é uma mera *folha de papel*: em sua inaptidão para conformar uma realidade que lhe é anterior, extrínseca e indiferente. Não obstante, o percurso histórico rumo à modernidade¹⁰ tardia do século XX, sobretudo nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, veio a pôr em xeque a asserção lassalliana. Impactadas pelos horrores dos conflitos bélicos em escala mundial, as nações ocidentais comprometeram-se com os esquemas básicos do Estado de direito, sobretudo com a promoção das declarações de direitos humanos.

No campo da ciência do direito constitucional, testemunhamos um deslocamento do significado *descritivo* (a constituição como modo de ser, o que uma comunidade simplesmente é) em direção ao significado *normativo* (a constituição como um ato constitutivo, o pacto fundante de uma nova comunidade). Trata-se da compreensão da constituição como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada em um documento escrito, no qual se fixam os limites do poder político e declaram-se direitos e liberdades fundamentais”¹¹. Nesse contexto de transição, no refluxo das violações massivas de direitos humanos na Alemanha nazista, o constitucionalismo alemão passou a sufragar e aprimorar sofisticadas doutrina e jurisprudência no âmbito constitucional, centradas no princípio da dignidade humana¹². A crítica de Hesse¹³ a Lassalle exsurge justamente nesse período.

Hesse alertava que a *estabilidade* é condição *sine qua non* para a eficácia das constituições¹⁴. E a estabilidade é diretamente dependente da *compatibilidade da constituição jurídica com a constituição real*, uma vez que, sempre que em conflito, há o risco de que aquela

¹⁰ Advirta-se que as experiências pioneiras do constitucionalismo moderno na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na França foram excepcionais por mais de dois séculos, isto é, tiveram influência decisiva na vida política apenas das nações citadas, nas quais se passou a vivenciar uma concepção jurídica de constituição. Seja mediante a constituição material inglesa, seja mediante as constituições formais estadunidense e francesa, os séculos XVII e XVIII assistiram à atribuição de força normativa e caráter jurídico às constituições – escritas ou não –, que passaram a ser “lei fundamental” do Estado, normas juridicamente instituidoras de uma comunidade, centro de gravitação do ordenamento jurídico e das demais leis, dotadas de certa estabilidade, imodificáveis nos moldes das leis comuns – portanto providas de supremacia, capazes até de derrogar as leis ordinárias com ela incompatíveis.

¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2015 (p. 34).

¹² Uns reconhecem esse movimento constitucionalista como uma “terceira onda”, posterior à primeira, liberal (na modernidade incipiente, centrada no princípio da liberdade), e à segunda, socialista (na maturidade da modernidade, centrada no princípio da igualdade material). Para aprofundar essa discussão, denominada “paradigmas do direito”, remeto a: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003.

¹³ A primeira edição de *A força normativa da constituição* data de 1959. No Brasil, foi traduzida pela primeira vez em 1991, justamente no período histórico em que se cogitava pela primeira vez de uma efetiva força normativa da então recente Constituição brasileira, em: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

¹⁴ *Ibid.* (p. 22).

sucumba diante desta¹⁵. Se os fatores reais do poder são sempre determinantes e triunfam sobre quaisquer constituições escritas, é de concluir que estas são artefatos supérfluos, pois, quando muito, apenas repetem um conjunto preexistente de coisas: o funcionamento de um sistema econômico capitalista iníquo, a divisão estratificada de classes, a organização do poderio militar em favor das elites, etc. A grande contradição constitucional seria, assim, a própria desnecessidade de uma constituição no sentido que modernamente lhe atribuímos.

Contudo, como veio a história provar, a partir, especialmente, dos meados do século XX, esse argumento perdeu força e atratividade. Há muito mais *força normativa* nas constituições modernas do que se suspeitava na época de sua germinação. É certo que uma correspondência com a realidade – com os *limites do factível*¹⁶ – ainda é exigida como condição de efetividade. No entanto, a dependência da constituição com relação às condições de eficácia não é capaz de torná-la simplesmente inócuia, mera folha de papel, aquém da força jurídica imanente às regras do direito.

O desenvolvimento do conhecimento jurídico-constitucional das últimas décadas tem-nos fornecido indícios de como lidar com os persistentes enigmas constitucionais, mesmo que, a bem da verdade, não os tenha solucionado na totalidade. Ainda se discute nos Estados contemporâneos como alcançar os objetivos e direitos sociais fixados pelas constituições. Quanto menos o Estado seja capaz de promover os objetivos e direitos sociais, tanto mais parece abrir-se um fosso entre constituição real e constituição ideal. Hesse nos sugere o emprego de uma *interpretação construtiva* para equacionar a tensão entre idealidade e realidade, ínsita à dimensão da existência constitucional: “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes”¹⁷. Está claro que a prática constitucional coerente exige um meio-termo, que não isole completamente a realidade que se imporá a qualquer custo, nem esgarce indevidamente a normatividade contrafactual inerente ao direito. Realidade e ideal estão, portanto, postos em uma relação de mútua dependência.

¹⁵ Lassalle é mais radical e assevera que a constituição escrita *necessariamente* sucumbirá perante os fatores reais do poder (*Op. Cit.*, p. 39).

¹⁶ Quanto aos limites do factível, a moderna teoria dos direitos fundamentais, desenvolvida pela jurisprudência dos valores do tribunal constitucional alemão e sistematizada sobretudo pelo jurista Robert Alexy, tem produzido esclarecedores pilares de restrição aos direitos fundamentais. Conferir, a esse propósito: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011 (pp. 126-182).

¹⁷ HESSE (*Op. Cit.*, p. 23).

