

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Julia Gibertoni Leite

**O Marco Temporal e o direito originário às terras tradicionalmente
ocupadas pelos povos indígenas no Brasil**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2022

Pontifícia Universidade Católica

Julia Gibertoni Leite

O Marco Temporal e o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de BACHAREL em Direito, sob orientação da Profa. Doutora Juliana Cardoso Ribeiro Bastos.

São Paulo

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos aprendizados e pelo caminho traçado até aqui.

Agradeço à minha orientadora, a professora Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, pelas trocas realizadas e por aceitar enfrentar essa temática junto a mim.

Agradeço à Comissão Pró-Índio de São Paulo e às minhas colegas de trabalho, por terem me mantido atenta e atuante em relação às temáticas que envolvem os direitos dos povos indígenas e tradicionais no nosso país.

Agradeço aos amigos que encontrei na Universidade, sem os quais, definitivamente, não teria passado tão bons momentos ao longo destes cinco anos: Caê, João Gabriel, João Marcelo, Laura, Lucas, Luiza e Matheus.

Agradeço à Nathy, quem esteve me acompanhando mais de perto ao longo destes anos, e com quem mais compartilhei os anseios e pensamentos que rondavam acerca da temática aqui tratada.

Agradeço à minha família, por me apoiarem e por permitirem a construção da minha trajetória, tanto enquanto estudante, como enquanto pessoa - estando tudo entrelaçado.

“Eu acho que, algum dia, nós devemos de produzir um documento, um pacto, um acordo que diga que somos um Estado plurinacional; que nesse Estado plurinacional cabem os Xavante, os Krenak, os Guarani, os Kayapó, os Mbyá, os Kaiowá, os Yanomami, e todo mundo, e os Tukano e quem mais a gente descobrir na floresta cabem aqui. E que eles não estão subordinados a essa lógica exclusiva de um Estado-Nação, que é uma configuração marcada pelo tempo”.

Ailton Krenak

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF) julga o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, que discute um pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng, do território Ibirama-Laklãnõ. O Estado de Santa Catarina reivindica parte do território tradicionalmente ocupado pelos indígenas. Em 2019, o plenário do STF reconheceu a repercussão geral do julgamento do RE, que discute a chamada tese do 'Marco Temporal' da ocupação. Com a referida tese, pretende-se fixar a data de 05 de outubro de 1988, dia da promulgação da Constituição Federal (CF), como um marco para a verificação da ocupação tradicional das terras indígenas para fins de demarcação. Isso significa que os povos indígenas só teriam direito à demarcação das terras que estivessem sob sua posse no dia 05 de outubro de 1988, ou que, nesta data, estivessem sob disputa física ou judicial comprovada. Busca-se neste trabalho, portanto, discutir, por meio de revisão bibliográfica, se a referida tese respeita os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos povos indígenas no Brasil.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Direitos Indígenas. Terras Indígenas. Marco Temporal da ocupação.

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court (STF) judges the Extraordinary Appeal (RE) 1.017.365, which discusses a request for repossession filed by the Santa Catarina Environment Institute (IMA) against the National Indian Foundation (Funai) and the Xokleng, indigenous peoples from the Ibirama-Laklãnõ territory. The State of Santa Catarina claims part of the territory traditionally occupied by indigenous people. In 2019, the Supreme Court plenary recognized the general repercussion of the RE judgment, which discusses the thesis of the “temporal framework of occupation”. This thesis intends to set the date of October 5, 1988, the day of the promulgation of the Federal Constitution, as a milestone for the examination of the occupation of indigenous lands for demarcation purposes. This means that indigenous peoples would only have the right to demarcate lands that were either in their possession or under proven physical or judicial dispute on October 5, 1988. Therefore, this work seeks to discuss, through a bibliographic review, whether this thesis respects the fundamental rights constitutionally guaranteed to indigenous peoples in Brazil.

Key-words: Brazilian Supreme Court. Constitutional Law. Indigenous Rights. Indigenous lands. Temporal Framework of occupation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - O PAPEL INTEGRACIONISTA E COLONIZADOR DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE ÀS POPULAÇÕES INDÍGENAS AO LONGO DOS SÉCULOS	9
1.1 Um breve relato do período colonial para os povos indígenas do Brasil	9
1.2 A Ditadura Militar e as expulsões dos povos indígenas de seus territórios	11
1.3 Dados recentes de violência contra os povos indígenas do Brasil	14
2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O RECONHECIMENTO DO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS POVOS INDÍGENAS	19
2.1 Histórico das Constituições brasileiras e os direitos garantidos às populações indígenas	19
2.2 Constituição Federal de 1988 e o Capítulo "Dos Índios"	23
2.3 A teoria do indigenato versus a teoria do fato indígena	28
3 - ALGUMAS NOÇÕES AMERÍNDIAS DE HISTÓRIA, TEMPO E ESPAÇO	31
4 - O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E A TESE DO 'MARCO TEMPORAL'	36
5 - JULGAMENTO DO RE 1.017.365 E A MOBILIZAÇÃO INDÍGENA FRENTE À PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS	42
5.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.017.365	45
5.2 A mobilização indígena diante do julgamento do 'Marco Temporal'	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Está em tramitação, no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.017.365, caso que discute pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e indígenas do povo Xokleng, do território Ibirama-Laklãnõ. O Estado de Santa Catarina reivindica parte do território tradicionalmente ocupado pelos indígenas.

Em 2019, o plenário do STF reconheceu a repercussão geral do julgamento do RE. Assim, foi dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 da Constituição Federal. Portanto, o que for julgado neste caso servirá para fixar uma tese de referência a todos os casos envolvendo terras indígenas no Brasil.

Dessa maneira, a chamada tese do 'Marco Temporal' pretende fixar a data de 05 de outubro de 1988, dia da promulgação da Constituição Federal, como um marco para a verificação da ocupação tradicional das terras indígenas para fins de demarcação. Ou seja, segundo esta interpretação, os povos indígenas só teriam direito à demarcação das terras que estivessem sob sua posse no dia 05 de outubro de 1988, ou que, nesta data, estivessem sob disputa física ou judicial comprovada.

Com o histórico de expulsões e mortes dos povos indígenas desde a chegada dos colonizadores no território que hoje chamamos de Brasil, a tese do marco temporal aparece, para eles, enquanto mais uma ameaça à sua sobrevivência e existência. Mesmo após o Constituinte de 1988 reconhecer o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas por estes povos, conforme o disposto pelo Art. 231 da Constituição Federal, permanece uma tentativa de restringir os direitos conquistados.

Hoje, a tese do marco temporal vem junto a uma série de medidas legislativas - como o Projeto de Lei (PL) 191/2020, que discorre sobre a mineração em terras indígenas, e o PL 490/2007, que estabelece que as terras indígenas serão demarcadas através de leis - as quais pretendem flexibilizar os direitos garantidos a essas populações, principalmente no que tange aos seus territórios.

Neste sentido, pretende-se discutir no presente trabalho a constitucionalidade da referida tese, a partir de uma análise jurídica, histórica e antropológica, visto que uma não pode ser entendida sem a outra. A discussão será realizada, portanto, por meio de revisão

bibliográfica, com a leitura de obras sobre o tema, artigos acadêmicos, doutrina jurídica, legislação vigente, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, acórdãos, além de relatórios técnicos publicados por órgãos públicos e privados e associações.

Assim, será apresentado um breve contexto histórico envolvendo os povos indígenas no Brasil, assim como o histórico das Constituições e normativas brasileiras ao longo dos séculos que discorreram sobre os territórios indígenas, até o Capítulo “Dos Índios” da Constituição Federal de 1988.

Ainda, breves noções sobre territorialidade indígena, relacionadas a noções de tempo e espaço, serão trazidas ao escopo. Importa, pois, compreender que o próprio Estado refere-se a um aparato imposto aos povos indígenas, tal como nossos métodos de compreensão do mundo. Ou seja, para que os direitos constitucionais dos povos indígenas sejam garantidos, quais tais sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, faz-se necessário compreender que estes operam sob diferentes cosmologias. Apenas sob esse olhar, do Estado, da sociedade e dos operadores do direito, que se torna mais possível caminhar em direção à garantia de direitos destes povos.

Conseqüentemente, o julgamento da Petição 3.388 é trazido ao bojo da discussão, visto que foi nesta decisão que se iniciou a controvérsia sobre o marco temporal de ocupação para fins de demarcação de terras indígenas. Ao apresentar a referida tese e discutir sobre sua constitucionalidade à luz do direito positivo brasileiro, será apresentado o julgamento do RE n. 1.017.365, com a posição da Suprema Corte até o presente momento.

O trabalho é finalizado com uma breve menção à gigante mobilização indígena que ocorreu em Brasília diante do julgamento do RE, a qual, conseqüentemente, está atrelada aos séculos de luta e resistência dos povos indígenas brasileiros, agentes de sua própria história.

1 - O PAPEL INTEGRACIONISTA E COLONIZADOR DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE ÀS POPULAÇÕES INDÍGENAS AO LONGO DOS SÉCULOS

Quando pensamos nos povos indígenas atualmente, é possível ver as marcas latentes da colonização, que perduram desde a chegada dos europeus no território hoje conhecido como Brasil. Apesar de pensarmos no período colonial enquanto o momento histórico mais violento contra essas populações, tal violência perdura até os dias atuais.

É verdade que a resistência indígena proporcionou o crescimento populacional desses povos, que tiveram suas vidas ceifadas pelos colonizadores. Contudo, tais povos continuam na invisibilização, e sofrendo violências ignoradas - se não proporcionadas - pelo Estado. A Ditadura Militar, por exemplo, foi um período de extrema violência sofrida pelos povos indígenas, tendo o Estado como seu maior responsável, como será observado a seguir.

O momento atual em que vivemos, principalmente a partir de 2018, com a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, também é marcado pela violência sofrida por estes povos. A explosão de invasão dos territórios, promovida pelos discursos do chefe de Estado, a não fiscalização, o desmonte de órgãos ambientais e de proteção às populações tradicionais, como a FUNAI, com o incentivo ao garimpo ilegal - um dos principais problemas enfrentados hoje por essas populações -, são apenas alguns exemplos do que torna o hoje especialmente perigoso. Assim, discursos, ações e omissões estatais configuram tais violências.

1.1 Um breve relato do período colonial para os povos indígenas do Brasil

A partir dos fatos enunciados nos livros de história do Brasil, depreendemos que a chegada dos europeus no território em que hoje conhecemos como Brasil foi marcada pela violência. Estima-se que cerca de 3 milhões¹ de indígenas viviam no território, em uma multiplicidade de povos, modos de vida e cosmologias. Com a chegada dos europeus, especialmente os portugueses, muitos povos foram escravizados e mortos, causando um assustador declínio demográfico.

¹ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Quem São? Povos indígenas. 12 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>>. Acesso em: 28 out. 2022.

A luta pelo território - até hoje marca latente da sociedade brasileira -, assim como uma disputa religiosa e moral, marcou a relação estabelecida entre colonizadores e indígenas. Sob o discurso religioso, os povos indígenas eram vistos como ociosos, na melhor das hipóteses, ou com comportamentos do “demônio”. Isso “justificou”, aos olhos colonizadores, as violências e tentativas de catequização sofridas pelos povos indígenas.

Para Carneiro da Cunha (2012, p. 14), *“esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e micro-organismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil”*. Assim, as epidemias foram, também, um relevante fator no extermínio indígena com o contato com os não indígenas. Doenças como a varíola, sarampo, coqueluche, catapora, gripe, entre outras, foram rapidamente espalhadas e causadoras de incontáveis mortes. E a política da concentração da população indígena, praticada pelos missionários e órgãos oficiais, favoreceu ainda mais as epidemias.

Neste sentido, Carneiro da Cunha (Idem, p. 15) conclui sobre o tema:

Mas não foram só os micro-organismos os responsáveis pela catástrofe demográfica da América. O exacerbamento da guerra indígena, provocado pela sede de escravos, as guerras de conquista e de apresamento em que os índios de aldeia eram alistados contra os índios ditos hostis, as grandes fomes que tradicionalmente acompanhavam as guerras, a desestruturação social, a fuga para novas regiões das quais se desconheciam os recursos ou se tinha de enfrentar os habitantes [...], a exploração do trabalho indígena, tudo isso pesou decisivamente na dizimação dos índios.

Como matéria da impossibilidade de ser irrelevante pontuar tal contexto histórico ao tratar dos direitos constitucionais dos povos indígenas, o Ministro Edson Fachin (2021, p. 3), em seu voto enquanto Relator do RE 1.017.365 - julgamento aqui em discussão -, enuncia:

Como já assentei ao apontar a relevância da controvérsia, já quando do início do domínio português, milhares de índios já ocupavam as terras posteriormente declaradas como públicas, com seus distintos modos de vida, e passaram por notório processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais, dentro do longo processo de migração ao interior e ocupação da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional.

Sabemos, pois, que o contato forçado entre europeus e indígenas deu início a toda uma história marcada por conflitos, violência e extermínio dos povos que aqui estavam. O período colonial foi, então, um início, um marco cruel neste sentido. Infelizmente, não foi o último - e nem o único.

1.2 A Ditadura Militar e as expulsões dos povos indígenas de seus territórios

A Ditadura Militar caracteriza-se enquanto mais um período violento na história do Brasil. Com início em 31 de maio de 1964, *o dia que durou 21 anos*², foi marcado pela violência do Estado contra os cidadãos brasileiros. Mais reconhecido enquanto um momento de extinção de direitos e perseguição a estudantes, professores e intelectuais de esquerda, a Ditadura Militar ceifou a vida de milhares de indígenas no território do país.

Orlando Villas Bôas Filho, em *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*, escreve pensando a história da legislação indigenista brasileira a partir 1964, quando foi instituído o regime militar no Brasil. Segundo o autor, na segunda metade do século XX, dois grandes modelos de política indigenista pautaram a relação entre povos indígenas e o Estado brasileiro: o modelo protecionista e o modelo integracionista. O modelo protecionista, defendia que o Poder Público deveria proteger as comunidades indígenas contra as frentes de expansão “civilizadas” (como, por exemplo, através da criação de reservas nacionais, para permitir uma preparação gradual até que “pudessem ser integradas à nossa sociedade como grupos étnicos independentes”, nas palavras do autor).

O modelo integracionista tinha como objetivo a rápida integração econômica dos povos indígenas à sociedade brasileira, como “*contingente de reserva, de mão-de-obra para o trabalho ou mesmo como produtores de mercadorias, dando impulso às economias regionais em expansão que, a partir daí, poderiam integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país*” (VILLAS BÔAS FILHO, 2003). Com o regime militar, a política indigenista brasileira muda, e passa a ser orientada pelo modelo integracionista. É nesse modelo que ganha força a instrumentalização da esfera jurídica pelos interesses políticos e econômicos, em detrimento dos direitos territoriais e autonomia dos povos indígenas.

