



NOTA TÉCNICA

Assunto: Terra Indígena Tupinambá de Olivença. Povo indígena: Tupinambá. População: 4562 habitantes (SESAI, 2013); Aldeias: 22; Superfície aproximada: 47.376 hectares; Municípios: Ilhéus, Buerarema e Uma; UF: Bahia. Análise sobre a viabilidade de demarcação da Terra Indígena à luz do artigo 231 da Constituição de 1988, do Decreto Presidencial nº 1.775/96, da tese fixada no Tema 1031 pelo Supremo Tribunal Federal e dos documentos que se encontram no Processo Funai/BSB nº 08620.001523/2008-43. Inaplicabilidade da Lei 14.701/23. Art. 231 c/c art. 5º, LXXXVI, da CF. Irretroatividade. Posse indígena. Direito natural, preexistente e meramente declaratório. Imposição Constitucional a exigir a publicação da Portaria Declaratória e do Decreto Homologatório.

1. Histórico do Procedimento de Identificação e Delimitação e da Presença Indígena em 1988

A Fundação Nacional dos Povos Indígenas – FUNAI, em documento datado 11.07.2018 que narra o histórico da demarcação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença, ao responder uma segunda diligência do Ministério da Justiça, esclarece, após traçar os caminhos processuais percorridos, que o marco temporal, caso fosse em algum tempo validado pelo STF, não se aplicaria ao caso.



Antes de mais nada, vejamos como a Fundação nos mostra como a mora impacta o Povo Tupinambá e como a tese anti-indígena do marco temporal não teria qualquer impacto sobre os direitos territoriais do Povo:

O reconhecimento da TI Tupinambá de Olivença foi iniciado com os estudos realizados pelo Grupo Técnico constituído pela Portaria nº 102/PRES/2004, que seguiram critérios técnicos, em consonância com as normativas que regulamentavam a matéria, quais sejam: o Decreto 1.775/96 e a Portaria 14/MJ/96. Esses estudos foram aprovados pelo Presidente da Funai mediante o Despacho nº 24/PRES/2009 de 17.04.2009, que ensejou a publicação do resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da TI Tupinambá de Olivença no Diário Oficial da União em 20.04.2009, e no Diário Oficial do Estado da Bahia em 19.05.2009. Aos estudos foram apresentadas 05 (cinco) contestações em âmbito administrativo[1], as quais foram apreciadas pela área técnica da Funai e consideradas desprovidas de elementos capazes de descaracterizar a ocupação tradicional indígena sob a área, à luz do art. 231 da Constituição da República. Ato contínuo, o processo foi analisado pela Procuradoria Federal Especializada junto à Funai e, pelo Despacho nº 037/PRES/2012 (fl. 1609), foi encaminhado ao Senhor Ministro de Estado da Justiça com proposta de expedição de portaria declaratória, com fulcro no art. 5º do Decreto nº 1.775/96.

Remetido à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, a regularidade do processo foi analisada pelo Parecer nº 76/2012/CEP/CONJUR-MJ/CGU/AGU (fls. 1612-1627), da lavra da Advogada da União Regina Maria Fleury Curado, que assim assentou:

“Isto Posto, sugerimos que se dê andamento ao Processo de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença – estado da Bahia – visto que não existe mais nenhum óbice judicial ao regular trâmite do processo administrativo nº 08620.001523/2008 – de modo a garantir o direito do grupo indígena em causa, ao seu território e à sua continuidade enquanto grupo, direito amplamente comprovado pelo trabalho do Grupo Técnico constituído pela Portaria nº 102/PRES /2004, de 22 de janeiro de 2004, sob a coordenação da antropóloga Suzana de Matos Viegas e como colaborador principal o antropólogo da Funai, Jorge Luiz de Paula, conforme devidamente verificado e comprovado no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da TI Tupinambá de Olivença, às fls. 099 *usque* 781, e seus anexos.

Em 2014, por meio do Memorando nº 90 – GM, de 19 de fevereiro de 2014, assinado pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça, o processo foi restituído à



Funai para análise sobre os termos da Nota nº 03/2014/GM-MJ, elaborada pelo Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental Edmilson Dias Pereira.