Na contenda entre as concepções de Lassalle e Hesse, uma destas sobressai como vitoriosa. O próprio desenvolvimento da história constitucional tardia deu a Hesse razão, de sorte que a força normativa – observados os limites do factível – tem prevalecido sobre uma inerte e pusilâmine visão realística da constituição. Tratemos, agora, de contextualizar a Constituição brasileira de 1988 neste debate.

A Constituição Cidadã se insere na vertente mais tardia (“terceira onda”) do movimento constitucionalista, quando o conteúdo constitucional trivial passou a abarcar matérias que não dizem respeito diretamente à composição do Estado, à sua organização e à limitação de seus poderes. A vivência constitucional é produto de uma complexidade social irrefragável, que demanda garantia e estabilidade jurídica, e *ipso facto* pede, por solicitação e pressão dos grupos de interesse, a inclusão de pautas e assuntos os mais variados em um documento escrito sob a forma de normas de *status constitucional*.

É inconteste que a contradição entre *constituição ideal* e *constituição real* mostra-se mais protuberante quanto aos aspectos constitucionais que prescrevem objetivos e finalidades sociais para determinado Estado, no sentido de construir um certo tipo de país ou projeto de nação. Eventuais falhas no que respeitam a esse projeto repercutem em déficits de força normativa da constituição, ou seja, é colocada em dúvida a própria efetividade das normas constitucionais, a sua capacidade de se transfigurarem em realidade (eficácia social). Diante dessa dificuldade, nem sempre contornável, é tentador acusar a constituição de ser apenas uma folha de papel.

O caso dos direitos sociais é o mais emblemático. Ainda que o texto constitucional esteja recheado de direitos que procuram, ao menos no nível das intenções constituintes, assegurar trabalho, previdência, assistência social, saúde, educação, lazer, cultura, moradia e transporte, o quadro de descompasso entre o “prometido” e o constatado é desconcertante. Em grande medida, direitos sociais, econômicos, difusos, coletivos e culturais demandam prestações estatais (pois, grosso modo, possuem estrutura normativa de *normas programáticas*) que os transformem em ação governamental concreta. E essa ação pode ser gradativa, paulatina, maximizada ou minimizada ao sabor das circunstâncias fáticas (nas quais se incluem os “fatores reais do poder”).

As estatísticas e os indicadores socioeconômicos não deixam camuflar a insuficiência das políticas públicas para consolidar a paisagem traçada na Constituição. Infelizmente, muitos ainda estão excluídos da cidadania em nosso país, em manifesta afronta à igualdade

constitucionalmente preconizada. Se projetarmos nosso foco para os direitos dos povos indígenas¹⁸, facilmente constataremos que esse grupo ainda vive à margem da cidadania, atravessado por preconceitos e por negligência por parte das autoridades públicas, a despeito do tratamento condigno que a Constituição Cidadã lhes dispensou, na forma da garantia de imprescindíveis direitos coletivos¹⁹ (Título VIII – Da ordem social; Capítulo VIII – Dos índios; arts. 231 e 232). Interessa-me, neste ensaio, pôr em relevo a efetividade dos direitos constitucionais dos povos indígenas (notadamente o direito às terras originárias), à luz da dicotomia entre folha de papel e força normativa. Pergunto: os comandos do art. 231 têm tido sua força normativa maximizada durante esses 36 anos de constitucionalismo democrático? ou não têm passado de mera folha de papel intocada, esquecida nos exemplares da Constituição guardados nas gavetas e bibliotecas? Vamos a esta investigação.

2. Os direitos territoriais dos povos indígenas na Constituição de 1988

Um pressuposto orientará nossa discussão: o mandamento constitucional do art. 231, expedido pelo *constituinte originário*, em histórico reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras, possui *eficácia plena e efeitos imediatos*²⁰. Do texto constitucional, é importante destacar o seguinte. Definem-se como terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas “*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,*

¹⁸ Venho discutindo os direitos constitucionais dos povos indígenas às suas terras tradicionais em vários artigos, dos quais destaco: “Brasil precisa de pacto para e pelos povos indígenas” e “Demarcação de terras indígenas e o princípio constitucional do não retrocesso”, publicados, respectivamente, como capítulos 16 e 17 de livro de minha autoria: FERREIRA, Antonio Oneildo. *A natureza contramajoritária da advocacia: Direitos Humanos, Igualdade de Gênero e Democracia*. Brasília: Editora OAB, Conselho Federal, 2017.

¹⁹ Os direitos fundamentais reconhecidos aos povos indígenas desdobram-se em três dimensões: de organização social, de cultura e de território. São ambivalentes no seguinte sentido: tanto pertencem a toda a nação brasileira, na condição de *direito à sociodiversidade*, que é o direito de todos à existência e manutenção de diversos povos e suas culturas, em condições de alteridade; como pertencem apenas àquele povo determinado, na condição de *direito coletivo à autodeterminação*, de formar sua ordem legal interna e preservar seus costumes, cujo sujeito não é a soma da totalidade dos indivíduos, mas a comunidade, que tem o direito de defender-se a si mesma e gerar benefícios, consequentemente, para todos os seus membros.

²⁰ O constituinte originário não condicionou o gozo dos direitos do art. 231 à edição de legislação infraconstitucional; apenas previu a necessidade de lei ordinária para regular o aproveitamento dos recursos naturais em terras indígenas (§ 3º) e de lei complementar para definir as hipóteses de “interesse público da União” que permitiriam temporária excepcionalidade à regra (§ 6º). No mais, o dispositivo se aplica plena e imediatamente, após a promulgação da Constituição. Na clássica conceituação de José Afonso da Silva: “As normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, independentemente de regulamentação ulterior”. In: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002 (p. 81).

costumes e tradições” (art. 231, § 1º). Confere-se aos povos indígenas “*sua posse permanente*, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, § 2º), de modo que será *nulo* qualquer ato que tenha por objeto “a ocupação, o domínio e a posse das terras” ou “das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes” (art. 231, § 6º), ressalvado relevante interesse público. Finalmente, compete à União a obrigação de demarcá-las, com o intuito de proteger e fazer respeitar os bens materiais e imateriais nelas alojados (art. 231, *caput*).