Esse modelo integracionista seria fruto da forma de compreender a história colocada por Le Goff. Em *História e Memória* (1990), o autor busca traçar uma análise dos usos do passado/ presente na produção historiográfica, discussão que será traçada adiante.

Em face deste período ditatorial, caracterizado pela expansão territorial e pelo “desenvolvimento da Nação”, o Estado investiu na interiorização do país, com a construção de estradas, hidrelétricas, projetos de colonização de terras para a agricultura e pecuária e projetos de mineração. Assim, os povos indígenas - há muito já expulsos do litoral brasileiro, primeiro território ocupado pelos não-indígenas -, aparecem, novamente, enquanto empecilho

² Referência ao documentário dirigido por Camilo Tavares, que explora o papel dos Estados Unidos no golpe de Estado de 1964 e no regime militar que se estendeu até 1985.

ao “desenvolvimento” do país. Consequentemente, o resultado foi de mortes, expulsões e remoções forçadas de comunidades inteiras.

Em *Silenciamentos e desvelamentos historiográficos sobre os Waimiri-Atroari e a FUNAI (1967-1985)*, Henry Nakashima realizou um importante levantamento historiográfico sobre a relação entre a FUNAI e os Waimiri-Atroari durante o período da Ditadura Militar, em Roraima. O autor partiu de um artigo informal do missionário Egydio Schwade, intitulado *2000 Waimiri-Atroari Desaparecidos na Ditadura*. Schwade, que atuou como missionário católico junto às populações indígenas do centro-oeste e do norte do Brasil, aponta no referido artigo uma queda abrupta no número de indígenas Waimiri-Atroari neste período.

Assim, Nakashima conta que a partir da digitalização do acervo do missionário, em 2012, foram encontradas ilustrações realizadas pelos Waimiri-Atroari, retratando os acontecimentos entre eles e os *kamña* [termo designado para se referir aos não-indígenas]. Relata o autor (2019, p. 340):

É possível ver a imagem de um homem aparentemente expelindo algo pela boca, ou mesmo vomitando. Em outros, vê-se o que parecem ser homens fardados e munidos de metralhadoras atirando em direção aos indígenas, alguns dos desenhos ilustram situações de combate com um soldado atirando com sua arma de fogo ao passo que o indígena reage com um arco e flecha. Há ainda representações de helicópteros, das quais, em uma está uma referência à chegada da Mineradora Taboca (Paranapanema) à aldeia Tikiriya, que desapareceu após esse contato [...].

Em 2013, ressurgiu o Relatório Figueiredo, sendo este um documento de 1967 que apurou irregularidades do Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Segundo o site do Ministério Público Federal³, a investigação foi realizada em plena Ditadura Militar, a pedido do então ministro do Interior, Albuquerque Lima. O SPI foi criado em 1910 e funcionou até 1967, quando foi substituído pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

Supostamente eliminado em um incêndio no Ministério da Agricultura, o documento foi encontrado no Museu do Índio, no Rio de Janeiro, com mais de 7 mil páginas preservadas. Assim, este apurou matanças de comunidades inteiras, torturas e inúmeras outras crueldades praticadas contra indígenas em todo o país. Entre as denúncias estão “*caçadas humanas promovidas com metralhadoras e dinamites atiradas de aviões, inoculações propositais de varíola em povoados isolados e doações de açúcar misturado a estricnina – um veneno*”⁴.

³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relatório Figueiredo. 6ª Câmara - Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. S/d. Disponível em:

<<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cer6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴ Ibid.

A partir do encontro do referido documento, novas análises pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) foram realizadas. Em 2012, a CNV tirou uma resolução criando um Grupo de Trabalho (GT) para a apuração de violações de direitos humanos contra povos indígenas:

RESOLUÇÃO Nº 5, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2012

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, tendo em vista o disposto nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei no 12.528, de 18 de novembro de 2011, e de acordo com o decidido na reunião colegiada realizada em 5 de novembro de 2012, resolve:

Art. 1º - Fica instituído Grupo de Trabalho no âmbito da Comissão Nacional da Verdade sobre violações de direitos humanos, praticadas por motivação política, relacionadas à luta pela terra ou contra os povos indígenas.

Parágrafo único. Compete ao Grupo de Trabalho:

I - esclarecer fatos, circunstâncias e autorias de casos de graves violações de direitos humanos, como torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, relacionados aos grupos de que trata o caput;

II - identificar e tornar públicos estruturas, locais, instituições e circunstâncias de violações de direitos humanos cometidas contra os grupos de que trata o caput;

III - examinar acervos referentes à temática; e

IV - fornecer subsídios ao relatório circunstanciado mencionado no art. 11 da Lei no 12.528, de 2011.

Assim, a CNV, em seu relatório final, apontou a falta de reconhecimento e demarcação dos territórios indígenas como raiz central das graves violações de direitos humanos apuradas. O Estado brasileiro, por ação e omissão, foi responsável pela morte de ao menos 8.350 indígenas, de 10 povos diferentes. Contudo, a extensão dessas mortes deve ser muito maior, porque apenas poucos casos foram analisados. O relatório da CNV (BRASIL, 2014, p. 204) apresenta:

Os povos indígenas no Brasil sofreram graves violações de seus direitos humanos no período entre 1946 e 1988. [...] Não são esporádicas nem acidentais essas violações: elas são sistêmicas, na medida em que resultam diretamente de políticas estruturais de Estado, que respondem por elas, tanto por suas ações diretas quanto pelas suas omissões.

Diante de tal situação trágica, a CNV apresentou 13 recomendações ao Estado brasileiro para que fosse dado início ao processo de reparação aos povos indígenas pelas violências sofridas. Entre as recomendações, por exemplo, estavam: (i) pedido público de desculpas do Estado brasileiro aos povos indígenas pelo esbulho das terras indígenas e pelas demais graves violações de direitos humanos ocorridas sob sua responsabilidade direta ou

indireta no período investigado; (ii) reconhecimento, pelos demais mecanismos e instâncias de justiça transicional do Estado brasileiro, de que a perseguição aos povos indígenas visando a colonização de suas terras durante o período investigado constituiu-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena; e (iii) instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade, exclusiva para o estudo das graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas.

Em seu livro *Os fuzis e as flechas: história de sangue e resistência indígena na ditadura*, Rubens Valente (2017, p. 12) coloca:

Se a trajetória dos povos indígenas na ditadura fosse considerada apenas um aterrador caso sobre vidas desperdiçadas, creio que seria um bom resumo. Mas ela é muito mais complexa do que isso. Repleta de tragédias, derrotas e também vitórias, é uma das jornadas mais surpreendentes e dramáticas do século passado no país. É a história de como pequenos grupos humanos enfrentaram, às vezes com violência, às vezes com estoicismo, uma força dominante mais poderosa, que pretendeu, com esforço calculado, subjugar-los e empobrecê-los sob a promessa de uma vida melhor.

Trata-se, pois, de um período da história recente marcado pela violação de direitos humanos dos povos originários do nosso país, que culminou em violências e perdas sentidas até os dias de hoje, sem a devida reparação. Neste sentido, José Afonso da Silva traz em parecer jurídico (2018, p. 18), que

[...] a Comissão Nacional da Verdade (CNV) constatou inúmeras graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, inclusive genocídio, e reconheceu a “responsabilidade [do Estado brasileiro], por ação direta ou omissão, no esbulho das terras indígenas ocupadas ilegalmente no período investigado e nas demais graves violações de direitos humanos que se operaram contra os povos indígenas articuladas em torno desse eixo comum”.

1.3 Dados recentes de violência contra os povos indígenas do Brasil

Como já enunciado, apesar de importantes conquistas dos povos indígenas do Brasil nos últimos anos, como com o processo da Constituinte, o aumento populacional, e maior visibilidade, que resultaram em maior participação no Congresso Nacional nas últimas eleições, o momento atual ainda é marcado por muita violência.

No mês de setembro de 2022, em um período de apenas uma semana, quatro indígenas foram assassinados, mortes estas marcadas pelo conflito pela terra. No mês inteiro, foram nove mortes: oito assassinatos e um suicídio⁵. A região que hoje mais sofre com este

⁵ GABRIEL, João. A cada 3 dias, 1 indígena morreu de forma violenta em setembro. **Folha de S. Paulo**. 03 de outubro de 2022. Disponível em:

tipo de conflito, envolvendo povos indígenas, é a região do Mato Grosso do Sul, onde vive o povo Guarani Kaiowá. Também, a região do sul da Bahia, onde vivem os Pataxó, está marcada pela extrema violência sofrida por estes povos, novamente movida pela disputa pela terra.

Outro problema latente, com maior repercussão na mídia, é a situação dos Yanomami no Estado de Roraima. A explosão do garimpo ilegal no território demarcado ocorre junto a discursos do Presidente da República incentivando tal prática - e invasões. Hoje, o território é marcado pela violência e pelo abandono⁶, de modo que suas populações estão morrendo a tiros e de doenças facilmente tratáveis - se o serviço de saúde estivesse presente. Tudo é agravado, já que rotas do crime organizado passam pela Terra Indígena, gerando medo às populações e aos agentes de saúde que trabalham nas Casas de Saúde Indígena.

O garimpo ilegal está fortemente presente, também, no Estado do Pará, no território Munduruku. Diversas denúncias de lideranças indígenas já foram realizadas, como, por exemplo, Alessandra Munduruku, que teve sua casa invadida⁷ ao voltar da 26ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (COP-26), em novembro de 2021; e Maria Leusa Munduruku, que teve sua casa incendiada⁸ por garimpeiros em maio do mesmo ano.

Observa-se, pois, uma situação extremamente crítica que os povos originários do Brasil vêm sofrendo, com inúmeras ameaças e violências sofridas por lideranças, sem nada ser feito, principalmente, pelo Poder Executivo. Faz-se importante pontuar que, apesar de grande parte dessas violências serem praticadas, em grande medida, pelo interesse nos territórios em que vivem esses povos, tais violências são sustentadas no racismo estrutural. Iara Bonin, sobre o tema, coloca:

[...] pode-se entender que a opressão perpetrada pelo racismo contra povos indígenas se expressa visivelmente na violência. O racismo não reside somente no desejo manifesto de aniquilar ou fazer morrer, mas também na definição do valor da vida por distinções hierárquicas como, por exemplo, a ideia de mérito, o senso utilitário ou a noção de desenvolvimento visto por um viés meramente econômico. O racismo estrutura as relações

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/10/indigenas-culpam-medidas-do-governo-bolsonaro-por-1-morte-a-cada-3-dias-em-setembro.shtml>>. Acesso em: 18 out. 2022.

⁶ OLIVEIRA, José Carlos. Terra Yanomami é palco de “tragédia humanitária”, dizem especialistas. **Agência Câmara de Notícias**. 14 de julho de 2022. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/noticias/898328-terra-yanomami-e-palco-de-tragedia-humanitaria-dizem-especialistas/>>. Acesso em: 17 out. 2022.

⁷ BRASIL, Kátia. Alessandra Munduruku sofre ataque político após chegar da COP26. **Amazônia Real**. 13 de novembro de 2021. Disponível em:

<<https://amazoniareal.com.br/alessandra-munduruku-sofre-ataque-politico-apos-chegar-da-cop26/>>. Acesso em: 17 out. 2022.

⁸ LIMÃO, Ana Carolina. Casa de liderança indígena Munduruku é incendiada em Jacareacanga, no PA; MPF investiga o caso. **G1 PA**. 27 de maio de 2021. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/05/27/casa-de-lideranca-indigena-munduruku-e-incendiada-por-garimpeiros-em-jacareacanga-mpf-investiga-o-caso.ghtml>>. Acesso em: 17 out. 2022.

estabelecidas com os povos indígenas e com seus territórios na medida em que torna possíveis os atos ilegais da invasão, da exploração, da extração de riquezas em terras indígenas.⁹

O Conselho Indigenista Missionário (Cimi) publicou, em agosto de 2022, o último Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil, com dados referentes ao ano de 2021. Segundo o Cimi,

o ano de 2021 foi marcado pelo aprofundamento e pela dramática intensificação das violências e das violações contra os povos indígenas no Brasil. O aumento de invasões e ataques contra comunidades e lideranças indígenas e o acirramento de conflitos refletiram, nos territórios, o ambiente institucional de ofensiva contra os direitos constitucionais dos povos originários. É o que aponta o relatório Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2021, publicação anual do Conselho Indigenista Missionário (Cimi).¹⁰

O Cimi separa a violência em três tipos: violência contra o patrimônio, violência contra a pessoa e violência por omissão do poder público. Ainda, um quarto tópico cuida da violência contra os povos indígenas livres e de pouco contato. Focando na violência contra a pessoa, os dados são alarmantes. Os casos de abuso de poder somam 33, os de ameaça de morte 19, os de ameaças várias 39, os de homicídio culposo 20, os de lesões corporais 21, os de racismo e discriminação étnico-cultural 21, os de violências sexuais 14, os de tentativa de assassinato 12 e, por fim, foram 176 casos de assassinatos contra indígenas em 2021.

Sabe-se, contudo, que os casos de violência contra a pessoa, como os acima enunciados, não são os únicos casos de violência perpetrados contra os povos indígenas. Os últimos anos, principalmente desde o início do governo Bolsonaro, foram marcados por ameaças e retrocessos legislativos.

Por exemplo, em 2020 a Funai publicou a Instrução Normativa (IN) 09/2020, que liberava a certificação de propriedades privadas sobre terras indígenas não homologadas, violando, segundo o MPF¹¹, direitos constitucionais dos povos originários, favorecendo a grilagem de terras públicas e agravando conflitos agrários. Ainda, em 2021, foi publicada a Instrução Normativa Conjunta da Funai e do Ibama, a qual dispõe sobre a possibilidade de exploração econômica em terras indígenas por associações e organizações de “composição mista” entre indígenas e não indígenas.

⁹ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. RELATÓRIO: Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2021. p. 24. 2022. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2022.

¹⁰ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Invasões de terras indígenas tiveram novo aumento em 2021, em contexto de violência e ofensiva contra direitos. 16 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2022/08/relatorioviolencia2021/>>. Acesso em: 09 out. 2022.

¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Normativa da Funai que fragiliza proteção de terras indígenas está suspensa em 8 estados da Federação. 30 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/normativa-da-funai-que-fragiliza-protacao-de-terras-indigenas-esta-su-spensa-em-8-estados-da-federacao>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

O Projeto de Lei (PL) 490/2007 aparece como mais uma preocupação, buscando transferir do Poder Executivo para o Poder Legislativo a competência para realizar demarcações de terras indígenas. Ademais, ele também trata do marco temporal para a demarcação de terras, estabelecendo que apenas aquelas ocupadas pelos povos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 são passíveis de serem demarcadas.