O citado expediente recomendou que a Funai fosse diligenciada para esclarecer vários pontos, dentre os quais: **(i) o marco temporal da ocupação do território pelos índios Tupinambá de Olivença, bem como a continuidade temporal dessa ocupação;** (ii) fundamentação para inclusão da faixa litorânea ao sul do território, bem como para a não inclusão da faixa litorânea ao norte; (iii) fundamentação para inclusão de parte da Vila de Olivença nos limites da terra indígena, a partir de representação encaminhada pela Associação dos Pequenos Agricultores, Empresários e Residentes na Pretensa Área Atingida Pela Demarcação de Terra Indígena de Ilhéus, Una e Buerarema.

Esses questionamentos foram respondidos de modo extenso e detalhado pelo **Parecer Técnico nº 05/2014/CGID, de 22 de abril de 2014 (fls. 1736-1780), que concluiu pela regularidade do procedimento de identificação e delimitação da TI Tupinambá** de Olivença e recomendou sua restituição ao Ministério da Justiça.

Os autos foram novamente encaminhados para análise da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, que expediu o Parecer nº 00893/2017/CONJUR-MJ/AGU/AGU, que concluiu pela regularidade do presente processo, sem, contudo, ter sido aprovado pelo Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, que determinou o retorno dos autos à Funai para análise dos presentes questionamentos.

Portanto, as duas diligências concluíram pela regularidade do processo de demarcação e pela necessidade de imediata publicação da competente Portaria Declaratória, o que até então, anos depois, ainda não ocorreu.

A última diligência, de 2018, assim concluiu:

Destarte, verifica-se que o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença, a partir das justificativas acima elencadas, promove uma descrição pormenorizada do processo de ocupação no tempo e atual dos indígenas na área delimitada, atestando a intensificação gradual do esbulho territorial impingido em face do povo Tupinambá, que se materializou de modo consistente até meados do século XX (décadas de 1950 e 1960), aduzindo, igualmente, a manutenção do exercício da posse dos indígenas em todas as regiões e unidades de paisagem que compõem a proposta de delimitação entabulada pelo GT constituído pela Portaria nº 102/PRES/2004. 64.

Neste ponto, cabe ressaltar que o grupo técnico constituído pela Portaria nº 192/2017 da Presidência da Funai, designado para realização do levantamento e avaliação de benfeitorias e da malha fundiária existente na área, a partir de acordo realizado na ACP



nº 3186-70.2013.4.01.3311[5], identificou em campo uma série de imóveis pertencentes a indígenas Tupinambá, conforme mapa anexo (SEI nº 0621181), espalhados por toda a terra indígena. (...).

Portanto, as respostas técnicas da FUNAI às duas diligências determinadas pelo Ministério da Justiça foram no sentido de que o povo Tupinambá demanda a ocupação da totalidade da área para reprodução física e cultural, nos termos do art. 231 da Constituição e, que mesmo aplicado o marco temporal, ele não atinge o Povo Tupinambá, já que os indígenas sempre ocuparam porções de terras em toda a extensão do território. Inclusive, as áreas estavam registradas em nome de famílias pertencentes ao Povo. Essas famílias são conhecidas como 'mourões'. Grupos familiares que nunca saíram do território e que o esbulho intensificado no meado do século passado não conseguiu afastá-los daquelas terras.

Mais recentemente, no final do ano de 2023, por meio da INFORMAÇÃO Nº 33/2024/CDTI/CGAPP/SAJU, a Secretaria de Acesso à Justiça do Ministério da Justiça firmou entendimento sobre a regularidade do procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença, nos seguintes termos:

Por meio do Parecer n. 00942/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (SEI 26616358), de 21/12/2023, aprovado pelo Despacho de Aprovação n. 02236/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (SEI 26616361), de 29/12/2023, a CONJUR concluiu **"regularidade do procedimento administrativo de regulamentação fundiária e demarcação administrativa da Terra Indígena Tupinambá de Olivença, de ocupação tradicional do Povo Indígena Tupinambá de Olivença**, situada nos Município de Ilhéus, Buerarema e Una, no Estado da Bahia, não se vislumbrando qualquer óbice jurídico para que a Minuta de Portaria constante no doc. SEI 26392959 seja encaminhada ao Sr. Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública".