Em síntese, são elementos inerentes à disciplina jurídica das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas: a *posse permanente* e o *usufruto exclusivo* sobre as terras efetivamente ocupadas e destinadas à manutenção de seu ambiente natural e cultural; a *nulidade*, via de regra, de qualquer ato contrário à referida garantia; a *propriedade pública da União* (art. 20, XI) e sua conseguinte *obrigação* de demarcar as terras. Esse plexo de direitos integra, em caráter definitivo, o patrimônio jurídico das sociedades tradicionais: são *inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis* (art. 231, § 4º).

Uma vez que o direito à terra é considerado originário, anterior e independente de qualquer ato do Estado, a demarcação vem a ser mero ato administrativo de natureza declaratória, que não pode fixar outros critérios que não aqueles predefinidos pelo constituinte originário, relativos ao uso da terra para a reprodução física e cultural dos usos, costumes e tradições do povo em questão. Demarcar serve essencialmente ao propósito de delimitação, para dar conhecimento a terceiros e garantir mais estável e firme proteção e respeito aos bens de cada povo. Dito de outro modo, a demarcação não é concessão ou fruto de determinação legal, mas apenas o reconhecimento de um *direito preexistente*. Apesar disso, a demarcação não configura ato irrelevante. Uma de suas funções é identificar os chamados “índios aldeados”, que são os sujeitos à proteção dos órgãos estatais.

Vimos acima as intenções constituintes, plasmadas nas normas constitucionais. Na realidade prática, todavia, o reconhecimento dos direitos indígenas ainda tem sido vergonhosamente insatisfatório. Antes de tudo, há que constar a inconstitucionalidade omissiva em razão da mora da União em concluir as demarcações, o que deveria ter acontecido em até cinco anos²¹ a partir da promulgação da Constituição de 1988. Há *fatores reais do poder* que

²¹ Assim dispõe o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. A leniência do Estado brasileiro para com essa demanda é histórica. Somente no começo do século XX foram concedidas legalmente as terras para os índios, porém em caráter provisório. Com a Constituição de 1967, essas terras foram

flagrantemente contrastam com o mandamento constitucional; que opõem os interesses do capital às pretensões de força normativa da ordem jurídica, no tocante ao comando constitucional de demarcação das terras indígenas. À força normativa do art. 231, desponta a contraforça da primazia da propriedade privada, do uso antissocial da propriedade e de uma soberania estatal totalitária e repressora das diferenças dos grupos minoritários.

A história dos direitos humanos dos povos indígenas escancara o conflito entre constitucionalismo (força normativa da constituição) e colonialismo (conjunto de fatores reais de poder historicamente determinantes)²². A questão indígena fora usualmente tratada no Brasil sob os vieses da indiferença e do assimilacionismo²³. A Constituição de 1988 veio interromper esse malfadado destino imposto aos povos originários. As potencialidades engendradas por sua orientação jusgarantista ainda não foram completamente verificadas; porém, o documento constitucional sem dúvida abre um flanco promissor em direção à efetivação dos direitos indígenas, sobretudo quando comparado às ordens jurídicas predecessoras. As previsões indigenistas fizeram parte de um movimento maior que albergou praticamente toda a América Latina: o reconhecimento de que as constituições deviam cuidar expressamente de reservar a essas populações um tratamento especial condizente, a um só tempo, com a dignidade humana e com o histórico de exclusão e opressão por elas experimentado²⁴.

Segundo esse princípio, a Constituição Cidadã demoliu, de modo pioneiro no continente, o paradigma da integração, que supunha a condição indígena, de povo diferenciado, como transitória, provisória; da apologia da “incorporação dos silvícolas *[sic]* à comunhão

reservadas ao domínio da União. Com a Constituição de 1988, retirou-se-lhes definitivamente qualquer caráter de propriedade privada, ao serem estabelecidas como bens da União. Até então, dependiam de um processo de reconhecimento por parte do Poder Público. Apenas em 1996 viria a ser publicado o decreto que delineou o procedimento administrativo demarcatório (Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996). Conferir: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “O direito de ser povo”. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (org.). *Direito Constitucional Brasileiro: constituições econômica e social*, Vol. 3 São Paulo: RT, 2014 (p. 625).

²² Se, de um lado, a ideologia iluminista da liberdade, da igualdade e da dignidade inspirou o processo de constitucionalização dos Estados nacionais modernos, por outro lado, a manutenção de um sistema colonialista de exploração de povos e recursos naturais, ainda nos supostamente esclarecidos séculos XVII e XVIII, traiu o legado emancipatório que a modernidade buscava consolidar.

²³ A postura assimilacionista preconiza a integração dos povos tradicionais à cultura e ao *modus vivendi* ocidental – sobretudo para efeitos de integração ao trabalho livre e ao sistema de propriedade privada – e, por conseguinte, o abandono da identidade indígena característica. Conferir: SOUZA FILHO (*Op. Cit.*, 2014, p. 622).