Outro PL que ameaça os povos indígenas do Brasil é o PL 191/2020, que pretende flexibilizar a mineração e o garimpo em terras indígenas. No entendimento de diversos especialistas em direitos indígenas e meio ambiente, este projeto apresenta inúmeras inconstitucionalidades. Segundo Juliana De Paula Batista e Márcio Santilli, do Instituto Socioambiental, a CF/88 estabeleceu regras gerais para as atividades minerárias ou o aproveitamento de potenciais energéticos em todo o território nacional, mas criou regras específicas e mais restritivas para a possibilidade de sua prática em terras indígenas. Assim, a mineração em terra indígena é regida pelo princípio da restritividade, ou seja, é a exceção da exceção.

[...] em razão da inaplicabilidade dos artigos 174, §§ 3º e 4º e do artigo 21, XXV, às terras indígenas inexistente possibilidade de 'favorecer a atividade garimpeira' ou conferir prioridade às cooperativas garimpeiras nestas terras. Além disso, falece competência à União ou qualquer outro Poder da República para estabelecer ou definir áreas (zonas de garimpagem) e condições para o exercício da atividade de garimpagem em terras indígenas. O garimpo em terras indígenas, portanto, não está sujeito à regulamentação prevista no artigo 231, § 3º da Constituição, seja na forma da lei ou de outros atos normativos. O PL nº 191/2020 ignora a questão e pretende regulamentar não apenas a mineração como também o garimpo¹².

Dessa maneira, é possível observar uma tentativa tanto do Governo Federal, quanto de agentes do Congresso Nacional, de flexibilizar regras que protegem as terras indígenas e, conseqüentemente, seus povos. Estes que ao longo dos séculos resistiram e conquistaram direitos fundamentais, cada vez mais ameaçados. Ainda, com um discurso inflamado de um Presidente da República que defende ações ilegais, como o garimpo e a exploração madeireira, cada vez mais invasores avançam sobre as terras indígenas, causando mais desmatamento na floresta, medo, mortes e levando doenças aos povos que vivem nesses territórios.

Como evidência de que tal contexto possui central importância na efetivação dos direitos garantidos aos povos indígenas do Brasil atualmente, o Ministro Edson Fachin (2021, p. 9) anuncia em seu voto como relator no julgamento, pelo STF, do RE 1.017.365:

¹² BATISTA, Juliana De Paula; SANTILLI, Márcio. PL 191/20 atropela Constituição para liberar mineração em terras indígenas. **Instituto Socioambiental**. 02 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/pl-19120-atropela-constituicao-para-liberar-mineracao-em-terras-indigenas>>. Acesso em: 20 out. 2022.

A questão referente à posse de suas terras tradicionais, apesar do grande avanço que a Carta Constitucional de 1988 representou, não se encontra resolvida ou ao menos serenada, razão pela qual se faz necessário que este Tribunal desempenhe sua tarefa de guardião da Constituição, lançando novamente um olhar a todas as questões imbricadas nessa temática que, para além de assentar questões meramente possessórias e de domínio, envolve a própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.

Ou seja, apesar de avanços e conquistas alcançadas pelos povos indígenas, principalmente na Carta Magna de 1988, seus direitos permanecem em eminente perigo. Por isso, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal, na matéria aqui posta em discussão - a saber, o julgamento do RE 1.017.365 -, posicione-se no sentido da garantia dos direitos constitucionalmente garantidos aos povos indígenas.

2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O RECONHECIMENTO DO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS POVOS INDÍGENAS

A história dos direitos indígenas do Brasil é quase tão antiga quanto a história do contato entre europeus e os povos que aqui habitavam. Já em 1609, como será evidenciado a seguir, a Carta Régia promulgada por Filipe III fazia referência aos direitos dos povos originários às suas terras.

Contudo, apesar de direitos terem sido reconhecidos, foram séculos de muita resistência para que outros fossem conquistados. E há, ainda, muita luta para que todos sejam efetivados. Até hoje a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, isto é, o Estatuto do Índio, usa termos como silvícolas e trata da integração destes povos na sociedade brasileira. Trata-se, pois, de uma legislação da época da Ditadura Militar, que conta com uma visão integracionista em relação aos povos indígenas, como já observado no presente trabalho.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988, com a participação de importantes lideranças indígenas, antropólogos/os e juristas defensores dos direitos dos povos originários, foi precursora em seu Capítulo ‘Dos Índios’. Será apresentado a seguir um pouco de como ocorreu essa evolução em termos de legislação, principalmente à luz das Constituições que o Brasil teve desde o período colonial até os dias atuais.

2.1 Histórico das Constituições brasileiras e os direitos garantidos às populações indígenas

O direito dos povos indígenas às suas terras é reconhecido desde o período colonial. Em seu livro *Os Direitos do Índio. Ensaios e documentos*, de 1987, Manuela Carneiro da Cunha discorre sobre a doutrina e legislação vigente no Brasil, desde o período colonial até a Emenda Constitucional de 1969, última alteração sobre o tema antes da CF/88.

Assim, desde as cartas régias de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611, promulgadas por Filipe III, o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhe são alocadas nos aldeamentos é afirmado:

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serram sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra

suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer [...].¹³

O Alvará de 1º de 1680, por exemplo, declarava que as sesmarias concedidas pela Coroa portuguesa não podiam afetar os *direitos originais* dos índios sobre suas terras: “Primários e naturais senhores” de suas terras, estes eram, por isso, isentos de qualquer foro ou tributo sobre elas. (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 285)

Entre outros exemplos trazidos pela autora (Idem, p. 288), ela conclui sobre este período:

Existe, portanto, além do reconhecimento da primazia dos índios sobre as terras dos aldeamentos, o reconhecimento da primazia do direito dos índios sobre suas terras originais. Em vários textos legais (por exemplo, 26 de março de 1819 e 8 de julho de 1819) declara-se que se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios ‘os lugares que se acham arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras’ (8 de julho de 1819).

Temos, assim, amplas provas de que a Colônia reconheceu, tanto na sua doutrina quanto na legislação, a soberania e os direitos territoriais dos índios no Brasil.

Já em relação à legislação do Império, tal período marcou um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas. Relacionado a um ideal da Revolução Francesa, de que cada Estado deveria corresponder a uma única nação, a soberania dos povos indígenas é negada. Ou seja, no Brasil, o Estado precedeu a nação, de modo que a soberania das nações anteriores passou a ser saqueada. Segundo Carneiro da Cunha (2018, p. 289), “*não se admite, neste início do século XIX, que os índios possam constituir sequer sociedades dignas desse nome*”.

Neste sentido, o projeto da Constituinte brasileira de 1823 mencionou apenas uma vez os indígenas, no art. 254, que estabelecia que a assembleia teria cuidado de criar estabelecimentos para a *catequese e civilização dos índios*. A Carta Outorgada de 1824 não trouxe qualquer menção. Já em 1850, o governo imperial promulgou a Lei das Terras (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850), que buscava disciplinar o regime fundiário. Regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, a Lei das Terras definiu, em seu art. 3º, o entendimento por terras devolutas.

João Mendes Jr. entende que a Lei das Terras preserva o reconhecimento da propriedade indígena dos territórios ocupados que não necessitam de legitimação de posse, já que seu título legítimo é o indigenato (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 291). Assim, o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, estabeleceu:

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas onde existem hordas selvagens.

¹³ Carta Régia, 10 de setembro de 1611.

Art. 75. As terras reservadas para a colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o governo imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

Apesar de reconhecidas juridicamente, as terras indígenas sofreram um processo de esbulho no século XIX, o que se deu por meio de diversos mecanismos, como casos de deslocamento e concentração de grupos indígenas (Idem, p. 292). Conclui Carneiro da Cunha (Idem, p. 294), portanto:

Há, resumindo, duas expropriações sucessivas que parecem operar: embora desde o fim do século XVII os aldeamentos coincidissem frequentemente com os territórios originais dos índios (e fossem, portanto, de sua propriedade pelo título do indigenato), as terras dos aldeamentos acabam sendo tratadas, a partir da Lei das Terras, como apenas reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios. É uma primeira expropriação à qual se segue a extinção das aldeias e a liquidação de suas terras, sem que a doação se efetive.

Apesar de no final do século XIX os positivistas entenderem os povos indígenas do Brasil enquanto nações soberanas e livres e, nesse sentido, apresentarem à Constituinte uma proposta que reconhece tal soberania indígena, a Constituição de 1891 sequer citou tais povos em seu texto. Contudo, a tradição do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas não foi quebrada (Idem, p. 297).

Em 1910, há a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), dando novo amparo legal ao reconhecimento dos títulos dos povos indígenas sobre suas terras:

Art. 2º, §2º. garantir a efectividade da posse dos territórios ocupados por índios e, conjuntamente, de que neles se contiver, entrando em acordo com os governos locais, sempre que fôr necessário;

Art. 2º, §3º. pôr em prática os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente;

Art. 2º, §4º. fazer respeitar a organização interna das diversas tribus, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, sinão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes;

Art. 2º, §12. promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito a restituição dos terrenos que lhes tenham sido usurpados;¹⁴

Todavia, foi na Assembleia Constituinte de 1934 que a questão da terra indígena passou a ser matéria constitucional. Assim, dispõe o Art. 129 da Constituição de 1934: “Será respeitada a posse de terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados,

¹⁴ Decreto nº 9.214, de 15 de Dezembro de 1911.

sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, sendo o fundamento para tal dispositivo o reconhecimento dos direitos originais dos índios sobre suas terras como “seus primitivos donos”. (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 303) A Constituição de 1934, ainda, aprovou a competência exclusiva da União para legislar sobre as questões indígenas.

Em seu voto no julgamento do RE, o Ministro Edson Fachin (2021, p. 4) também enuncia a importância da Constituição de 1934 na consagração dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil:

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros [...].

Nas Constituições que seguiram (1937, 1946 e 1967), o reconhecimento dos direitos indígenas às terras ocupadas foi mantido. Assim, anterior à Constituição de 1988, veio a EC de 1969, a qual dispunha em seu Art. 198:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Dessa maneira, tal dispositivo é poderoso, nas palavras de Manuela Carneiro da Cunha (2018, p. 313), mas contrariava interesses também poderosos. Desenrolou-se, portanto, uma disputa interpretativa em relação ao dispositivo, de modo que alguns quiseram entender as terras habitadas pelos indígenas em um sentido restrito. Ao contrário, tal entendimento deve ser direcionado pelo sentido antropológico de habitat, do território enquanto necessário para a reprodução física e cultural de um povo. Em um voto sobre o assunto, Vítor Nunes Leal discorre:

Não está envolvida, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do país. A permanência dessas terras em sua posse é a condição de vida e de sobrevivência desses grupos [...].

A Constituição atual foi além da anterior, que só protegia a posse, porque ela também protege o usufruto exclusivo, pelos índios, dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras.¹⁵

As noções de territorialidade indígena voltam à luz na discussão da tese do Marco Temporal diante do novo capítulo da Constituição, “Dos Índios”, como será evidenciado a seguir.

2.2 Constituição Federal de 1988 e o Capítulo "Dos Índios"

A Constituinte de 1988 foi um marco tanto de participação, quanto de conquista de direitos para os povos indígenas do Brasil. Com forte mobilização durante o processo, a Constituição Federal de 1988 é de suma importância para a determinação dos direitos dos povos indígenas às suas terras, ao seu modo de vida, às suas línguas, crenças e costumes. Como coloca Samuel Barbosa (2018, p. 11), a “*Constituição foi seguramente um marco ao assumir os povos indígenas como portadores de formas de vida com direito ao futuro, não mais com resquícios do passado em vias de extinção*”.

Assim, o *cerne do pacto constitucional é a garantia da reprodução física e cultural dos povos indígenas, sem dia para acabar* (BARBOSA, 2018, p. 11). Sobre o tema, o Ministro Edson Fachin (2021, p. 5) enunciou em seu voto, como relator, no RE 1.017.365 que, na Constituição Federal de 1988, “*não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do **habitat de um povo.***” [grifo meu]

E isso é inovador no sentido em que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), principal legislação indigenista à época e vigente até hoje, trata dos povos indígenas em uma visão integracionista, isto é, de que os indígenas vivem em um estágio transitório no caminho da integração nacional, como se depreende do texto da lei:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

¹⁵ Voto, Mandado de Segurança n. 16.433-DF, Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 49, p. 295-6, 1967.

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

[...]

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat , proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

[...]

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento; [...].

Neste sentido, rompe-se com o paradigma integracionista, de assimilar e ajustar os indígenas à chamada *sociedade nacional brasileira*. Fachin (2021, p. 7) bem coloca em seu voto:

Como se verifica, e adiante melhor se explicitará, a Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do índio à sociedade nacional – e branca – a fim de que deixasse paulatinamente sua condição indígena, para um paradigma de reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural e ao direito de existir como indígena.

Ainda, Carlos Marés de Souza Filho (2018, p. 2252) traz importante contextualização histórica sobre o tema:

As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, todas as outras definem a competência da União para legislar sobre a ‘incorporação dos silvícolas à comunhão nacional’. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem ‘permanentemente localizados’, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem. As Constituições de 1967 e 1969, para deixar ainda mais claro o caráter de transitoriedade deste direito, o incluem nas disposições transitórias. A partir da Constituição de 1967, estas terras são definidas como de domínio da União. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios haveriam de deixar de ser índios.

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: ‘puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy’. Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato.

A Constituição Federal de 1988 também foi inovadora ao estabelecer que os direitos dos povos indígenas às suas terras é um direito originário. Manuela Carneiro da Cunha (2019, p. 40), sobre o processo da Constituinte, conta:

Todas essas experiências prévias fizeram com que nós e Dalmo [Dallari], na Comissão Pró-Índio¹⁶, estivéssemos cientes dos gargalos da legislação, de forma que chegamos à Constituinte já com bastante experiência prática. Dalmo, além disso, trouxe algumas ideias sensacionais: uma delas é que os direitos dos índios são originários. [...] Os direitos dos índios também eram originários, precediam a Constituição. [...] Eu acho que, como nós, que não sabíamos o que significava direitos originários, os constituintes também não sabiam. Isso passou sem que ninguém prestasse atenção, mas é de uma enorme importância, porque significa - assim como Ailton estava dizendo - que o Estado, a União, não tem que conferir direitos, apenas reconhecer. Portanto, esses direitos preexistem.

Em depoimento realizado no mesmo evento¹⁷ em que Carneiro da Cunha deu o relato acima destacado, Ailton Krenak (2019, p. 31), importante liderança indígena que teve, inclusive, papel fundamental no processo Constituinte, contou: *“O que a Constituição de 1988 mostrou é que o Estado brasileiro não tem nada a dar ao povo indígena: ela estabelece que cabe à União reconhecer os limites dos territórios ocupados tradicionalmente pelos povos indígenas. Reconhecer. É um ato de reconhecimento.”*

Outra novidade importante, pois, inaugurada com o Art. 232 da Constituição Federal de 1988, foi o reconhecimento dos povos indígenas enquanto sujeitos de direitos e, conseqüentemente, sujeitos hábeis para entrar em juízo por conta própria. Para Carneiro da Cunha (2019, p. 41), os *“índios se tornaram sujeitos políticos e de direito que podem entrar em juízo”*, algo fundamental na atual discussão sobre o marco temporal.

