

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DIEGO RAMOS DA SILVA

**TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
INDIGENATO: DA INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA
PERMANENCIA DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

**CURITIBA
2023**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DIEGO RAMOS DA SILVA

**TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
INDIGENATO: DA INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA
PERMANENCIA DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso da Graduação
em Direito da Universidade Federal do Paraná,
como exigência parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior


**CURITIBA
2023**

TERMO DE APROVAÇÃO

TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIGENATO: DA INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL
DA PERMANENCIA DA TESE DO MARCO TEMPORAL

DIEGO RAMOS DA SILVA


Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Documento assinado digitalmente
 VICENTE DE PAULA ATAÍDE JÚNIOR
Data: 13/12/2023 12:03:25-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Júnior
Orientador

Coorientador
Documento assinado digitalmente
 KATYA REGINA ISAGUIRRE TORRES
Data: 13/12/2023 13:06:25-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof^a. Dra. Katya Isaguirre
1º Membro

Documento assinado digitalmente
 ANGELA CASSIA COSTALDELLO
Data: 14/12/2023 19:14:29-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof^a. Dra. Ângela Costaldello
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grato a Deus por tudo. Posteriormente, gostaria de agradecer em especial minha mãe, Marili Mendes, por acreditar em mim e dar todo o suporte necessário para que eu pudesse concluir mais esse objetivo. Sou grato a todo o quadro docente da faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial ao Prof. Dr. Vicente Ataíde Junior por ter aceito minha solicitação de orientação no Trabalho Conclusão de Curso. Sou grato aos meus colegas de turma por todo o suporte nos trabalhos em equipe e estudos em grupo. Mas acima de tudo sou grato à minha pessoa por não desistir e continuar, mesmo nos piores momentos.

Todavia, não poderia deixar de agradecer à Universidade Federal do Paraná como um todo. Serei eternamente grato.

MUITO OBRIGADO, UFPR!!!

“Olhe fundo para a natureza, e então você entenderá tudo melhor”.

- Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa que busca embasar a decisão da Suprema Corte quanto à inaplicabilidade da tese do marco temporal. Busca-se defender a decisão a partir de uma perspectiva anti-histórica da aplicação da tese do marco temporal, bem como de uma análise da antijuridicidade, tendo em vista a inconstitucionalidade que carrega a tese. Diante disso, defende-se uma perspectiva do direito dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais a partir da aplicação da tese do indigenato, teoria que considera o direito sobre terras tradicionais indígenas como um direito originário aos povos, perspectiva esta que foi adotada na constituinte de 1988, considerado o texto legal do art. 231 da Constituição Federal. Ademais, pretende-se elaborar uma análise do RE-RG 1.017.365. Por fim, busca-se tratar da garantia dos direitos às terras tradicionais a partir de uma comparação analítica com o direito internacional e outros setores da sociedade.

Palavras-chave: Marco temporal; Terras tradicionais; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work is a research endeavor aimed at substantiating the Supreme Court's decision regarding the inapplicability of the temporal landmark thesis. The goal is to support the decision from an anti-historical perspective on the application of the temporal landmark thesis, along with an analysis of unlawfulness, considering the constitutional flaws inherent in the thesis. Consequently, an argument is put forth for the indigenous peoples' right to their traditional lands based on the application of the "indigenato" thesis. This theory views the right to indigenous traditional lands as an inherent right of the indigenous peoples, a perspective adopted in the 1988 Constituent Assembly, as reflected in Article 231 of the Federal Constitution. Additionally, an analysis of RE-RG 1.017.365 is intended. Lastly, an examination of securing rights to traditional lands is pursued through an analytical comparison with international law and other sectors of society.

Key words: Temporal landmark; Traditional lands; Unconstitutionality.