²⁴ Para uma mais especializada discussão do princípio da igualdade como diferença, no contexto das políticas de reconhecimento identitárias de grupos marginalizados (nas quais podemos incluir as ações afirmativas em prol dos povos indígenas), remeto a artigo de minha autoria, recentemente publicado sob o título “O contrato social e o sentimento de pertencimento”. In: *Portal Migalhas*, seção *Migalhas de Peso*. Publicado em: 02/07/2025. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/433886/o-contrato-social-e-o-sentimento-de-pertencimento>>. Acesso em: 07/07/2025.

nacional”²⁵. É reconhecido o *multiculturalismo* imanente às nações, representado pelo direito de continuar a ser indígena – como indivíduo e como sociedade diferenciadamente organizada –, franqueado e assegurado mediante um complexo de direitos coletivos que consubstanciam a integral proteção do modo de vida, da cultura, da organização jurídico-social e das tradições das sociedades tribais²⁶.

De nada adiantaria o reconhecimento de tal amplo catálogo de direitos em prol dos povos indígenas se, em suporte, não fosse reconhecido o mais fundamental entre eles: o direito à terra. Raros são os povos autóctones que não se identificam espiritualmente com determinado território e seu ecossistema. Para eles, o território é, além de um simples espaço de habitação e convivência, ou de um simples instrumento de extração de riquezas, um *valor tradicional*, até mesmo moral, espiritual e metafísico; uma condição inafastável de sobrevivência e dignidade. E não se trata de um território qualquer, mas daquela terra mesma onde as tribos cresceram e proliferaram, onde viveram e estão sepultados seus antepassados, dotada de importância histórica e sentimental, necessária para sua reprodução física e cultural. A dispersão total de um povo confunde-se com seu extermínio. O direito à terra é nada mais que o “direito dos direitos” para os povos indígenas.

Não bastasse a omissão, há ainda atos provindos de autoridades estatais que buscam inviabilizar a demarcação de terras indígenas, lançando o sistema de direitos constitucionais reconhecidos aos povos tradicionais a um retumbante retrocesso social, inadmissível em termos não só políticos, como especialmente jurídicos²⁷. A tese do marco temporal ilustra esses atos.

3. A discussão do marco temporal

No texto constitucional, há uma *suposta* lacuna quanto ao marco temporal a partir de quando se considera uma terra como indígena. Tendo o constituinte originário sido silente, tal

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “Dos índios”. In: CANOTILHO; J. J. Gomes *et al.* (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013 (p. 2148).

²⁶ *Ibid.* (p. 2149).

²⁷ Reconhecido na jurisprudência do STF e na doutrina brasileira, o princípio do não retrocesso em matéria de direitos sociais “impede a revogação arbitrária ou injustificada de conquistas sociais já consolidadas, funcionando como limite à atuação do legislador infraconstitucional e do Poder Público. Trata-se de uma dimensão da proteção da confiança e da estabilidade dos direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (p. 157). Analisei-o pormenorizadamente, inclusive sob a perspectiva da demarcação das terras indígenas, no já aludido artigo “Demarcação de terras indígenas e o princípio constitucional do não retrocesso”, publicado como capítulo 17 em meu livro: FERREIRA (*Op. Cit.*, 2017).

postura sugere que nem sequer se cogitou a fixação de um marco temporal, irrelevante e contraproducente aos propósitos de assegurar aos povos indígenas o direito às suas terras *originárias*. Na verdade, o próprio conceito de terra originária exclui fixações temporais arbitrárias. Caso se considere haver lacuna textual, conclamemos os princípios interpretativos do direito, especialmente a interpretação histórico-teleológica, a interpretação sistemática e a interpretação conforme à Constituição²⁸, que cotejam o art. 231 com os demais princípios que constroem o edifício constitucional, que há de ser coeso, interpretado com coerência e integridade²⁹.

Como vimos, a tese do marco temporal tem como partidários aqueles grupos econômicos interessados em explorar as riquezas nas terras originárias, sobretudo os latifundiários, ruralistas, mineradores e garimpeiros. Tal tese sustenta que as terras indígenas demarcáveis são somente aquelas ocupadas física e permanentemente pelos indígenas na data de promulgação da Constituição: 5 de outubro de 1988, a menos que estes comprovem disputa judicial ou conflito pela posse à época. Façamos a devida contextualização do debate dessa tese nos últimos anos, quando houve manifestação do STF em 2023 (subseção 3.1) e a consequente retaliação no Congresso Nacional no mesmo ano (subseção 3.2).

3.1. A posição do STF

Em setembro de 2023, o STF concluiu a apreciação da querela do marco temporal, no bojo do *leading case* Recurso Extraordinário – RE nº 1.017.365, interposto pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – Fatma, a fim de pleitear a reintegração de posse de área administrativamente declarada³⁰ como de tradicional ocupação indígena pelos índios Xokleng, Kaigang e Guarani (Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ), localizada em parte da

²⁸ Confiram-se as lições de Luís Roberto Barroso concernentes às técnicas de interpretação citadas: a) *interpretação histórica*: “procura reconstruir a vontade do constituinte, ou seja, os antecedentes históricos e os debates da Assembleia Constituinte, com o objetivo de identificar o sentido original das normas constitucionais” (p. 269); b) *interpretação teleológica*: “dirige-se para a finalidade da norma, o fim social visado pelo legislador constituinte. Busca-se a razão de ser da norma, o bem jurídico por ela tutelado, promovendo uma interpretação que dê eficácia e sentido aos valores constitucionais” (p. 271); c) *interpretação sistemática*: “exige que se considere o texto constitucional como um todo coerente e harmônico, evitando contradições entre seus dispositivos” (p. 272); d) *interpretação conforme à Constituição*: “busca preservar a constitucionalidade de normas infraconstitucionais, adotando, entre os sentidos possíveis, aquele que se harmonize com a Constituição” (p. 276). BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁹ Para a defesa jusfilosófica da integridade no direito, conferir: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁰ Trata-se da Portaria nº 1.128/2003, do Ministério da Justiça.