Felipe Labruna (2022), em resumo à sua dissertação de Mestrado pela PUC-SP, coloca que

[...] a colonização praticada não apenas em território brasileiro, mas também em toda a América Latina, caracterizou-se pela inexistência de reconhecimento dos povos originários como sujeitos de plenos direitos. Isto porque o método colonizador no continente latino-americano importou para o meio local um sistema baseado na burocracia e no formalismo em benefício dos grupos dominantes, resultando em um constitucionalismo hegemônico na região.

Seguem os dispositivos aqui em discussão:

¹⁶ Comissão Pró-Índio de São Paulo é uma organização, fundada em 1978, que atua junto a indígenas e quilombolas “para garantir seus direitos territoriais, culturais e políticos, procurando contribuir com o fortalecimento da democracia e o reconhecimento dos direitos das minorias étnicas”. Ver mais no site: <https://episp.org.br/>.

¹⁷ Fórum Permanente “30 anos da Constituição e o capítulo ‘Dos Índios’ na Atual Conjuntura”, realizado no Centro de Convenções da Unicamp, em 21 de junho de 2018.

CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

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.

§ 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.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ponto relevante, também, é a discussão acerca do que é o território indígena. José Afonso da Silva (2012, p. 889) aponta tal relevância na garantia dos direitos dos povos indígenas, principalmente àqueles relacionados a sua própria existência - à vida:

A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza – como lembra Manuela Carneiro da Cunha – constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. (p. 889)

Assim, tal território não se refere apenas ao território habitado pelos moradores da comunidade, onde se localiza a aldeia e suas roças. O território indígena é o território ocupado pelo povo em questão, que envolve o espaço realizado para a caça, para água, e uma série de outros recursos. Mas mais que isso, questão a ser tratada a seguir.

O Ministro Relator do RE 1.017.365, Edson Fachin (2021, p. 53), também abordou o tema em seu voto acerca da questão, já proferido: *“A posse indígena, portanto, não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade das comunidades dos índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra.”* Ainda, coloca que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, adotada em 27 de junho de 1989 e aprovada internamente pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 (sendo promulgada em 19 de abril de 2004), reforça o conceito constitucional de posse indígena:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Conclui o Relator (FACHIN, 2021, p. 54), então, que

A terra para os indígenas não tem valor comercial, como no sentido privado de posse. Trata-se de uma relação de identidade, espiritualidade e de existência, sendo possível afirmar que não há comunidade indígena sem terra, num ponto de vista étnico e cultural, inerente ao próprio reconhecimento dessas comunidades como povos tradicionais e específicos em relação à sociedade envolvente.

Importante referencial trazido em seu voto, ainda, foi o da liderança indígena Ailton Krenak, quem também contribui no presente trabalho. Segundo Krenak (2019, p. 16-18),

“Estar com aquela turma me fez refletir sobre o mito da sustentabilidade, inventado pelas corporações para justificar o assalto que fazem à nossa ideia de natureza. Fomos, durante muito tempo, embalados com a história de que somos humanidade. Enquanto isso – enquanto seu lobo não vem –, fomos nos alienando desse organismo de que somos parte, a Terra, e passamos a pensar que ele é uma coisa e nós, outra: a Terra e a humanidade. Eu não percebo onde tem alguma coisa que não seja natureza. Tudo é natureza. O cosmos é natureza. Tudo em que eu consigo pensar é natureza.

(...)

Tem uma montanha rochosa na região onde o rio Doce foi atingido pela lama da mineração. A aldeia Krenak fica na margem esquerda do rio, na direita tem uma serra. Aprendi que aquela serra tem nome, Takukrak, e personalidade. De manhã, cedo, de lá do terreiro da aldeia, as pessoas olham pra ela e sabem se o dia vai ser bom ou se é melhor ficar quieto. Quando ela está com uma cara do tipo ‘não estou para conversa hoje’, as pessoas já ficam atentas. Quando ela amanhece esplêndida, bonita, com nuvens claras sobrevoando a sua cabeça, toda enfeitada, o pessoal fala: ‘Pode fazer festa, dançar, pescar, pode fazer o que quiser’.”

O território indígena, portanto, é habitado por uma gama imensa de seres, vivos e não vivos, corpóreos ou invisíveis de tal modo, com os quais aqueles povos estão em constante relação. O território abarca os lugares sagrados, onde estão os mortos e onde estão os espíritos da floresta. É, então, mais.

2.3 A teoria do indigenato *versus* a teoria do fato indígena

Como aqui traçado, o direito dos povos indígenas às suas terras é um direito originário. Trata-se, pois, da chamada teoria do indigenato, desenvolvida por João Mendes Junior. Segundo ela, o direito dos povos originários aos seus territórios refere-se a um direito congênito, ou seja, anterior ao próprio Estado e, conseqüentemente, anterior a qualquer outro direito. De acordo com Mendes Junior, então, o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Dessa maneira, não é um fato o qual depende de legitimação, enquanto a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

José Afonso da Silva (2018, p. 20) sobre o tema:

Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios especialmente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, qual seja, a Carta

Régia de 30 de julho de 1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o *indigenato*. A Lei de 6 de junho de 1775 também o reconheceu ao determinar que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas*.

Ainda, segundo o autor, a Constituição de 1934 foi a primeira a expressamente acolher o *indigenato*, ao dispor em seu Art. 129 que “*Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las*”.

Tal regra, portanto, foi repetida nas Constituições seguintes, até chegarmos na CF/88, na qual tais princípios foram incorporados. Assim, os direitos dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional.

Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos originários. Declara-se: em primeiro lugar, que essas terras são bens da União (art. 20, XI) como uma forma de propriedade vinculada com o fim de garantir os direitos originários dos índios sobre elas; assim, consagra uma relação jurídica fundamental no instituto do *indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, §2º da Constituição. (AFONSO DA SILVA, 2018, p. 21)

Conclui-se, então, nas palavras de José Afonso da Silva (2018, p. 31), que

O *indigenato* não se confunde com a mera posse. É um direito congênito, enquanto a mera ocupação é título adquirido. O *indigenato* é legítimo por si, “não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação possessória depende de requisitos que a legitimem [...] Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono”¹⁸.

Neste sentido, enquanto direito originário e anterior ao próprio Estado, cabe a este somente demarcar e declarar os limites territoriais das Terras Indígenas. Contudo, como será observado no presente trabalho, com a chamada tese do marco temporal, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 passa a ser o referencial para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários para fins de demarcação.

Assim, tal tese surge no bojo do julgamento da Petição 3.388, que trata sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e é retomada agora com o julgamento do RE 1.017.365. Com ela, afasta-se o instituto do *indigenato*, o qual reconhece o direito originário dos povos indígenas aos seus territórios. Aparece, então, a teoria do fato indígena, intrinsecamente ligada à tese do marco temporal, que entende o dia 5 de outubro de 1988 como referencial temporal para a demarcação de terras indígenas no Brasil.

¹⁸ Cf. Mendes Jr., *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, p. 58-9.

Observa-se, dessa maneira, que tal entendimento é impregnado de uma visão eurocêntrica que nega a história de esbulhos sofrida por estes povos ao longo do processo de colonização, além de negar e seguir contrariamente a uma compreensão de autonomia dos povos indígenas e sua autodeterminação. A discussão apresentada a seguir evidenciará a importância de entender os diferentes referenciais de história, tempo e espaço na cosmologia dos povos indígenas, a fim de abandonar um pensamento colonial perante os mais de 300 povos que vivem no Brasil.

3 - ALGUMAS NOÇÕES AMERÍNDIAS DE HISTÓRIA, TEMPO E ESPAÇO

“Não é novidade que índios são sociedades contra o Estado. Pode ser novidade para o Estado, mas, para os índios, de certo não é. Os índios sempre souberam que esse aparato é uma tremenda arapuca, um aparelho de captura das nossas autonomias. E nós somos naturalmente antipáticos a esse aparato que as sociedades modernas cultivam, que é o Estado.”

Assim coloca Ailton Krenak (2018, p. 28) no Fórum Permanente “30 anos da Constituição e o capítulo ‘Dos Índios’ na Atual Conjuntura”, realizado no Centro de Convenções da Unicamp, em 21 de junho de 2018 - e aqui já citado. Quando ele refere-se a um *aparelho de captura das nossas autonomias*, refere-se a uma tentativa reiterada de negar aos povos indígenas suas próprias cosmologias, com seus entendimentos de tempo, espaço e história.

Krenak, ainda, faz referência a uma importante obra do francês Pierre Clastres, que realizou pesquisas de campo na América do Sul entre os indígenas dos povos Guayakí, Guarani e Yanomami. Intitulada *A Sociedade Contra o Estado*, a obra, editada originalmente em 1974, reúne dez artigos publicados pelo antropólogo, a partir de 1962. No prefácio à edição brasileira, Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman (CLASTRES, 2003, p. 9) elucidam a tese central da obra de Clastres:

[...] a ausência do Estado nas chamadas sociedades primitivas não deriva, como se costuma imaginar, de seu baixo nível de desenvolvimento ou de sua suposta incompletude, mas de uma atitude ativa de recusa do Estado, enquanto poder coercitivo separado da sociedade. “Contra o Estado”, portanto, mais que “sem Estado”.

Neste sentido, a ciência antropológica faz-se central na tentativa de entendimento e tradução desses modos de conhecimento outros, fundamentais de serem compreendidos para que a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos seja concreta. Por isso, este capítulo dedica-se a pensar as categorias de tempo e espaço nos regimes de historicidade ameríndio, a partir da bibliografia antropológica, também imprescindível para a compreensão da discussão acerca da tese do marco temporal, a qual será propriamente apresentada no próximo capítulo.

Em *O Pensamento Selvagem*, Lévi-Strauss (1989) trabalha em cima da ideia de “história” e dos diversos usos deste termo. Para ele, pensar o conceito foi fundamental no desenvolvimento de uma perspectiva antropológica não etnocêntrica acerca da historicidade das sociedades. Dessa forma, a distinção entre os “povos sem história” e os outros (ocidentais), de fundo evolucionista, é substituída pela entre as sociedades “frias” e “quentes”. As sociedades frias assim se definem porque operam de modo a “anular de maneira quase automática o efeito que os fatores históricos poderiam ocasionar sobre seu equilíbrio e sua continuidade”, ao passo que as quentes “interiorizam resolutamente o devir histórico para dele fazer o motor de seu desenvolvimento”.

A categoria de sociedade fria em Lévi-Strauss - aquela que busca neutralizar os efeitos do que chamamos de história por preferência à estrutura (ou ao sistema) - seria equivalente ao da historicidade dos povos indígenas do Brasil.

Pensar o direito originário exige que se entenda a relação dos indígenas com a terra, que por sua vez nos remete ao modo como agenciam a temporalidade. A questão da temporalidade habita o pensamento de Lévi-Strauss desde seu contato com as comunidades indígenas no Brasil, especialmente no que diz respeito aos mitos. O que se pensa aqui pode ser expresso pelos conceitos que o autor toma emprestado (ainda que para operacionalizar) de Bergson, como a ideia de que a duração é aquilo que tem a mudança como substância. Para Lévi-Strauss, e inspirado pelo pensamento ameríndio, o devir e o tempo só existem em termos de movimento.

Como já dito, sociedade fria é um conceito que vem com a ideia de ser justo em relação à diversidade de regimes de historicidade. Não são grupos sem história, mas sim grupos que ativam mecanismos específicos cujo resultado seria um apagamento dos efeitos da história. É uma outra relação com as mudanças e a inovação, onde ambas devem ser escondidas. A forma de pensamento mítica seria aquela que permite essa sensação de apagamento: as mudanças passam pela “máquina mitológica” e são atualizadas de modo a se tornarem contempladas na narrativa.

Importante discussão levantada por Lévi-Strauss é a divisão entre natureza e cultura. No filme *O que Lévi-Strauss deve aos ameríndios* (2014), Renato Sztutman traduz essa diferenciação nos termos bergsonianos de continuidade e descontinuidade, e acredita-se que essa estratégia sirva mais. A continuidade e a descontinuidade são um problema dinâmico, de certa forma mediado pelo mito. Assim, podemos explicar a definição já canonizada de mito como a narrativa que fala do tempo em que os animais falavam, ou seja, o tempo do contínuo

em comparação ao tempo em que eles (geralmente) não falam, o nosso tempo, o tempo, portanto, da descontinuidade.

O mito fala sobre o descontínuo, mas por sua característica dinâmica, como indicado anteriormente, o mito informa e é modo de ação (LOLLI, 2010). Tânia Stolze Lima, em palestra realizada em 2017 na Reunião de Antropologia da Ciência e da Tecnologia (VI ReACT) na Universidade de São Paulo, compartilha um comentário interessante e ilustrador. A antropóloga conta que, ao perguntar ao seu interlocutor sobre o fato de o mito estar no passado, ele responde que ele estaria, sim, no passado, mas que este era um passado diferente do que ela pensava, e que o passado não estava no passado, que bastava chamá-lo e ele viria.

É nesse sentido que se evidencia que, ao indicar esse passado, não estamos deixando de falar do presente; ou mesmo que aceitar a noção da mudança como constituinte não a impede de gerar a sensação do exato oposto. Essa é importante característica do que se chama, aqui, de regime de historicidade ameríndio.

Juntamente a isso, é preciso levar em consideração a noção de espaço em Lévi-Strauss, que envolve a maneira ameríndia de se relacionar com a terra, como bem argumentado no seguinte trecho do Acórdão do STF referente ao julgamento da Pet. 3.388: *“Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”*.

De modo geral, é possível dizer que a terra é tratada como outra personagem nas tramas cosmológicas, o que faz com que ela tenha uma relação com as pessoas. Nas palavras de Ailton Krenak, *“os Krenak acham que nós somos parte da natureza, as árvores são as nossas irmãs, as montanhas pensam e sentem. Isso faz parte da sabedoria, da memória da criação do mundo”* (FJELDER; NADER, 2015, p. 40). A noção de memória da criação do mundo aqui sintetiza as ideias que estão elaboradas acima, ao mesmo tempo em que colocam um novo ponto. Arrisca-se dizer que a noção do espaço para Lévi-Strauss é temporalizada, em termos bergsonianos. Isto é, o espaço passa a ter significado, está vinculado à memória, informa o presente, tem, enfim, qualidade.