Lista de gráficos

Gráfico 1: População indígena no Brasil. Censo Demográfico de 2022	50
Gráfico 2 Avanço do garimpo em terras indígenas. Arte/g1	51
Gráfico 3 Área desmatada por garimpo em terras indígenas. INEP	52

Sumário

1. INTRODUÇÃO	1
1.1 PROBLEMA.....	7
1.2 OBJETIVOS.....	9
1.2.1 Objetivo Geral	9
1.2.2 Objetivos específicos.....	9
1.3 JUSTIFICATIVA.....	10
2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA	11
2.1 Da anti-historicidade da tese do Marco temporal	11
<i>2.1.1 Da perspectiva histórica assimilacionista de integração</i>	<i>12</i>
<i>2.1.2 Império e República: da continuidade da perspectiva assimilacionista</i>	<i>13</i>
<i>2.1.3 Do rompimento com a perspectiva de integração assimilacionista</i>	<i>16</i>
2.2 Da Antijuridicidade da Tese	19
<i>2.2.1 Da previsão constitucional e infraconstitucional.....</i>	<i>20</i>
<i>2.2.2 Da análise do Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031):.....</i>	<i>29</i>
<i>2.2.3 Da análise dos votos no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031)</i>	<i>30</i>
2.5 Direito Internacional e Comparado.....	36
<i>2.5.1 Aspectos Gerais.....</i>	<i>36</i>
<i>2.5.2 Constituição da Bolívia</i>	<i>38</i>
<i>2.5.3 Constituição da Colômbia.....</i>	<i>39</i>
2.6 Garimpo e tutela jurisdicional dos povos indígenas.....	40
<i>2.6.1 Aspectos gerais</i>	<i>41</i>
<i>2.6.2 Mineração em terras indígenas</i>	<i>41</i>
<i>2.6.3 Caso terra indígena Yanomami</i>	<i>42</i>
3 MATERIAL E MÉTODOS	44
4 RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	44
5. CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
ANEXO.....	50

1. INTRODUÇÃO

A demarcação de terras indígenas é uma questão muito presente no ordenamento jurídico, seja constitucional ou infraconstitucional. Todavia, embora essa questão tenha sido observada em todas as Constituições Federais pós 1934, nem sempre fora vista de maneira completa e efetiva para a defesa de terras indígenas. Atualmente essa questão se tornou ainda mais imprescindível à discussão, tendo em vista a observação da tese do “marco temporal”, a qual teve grande repercussão após a decisão do julgamento do caso da terra indígena Raposa Serra do Sol. Todavia, é uma tese que paira no ordenamento com um respaldo de críticas e dissenso doutrinário quanto sua aplicação, principalmente por aqueles que defendem a posse de terras indígenas tradicionais, sem o elemento temporal.¹ Essa questão torna-se ainda mais pertinente devido ao Recurso Extraordinário com status de repercussão geral (RE-RG 1.017.365), no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou, após 11 sessões desde 2021, por 9 votos a 2, no dia 21 de agosto de 2023, a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Portanto, o Plenário decidiu que a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) não pode ser utilizada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. O julgamento começou em agosto de 2021 e é um dos maiores da história do STF.

Especificamente, o caso se trata de um pedido de reintegração de posse impellido pelo Instituto do Meio a Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng, que envolve uma área reivindicada como parte de seu território tradicional. A terra em disputa, a qual vivem também indígenas dos povos Guarani e Kaingang, é parte do território Ibirama-Laklanõ, que foi reduzido ao longo do século XX. Os indígenas que ali vivem, nunca deixaram de reivindicar a área, que foi identificada pela análise de antropológicos da Funai e declarada pelo Ministério da Justiça como parte da sua terra tradicional.

¹ Nesse ponto, cabe menção à fala do Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, na condição de amicus curie, durante o julgamento do RE-RG 1.017.365: “O marco temporal não é uma discussão recente, ela não nasceu ontem e muito menos no julgamento de Raposa Serra do Sol. Ela esteve presente sempre no processo civilizatório civil brasileiro e esteve presente no processo constituinte, na Assembleia Constituinte, aí se discutiu também um outro nome bem verdade, mas aí se discutiu a temporalidade dos direitos indígenas”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3NMQ4291GZ0&t=2442s>. Acessado: 02/12/2023.