Reserva Biológica do Sassafrás/SC. No julgado, o STF atribuiu à questão repercussão geral³¹ e consignou, como teses do Tema 1.031 (“*Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional*”)³², entre outras:

I - A demarcação consiste em procedimento *declaratório do direito originário territorial* à posse das terras ocupadas *tradicionalmente* por comunidade indígena;

II - A posse tradicional indígena é *distinta da posse civil*, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

(...)

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

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

(...).

Ora, muito do que o STF fez foi simplesmente reiterar o que já está escrito, de maneira cristalina e indubitável, no texto constitucional, inclusive o descabimento da fixação de um marco temporal arbitrário ao qual a Constituição nem sequer alude. Para esclarecer a posição externada pelo STF, vale sintetizar alguns dos argumentos esposados pelo relator da ação, Min. Edson Fachin, quando de sua manifestação à repercussão geral:

a) no que tange ao *caso concreto*, é plausível o argumento da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – Funai, juntado ao processo, de que o título de domínio apresentado pela recorrida é nulo de pleno direito, pois a ocupação indígena naquela terra é “imemorial”,

³¹ O instituto da repercussão geral foi introduzido no art. 102, § 3º, da CRFB pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (“Reforma do Judiciário”). Assim está redigido o dispositivo: “No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Na prática, o STF concentrar-se-á nos REs considerados relevantes socialmente, que ultrapassem os interesses das partes processuais. A repercussão geral do RE nº 1.017.365 foi atribuída pelo relator do processo, Min. Edson Fachin, em 19/12/2018, passando a vigorar a partir de 22/02/2019.

³² Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514834&ori=1>>. Acesso em: 25/06/2025. (Grifamos.)

“registrada na literatura histórica da região”, de sorte que seria inconstitucional a remoção dos respectivos povos daquelas terras;

b) no que tange à *tese jurídica abstrata*, é direito fundamental dos povos indígenas a titularidade às suas terras demarcadas ou por demarcar, colocado em perigo pela notória “permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas” – razão que inspirou a atribuição de força vinculante à decisão;

c) no que tange ao argumento *histórico*, foi posto em relevo o notório “processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais”, que ocasionou “longo processo de migração ao interior e ocupação, por parte dos portugueses e seus descendentes, da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional”;

d) no que tange à *disciplina jurídica* da matéria, foram relembrados: o pioneiro Alvará Régio de 1680, que concedeu aos índios “primários e naturais” o senhorio de suas terras ocupadas e a impossibilidade de tomá-las; o art. 24, § 1º, do Decreto nº 1.318/1854, que regulamentou a Lei de Terras de nº 601/1850, reconhecendo o direito originário dos indígenas às terras em sua posse; a pioneira consagração desse direito no ordenamento constitucional, em 1934; e a atribuição de domínio dessas terras à União, na Constituição de 1967;

e) no que tange ao *enquadramento jurídico* da questão, não se pode considerar as terras indígenas propriedade alheia, “nem mesmo como terra devoluta estadual”, uma vez que “não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo”³³;

f) no que tange à *legitimidade do tribunal* para decidir a questão, lembrou-se sua missão constitucional de guardião da Constituição³⁴, provocado a manifestar-se a favor da “sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira”.

³³ Referência ao luminar voto do então Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do RE nº 44.585, em 12/10/1961. Destaquesmos desse voto a seguinte reflexão: “Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era *necessária à sua subsistência*. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a posse estaria materializada nas malocas”. (Grifamos.)

³⁴ *In verbis*: Art. 102, *caput*, da CRFB: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição (...”).

Parte primordial da manifestação do Min. Edson Fachin é sua referência ao paradigmático caso Raposa Serra do Sol³⁵ (Pet nº 3.388, de relatoria do Min. Ayres Britto)³⁶, julgado em 2009. No entanto, aquela decisão carecera de efeito vinculante³⁷. Apesar disso, devido ao seu caráter histórico e emblemático, inclusive por ter sido citada como precedente de força gravitacional pelo Min. Edson Fachin, vale sintetizar os principais argumentos do Min. Ayres Britto naquela ocasião, em que se ressaltaram:

- a) o “propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional”;
- b) a importância das terras demarcadas para a soberania e independência nacional, sendo incabível às unidades federadas reivindicar bem público federal, uma vez que o território dos Estados-membros já nasce “jungido ao regimento constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’”. As terras indígenas, aliás, não possuem natureza político-territorial, mas de *realidade sociocultural*;
- c) o privilegiamento de um “modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios”;
- d) o fundamento no *constitucionalismo fraternal*, que pugna pela “efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas”³⁸;

³⁵ Foi confirmada a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

³⁶ Pet nº 3.388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049.

³⁷ Nos embargos de declaração à petição, o Min. Roberto Barroso explica a ausência de força vinculante, na ementa: “(...) 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que cogite da superação de suas razões”. Pet nº 3.388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057.

³⁸ Complementa o ministro: “No caso, os índios a desfrutar de um *espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica* para mais eficazmente poderem *preservar sua identidade somática, linguística e cultural*. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências”. (Grifamos.)

e) a consideração do critério temporal da *tradicionalidade*: “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios”; conjugado com a finalidade prática da abrangência fundiária para assegurar a ocupação tradicional;

f) a natureza de instituto heterodoxo de direito constitucional, não de uma ortodoxa figura de direito civil, conferida à disciplina da posse das terras indígenas;

g) a natureza não constitutiva do ato demarcatório, que em verdade *declara* uma *situação jurídica preexistente*, a dos *direitos originários* constitucionais, “direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios”;

h) a compatibilidade entre terras indígenas e preservação do meio ambiente, ainda que estas envolvam áreas de conservação e preservação ambiental, autorizada a dupla afetação;

i) o estabelecimento de dezenove “salvaguardas institucionais”³⁹ como critérios de reconhecimento das terras indígenas.