A partir dessas ideias de historicidade, tempo e espaço expostas é que se observa os impasses jurídicos ao longo da história do país, a Constituição vigente e a discussão sobre o marco temporal, tese essa que é interpretada diferentemente por forças políticas dentro do Supremo Tribunal Federal. Em documento¹⁹ sobre seus direitos constitucionais e o respeito à

¹⁹ Da carta da Associação de Povos Indígenas do Brasil, APIB, ao STF: <https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/cartadaapibaostf-2016.pdf>.

demarcação de suas terras tradicionais, indígenas apontam que uma das violações do marco temporal é desconsiderar que

[...] até 04 de outubro de 1988, os índios estavam sujeitos ao regime de integração e assimilação, tutelados pelo mesmo Estado que, muitas vezes, foi o principal responsável ou o cúmplice direto das violações dos mesmos direitos territoriais pelos quais deveria zelar – inclusive e principalmente durante o regime militar de 1964 –, como já reconhecido oficialmente pelo Estado Brasileiro, entre outros, pelo Relatório da Comissão Nacional da Verdade.

Nesse sentido, faz-se fundamental observar se as políticas constitucionais e legislativas dão conta, respeitam ou dialogam com essas noções de tempo e espaço que se reivindica no presente trabalho.

Como já apresentado no primeiro capítulo, o período da Ditadura Militar foi marcado por uma concepção integracionista em relação aos povos indígenas do Brasil. Esse modelo integracionista seria fruto da forma de compreender a história, colocada por Le Goff. Em *História e Memória* (1990), o autor busca traçar uma análise dos usos do passado/ presente na produção historiográfica. É a partir de uma retrospectiva de seus significados desde a antiguidade até o século XX que o autor mostra como essas ideias compõem o pensamento do tempo nas ciências históricas. Ambientado em um contexto principalmente europeu, aponta que durante o século XVII e XIX, à luz das recentes revoluções científicas (Copernicana, Galileana etc.) e da modernização, é que o progresso passa a ser o fio-condutor da história.

É essa ideia de tempo, que coloca um futuro de esperança como central para se pensar o tempo, que se vê presente no Estado brasileiro e na sua relação com os indígenas. É a partir de um discurso que vê a existência de uma história universal, que a ideia de integrar os indígenas se funda. Integrá-los para que assim seja possível o pleno progresso e desenvolvimento da economia nacional. O futuro e o progresso do Estado brasileiro de então seria aquele proposto pela retórica progressista capitalista (VIVEIROS DE CASTRO, 2015).

Essa ideia, fundada em uma supervalorização da ciência e, portanto, de uma racionalidade específica - a ocidental -, é a ideia fundante da violência de incluir os povos indígenas dentro do processo civilizatório. Essa discussão diz respeito a uma lógica de uma possível “assimilação”, em que os indígenas “integrados” à *sociedade nacional brasileira* não são mais vistos como etnicamente distintos dela e, portanto, não são mais indígenas e não se encaixam nas populações que têm esse direito garantido.

Em relação a isso, Manuela Carneiro da Cunha (2012, 2014) traça um parecer sobre os critérios de identidade étnica: basear os critérios de definição e estabelecimento de qual

comunidade é ou não indígena segundo o conceito de cultura se mostrou problemático na defesa dos direitos indígenas. Isto porque os pressupostos implícitos nesse mesmo conceito seria o de cultura como característica primária ligada à uma ancestralidade que se baseia na existência de antepassados. É uma aplicação de um conceito de passado e de ligação histórica bem específico que termina por impor a necessidade de identidades que sejam bem delimitadas e estagnadas.

A autora diferencia duas formas de se abordar a memória, sendo a primeira delas os conteúdos de memória e a segunda aquela com função identitária (CARNEIRO DA CUNHA, 2014, p. 10). Essa segunda, perigosa, é aquela que abre espaço para uma simplificação do que é ser indígena. Essa simplificação tem dois lados: o do não reconhecimento das multiplicidades que existem nessa tal indianidade (como se fosse uma só coisa), e o perigo de cair em uma noção estática do que é cultura. Ou seja, cair na busca de um "tradicional", que acaba apenas por ignorar as mudanças que são inerentes à dinâmica cultural, abrindo espaço para contestar a própria identidade daqueles que são indígenas.

Se, por um lado, toda essa noção positivista de determinação e assimilação da identidade indígena foi sendo construída e manipulada para a criação de políticas para os povos originários durante o período militar, o que se pode perceber com a criação da Constituição de 1988 é a de uma espécie de brecha, uma vez que se produz com um discurso progressista ao que seu contexto não sugeria.

É possível afirmar que os artigos 231 e 232 da CF/88 demonstram uma perspectiva progressista no sentido de serem capazes de contemplar noções de tempo/espaço em uma cosmologia outra que se busca aqui evidenciar. Ao reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, que são definidas no parágrafo primeiro do artigo 231 como as “[...] *necessárias para sua reprodução física e cultural, segundo seus próprios costumes e tradições*” (BRASIL, 1988), nota-se que as discussões quanto à especificidade cultural dos grupos foram levadas em conta e, em alguma medida, as legítimas.

4 -O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E A TESE DO ‘MARCO TEMPORAL’

Segundo dados do Instituto Socioambiental, hoje a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, possui 1,747 milhão de hectares, com 26.048 habitantes, de cinco povos indígenas diferentes: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana²⁰. Apesar da conclusão do julgamento que garantiu a demarcação da TI ter ocorrido apenas em 2009, há muito tempo os indígenas da região lutavam para o reconhecimento de seu território.

O procedimento administrativo demarcatório da TI teve início em 1977, mas somente em 1993 medidas efetivas foram tomadas a fim de atingir sua finalidade - como proposta de limite territorial de 1,67 milhão de hectares, laudo antropológico e levantamento fundiário da FUNAI (SARTORI JUNIOR, 2017). Já com isso, contestações começaram a ser apresentadas, e diante da pressão de organizações indígenas e de direitos humanos, o Ministro Renan Calheiros, em 1998, publicou a Portaria nº 820/98, declarando a TI Raposa Serra do Sol como de ocupação tradicional. Assim, a demarcação física do território foi efetuada em 1999.

Todavia, neste mesmo ano, novas controvérsias já foram geradas a fim de “*postergar o processo de demarcação para a tomada de partes da área por não índios*” (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 147). Neste sentido, a Portaria de 1998 foi suspensa duas vezes, em 1999 e em 2004. Em 2005, o Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos emitiu a Portaria nº 540/2005, de modo que dois dias depois o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou o decreto homologatório da Terra Indígena. De acordo com Dailor Sartori Junior (2017, p. 148), a fase de desintrusão do processo demarcatório “*gerou conflitos violentos de agricultores e autoridades contra povos indígenas*”.

Em 20 de abril de 2005, os Senadores do Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto (PT) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB), propuseram ação popular perante o Supremo Tribunal Federal - a Petição 3.388 -, suscitando a nulidade da Portaria nº 540/2005 e do Decreto Presidencial de homologação que demarcaram a TI. Dessa maneira, em 27 de agosto de 2008 tem início o julgamento da Petição 3.388, sendo o relator o Ministro Carlos Ayres Britto, o qual se posicionou de modo favorável à demarcação.

²⁰ TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Instituto Socioambiental. S/d. Disponível em: <<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835#>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

Em dezembro do mesmo ano, o julgamento é retomado após pedido de vista do Ministro Menezes de Direito, que se posicionou, em partes, de acordo com o Relator. Contudo, o Ministro propôs a inclusão das 19 condicionantes, ou “salvaguardas institucionais”, acolhidas depois, com algumas modificações, pela maioria dos Ministros. Tais condicionantes teriam sido extraídas do próprio texto constitucional, e serviriam enquanto parâmetros de interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional para a demarcação das terras indígenas. Segundo o Min. Menezes de Direito (BRASIL, 2010, p. 257-258),

[...] os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

O julgamento da Petição 3.388 foi concluído apenas em 2009, enquanto o trânsito em julgado ocorreu em 2013, devido ao julgamento de Embargos de Declaração opostos pelo MPF e pela FUNAI, relatados pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Apesar de o Relator da Pet. ter acolhido as condicionantes apenas como “*diretivas para a execução desta nossa decisão por parte da União*” (BRASIL, 2010, p. 370), neste julgamento de 2013, a suposta força vinculante da decisão da Pet. foi minimizada. Isso porque, em 2012, a Advocacia-Geral da União editou a Portaria nº 303/2012 que incorporou as 19 condicionantes como se fossem etapas oficiais do procedimento de demarcação de terras indígenas.

Assim, no julgamento de 2013, o Relator Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014, p. 2) coloca que a “*decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nestes termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar*”. Apesar de suspensa a Portaria de 2012, em 20 de julho de 2017 a AGU voltou a relacionar as condicionantes e o marco temporal à atuação dos servidores públicos nos processos demarcatórios, mas desta vez por meio de um “parecer vinculante”.

Edson Fachin (2021, p. 28), em seu voto enquanto relator do julgamento do RE 1.017.365, também se posiciona acerca da questão:

[...] é evidente que a própria Corte não admitiu que as condicionantes da Pet nº 3.388 pudessem ser conformadas pelo ordenamento como representativas de um precedente, a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, bem como espriar seus efeitos de forma automática à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios.

Sobre o tema, Dailor Sartori Junior coloca que o posicionamento do STF no julgamento da Pet. 3.388 foi dúbio, uma vez que reconheceu a constitucionalidade do

processo administrativo de demarcação e garantiu a posse permanente dos cinco povos que habitam o território; contudo, “*significou, também, o enfraquecimento de direitos para tentar remediar conflitos fundiários históricos, a partir da criação de regras inexistentes no ordenamento jurídico, como o marco temporal da ocupação e as ‘salvaguardas institucionais’*”. (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 153).

Ainda, Anjos Filho (2013, p. 39) afirma que foram “*simplesmente impostas sem qualquer diálogo intercultural, por um órgão jurisdicional sem poderes constituintes, reformadores ou ao menos legislativos, e mediante violação das leis processuais*”. Assim, além das condicionantes, a decisão referente à TI Raposa Serra do Sol trouxe em seu texto a afirmação de que a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988, seria o marco temporal para a verificação da ocupação tradicional indígena e para a demarcação do território.

Em seu voto, o Min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010, p. 137) coloca:

I – o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Ou seja, segundo a tese do marco temporal só podem ser reconhecidas enquanto terras indígenas aquelas que em 5 de outubro de 1988 estivessem ocupadas pelos indígenas, exceto em caso de “renitente esbulho”. Este, por sua vez, refere-se a “efetivo conflito possessório” por circunstância de fato ou por ação judicial possessória, igualmente existente na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Dito de outro modo, para o STF, as comunidades indígenas somente têm direito ao território tradicional que lhes pertence se conseguirem comprovar que em 5 de outubro de 1988 estavam efetivamente ocupando a área ou, em caso negativo, estavam em efetivo conflito ou litígio judicial contra não-indígenas invasores. (SARTORI JUNIOR, 2017, p. IX).

Samuel Barbosa (2018, p. 12) coloca que “*a data da promulgação da Constituição, assim, adquiriu uma dupla função, serve ou para provar a ocupação tradicional de uma área ou para provar a continuidade dos efeitos do renitente esbulho (resistência física ou ação judicial protocolada)*”. Neste sentido, Sartori Junior (2017, p. 161) questiona:

Porém, quais ações podem ser consideradas “renitentes” para descaracterizar o marco temporal em um contexto de tutela, como era antes de 1988? A não presença física em 5 de

outubro significa ausência de aldeias - uma visão estereotipada da territorialidade - ou abrange a relação tradicional esporádica e rarefeita com o território, como visitas a locais sagrados e caça e pesca de subsistência?

Para José Afonso da Silva (2018), a interpretação que o Supremo Tribunal Federal vem dando ao “renitente esbulho” é uma afronta aos direitos constitucionalmente garantidos aos povos indígenas. Em decisão da Segunda Turma no julgado do Agravo no Recurso Extraordinário n. 803.462/MS, a Corte posicionou-se:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Assim, Afonso da Silva argumenta que já a conceituação de “renitente esbulho”, ao invés de “esbulho renitente”, ao destacar a qualificadora, impõe aos indígenas esbulhados a obrigação de provar os fatos. Ainda, não caberia nestes casos em que se discute terras indígenas o conceito de esbulho, uma vez que este refere-se aos conflitos de posse do direito civil. Como já observado neste trabalho, a ocupação tradicional das terras pelos povos indígenas não se trata de posse regulada pelo direito civil:

[...] não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para a sua guarda e uso com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. (AFONSO DA SILVA, 2018, p. 32)

Mais do que isso, Afonso da Silva (Idem, p. 28) traz inconformidade com o fato de que, sob esta concepção, o conflito, ainda que iniciado no passado, tenha que persistir até o marco temporal estabelecido da data de 5 de outubro de 1988:

[...] quer dizer, forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu o direito dos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as Constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que os seus direitos usurpados sejam restabelecidos.

Por fim, o autor evidencia o ponto de que, tal exigência de materialização do conflito, pelo menos por uma controvérsia possessória judicializada, novamente refere-se a uma disputa entre dois possuidores tutelados pelo direito civil. E conclui: “*É uma torção semântica calamitosa essa de tratar o indigenato, ou seja, os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam, como se se tratasse de posse do direito civil*”. (Ibid.).

Ora, o esforço realizado neste trabalho foi o de demonstrar como, ao longo da história do contato forçado entre indígenas e não-indígenas, houve inúmeras tentativas de acabar com

estes povos, de roubar as suas terras e ceifar seus direitos. Com a tese do marco temporal e o conceito de “renitente esbulho”, exige-se dos povos indígenas “*a prova de que resistiram às remoções forçadas, em um contexto de tutela, ditadura e extrema hipossuficiência*” (SARTORI JUNIOR, 2017, p. XIII).

Por isso a importância de apresentar as violências sofridas nesse período, até os dias atuais, e refazer um caminho jurídico das antigas Constituições que ordenaram o território brasileiro. Ainda, fundamental trazer, apesar de muito brevemente, a teoria antropológica, a fim de lembrar que, por todo este tempo de contato, a relação entre indígenas e não-indígenas foi - e é - marcada por uma tentativa de imposição de modos de vida e cosmologias de um grupo sobre outro.

Assim, como sabiamente declara Ailton Krenak em passagem aqui já destacada, o próprio Estado refere-se a uma *tremenda arapuca, um aparelho de captura* das autonomias dos povos indígenas brasileiros. É fundamental que se reconheça isso. Mas tem mais que isso: o que está em questionamento refere-se a direitos há muito constitucionalmente garantidos. Para Afonso da Silva (2018, p. 29), “*deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988 retira, com uma penada, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas que as Constituições anteriores, desde 1934, lhe reconheceram a confirmaram*”.