Contudo, em 04/02/2024, por meio do Despacho Nº 367/2024/GM (SEI 26853678), em função da promulgação da Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023, com vetos do Presidente da República, rejeição e promulgação dos vetos pelo Presidente do Congresso Nacional e julgamentos no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Lewandowski remeteu o processo de volta à Secretaria de Acesso à Justiça para reanálise.

A presente Nota Técnica pretende auxiliar na elucidação do caso com propostas de soluções constitucionalmente adequadas. E, ainda, informar que os Tupinambá ocupam



mais de 80% do território e já há levantamento fundiário feito pela FUNAI, de toda a área retomada pelo Povo (cerca de 80%), o que facilita a regularização dos limites da área de ocupação tradicional, nos termos do Decreto 1775/96, à luz do art. 231 da Carta de 1988.

2. Do Julgamento do Tema 1031 pelo STF.

A Suprema Corte, ao julgar o Tema 1031/STF (RE 1017365), fixou que não existe um marco temporal a definir o conceito de terras tradicionalmente ocupadas. Nesse sentido foi a decisão do STF:

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre **as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho**, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

Portanto, não há falar em marco temporal para a configuração dos direitos territoriais previstos no art. 231 da nossa Carta de 1988. Contudo, mesmo que fosse aplicável a tese do marco temporal, ela não se sobreporia aos Tupinambá, pois que estavam a ocupar o território, ademais do esbulho sofrido antes de 1988, na data da promulgação da Constituição.

3. Da Lei 14.701/2023 e da sua Inconstitucionalidade. Marco Temporal Previsto na Lei que Não se Aplica aos Tupinambá

Importante destacar que a Lei 14.701, promulgada em 27 de dezembro de 2023, não se aplica aos Tupinambá por mais de um motivo. Primeiro, porque ela é inconstitucional ao afrontar a Constituição Federal de 1988; depois, por afrontar decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da tese ruralista; terceiro, porque a Lei nasceu com presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade por ter sido posterior ao julgamento do tema 1031; e, por fim, porque a tese regulada pela Lei (marco temporal) não se aplica aos Tupinambá – como já devidamente demonstrado acima.



A Lei 14.701/2023 prevê o seguinte:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente:

(...)

§ 2º **A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo**, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado.

§ 3º 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.

§ 4º **A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988**, independentemente da causa, **inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada**, salvo o disposto no § 3º deste artigo.

Contudo, a Lei, em face da decisão do STF no Tema 1031, nasce como presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade:

(...) **LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA).**

(...)

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.



(...) 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (*leis in your face*) nasce com presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

(...) 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.6 (ADI 5105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01-10-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

Em 2020 a Suprema Corte voltou a sustentar os mesmos argumentos, reafirmando que o legislador é desvinculado das decisões do STF em controle abstrato, mas a última palavra é do judiciário. Ainda, que é necessário que o legislador traga como sustentação de sua decisão, elementos novos que justifiquem a necessidade da normatização. Do contrário, ela nasce com presunção de inconstitucionalidade:

(...)

A ação direta de inconstitucionalidade *sub judice* não inibe a atuação legislativa na disciplina da matéria controvertida, mercê de a eficácia geral não atingir o Poder Legislativo por expressa previsão constitucional (artigo 102, § 2º). É que, persistindo o vício, o Judiciário poder voltar a ser provocado, porquanto não lhe cabe a única palavra acerca do sentido da Constituição, mas a última – compreendida nos limites de cada norma impugnada (Larry D. Kramer. Foreword: We the Court. 115. Harvard Law Review 5, 2001. p. 14).

O legislador pode trazer novos fundamentos ou enquadramentos que inspirem na Corte Suprema uma releitura da constitucionalidade da questão, máxime quando acompanhados de uma mudança no contexto fático e normativo subjacente, razão pela qual a práxis dialógica prestigia a pluralidade de intérpretes do texto constitucional e o comprometimento democrático do eleitorado (LIPKIN, Robert Justin. What's Wrong with Judicial Supremacy What's Right about Judicial Review. Widener Law Review, v. 14, p. 1, 2008, p. 14-15). Precedente: ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 16/3/2016.

(...) ADI 4579/RJ, Rel. Min. Luis Fux, Plenário, DJe 28.04.2020).