Tragicamente, as forças retrógradas que se apossaram do Congresso Nacional nos últimos anos – boa parte delas organizadas pelo atípico bloco do Centrão⁴⁰ – agiram deliberadamente para debelar a decisão jusgarantista vinculante do STF, em vergonhosa incompreensão e afronta ao direito constitucional. De fato, a contenda do marco temporal tornou-se um imbróglio político, a conduzir sérios embates no Congresso, momentaneamente “resolvidos” pela retromencionada Lei do Marco Temporal. Vamos a esse ponto.

³⁹ Tais salvaguardas foram ampliadas pelo voto do revisor, Min. Menezes Direito. Para a crítica das salvaguardas, que considero ativismo judicial inconstitucional, remeto a meu artigo “O ativismo judicial no trintenário da Constituição”, publicado como capítulo 2 de meu livro: FERREIRA, *Op. Cit.*, 2019 (p. 37): “Essa decisão está maculada do mais indisfarçável ativismo, pois que o Judiciário usurpa as funções administrativas, visto que cabe somente ao Poder Executivo da União estabelecer pormenores do ato executivo demarcatório, atividade criativa vedada à jurisdição. E muitas das chamadas salvaguardas atuaram no sentido de minimizar o alcance do direito à terra dos povos tradicionais, que era plenamente assegurado na portaria e no decreto originariamente examinados”.

⁴⁰ Analiso, do ponto de vista do contrato social hobbesiano, o Centrão no artigo: “A política e o Supremo entre pactos e espadas: uma análise à luz da filosofia política de Thomas Hobbes”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/425854/politica-e-stf-entre-pactos-e-espadas-analise-a-luz-de-thomas-hobbes>>. Acesso em: 27/06/2025.

3.2. Os embates no Congresso Nacional

Antes mesmo que a decisão do STF fosse publicada, a Lei do Marco Temporal foi aprovada no Congresso Nacional, a fim de regular diversos aspectos do art. 231 da CRFB. Essa lei adotou a tese do marco temporal – combatida e descartada pelo STF –, segundo a qual somente são demarcáveis e reconhecidas como originárias as terras ocupadas pelos indígenas brasileiros na data de promulgação da Constituição vigente (5 de outubro de 1988), salvo se comprovado persistente conflito⁴¹. Embora o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva tenha vetado diversos de seus dispositivos, os vetos foram posteriormente derrubados pelo Legislativo da União⁴².

Escancarou-se nesta votação o embate de posições ideológicas que marca a atual configuração do Congresso. Na Câmara dos Deputados⁴³, 238 parlamentares votaram a favor da lei, enquanto 155 votaram contra, havendo uma abstenção. Os partidos de oposição (PSDB, Novo e Cidadania), inclusive os do Centrão (MDB, PP, PL, PSD, PSC, União Brasil, Avante, Podemos, Republicanos e Solidariedade)⁴⁴ votaram majoritariamente a favor, enquanto os partidos da base de apoio ao governo Lula votaram majoritariamente contra (PT, PcdB, PV, Psol e Rede), com exceção de PSB e PDT, os quais, embora governistas, votaram majoritariamente contra.

No Senado Federal⁴⁵, por sua vez, 43 parlamentares votaram a favor, enquanto 21 votaram contra. Em termos genéricos, apenas a base do governo de situação posicionou-se contra (PT, PSB, PV e Rede – com exceção do PDT, que votou majoritariamente a favor; além de alguns senadores do MBD). Favoráveis à lei foram majoritariamente os membros da oposição, inclusive do Centrão (PSDB, Novo, MDB, PP, PL, PSD, União Brasil, Podemos e

⁴¹ É o que diz o § 2º do art. 4º: “A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descharacteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado”. O inciso I trata das terras habitadas pelos indígenas em caráter permanente. Quanto ao persistente esbulho, encontra-se disposto no § 3º do art. 4º: “Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada”. Ademais, vedou-se a ampliação das terras já demarcadas (art. 13).

⁴² “STF suspende tramitação de todas as ações judiciais sobre Lei do Marco Temporal”. In: *STF Notícias*. Publicado em: 22/04/2024. Disponível em: <<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-suspende-tramitacao-de-todas-as-acoes-judiciais-sobre-lei-do-marco-temporal/>>. Acesso em: 30/06/2025.

⁴³ “Marco temporal: veja como votou cada deputado”. In: *Congresso em Foco*. Publicado em: 30/05/2023. Disponível em: <https://www.congressemfoco.com.br/noticia/50843/marco-temporal-veja-como-votou-cada-deputado?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em: 30/06/2025.

⁴⁴ Observe-se que, mesmo com ministérios, MDB, PSD e União Brasil votaram majoritariamente a favor.

⁴⁵ “Como votou cada senador na aprovação do PL do marco temporal das terras indígenas”. In: *Gazeta do Povo*. Publicado em: 28/09/2023. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/marco-temporal-terrass-indigenas-como-votou-cada-senador/?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em: 30/06/2025.

Republicanos). Ora, duas conclusões me parecem óbvias: além do enfraquecimento do governo Lula no parlamento, há a predominância de uma ideologia reacionária, anticonstitucionalista e antimínorias, capitaneada pelo Centrão.