O que está em questão na decisão é o reconhecimento ou a negação do direito mais basilar dos povos indígenas, o direito fundamental à terra. De modo geral, há duas teses principais que se divergem atualmente. Por um lado, tem-se a denominada “teoria do indigenato”, uma tradição legislativa cuja existência se dá desde o período colonial, tal tese reconhece o direito dos povos indígenas sobre suas terras como um direito originário. A Constituição Federal de 1988 segue essa tradição e reconhece aos indígenas, conforme seu art. 231. “[...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”. Por sua vez, há também a tese cuja proposta é mais restritiva, a qual delimita os direitos dos povos indígenas às suas terras ao determinar a data de promulgação da Constituição de 1988 como base para reivindicação dos povos indígenas no que tange à demarcação de terras, o chamado “marco temporal”, estabelecido em 2009, no julgamento do caso da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Mas afinal, em que a possível permanência e constância da adoção dessa tese mais restritiva implica aos povos indígenas e seus respectivos direitos às terras tradicionais?! Primeiramente, trata-se de uma tese anti-histórica. Também é uma tese que corrobora para a estagnação do processo jurídico brasileiro em se tratando de lides possessórias de terras indígenas, assim como favorece a prática do esbulho em terras tradicionais ocupadas por indígenas, favorecendo o descaso humanitário quanto à tutela dos povos indígenas pelo Estado. Exemplo recente é crise humanitária na terra Indígena Yanomami, que será posteriormente tratada.

Portanto, essa decisão tomada pelo STF é uma singular oportunidade de impugnar o processo violento de colonização (que continua em curso, mesmo que de forma indireta)², atualizando a perspectiva jurídica nesse quesito para um viés mais democrático, reafirmando o nosso papel de proteção da nossa biodiversidade, papel esse que atualmente se mostra fragilizado, que ficou nítido na pressão política ao governo brasileiro nas últimas “Cúpulas do Clima”.

Os debates na sociedade brasileira quanto à demarcação de “terras indígenas”

² Nessa perspectiva, alude o Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho: “*Há séculos os indígenas brasileiros têm sido expropriados de seus direitos, de suas terras, por pessoas que de uma forma ou de outra tentam apossar-se de suas riquezas. Essa violência continua contemporaneamente com o envolvimento de vários interesses concorrentes. Entre eles podemos citar empresas e garimpeiros que desejam explorar os recursos naturais da terra, proprietários rurais que, ilegalmente ou de boa-fé adquiriram títulos de terras indígenas, empresas madeireiras, enfim vários grupos que têm interesses escusos e fortes influências econômica e política sobre os interesses indígenas*”. (MARÉS; PACHECO. p.2).

têm sido calorosos, como supramencionado, há aqueles que se posicionam terminantemente contra este ato por julgarem que ele representa um atentado ao direito de propriedade, além de atrapalhar a implantação dos ideais liberais e desenvolvimentistas. Por sua vez, os povos indígenas e seus apoiadores, exigem a efetivação plena dos direitos territoriais indígenas que lhes foram resguardados pelo artigo 231 da Constituição Federal brasileira de 1988.

Antes de tudo é imprescindível estabelecer o conceito de “terras indígenas”, termo o qual, segundo Carneiro da Cunha (1993), em tese, trata-se de um conceito jurídico do ordenamento brasileiro que tem sua origem na definição de direitos territoriais indígenas. Tais direitos foram reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais, logo, são direitos constructos ao longo da história. Contemporaneamente, no que tange ao reconhecimento constitucional, os direitos territoriais indígenas estão amparados no art. 231 da Constituição Federal de 1988. No entanto, essa não foi a primeira Constituição em que o tema foi observado. Desde a Constituição Federal de 1934, assim como as que a sucederam, fora resguardado constitucionalmente os direitos territoriais aos indígenas, até mesmo aquelas impostas em regimes totalitário-ditatoriais.³

Até mesmo antes da independência era garantido prerrogativas quanto aos direitos territoriais indígenas. No século XVII, por meio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, a coroa portuguesa garantia aos indígenas alguns direitos com relação às terras que ocupavam. Como foi mencionado, a nível constitucional, desde 1934 os direitos territoriais indígenas são de alguma forma assegurados. Todavia, nenhuma alusão anterior é comparável à da Constituição de 1988, a qual é considerada um rompimento com a perspectiva indigenista anterior.