Portanto, temos aqui uma situação que se amolda perfeitamente à jurisprudência do STF. Nesse sentido, diante de Lei promulgada que confronta com o que decidido pela Suprema Corte, cabe ao intérprete declarar inconstitucional a Lei 14.701/2023 que veio a regular a tese do marco temporal, pois ao regular matéria vencida no STF, sem trazer elementos ou argumentos novos convincentes, ela nasce com presunção de inconstitucionalidade.

Ainda, cabe ao Poder Executivo sustentar por decisão fundamentada que a Lei, diante da Carta de 1988 e da decisão da Suprema Corte, não se aplica a nenhum caso, já que nasceu inconstitucional.

4. Da impossibilidade de Aplicação de Elementos Processuais Previstos na Lei 14.701/2023 aos Tupinambá. Irretroatividade da Lei.

Em primeiro plano, como já dito e sustentado acima, a Lei 14.701/2023 nasceu com presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade. Caso aplicada, *ad argumentandum tantum*, ela não se estenderia ao processo dos Tupinambá na parte que regula as elementares e conceitos de terra tradicionalmente ocupada. Portanto, nesse ponto, a terra é de ocupação tradicional Tupinambá e, assim, como tal, deve ser de pronto reconhecida e demarcada.

Contudo, a Lei afronta também o Decreto 1.775/1996, apesar de não o revogar. A Lei cria novas fases para o processo de demarcação, a exemplo de ampla participação e contestação de não indígenas e dos Estados e Municípios, já nas fases preliminares.

O Supremo Tribunal Federal já julgou constitucional o procedimento demarcatório previsto no Decreto 1.775/1996 em diversas oportunidades, tendo reconhecido que "o contraditório, no procedimento de demarcação de terras indígenas, é regido pelo Decreto nº 1.775/1996, o qual não prevê a participação do interessado em todas as perícias ou vistorias a serem realizadas. Tal disposição legal, inclusive, não entra em confronto com a Constituição Federal, já que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa serão efetivamente respeitados ao ser concedida ao interessado a oportunidade de contestar



os respectivos resultados" (RMS 34.563, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 25/05/2018).

No mesmo sentido: MS 34.250, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 05/10/2020; RMS 27.255, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 24/11/2015; MS 31.100, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 13/08/2014; RMS 26.212, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 03/05/2011; MS 24045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 28/04/2005.

A lei 14.701/2023 diz o seguinte sobre o processo de demarcação:

Art. 5º A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localize a área pretendida, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.

Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Art. 6º Aos interessados na demarcação serão assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, **e será obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento, bem como permitida a indicação de peritos auxiliares.**

O Decreto 1.775/96, que já declarado constitucional pelo STF, carrega a seguinte previsão:

Art. 2º (...).

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize



a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

A Lei 14.701/2023 ainda traz os seguintes elementos que são inconstitucionais:

Art. 14. Os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei.

Art. 15. É nula a demarcação que não atenda aos preceitos estabelecidos nesta Lei.

Portanto, a Lei deveria se aplicar, segundo sua previsão, aos procedimentos ainda não finalizados, sob pena de nulidade. Essa previsão é completamente inadequada constitucionalmente como explicitaremos.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que: **“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”**. Já o art. 6º, da LINDB diz o seguinte: **“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”**.

Aqui se aplica, então, o princípio da irretroatividade da lei nova. Nesse sentido, a previsão da lei 14.701/2023 quanto à sua retroatividade, sob pena de nulidade do processo demarcatório, afronta o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Ademais, o direito indígena, como previsto no art. 231 da Constituição Federal de 1988 é um direito declarado e, por isso mesmo, é mais que um direito adquirido. Ele é um direito preexistente. Portanto, a Lei não retroage para prejudicar um direito que é anterior a qualquer outro – teoria do indigenato (vide julgado no Tema 1031).

Nesse sentido já se manifestou o STF no Tema 1031 (acórdão publicado em 15.02.2024. Rel. Min. Edson Fachin):

42. Tendo, inicialmente, como seu substrato de autoridade a natureza material das normas prescritas na Lei Fundamental, tomava por empréstimo a carga valorativa que se atribuía ao conteúdo da norma concebida como verdade universal, **posto que**



oriunda do direito natural, revelado, preexistente, e apenas reconhecido e declarado no Texto Constitucional.