Partidos de oposição e entidades governamentais e da sociedade civil, a fim de evitar tal inadmissível diluição dos direitos dos povos indígenas, bem como a insegurança jurídica decorrente do conflito entre as posições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, acionaram o controle concentrado e abstrato do STF para debater a constitucionalidade da Lei do Marco Temporal (por meio das ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs nº 7.582, nº 7.583 e nº 7.586, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO nº 86 e da ação declaratória de constitucionalidade – ADC nº 87). O relator das ações, Min. Gilmar Mendes, determinou, em 22 de abril de 2024, a suspensão da tramitação dessas ações via medida cautelar, com vistas a iniciar procedimentos de conciliação e mediação sobre “reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas”⁴⁶.

Com a devida vênia, a realização dessas audiências é insustentável e contraproducente para o desiderato de garantir os direitos constitucionais indígenas. Reconheça-se que, *em tese*, a instalação de audiências públicas costuma ser bem-vinda e alvissareira demonstração da adoção da democracia participativa⁴⁷, do diálogo institucional⁴⁸ e da efetiva implementação de uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição⁴⁹. Mas este não é o caso: tais audiências só têm a minimizar os direitos dos povos indígenas cristalizados na Constituição.

⁴⁶ Foi instituída Comissão Especial integrada pelos atores que ajuizaram as ações, membros dos Três Poderes e representantes pertinentes da sociedade civil, “à qual caberá, entre outras atribuições a serem definidas posteriormente: (i) apresentar propostas de solução para o impasse político-jurídico em todas as ações de controle concentrado [...]; (ii) propor aperfeiçoamentos legislativos para a Lei 14.701/2023, sem prejuízo de outras medidas legislativas que se fizerem necessárias, ambos voltados à superação do impasse e novo diálogo institucional”. A 23ª audiência foi realizada em 26 de junho de 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/analise-de-anteprojeto-que-altera-a-lei-do-marco-temporal-avanca-no-stf/>. Acesso em: 27/06/2025.

⁴⁷ Eis o conceito de democracia participativa: “A democracia participativa representa uma forma de exercício do poder em que os cidadãos não apenas elegem seus representantes, mas também participam ativamente das decisões políticas, por meio de mecanismos como audiências públicas, conselhos, plebiscitos e iniciativas populares de lei”. AVRITZER, Leonardo. *Democracia e os sentidos da participação: uma perspectiva comparativa*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 18.

⁴⁸ Na definição do constitucionalista Virgílio Afonso da Silva: “O modelo de diálogos institucionais parte da ideia de que, em uma democracia constitucional, as diferentes instituições — Parlamento, Executivo, Judiciário — devem manter uma comunicação constante, ainda que crítica, sobre a interpretação e aplicação da Constituição. Nenhuma delas possui o monopólio da verdade constitucional”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e diálogo entre os Poderes*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135.

⁴⁹ Nas palavras do “pai” da teoria da sociedade aberta, o constitucionalista alemão Peter Häberle: “A interpretação constitucional não pode ser monopólio de uma única instituição. Ela deve envolver uma multiplicidade de intérpretes, pois a Constituição pertence a todos. Trata-se de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na qual participam não apenas os órgãos jurisdicionais, mas também os cidadãos, os cientistas, os partidos políticos, a imprensa, entre outros”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos*

Conclamo a uma reflexão: até que ponto a discussão balizada pelas audiências públicas não apontaria para uma flexibilização e modulação dos direitos assegurados aos povos indígenas pelo constituinte originário? Ora, sob o ponto de vista dos povos indígenas, não convém discutir a literalidade do art. 231. Que finalidade teria tal ciclo de audiências, senão incluir os pleitos dos setores do agronegócio e da mineração? O fato em si da convocação para as audiências é preocupante. Ilustro tal situação incongruente: faria sentido agendar audiências públicas para discutir os princípios fundamentais da República do art. 1º ou os direitos e garantias individuais do art. 5º? Em outras palavras: que sentido há em debater dispositivos constitucionais cujo texto não dá qualquer margem para controvérsias? Portanto, essas audiências, se flexibilizarem os direitos indígenas, só poderão gerar resultados controversos e *inconstitucionais*. Cogitar audiências públicas para debater a pauta do marco temporal é um movimento que *aproxima a Constituição a uma mera folha de papel*. A força normativa reside primordialmente no respeito ao texto do constituinte originário que garante de maneira indubidosa os direitos dos povos indígenas às suas terras originárias.

As lideranças indígenas (a exemplo da Apib⁵⁰) têm manifestado severas críticas às audiências públicas, na medida em que estas não oferecem instrumentos para uma mediação justa, como também porque visam a legitimar retrocessos e a agravar a vulnerabilidade dos povos indígenas, em um ambiente de conciliação “forçada”, nos termos de um insidioso racismo estrutural, em total desconformidade com a Constituição. A lógica de votação por maioria, que impera nas audiências, necessariamente favorece os ruralistas e mineradores.

Conquanto as coalizações reacionárias do Congresso Nacional queiram tornar inócuo o art. 231, reduzindo-o a uma estéril e engavetada folha de papel, restam ainda esperanças de consecução da justiça, porquanto os movimentos progressistas no Congresso, no Executivo, no Judiciário e na sociedade civil lutam por tornar realidade a força normativa do art. 231 – vale dizer, por imprimir a devida força normativa à Constituição Cidadã de 1988.

intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.
Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 27.