No entanto, embora já houvesse a observação do direito à terra pelos povos indígenas, conforme será melhor trabalhado posteriormente, cabe aqui, já de

³ Nesse quesito cabe uma ressalva, segundo o Prof. Dr. Carlos Marés, o Estatuto do Índio foi concebido durante um período em que o país estava sob o controle de um regime autoritário altamente centralizado. Nesse contexto, era essencial para o governo demonstrar à opinião pública internacional sua preocupação com os povos indígenas, apresentando uma política indigenista alinhada com os padrões internacionais vigentes na época. Em conformidade com essa abordagem, o Estatuto do Índio foi divulgado em edições de luxo publicadas em inglês e francês. Curiosamente, no entanto, nunca foi traduzido para qualquer uma das línguas indígenas faladas no país. Vê-se portanto, uma política indigenista “*pra inglês ver*”. (MARÉS; PACHECO.p.8).

antemão, uma ressalva observada pelo autores Frederico Marés e Rosely Pacheco, que essas leis não foram aplicadas de fato:

Na realidade os direitos indígenas, embora amparados por legislações que vem desde os tempos coloniais, jamais foram aplicados de fato. No desenvolvimento do processo de ocupação e colonização do Brasil, as sociedades indígenas foram desconsideradas. Os indígenas foram desalojados de suas terras primeiramente aos olhos do SPI (Serviço de Proteção ao Índio) e posteriormente da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), e estabelecidos em reservas, aleatoriamente, causando vários problemas que até hoje estão refletidos em seu cotidiano. (MARÉS; PACHECO, p.4)

Por sua vez, o texto constitucional vigente, ao tratar de terras de ocupação tradicional, não se limita àquelas necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, mas houve uma ampliação desse conceito, compreendendo que as terras habitadas pelos indígenas são também todas aquelas importantes e imprescindíveis à reprodução cultural e social desses povos.⁴

Atualmente, a demarcação de terras indígenas é regida pelo já citado art. 231 da Constituição Federal de 1988 e pela Lei 6.001 de 1973, embora anterior à Constituição, segue vigente no que não se antepõe ao texto fundamental, e é regulamentada pelo Decreto 1.775/1996. De acordo com tal decreto, a iniciativa para a demarcação de terras indígenas é do órgão federal de assistência ao índio, no caso a FUNAI.

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu limite temporal para o início da ocupação tradicional. O tempo de ocupação necessário para caracterizar a ocupação permanente deve levar em conta os fatores históricos. Conforme pontua Wagner Gonçalves (1994), a exigência da habitação permanente visa garantir a posse permanente. Com respaldo na doutrina de José Afonso da Silva, Wagner Gonçalves (1994, p. 83) afirma que a ocupação permanente: *“Não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre,*

⁴ Nesse ponto, cabe menção novamente à fala do Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, na condição de amicus curie, durante o julgamento do RE-RG 1.017.365: *“Ocupam tradicionalmente significa que habitam, usam para atividades produtivas, para manutenção das condições ambientais necessárias ao bem-estar e necessárias à sua reprodução física e cultural. Esse é o conceito de terra indígena, ou seja, a terra depende do ser, os povos indígenas precisam para existir de uma terra com essas características que a Constituição prevê. Não há marco temporal. A terra que a Constituição prevê é a terra com seus quatro elementos fundamentais, e não com o tempo”*. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3NMQ4291GZ0&t=2442s>>. Acessado em 02/12/2023.

ao seu habitat".

Segundo Érika Yamada e Luiz Villares (2010), a questão do tempo de ocupação de determinada área por indígenas ganhou grande importância no atual processo de demarcação de terras indígenas, considerando o julgamento da Petição RR nº 3.388, ocorrido em 2009, que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima pela Corte constitucional brasileira, apresentou dezenove condições para a demarcação daquela terra indígena e estabeleceu o chamado marco temporal de ocupação coincidindo com a data de promulgação da Constituição de 1988. Essa questão do marco temporal e a vedação da ampliação de terras indígenas já demarcadas, criou elementos subjetivos que podem inviabilizar a concretização da demarcação de terras indígenas no país.

Ademais, a tese do marco temporal se trata da exigência de que a terra a ser demarcada estivesse sendo ocupada pelos indígenas até ou durante o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição vigente. Na prática, substitui a "tese do indigenato", que considera o direito indígena às terras de ocupação tradicional como sendo um direito "congênito" e "originário", ou seja, antecedente ao próprio Direito.

De acordo com Rebeca Ferreira (2018), a terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas é um direito anterior à própria lei. Refere-se ao termo já mencionado do "indigenato", conceito doutrinário por João Mendes Junior em 1912, que consiste no argumento de que os títulos dos indígenas sobre suas terras não necessitariam de revalidação, considerando que são congênitos.