Deborah Duprat, em relevante análise sobre o caso da TI Limão Verde (2018), retoma um princípio fundamental dos direitos humanos: o princípio da proibição do retrocesso. Este “*veda a eliminação das concretizações alcançadas na proteção de um direito, permitindo apenas adições e melhorias*” (DUPRAT, 2018, p. 51). Neste sentido,

[...] não seria possível, em especial pela via hermenêutica, desconsiderar o ganho de proteção constitucional às terras indígenas desde 1934, legitimar as desterritorializações forçadas, e instaurar, a partir de 1988, um regime que confere validade ao esbulho se os indígenas a ele não se opuseram por décadas a fio. (DUPRAT, 2015, p. 12).

Para a autora, não faz sentido que uma Constituição de caráter emancipatório, como a Carta Magna de 1988, a qual trata com cuidado o tema referente às terras indígenas, desconsidere aqueles direitos territoriais adquiridos, validando a expulsão e o esbulho (DUPRAT, 2018:56).

Sobre o processo da Constituinte, Carolina Ribeiro Santana e Thiago Mota Cardoso (2020, p. 119):

O texto final resultante das votações do Plenário, ou seja, os atuais artigos 231 e 232 da Constituição, passou por um longo processo legislativo que se iniciou, podemos dizer, com a prévia elaborada pelo jurista José Afonso da Silva na Comissão Afonso Arinos. Esta redação

por ele proposta, embora não tenha sido encaminhada oficialmente à ANC, foi absorvida pelos parlamentares da Subcomissão de Negros, Indígenas Pessoas com Deficiência e Minorias que a tomaram como base orientadora de seus trabalhos. A redação resultante da Subcomissão atravessou debates e ataques na Comissão da Ordem Social e na de Sistematização para seguir adiante e compor-se com as importantes emendas e destaques apresentados em plenário.

Embora muitas lideranças indígenas tivessem retornado à Brasília para acompanhar a votação final, apenas Ailton Krenak, que possuía autorização especial para ingressar nas galerias do Plenário, conseguiu assistir à votação; uma demora na concessão das autorizações às demais lideranças indígenas impediu que chegassem às galerias a tempo.

Apesar de algumas supressões de temas caros aos indígenas, como o reconhecimento do estado plurinacional e multilinguístico, a Constituição consolidou uma vitória da luta indígena pela previsão de seus direitos na nova Carta Magna. Pela primeira vez inscreveu-se no texto constitucional o direito originário dos povos indígenas às suas terras e, também, a legitimidade dos indígenas e suas organizações para ingressarem em juízo. Santilli afirma que a constituição de 1988 “abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro” (SANTILLI, 2000).

Observa-se, pois, as inúmeras críticas realizadas em relação à tese do marco temporal da ocupação: não há previsão, no texto constitucional de 1988, sobre a data de 5 de outubro daquele ano para a verificação da ocupação tradicional indígena. Ademais, como já referido ao longo do texto, a Constituição Federal de 1988 *reconheceu* o direito dos povos indígenas às suas terras, e não *conferiu* estes. Trata-se, pois, de mera declaração sobre direitos originários, os quais são anteriores ao texto constitucional.

Denota-se, então, de posições jurídicas e interpretações normativas, como as aqui em questão,

[...] a persistência da colonialidade, expressada pela desconsideração das subjetividades historicamente construídas dos índios, pela primazia do conhecimento eurocêntrico sobre outros saberes e cosmologias, bem como pela estruturação das relações de poder e interesses envolvidos nos conflitos fundiários indígenas. (SARTORI JUNIOR, 2017, p.169)

Agora, a discussão do marco temporal volta ao STF com o julgamento do RE 1.017.365, como será apresentado a seguir. Restará observar se a Suprema Corte irá reconhecer os direitos constitucionalmente garantidos aos povos indígenas.

5 - JULGAMENTO DO RE 1.017.365 E A MOBILIZAÇÃO INDÍGENA FRENTE À PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS

O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 teve início em agosto de 2021. Trata-se de recurso extraordinário, submetido por unanimidade à sistemática da repercussão geral, sob o Tema 1031. Consiste, pois, em um pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio a Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng, envolvendo uma área reivindicada da Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ.

A TI Ibirama-Laklãnõ, de acordo com dados do Instituto Socioambiental²¹, possui 37 mil hectares dentro do Estado de Santa Catarina, com 2.057 habitantes de três povos indígenas diferentes: Guarani, Kaingang e Xokleng. Quanto ao julgamento do RE em questão, o portal do Supremo Tribunal Federal²² indica:

Tema: 1031

Título: 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.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.

O caso foi protocolado no STF em janeiro de 2017, mas o processo originou-se na referida ação de reintegração de posse requerida no ano de 2009. Na petição, a FATMA pretendia reaver área administrativamente declarada pelo Ministro de Estado da Justiça como de tradicional ocupação dos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani. Em primeira e segunda instância, as decisões foram contrárias aos interesses dos povos indígenas, de modo que, por meio de Recurso Extraordinário, chegou ao STF.

Coloca o Ministro Relator do caso, Edson Fachin (2021, p. 30), em seu voto:

²¹ TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ. **Instituto Socioambiental**. S/d. Disponível em: <<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3682>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

²² **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RE 1017365. Leading case. S/d. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

A demanda que gerou a interposição do presente recurso extraordinário, com o conseqüente reconhecimento da repercussão geral da matéria, refere-se a um pedido de reintegração de posse ajuizado por Fundação Estadual do Meio Ambiente em face de índios da etnia Xokleng, de Santa Catarina, em área que teve sua ocupação tradicional reconhecida administrativamente, mas que diante da ausência de finalização do procedimento demarcatório, ainda está sob a propriedade do órgão integrante da Administração Pública Estadual.

Assim, o relator do caso é o Ministro Edson Fachin, que já proferiu seu voto. Contudo, o julgamento, realizado de modo virtual, teve, antes do voto do relator, a participação de *amicus curiae* no processo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 511), a função da figura do *amicus curiae* é “*contribuir para a elucidação da questão constitucional por meio de informes e argumentos, favorecendo a pluralização do debate e a adequada e racional discussão entre os membros da Corte, com a conseqüente legitimação social das suas decisões.*”

Dessa maneira, foram mais de quarenta *amicus curiae* admitidos no processo, de tema de tremenda complexidade e, como já observado, de grande relevância, inclusive devido à repercussão geral da matéria. Neste sentido, tanto entidades contra a tese do marco temporal, quanto aquelas favoráveis, participaram do processo. Entre as organizações contra a tese estavam, principalmente, associações indígenas, assim como importantes entidades que atuam em defesa dos povos originários e tradicionais do Brasil.

Dando alguns exemplos: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), Conselho do Povo Terena, Aty Guasu Guarani Kaiowá, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), Conselho Indígena de Roraima (CIR), Conselho Indigenista Missionário (Cimi), Instituto Socioambiental (ISA), Centro de Trabalho Indigenista (CTI), Associação Brasileira de Antropologia (ABA), Conectas e Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH). Já em relação às entidades favoráveis ao marco temporal, estão Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Associação Brasileira dos Produtores de Soja (Aprosoja), Sociedade Rural Brasileira (SRB) e Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Mato Grosso do Sul (FAMASUL), entre outros.

Fica evidente, portanto, os interesses por trás da defesa da tese do marco temporal da ocupação para fins de demarcação de terras indígenas. Os grandes interessados referem-se, principalmente, aos setores do agronegócio brasileiro, como a CNA, a Aprosoja e a própria SRB, todas apontadas acima. Um grande “argumento” utilizado por estes setores é de que há “muita terra para pouco índio”.

Em estudo baseado em extenso levantamento de dados sobre a questão fundiária e a situação das terras indígenas e quilombolas do Brasil, Santos, Amado e Pasca (2022, p. 1) concluem:

No Brasil, país com uma das mais desiguais distribuições de terra do mundo, 1% dos donos da terra concentra quase metade (47,6%) da área total, mas emprega apenas 6,7% do pessoal empregado no campo. Assim, os 47 mil maiores proprietários acumulam 150 milhões de ha, 27% a mais do que a totalidade das terras indígenas, resultando numa área média de 3.152 ha por proprietário.

Assim, se “*cada um dos 800 mil indígenas que vivem hoje nas terras indígenas do Brasil possuísse 3.152 ha, as terras indígenas somariam 2,5 bilhões de ha ou 03 Brasil*”. (SANTOS ET AL, 2022, p. 1).

Resta claro, portanto, que o argumento não é válido. O que é possível observar nestas ameaças aos direitos dos povos indígenas, inclusive com os Projetos de Lei e Instruções Normativas anteriormente referidos no presente trabalho, são os interesses nos territórios tradicionais relacionados à exploração madeireira e minerária, assim como à expansão agrícola e pecuária e à especulação imobiliária.

Por outro lado, além da argumentação de que a tese do marco temporal é inconstitucional, ou seja, fere as disposições presentes na Carta Magna referentes aos direitos indígenas sobre suas terras, as organizações indígenas e de direitos humanos contrárias à referida tese apontam a importância destes povos e territórios para a preservação do meio ambiente. De acordo com um Relatório divulgado pelo MapBiomas na 27ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP 27), mais de “*31 bilhões de toneladas de CO2 equivalente foram lançados na atmosfera pelo desmatamento na Amazônia Legal brasileira entre 1985 e 2020. O volume representa quase 70% do total de emissões causadas pela perda de floresta em toda a Pan-Amazônia no período.*”²³

Em contrapartida, levantamento realizado pelo Instituto Socioambiental, também com dados do MapBiomas, indica não só que os povos indígenas são importantes agentes na preservação da floresta, como que sua ocupação é capaz de preservar mais os territórios em relação àqueles sem presença humana:

A análise revelou que as terras indígenas (TIs) e reservas extrativistas (Resex) — espaços destinados às populações tradicionais extrativistas— foram mais preservadas em sua

²³ CHAVES, Leandro. Brasil foi responsável por 70% das emissões de CO2 por desmatamento na Pan-Amazônia nos últimos 35 anos. InfoAmazonia. 18 de novembro de 2022. Disponível em: <https://infoamazonia.org/2022/11/18/brasil-foi-responsavel-por-70-das-emissoes-de-co2-por-desmatamento-na-pan-amazonia-nos-ultimos-35-anos/?utm_source=feedly&utm_medium=rss&utm_campaign=brasil-foi-responsavel-por-70-das-emissoes-de-co2-por-desmatamento-na-pan-amazonia-nos-ultimos-35-anos>. Acesso em: 19 nov. 2022.

cobertura vegetal do que unidades de conservação de proteção integral, que não permitem a presença humana.

— Essas populações têm uma outra visão de mundo, outra forma de interagir com o meio ambiente, o que se mostrou positivo para o manejo da paisagem — afirma Antonio Oviedo, coordenador do Programa de Monitoramento do ISA. — É um modelo de governança que se mostrou muito eficiente. Quando abrem um roçado, por exemplo, eles têm conhecimento para minimizar os danos, mesmo com manejo do fogo. Além disso, promovem uma vigilância territorial contra invasores. O mesmo se dá com a comunidade extrativista, que depende da natureza para produzir²⁴.

De todo modo, o início do julgamento foi marcado pela participação de todas as entidades, em agosto de 2021. Contudo, isso só ocorreu após ter sido adiado por quatro vezes - e ainda não foi concluído. Com os votos do Min. Relator e do Min. Kassio Nunes Marques, o Min. Alexandre de Moraes pediu vista na última sessão, que ocorreu em setembro de 2021. Dessa maneira, o julgamento havia sido remarcado para o dia 23 de junho deste ano, mas foi retirado de pauta, sem haver nova previsão para ocorrer.

No meio disso, povos indígenas de todo o Brasil mobilizaram-se na maior articulação desde a época da Constituinte, em Brasília, e em todo território nacional, como será apresentado ao final do capítulo.

5.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.017.365

Logo no início de seu voto, o Relator Edson Fachin (2021, p. 1) anuncia:

É, portanto, questão constitucional de relevância ímpar à adequada compreensão dos direitos possessórios das comunidades indígenas, a reclamar desta Corte que desvele as potencialidades hermenêuticas contidas no artigo 231 do texto constitucional, de modo a tutelar o direito fundamental dos índios ao exercício de seu modo de vida, cultura e existência, intimamente ligados à posse tradicional de suas terras.

Assim, o Relator irá dividir seu voto em algumas temáticas fundamentais para a construção da sua argumentação, dando início com uma contextualização da matéria, passando para, então, o exame do tema referente à hermenêutica constitucionalmente adequada ao art. 231 da Constituição Federal de 1988.

Neste exame, o Min. Edson Fachin trata sobre: (i) o julgamento da Pet nº 3.388 – possibilidades de aperfeiçoamento; (ii) das ações judiciais questionando procedimentos e

²⁴ ALTINO, Lucas. Estudo mostra que terras indígenas são mais protegidas que florestas sem presença humana. **O Globo**. 21 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/meio-ambiente/noticia/2022/09/estudo-mostra-que-areas-com-ocupacao-indigena-sao-mais-preservadas-do-que-terras-sem-presenca-humana.ghtml>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

estudos demarcatórios; (iii) os direitos indígenas como direitos fundamentais; (iv) natureza jurídica da demarcação; (v) a posse indígena; (vi) direitos originários sobre as terras que ocupam; (vii) da configuração do esbulho; (viii) da necessidade de estudos antropológicos para determinar a existência de posse tradicional indígena; (ix) da possibilidade de redimensionamento das terras indígenas; (x) usufruto exclusivo e posse permanente; (xi) da nulidade dos títulos particulares incidentes sobre terras indígenas; (xii) compatibilidade da posse indígena com a proteção ao meio ambiente; (xiii) das ações possessórias; (xiv) manutenção da suspensão nacional de processos; e (xv) análise do recurso extraordinário da FUNAI.

Passa-se, portanto, para uma breve apresentação do voto em discussão. O Ministro, logo no início, aponta para a importância de se ter um equacionamento jurídico da questão. Os conflitos pela terra são marca do Brasil, muitas vezes envolvendo territórios de ocupação indígena. De acordo com o Relator,

a questão relativa à “definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante. (FACHIN, 2021, p. 2).

Dessa maneira, faz-se necessária a definição da questão, mas, mais do que isso, está em julgamento a tutela do direito à posse de terras pelas comunidades indígenas, “*substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País*”. (Idem, p. 3)

O Min. Edson Fachin refere-se, como já observado, ao tratamento constitucional brasileiro anterior à 1988, apontando que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos indígenas à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores. Assim, em relação à CF/88, o Relator aponta que, para além da tutela possessória, o texto constitucional atribui proteção especial ao modo de ser e viver indígena, ao colocar sob específica garantia a cultura e identidade dos povos originários, além de assegurar o modo tradicional de ocupação das terras, conforme disposição dos artigos 215 e 216 da CF/88:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, é apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(...)