⁵⁰ Conferir, por todas, a seguintes reportagens veiculadas na internet. “Comissão sobre marco temporal no STF ameaça direitos indígenas, dizem lideranças”. Publicada em: 03/10/2024. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/comissao-sobre-marco-temporal-no-stf-ameaca-direitos-indigenas-dizem-liderancas/?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em: 07/07/2025. “Organizações indígenas se retiram de audiências de conciliação do marco temporal do STF”. Publicada em: 29/08/2024. Disponível em: <https://www.iuh.unisinos.br/642974-organizacoes-indigenas-se-retiram-de-audiencias-de-conciliacao-do-marco-temporal-do-stf?utm_source=chatgpt.com>. Acesso em: 07/07/2025.

Considerações finais

Trago de volta a questão propulsora deste ensaio, à luz do debate do marco temporal: as disposições constitucionais que garantem os direitos originários dos povos indígenas às suas terras possuem força normativa, ou não passam de inscrições estéreis em uma mera folha de papel, cuja normatividade venha a ser esvaziada com base nas circunstâncias políticas engendradas pelo Centrão? Tal indagação encontra correspondência com a história dos direitos humanos dos povos indígenas, a escancarar o conflito entre constitucionalismo e colonialismo. No nível institucional, o Congresso Nacional tem sido cooptado pelos fatores reais do poder dominante, enquanto o Poder Executivo e o STF têm-se insurgido como defensores da força normativa do art. 231.

A maioria do Congresso tem aderido aos fatores reais de poder que claramente opõem os interesses do capital às pretensões de força normativa da ordem jurídica, no tocante ao comando constitucional de demarcação das terras indígenas. À força normativa do art. 231, desponta a contraforça da primazia da propriedade privada, do uso antissocial da propriedade e de uma soberania estatal totalitária e repressora das diferenças dos grupos minoritários. O sistema de direitos constitucionais reconhecidos aos povos tradicionais tem sido lançado a um retumbante retrocesso social, inadmissível em termos não só políticos, como especialmente jurídicos.

Trata-se de uma postura sistemática de malbaratamento dos direitos indígenas às terras por parte das forças sociopolíticas retrógradas, representadas por parlamentares (da chamada “bancada ruralista”) que se comportam como prepostos dos interesses dos latifundiários, ruralistas, mineradores e garimpeiros, ainda que amparados por modificações legislativas em sua maior parte *inconstitucionais*. Nesse contexto exsurge a contenda do marco temporal – um imbróglio político, a conduzir sérios embates no Congresso, momentaneamente “resolvidos” pela inconstitucional Lei do Marco Temporal. No Legislativo da União, infelizmente, temos assistido à predominância de uma ideologia reacionária, anticonstitucionalista e antimínorias, capitaneada pelo Centrão.

Em prol do constitucionalismo democrático, na linha de resistência, têm-se insurgido os defensores dos direitos humanos dos povos indígenas, seja no governo, seja na sociedade civil – inclusive as lideranças indígenas, evidentemente –, que simplesmente pretendem seja reconhecido o óbvio: o art. 231 possui eficácia plena e efeito imediato, de tal sorte que não cabe ao legislador restringir os direitos fundamentais de essência constitucional proclamados pelo

poder constituinte originário, acrescentando barreiras (datas arbitrariamente escolhidas) para seu exercício. Até porque a demarcação não é concessão ou fruto de determinação legal, mas apenas o reconhecimento de um direito preexistente, originário, mais primevo que qualquer outro na nação brasileira.

O STF tem protagonizado, de modo geral, tal resistência anticolonialista, tão necessária em nossa época, pelas vias do constitucionalismo fraternal. O “guardião da Constituição” confirmou em setembro de 2023, com lucidez, a flagrante inconstitucionalidade da Lei do Marco Temporal, legitimando o multiculturalismo brasileiro, a favor da igualdade como diferença (traduzida no direito do indígena de continuar a ser indígena – como indivíduo e como sociedade diferenciadamente organizada), consubstanciado nos direitos coletivos à integral proteção do modo de vida, da cultura, da organização jurídico-social e das tradições das sociedades tribais, imprescindíveis à “*sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira*”⁵¹. Especialmente, o tribunal reconheceu o direito à terra como “o direito dos direitos” para os indígenas, uma vez que a dispersão desses povos se confunde com seu extermínio. Nesse sentido, o Supremo foi taxativo ao entender que a proteção constitucional dos direitos originários *independe de um marco temporal qualquer ou da configuração de renitente esbulho*. (Rememore-se apenas a incongruente e inconstitucional instalação das audiências públicas para conciliação entre os interesses indígenas e ruralistas, que tende a reduzir as plenas garantias constitucionais do art. 231 a inscrições estéreis em uma folha de papel.)

Ora, seria o bastante constatar que não há, no art. 231, a expressão “na data desta Constituição”, ou semelhante, de modo a ser incabível o acréscimo de um marco temporal pelo legislador ordinário. Nós, defensores da dignidade dos povos indígenas – que aliás foi de forma fidedigna inscrita na Constituição – pugnamos que o art. 231 “saia do papel” e modele a realidade social, no que concerne notadamente aos direitos dos povos indígenas, pela força irradiadora das normas constitucionais, à qual o Estado democrático de direito brasileiro incontestavelmente se submete. Pretextos escorados em teses mirabolantes e sofismáveis, como a do marco temporal, apenas expõem as tentativas das forças reacionárias de obstruírem o potencial transformador dos direitos sociais e coletivos, ao tentar reduzi-los a simples textos

⁵¹ Pet nº 3.388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049.

sem aplicabilidade e eficácia. Confiemos que os movimentos progressistas no governo e na sociedade civil continuarão lutando para imprimir a devida força normativa à Constituição Cidadã de 1988, rumo a uma sociedade efetivamente justa, igualitária e solidária.