Quanto ao julgamento do caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, realizado pelo STF em 2009 na apreciação da Petição n. 3.388. Segundo Rebeca Ferreira (2018), é nessa conjuntura presente de violações ao direito conquistado e no contexto da evolução do direito indígena que devem ser analisadas as condicionantes advindas desse caso paradigmático, com norte à impugnação da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima, aos povos Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapichana. No julgamento em questão, a Suprema Corte decidiu pela legalidade do processo demarcatório, estabeleceu o chamado "Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas". O acórdão foi publicado em setembro de 2009, estabelecendo 19 condicionantes, sendo uma delas a do marco temporal, embora não aplicada no caso. Todavia, ainda assim criou um enorme temor nos

indígenas. Tendo em vista que tal tese ficou de alguma maneira ali pairando, e os advogados dos fazendeiros passaram a fazer uma pressão bastante grande para que sua aplicação se dessa forma ampla em relação às demais terras indígenas do país.

Uma problemática intermediária seria quanto à constitucionalidade da tese do marco temporal, visto que, conforme já mencionado, a Constituição de 1988 reconheceu direitos originários indígenas anteriores ao próprio Estado (art. 231, CF), poderíamos afirmar que uma tese contrária a essa previsão fundamental seria inconstitucional?! Uma tese que procede no campo da relativização desses direitos, os quais já foram reconhecidos em sua plenitude, visto que quando a Constituição observou esse direito sobre os territórios tradicionais indígenas, não pautou restrição temporal.⁵

Quanto ao Recurso Extraordinário em análise, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual questiona a demarcação da Terra Indígena Ibirama Laklaño, do povo Xokleng, no Alto Vale do Itajaí (SC), Recurso Extraordinário que goza de repercussão geral (RE-RG) 1.017.365, ou seja, fora concedido o status de repercussão geral ao julgamento, logo, a decisão que foi tomada pelos ministros do STF servirá para fixar uma tese de referência a todos os casos envolvendo terras indígenas, em todas as instâncias do judiciário.

No recurso ao STF, o apelante, governo catarinense, reclamou à tese do “marco temporal” para questionar a ocupação Xokleng. Pelo reconhecimento de tal tese, defendida pelos ruralistas, como já fora pautado, os indígenas só poderiam reivindicar terras que já ocupavam em 5 de outubro de 1988. Junto à resolução do mérito, que discutiu a demarcação de terras indígenas no Brasil, a Corte Suprema discutiu se mantém a medida cautelar deferida pelo ministro Edson Fachin, a qual interrompeu os efeitos do Parecer 001/2017 da AGU, instrumento usado para institucionalizar a tese do marco temporal como norma no âmbito dos procedimentos administrativos de demarcação.

⁵ Corroborando com esse ponto, novamente se socorre à fala do Prof. Dr. Carlos Marés, na condição de *amicus curie*, no pleno do julgamento do RE em análise, em que o autor defende que a formulação da Constituição, no que diz respeito às terras tradicionais indígenas, não é por tempo, tendo em vista que o tempo era de uma outra proposta anterior à proposta da constituinte de 1988. O tempo nessa antiga proposta era da posse imemorial. Segundo Marés, não há tempo na Constituição, não há tempo nem de posse de ocupação, o que há é um conceito de ocupação, um conceito de ocupação tradicional e para o tempo do verbo ocupam há o adjetivo “tradicionais”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3NMQ4291GZ0&t=2442s>>. Acessado em 02/12/2023.

Conforme decidido pela Suprema Corte, ou seja, pela não aplicação da tese do marco temporal, o fato de a comunidade não estar fisicamente no território na data da promulgação da Constituição da República, 08 de outubro de 1988, não impede a demarcação do território, como faria supor a tese do marco temporal. E o fato de o julgamento conter o status repercussão geral, o torna ainda mais necessário à questão do direito à terra indígena. Portanto, busca-se fundamentar a decisão do STF, demonstrando que está em total conformidade com a Constituição Federal.