Contudo, o Ministro Relator faz observação importante, relacionada à importância do julgamento do RE 1.017.365. Apesar da legislação constitucional versar sobre o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles desde 1934, e da CF/88 representar importantes conquistas em relação aos direitos de existência destes povos, *“o contexto social e político jamais espelhou referida proteção”* (FACHIN, 2021, p. 8). E o Relator continua:

“ao revés, é fato notório as condições graves e de por vezes trágicas nas quais, até os dias atuais, vivem os índios em nosso País. A questão referente à posse de suas terras tradicionais, apesar do grande avanço que a Carta Constitucional de 1988 representou, não se encontra resolvida ou ao menos serenada, razão pela qual se faz necessário que este Tribunal desempenhe sua tarefa de guardião da Constituição, lançando novamente um olhar a todas as questões imbricadas nessa temática que, para além de assentar questões meramente possessórias e de domínio, envolve a própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.” (Idem, p. 9).

Portanto, faz-se de suma importância o julgamento,

o qual ressalta o legítimo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, na tutela de direito fundamental de minorias, a influir decisivamente na interpretação e no estabelecimento do estatuto jurídico constitucional das relações possessórias das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. (Ibid.).

Ao versar sobre o julgamento da Pet. 3.388, o qual estabeleceu as dezenove condicionantes aqui já tratadas, o Min. Edson Fachin refere-se à argumentação por vezes

levantada de que, diante do julgado da Pet., o princípio da segurança jurídica impediria a revisão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Isso pois, as condicionantes estariam sendo aplicadas pela jurisprudência e teriam sido internalizadas pela Administração Pública.

Contudo, diz o Ministro Relator, *“duas razões levaram ao reconhecimento da repercussão geral do tema e autorizam, portanto, que toda a problemática acerca da correta hermenêutica contida no artigo 231 do texto constitucional seja apreciada pelo Tribunal”* (FACHIN, 2021, p. 21).

Primeiro, como aqui já apresentado, a Corte assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, não incidindo esta às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no Brasil. Segundo, o Ministro afirma que mesmo que a decisão tivesse eficácia vinculante, não faltariam razões para o reexame da matéria: *“Efetivamente, é o caso de revisão das razões que levaram à prolação da Pet nº 3.388, em especial de suas condicionantes e da chamada ‘teoria do marco temporal’”* (Idem, p. 29).

Tal justifica-se pelo fato de que os conflitos fundiários que a decisão pretendia pacificar não cessaram, de modo que não há como negar a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas. Assim, coloca Edson Fachin (Idem, p. 29), *“mostrou-se oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional”*.

Ainda, há forte reclamação relacionada ao fato de que as dezenove condicionantes não foram previamente e exaustivamente debatidas no julgamento da Pet nº 3.388, diferente da possibilidade do momento atual, em que há maior pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Diante disso, a participação dos *amicus curiae* no julgamento, como evidenciado, foi de relevância ímpar.

Dito isso, é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388, longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, diante da assunção pela Administração das condicionantes ali descritas no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil.

Longe de um consequencialismo no enfrentamento da matéria, é necessário que se lance novamente um olhar a essas questões, uma vez que a correta hermenêutica do dispositivo constitucional ora em exame representará verdadeira condição de existência e sobrevivência das mais de 300 distintas etnias indígenas de nosso País. (Ibid., p. 30)

Dando sequência à sua argumentação, o Min. Edson Fachin (2021, p. 31) expõe que o RE 1.017.365 refere-se à

típica demanda possessória, na qual a parte demandante intenta provar, em rito abreviado, o esbulho ou turbação em sua posse, que entende ser legítima, diante do apossamento da área

por terceiros, cuja posse seria ilegítima e não reconhecida como válida pelo ordenamento jurídico.

Dessa maneira, tratando-se de questionar a posse indígena por particulares ou entes estaduais que alegam deter a propriedade da área, as ações possessórias e anulatórias de demarcação configuram-se nas demandas que vicejam nos Tribunais pátrios. Neste sentido, segundo o entendimento doutrinário:

De outro lado, uma corte que visa à interpretação não é uma corte reativa, mas uma corte proativa. A sua atuação está destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário.

(...)

Estando a sua função vinculada à interpretação do direito, capaz de servir de orientação para sua interpretação e aplicação futuras, esse acaba se convertendo no próprio fim que move e legitima a atuação da corte. (...) Daí que a decisão recorrida constitui apenas um meio preordenado para viabilização da consecução da finalidade colimada à corte: outorgar adequada interpretação ao direito a fim de guiar a sua efetiva realização. Dentro dessa perspectiva, a corte é uma corte de interpretação do direito, não uma corte de controle de decisões judiciais.

(...)

Daí que interpretar adequadamente o direito não é um evento acidental na vida da corte. Pelo contrário: interpretar adequadamente o direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do direito. Nesse modelo, a interpretação judicial da corte não é subserviente ao controle da legalidade da decisão recorrida. Sendo a função da corte de interpretação a outorga de unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas seu ponto de partida. É por essa razão que a corte de interpretação é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para obtenção da sua unidade (arts. 926 e 927 do CPC). (MARIONI&MITIDIERO, 2021:54)

Faz-se necessário, portanto, dar a interpretação devida ao art. 231 da CF/88, o que os órgãos públicos têm tido dificuldade em fazer. Ponto importante é lembrar que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

Assim, apesar da não observância desse prazo não gerar prejuízo ao direito constitucional dos povos originários à demarcação de suas terras, vez que não se trata de prazo decadencial - e sim programático -, observa-se que, passados 34 anos desde a promulgação da CF/88, os indígenas permanecem dependendo das providências administrativas para a concretização de seus direitos. Tem-se, dessa maneira, extrema morosidade para a observância das demarcações dos territórios e, dificultando cada vez mais, há progressiva redução orçamentária e um verdadeiro desmonte do órgão administrativo responsável pela viabilização das demarcações, a saber, a Funai.

Ainda, aponta o Ministro Relator, os direitos constitucionais dos povos indígenas configuram-se enquanto direitos fundamentais. Dessa maneira, o art. 231 *“tutela aos indígenas brasileiros direitos individuais e coletivos a ser garantidos pelos Poderes Públicos*

por meio de políticas que preservem a identidade de grupo e seu modo de vida, cultura e tradições” (FACHIN, 2021, p. 33).

Assim, incide sobre o art. 231 a previsão do artigo 60, §4º, CF, de modo que consiste cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador, ficando este impedido de promover modificações que acabem ou dificultem o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do texto constitucional aqui referido. Além disso, enquanto direitos fundamentais, os direitos do art. 231 estão imunes às decisões das majorias legislativas com potencial de coartar o exercício desses direitos; e, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso, como já referido, e a proibição da proteção deficiente de seus direitos. Por fim, o Relator refere-se ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais:

[...] entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois se nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, faz-se necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição. (Idem, p. 37)

Em relação à natureza jurídica do procedimento demarcatório das terras indígenas, o Ministro reforça que esta é meramente declaratória, como já enunciado. Isso pois, os direitos dos povos originários às suas terras são reconhecidos no texto constitucional e, portanto, preexistem à promulgação da Constituição. Como coloca a doutrina,

O procedimento demarcatório tem natureza meramente declaratória, pois o que se busca com ele é apenas a delimitação da área já pertencente aos povos indígenas, em razão dos direitos que decorrem da ocupação tradicional. O reconhecimento da propriedade, em caráter originário, é de viés constitucional, conforme estabelecido no muitas vezes citado art. 231 da Constituição. (VITORELLI, 2018, p. 177-178)

Conclui-se, então, que o procedimento demarcatório não constitui terra indígena, mas apenas reconhece a existência da posse tradicional preexistente. A terra indígena é definida pela ocupação indígena, e não pela demarcação. Neste sentido, o Relator reforça a diferenciação entre posse indígena e posse civil, também já discutida nesta monografia, trazendo posição doutrinária sobre o tema:

A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial. (VITORELLI, 2016, p. 189)

A fim de compreender melhor os requisitos da posse indígena tutelada pelo art. 231 da CF/88, o Relator discorre sobre o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles. Assim, define José Afonso da Silva (2012, p.889):

A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: (a) serem por eles habitadas em caráter permanente; (b) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; (c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; (d) serem necessários à sua reprodução física cultural – tudo segundo seus usos, costumes e tradições.

O Min. Edson Fachin retoma que no julgamento da Pet. 3.388, declarando a intenção de pacificar os conflitos fundiários envolvendo povos indígenas, a Corte afirmou a recepção da teoria do fato indígena ao invés da teoria do indigenato. Contudo, para o Relator,

[...] não se justifica normativamente a “teoria do fato indígena”, uma vez que não depreendo da Constituição nenhuma fratura em relação à tutela dos direitos territoriais indígenas, porquanto a simples apropriação dessas terras por parte de particulares, incentivada ou não pelos entes públicos, jamais foi permitida pelos textos constitucionais. (FACHIN, 2021, p. 64).

Portanto, em seu voto, o Ministro coloca que a Constituição Federal de 1988 não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um *continuum*. Trata-se, pois, da continuidade de uma proteção já assegurada, como exaustivamente aqui observado, pelas Cartas Constitucionais desde 1934.

Nessa perspectiva de continuidade, na qual jamais se constitucionalizou a posse dessas terras por parte de terceiros não-indios, 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. (Ibid.)

Assim, segue importante posicionamento do Ministro Relator em seu voto:

Logo, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e aplicação de um direito fundamental que se enquadra numa continuidade protetiva desde a Carta de 1934, não depreendo da redação do caput do artigo 231 da Constituição da República a restrição do direito à posse permanente e tradicional apenas àquelas comunidades indígenas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional.

Respeitosamente às opiniões contrárias, compreendo, pelas razões acima transcritas, que referido dispositivo constitucional não afasta apenas pela redação textual no tempo presente o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas.

Ademais, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à sua aplicação deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.

Inclusive porque a legitimação da posse obtida por meio violento e injusto não é admitida sequer pela legislação civil (Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária); assim, como poderia a ordem constitucional de 1988 ignorar toda a evolução legislativa anterior e legitimar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, desqualificando o direito dessas comunidades, retiradas à força de seus territórios tradicionais, de buscar a reparação do direito que sempre possuíram e foram impedidas de retomar pelo próprio Estado, por ação ou omissão, que as deveria proteger? (Idem, p. 68).

Importante colocação do Ministro que, inclusive, aponta que a teoria do marco temporal ignora a presença dos povos indígenas isolados no país. Segundo dados do site da Funai²⁵, no Brasil há cerca de 114 registros da presença de indígenas isolados em toda a Amazônia Legal. Assim, para Fachin (2021, p. 71), o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 “solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.”

Ainda, de suma relevância a discussão trazida sobre o renitente esbulho, caracterizando-se esta enquanto situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, persista até 05 de outubro de 1988 - conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. Contudo, até a Constituição Federal de 1988 e seu art. 232, como já discutido, os povos indígenas eram considerados enquanto relativamente incapazes pela legislação civil.

Assim, para ingressar em juízo, estes povos dependiam dos órgãos indigenistas da época, ou seja, desde 1967, a Funai. Fachin, neste sentido, dá contextualização do sistema de tutela e assimilacionista envolvendo os povos originários do Brasil antes de 1988, apontando que os indígenas dificilmente utilizariam o recurso de ajuizamento de demandas possessórias. Há, ainda, um fator importante: o cultural, já que os povos indígenas possuem seus próprios meios de resolução de conflitos.

Uma política de extermínio ou de integração assimilacionista, onde os índios e as sociedades indígenas foram encarados ou como empecilhos à plena ocupação de um espaço economicamente cobiçado pela sociedade nacional – e neste caso o extermínio foi praticado por recomendação régia e imperial – ou como entraves que deveriam ser reduzidos para posterior ‘educação’, que visava transformá-los em cidadãos produtores, sem direitos especiais. (...) o fato é que o Estado (da colônia à República) sempre tentou manobrar o destino das populações indígenas nacionais no terreno limitado pelo extermínio puro e simples e pela proteção física para posterior assimilação.’

O Estatuto do Índio, baixado pela ditadura, teve por objetivo ‘reformar alguns princípios liberais e humanísticos já fixados na tradição brasileira sem contudo deixar de fixar que o destino das populações indígenas é sua ‘integração à comunhão nacional’.

Os chefes da Funai chegaram a duras conclusões sobre o papel do Estado brasileiro, cuja prioridade eram ‘ações que visam minar a resistência dos grupos indígenas que são capazes de oferecer maior resistência ao projeto de incorporação de terras ao patrimônio nacional’. ‘Na verdade, o Estado brasileiro sempre atribuiu-se o direito de decidir soberanamente sobre o destino das sociedades indígenas, seus bens, seus territórios. Em nenhum momento da história do país os índios foram ouvidos sobre estas decisões.’” (VALENTE, 2017, p. 382-383)

E conclui o Relator:

²⁵ Fundação Nacional do Índio. Povos Isolados. 12/02/2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato-2/povo-s-isolados-1>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

Pelas razões acima elencadas, concluo que 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 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição. (FACHIN, 2021, p. 82).

Deste modo, não estando exaurido o voto do Ministro Relator Edson Fachin, resta claro que este posicionou-se contra a interpretação do art. 231 da Constituição Federal de 1988 à luz da chamada tese do marco temporal. Ou seja, o Ministro reconhece o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no Brasil, de modo que um marco temporal de ocupação, sendo este em 1988, configura uma afronta ao texto constitucional:

[...] voto pelo provimento do recurso extraordinário, com a anulação da decisão recorrida, e proponho a fixação da seguinte tese, referente à resolução do Tema 1031 da repercussão geral:

“Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

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 índios, 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 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos das normas de regência;

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

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

IX - são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X - há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.” (Idem, p. 108-109)

Além do Relator, o único Ministro que proferiu seu voto foi o Ministro Kassio Nunes Marques. Discordando do Min. Edson Fachin, Nunes Marques considerou que a data da promulgação da Constituição Federal deve ser adotada como marco temporal para definição da ocupação tradicional da terra pelos povos indígenas. A argumentação do Ministro esteve ancorada na possibilidade de insegurança jurídica, ponto inclusive rebatido pelo Relator em seu voto.

Assim, para Nunes Marques, a decisão do STF no julgamento da Petição 3.388 - sendo esta, na sua visão, a solução que melhor conciliaria os interesses do país e os dos indígenas -, em que acolhe-se a teoria do marco temporal, deveria ser seguida. Isto pois, de acordo com o Ministro, esse parâmetro tem sido utilizado em diversos casos, e a revisão da jurisprudência ocasionaria insegurança jurídica e retorno à situação de conflito fundiário. Novamente, como aqui já exposto, o Relator evidenciou que tal conflito fundiário nunca cessou - ao contrário, encontra-se em situações alarmantes em nosso país.