Então, o direito indígena não apenas é um direito adquirido que seria impassível de receber a carga retroativa da Lei 14.701/2023. Ele vai além. Ele é um direito natural, preexistente. É um direito reconhecido e declarado. Se assim de fato é, nenhuma Lei pode retroagir em face desse direito inato, sob pena de grave afronta ao art. 5º, inciso XXXVI e art. 231 da Carta de 1988.

Ainda, não fosse suficiente todos os argumentos aqui lançados, a aprovação pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), comprovando a tradicionalidade da ocupação dos Tupinambá, que ocorreu muito anterior à promulgação da Lei 14.701/2023, se constitui em ato jurídico perfeito, o que impede a retroatividade da lei, nos termos ao art. 5º, inciso XXXVI e art. 231 da Carta de 1988 – ademais de que o próprio direito declarado dos indígenas se constitui em ato jurídico constitucional perfeito.

Por fim, a definição no Tema 1031/STF da repercussão geral (RE 1017365) e, por isso mesmo dotado de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, fez coisa julgada material em relação ao conceito de territórios de ocupação tradicional indígena. Daí, que por mais esse motivo a Lei 14.701/2023 não retroage. Muito além disso, ela não se aplica a caso nenhum, sob pena de grave afronta ao direito natural, preexistente e declarado dos indígenas, afronta ao ato jurídico perfeito nos processos de demarcação em curso e, ainda, em face da coisa julgada material definida no Tema 1031.

Embora haja embargos de declaração pendentes de análise no Tema 1031/STF, essa figura processual tem a limitação material. Ela só serve para sanear omissão, contradição, obscuridade e erro material no, mas nunca para operar modificação de substância no julgado.

5. Conclusão



Diante de todo o exposto, é possível concluir que a Lei 14.701/23, além de inconstitucional, não poderá retroagir em prejuízo do direito territorial dos povos indígenas em razão do disposto no art. 5º, inciso XXXVI c/c o art. 231 da Carta de 1988. E, no que diz respeito à demarcação da terra indígena Tupinambá de Olivença, outros elementos reforçam ainda mais a imprescindibilidade da demarcação, que destacamos:

- 1) A Lei 14.701/2023, que regulamenta o marco temporal e modifica o Decreto 1775/1996 **nasceu com presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade**, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte e não se aplica no caso concreto (ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-049 de 16-03-2016; e ADI 4579/RJ, Rel. Min. Luis Fux, Plenário, DJe 28.04.2020).
- 2) A Lei 14.701/2023 **não retroage em face do caso do concreto dos Tupinambás de Olivença** por três motivos, de acordo com a previsão do 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: **a)** trata-se de figura especialíssima o direito constitucional declarado/preexistente/inato dos indígenas, conceitualmente ainda mais protegido que o direito adquirido; **b)** a aprovação e publicação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) constitui em ato jurídico perfeito; e **c)** o julgado do STF no Tema 1031 fez coisa julgada material, independentemente da existência de embargos de declaração opostos.
- 3) Ainda, mesmo que reconhecido o marco temporal como autoaplicável, *ad argumentandum tantum*, o caso concreto não comporta a aplicação da referida tese, pois os Tupinambá ocupavam o território na data da promulgação da Constituição, como por bem, mais de uma vez ficou demonstrado pela FUNAI, nos termos da Informação Técnica nº 33/2018/CODAN/CGID/DPT-FUNAI, de 25 de maio de 2018, juntada aos autos de nº Funai/BSB nº 08620.001523/2008-43, e que sempre resistiram até mesmo ao esbulho violento ocorrido no meado do século passado.
- 4) Nos termos do art. 2º, §10 do Decreto 1775/1996 e do art. 231 da CF, além de possível juridicamente, é imperioso que se declare, mediante Portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação para fazer surtir todos os seus efeitos



jurídicos. No mesmo sentido se impõe a sua Homologação, por meio da publicação do Decreto Presidencial.

Brasília-DF, 13 de junho de 2024.

Conselho Indigenista Missionário
Secretariado Nacional

Assessoria Jurídica do Conselho Indigenista
Missionário - Secretariado Nacional