Ainda, na avaliação do Min. Nunes Marques, a Constituição de 1988 reconheceu aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mas essa proteção constitucional depende do marco temporal. Isso pois, segundo ele, a posse tradicional não deve ser confundida com posse imemorial, sendo necessária a comprovação de que a área estava ocupada em 5 de outubro de 1988, ou que tenha sido objeto de renitente esbulho.²⁶

Evidencia-se, pois, diferentes posicionamentos dos Ministros até o momento do julgamento. Resta aguardar para saber se os demais irão defender a inconstitucionalidade da tese do marco temporal, como o Ministro Relator, ou irão defendê-la, contrariando os interesses dos mais de 300 povos indígenas que vivem no Brasil. Enquanto o julgamento acontecia, os povos originários realizaram a maior mobilização indígena pela luta de seus direitos.

5.2 A mobilização indígena diante do julgamento do 'Marco Temporal'

Espera-se que tenha restado evidente que os povos indígenas são os verdadeiros conquistadores de seus direitos, nesta configuração de Estado imposta a eles. Discussão

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Marco Temporal: para ministro Nunes Marques, data de promulgação da Constituição define ocupação tradicional. 15 set. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

importante, inclusive, refere-se ao pluralismo jurídico, que infelizmente não coube na presente monografia. De todo modo, diante de um modo de viver há séculos sendo forçado aos povos originários, estes seguem resistindo e lutando para que tenham espaço para exercer a sua existência.

Diante do julgamento do RE 1.017.0365, considerado o julgamento mais importante dos últimos tempos para os povos indígenas no Brasil, devido à tese do marco temporal, não foi diferente. Mais de 6 mil indígenas²⁷ foram à Brasília, realizando a maior mobilização dos povos originários desde a redemocratização. E mesmo aqueles que não foram à capital federal realizaram diversas mobilizações em seus territórios, cidades e estados em que vivem²⁸.

O intitulado Acampamento ‘Luta Pela Vida’ foi marcado para ocorrer entre os dias 22 e 28 de agosto de 2021, semana para a qual estava agendado o julgamento do Recurso Extraordinário aqui em questão. Devido ao prolongamento da decisão, este permaneceu montado - próximo à Praça dos Três Poderes - até o pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, em 15 de setembro do mesmo ano.

Sônia Guajajara, coordenadora executiva da APIB e recém eleita deputada federal pelo estado de São Paulo, fez uma declaração sobre a importância do acampamento:

“Essa é a maior mobilização indígena desde a redemocratização do Brasil porque são as nossas vidas e a vida da humanidade que está em jogo no STF. E ninguém vai calar as nossas vozes. Estamos aqui para reafirmar ao mundo que o Brasil é Terra Indígena e que os povos apoiam o Supremo Tribunal Federal para que a Constituição seja respeitada”.²⁹

Assim, ainda em meio à pandemia da Covid-19, os povos indígenas, inclusive considerados populações mais vulneráveis diante da situação de saúde pública, precisaram fazer uma escolha corajosa para se mobilizarem e pressionarem o Supremo Tribunal Federal na direção da defesa de seus direitos constitucionalmente garantidos. Quanto ao contexto pandêmico, a liderança indígena Dinamam Tuxá, coordenador da Apib, relatou:

²⁷ GUIMARÃES, João Paulo. Das aldeias ao mundo sem floresta: a caravana indígena a Brasília. **Agência Pública**. 25 ago. 2021. Disponível em: <<https://apublica.org/2021/08/das-aldeias-ao-mundo-sem-floresta-a-caravana-indigena-a-brasilia/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁸ Conselho Indigenista Missionário. Em todo o Brasil, povos indígenas mobilizam-se contra o marco temporal. 06 set. 2021. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2021/09/brasil-povos-indigenas-mobilizam-se-contramarco-temporal/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁹ CÉSAR, Caio. Maior mobilização indígena no País reúne mais de 6 mil manifestantes. **Carta Capital**. 25 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/justica/major-mobilizacao-indigena-no-pais-reune-mais-de-6-mil-manifestantes/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

“É importante destacar também, que nosso acampamento desenvolveu uma série de protocolos sanitários, dedicados a reforçar as normas existentes da OMS. Todos os indígenas que estão no acampamento devem ser vacinados, obrigatoriamente para poder acompanhar nosso acampamento. Nos sentimos obrigados a nos fazer presente em Brasília, neste cenário tão desolador que está sendo promovido tanto pelo Congresso Nacional, mas principalmente pelo Governo Federal no que tange o direito dos povos indígenas. Mediante a isso, nós mobilizamos nossas bases para estarem presentes nesse momento, no período de 22 à 28 de agosto, em Brasília, na luta pelos direitos dos povos indígenas, principalmente garantindo o nosso bem-viver e dos nossos territórios.”³⁰

Resta, pois, inequívoco o tamanho da importância da mobilização indígena realizada durante o início do julgamento do RE 1.017.365, e o tamanho da responsabilidade do Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre a chamada tese do marco temporal. Os povos originários escancaram a sua existência, não deixando espaço para aqueles que teimam em querer colocá-los no silêncio e na invisibilidade.

E não parou por aí. Os povos indígenas seguem pressionando para a retomada do julgamento mais relevante da história recente, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da referida tese e que, portanto, esta não seja reconhecida para fins de reconhecimento da ocupação tradicional de seus territórios. Luiz Henrique Eloy Terena, importante advogado da Apib, escreve:

O marco temporal é a maior ameaça aos povos indígenas na atualidade. Se aprovado, seus efeitos jurídicos serão capazes de inviabilizar a demarcação de centenas de terras indígenas. [...]

O território é a base física vital para os povos indígenas. Não é possível pensar na sobrevivência de povos sem território. Sem terra demarcada, a reprodução física e cultural dos povos está seriamente comprometida. Há um aspecto muito grave que deve ser levado em consideração que diz respeito ao registro de 114 grupos isolados e de recente contato presente no país. Estes estão seriamente ameaçados pois são povos que vivem de forma autônoma na floresta amazônica e estão localizados em terras ainda pendentes de regularização.

Portanto, não é exagero afirmar que o marco temporal, se aprovado, condenará povos inteiros ao extermínio físico e cultural, caracterizando nesta medida, a prática de genocídio.³¹

³⁰ Conselho Indigenista Missionário. Em seu segundo dia, o Acampamento Luta pela Vida teve sessões plenárias, cerimônia espiritual e intensa agenda internacional. 23 ago. 2021. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2021/08/em-seu-segundo-dia-o-acampamento-luta-pela-vida-teve-sessoes-plenarias-cerimonia-espiritual-e-intensa-agenda-internacional/>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

³¹ ELOY, Luiz Henrique. O futuro das Terras Indígenas em jogo. **Outras Palavras**. 16 mai. 2022. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/eloy-terena-o-futuro-das-terras-indigenas-em-jogo>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

CONCLUSÃO

A presente monografia pretendeu elucidar diversas questões que permeiam a discussão sobre a tese do marco temporal para a ocupação, para fins de demarcação de terras indígenas. Assim, a partir da contextualização das violências sofridas pelos povos indígenas no Brasil em diversos momentos da história do país, passando pelo histórico dos textos constitucionais, desde o período colonial, e chegando na Carta Magna de 1988, importante referencial para a conquista de direitos dos povos originários, quis restar demonstrada a falta de constitucionalidade da tese acima referida.

Dessa maneira, diante do fato de que os povos indígenas foram mortos e expulsos de seus territórios desde a chegada dos não indígenas no que hoje conhecemos como Brasil; diante do fato de que um novo modo de ser foi forçado às populações aqui existentes, diante de uma política assimilacionista e integracionista; diante do fato de que muitos povos indígenas tiveram que fugir de seus territórios, ou foram forçosamente removidos e realocados em locais em que não exerciam a ocupação tradicional da terra; diante do fato de que desde 1934 as Constituições Federais do Brasil reconhecem o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas; diante do fato de que a Constituição Federal de 1988 possui caráter emancipatório, e garantiu aos povos indígenas que vivem no Brasil o direito originário às suas terras, tal como de exercer seus próprios meios de vida, além das demais argumentações trazidas no presente trabalho, entende-se pela inconstitucionalidade da tese do marco temporal.

Há muito a existência dos povos indígenas tem sido silenciada e negada pelo Estado, e também pela própria sociedade civil. Esta se choca ao ver indígenas morando em cidades, indígenas advogados, enfermeiros, professores, indígenas dirigindo seus carros ou usando um iPhone. A cultura é dinâmica e está em constante transformação, algo que não deveria ser uma surpresa, uma vez que estamos nos atualizando a todo momento. Ao mesmo tempo, nem a sociedade civil e nem o Estado parecem preocupados em entender que as cosmologias de cada povo, mesmo as nossas, se diferem em pontos essenciais. Como referido anteriormente, no regime de historicidade ameríndio, ao indicar um passado, não se está deixando de falar do presente; e mesmo aceitar a noção da mudança como constituinte não a impede de gerar a sensação do exato oposto.

Fala-se, portanto, sem compreender. E o Estado, unidade que busca pacificar os conflitos e responsável, com sua própria agencialidade, pela garantia dos direitos estabelecidos pelo Legislador, age - também sem compreender.

Neste sentido, o julgamento do RE 1.017.365, e o entendimento pela garantia dos direitos do povo Xokleng ao seu território, tal como pelo afastamento da tese do marco temporal, faz-se fundamental para a história e para a vida dos povos originários no Brasil. Fundamental, também, é que a Suprema Corte tenha sua decisão com base na Carta Magna, não deixando esquecer o contexto histórico-político que marcou o período da Constituinte, assim como a própria história dos povos originários desde o contato forçado com não indígenas.

Parece que facilmente esquece-se que os povos indígenas já viviam em todo o território nacional, e que ao longo da história foi se repetindo a mesma trama de roubo de terras pelo interesse econômico. Não só, pelo interesse de uma classe que domina e que busca permanecer nos espaços de poder. Ignora-se que este agente Estado foi criado e imposto a uma população que se posicionava contra ele (CLASTRES, 2003).

E reforça-se esta concepção porque se acredita ser importante lembrar que as coisas não são simplesmente dadas, algo já exaustivamente consolidado nas ciências humanas. E nem, conseqüentemente, o Direito e as regras da maneira que as temos. Contudo, apesar de fundamental ter esta história de pano de fundo para as discussões acerca dos povos originários de nosso país, a fim de, inclusive, caminhar mais adiante na conquista por seus direitos, nem é exatamente isso que está em jogo, agora, com a tese do marco temporal.

Trata-se, pois, do correto entendimento acerca do constituinte de 1988, que buscou consolidar os direitos dos povos indígenas enquanto direitos fundamentais, possuindo estes o direito originário às suas terras, muito antes de 05 de outubro daquele ano. O direito originário antecede ao texto, à Constituição, preexiste em relação ao Estado. O direito, ali, estava sendo declarado.

Faz-se, então, necessário que estes sejam concretizados. Como enunciado, as demarcações das terras indígenas deveriam ser concluídas em 5 anos, segundo o art. 67 do ADCT. Trinta e quatro anos se passaram. Forjar os interesses econômicos da classe dominante pelos territórios dos povos indígenas, verdadeiros donos dessa terra, em cima de uma suposta pacificação de conflitos fundiários, que só faz crescer, só vai contra às disposições constitucionais. Parte da Suprema Corte já entendeu por este caminho, outra não. Resta aguardar pelos demais posicionamentos, esperando que estes reconheçam a inconstitucionalidade da referida tese, e decidam pela vida dos povos originários no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e o Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). STF e os direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1998.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Lei. Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.338 - RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico. 01 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição 3.338 - RR, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. Diário da Justiça Eletrônico. 04 fev. 2014.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Violações de direitos humanos dos povos indígenas / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2).

CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado - pesquisas de antropologia política / Pierre Clastres. - Trad.: Theo Santiago. Prefácio: Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania / Manuela Carneiro da Cunha. - 1ª ed. - São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. Políticas Culturais e Povos Indígenas. Uma Introdução. In: CARNEIRO DA CUNHA, M. M.; CESARINO, P de N. (Orgs.) *Políticas Culturais e Povos Indígenas*, 1ª ed. São paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

_____. Direito dos povos indígenas em disputa / Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Barbosa (Orgs.). - São Paulo: Editora Unesp, 2018.

_____. In: DIAS, Camila L.; Capiberibe, Artionka. Os índios na Constituição / organizadores Camila Loureiro Dias, Artionka Capiberibe. - Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

DUPRAT, Deborah. O Marco Temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: Direito dos povos indígenas em disputa / Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Barbosa (Orgs.). - São Paulo: Editora Unesp, 2018.

DUPRAT, Deborah. O Marco Temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. 2015.

_____. 2006. Demarcação de terras indígenas: o papel do Judiciário. In: RICARDO, B.; RICARDO, F. (ed.), Povos indígenas no Brasil: 2001-2005. São Paulo, Instituto Socioambiental, p. 172-175.

FJELDER, Jan; NADER, Carlos. Terra: organismo vivo. In: COHN, Sergio (Org.). Ailton Krenak. Rio de Janeiro: Azougue, 2015.

KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo / Ailton Krenak. - 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

_____. In: DIAS, Camila L.; Capiberibe, Artionka. Os índios na Constituição / organizadores Camila Loureiro Dias, Artionka Capiberibe. - Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

LABRUNA, Felipe. Elementos do pensamento decolonial no ordenamento jurídico latino-americano. / Felipe Labruna. - São Paulo: [s.n.], 2022.

LE GOFF, J. *História e Memória*. Campinas: Editora da Unicamp, 1990.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*. Campinas: Papirus, 1989 [1962].

LOLLI, Pedro Augusto. As redes de trocas rituais dos Yuhupdeh no igarapé Castanha, através dos benzimentos (mihdtd) e das flautas Jurupari (Ti'). 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade - O lado mais escuro da modernidade. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 32, nº 94. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - ANPOCS, 2017.

NAKASHIMA, Henry Albert Yukio. Silenciamentos e desvelamentos historiográficos sobre os Waimiri-Atroari e a FUNAI. Projeto História, São Paulo, v. 64, pp. 338-353, Jan.-Abr., 2019.

SANTANA, Carolina Ribeiro; CARDOSO, Thiago Mota. Direitos Territoriais Indígenas às sombras do passado. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.01, 2020.

SANTOS, Anderson de Souza; AMADO, Luiz Henrique Eloy; PASCA, Dan. “É muita terra pra pouco índio”? Ou muita terra na mão de poucos? Conflitos fundiários no Mato Grosso do Sul. Instituto Socioambiental, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARTORI JUNIOR, Dailor. Pensamento descolonial e direitos indígenas: uma crítica à tese do "Marco Temporal da ocupação" / Dailor Sartori Junior - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: Cunha, Manuela Carneiro da. Direito dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

_____. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VALENTE, Rubens. Os fuzis e as flechas: histórias de sangue e resistência indígena na ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

_____. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VIVEIROS DE CASTRO, E. B. O índio em devir. In: HERRERO, M.; FERNANDES, U. (Orgs.) *Baré: Povo do Rio*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma Sociologia Jurídica no Brasil: desde uma perspectiva crítica e descolonial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 04, nº 03. Niterói: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD, 2017.