1.1 PROBLEMA

Pretece-se na presente pesquisa discutir o porquê da tese do marco temporal é avesso frente à garantia constitucional do direito indígena no que tange à demarcação de terras, não só pautando o fator de anti-historicidade, mas concomitantemente ao critério antijurídico. Assim compreendem Yamada e Villares (2010), segundo os quais, a fixação deste marco temporal é classificada como um ato anti-histórico. De acordo com os autores, essa tese é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Tendo em vista que ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988, a concede um caráter divino. Por sua vez, torna irrelevante o valor de dispositivos jurídicos históricos que observaram e observam o direito dos povos indígenas sobre suas terras, desconsidera toda a historicidade e a carga de tradicionalidade destes dispositivos

É, portanto, uma tese que desconsidera todo o processo histórico indigenista brasileiros ocorrido ao longo de cinco séculos de colonização por meio dos quais vários grupos indígenas foram expulsos de suas terras de ocupação tradicional.⁶

⁶ Cita-se, a título de exemplo, dois casos apresentados pelo autor José Afonso da Silva (2016): “Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para fazendeiros. Nos anos 40 as pressões dos fazendeiros que começaram a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência dos índios no local. Pesquisa e relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) comprovam que a política de expulsão dos índios de suas terras executada pelo Estado brasileiro no período de 1946-1988 pode ser exemplificada inicialmente por meio do que ocorreu no Mato Grosso do Sul e no oeste d Paraná com os índios Guarani-Kaiowá e Ava-Guarani. Narra o relatório que os índios Guarani-Kaiowá foram jogados à força em caminhões, sendo suas casas queimada e realocados à força numa área diminuta demarcada pelo Serviço de Proteção dos índios (SPI). Documentos do SPI (1946-1947) mostram que os Kaiowá da região de Dourados e Rio Brilhante comunicaram-se reiteradamente com o SPI para pedir auxílios diante do avanço dos colonos, sem obter sucesso. Nos anos e 1950, aos indígenas Kaiowá restaram 7 (sete) lotes da Colônia Agrícola Nacional de Dourados (CAND), nos quais eles resistiram pelas décadas seguintes”. (SILVA, 2016. p. 6-7).

Desprezando, assim, todas as circunstâncias históricas em que os povos indígenas foram legalmente rotulados e as formas pelas quais a cultura hegemônica restringiu-lhes a autonomia, impondo-lhes métodos violentos de integração. Aliado a isso, ignora o possível processo que culminara na constituição de novas comunidades indígenas, embora isso seja cada vez mais raro, dada a organização fundiária brasileira. Ainda, a tese do marco temporal impacta nas demarcações de terras indígenas que ainda estão por serem feitas, principalmente em comunidades indígenas que foram retiradas de suas terras tradicionais antes da promulgação da Constituição de 1988.

Assim seguem as perspectivas de autoridades desse âmbito: em artigo publicado pela deputada federal Joenia Wapichana (Rede-RR), coordenadora executiva da Articulação dos Povos Indígenas no Brasil (Apib) e Ana Patté, integrante da articulação e do povo Xokleng, enfatiza que a aplicação da tese do marco temporal mascara o violento processo histórico de ocupação do Brasil:

Nenhum povo indígena existente deixou sua terra ancestral por vontade própria. Os primeiros conflitos envolvendo os Xokleng e portugueses datam de 1777, a violência contra eles aumentou com a chegada, no sul do país, de novos europeus, imigrantes alemães que vieram incentivados pelo imperador Pedro II, e se estende até o momento atual. Os Xokleng foram sendo paulatinamente expulsos do território que ocupavam e viram sua população encolher tragicamente, dizimada por doenças que vinham de fora e pela força bruta. E contra isso eles apelaram à mais alta Corte do país”. WAPICHAMA, Joenia. In: “Somos todos Xokleng pelo meio ambiente e contra o marco temporal”. (WAPICHAMA, 2021).

Portanto, essa decisão tomada pelo STF, não deixa de ser uma forma de amenizar os erros do passado histórico. Também é uma maneira de “desentupir” o judiciário das lides possessórias de terras tradicionais indígenas. Nesse sentido, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) avalia que a decisão do STF em tornar improcedente a aplicação da tese do marco temporal, abriu o caminho para a solução de centenas de conflitos em todo o país. Consequentemente, dezenas de processos judiciais poderão ser rapidamente resolvidos. Tendo em vista que as inúmeras terras indígenas que estão estagnadas em alguma etapa do processo de demarcação já não têm, a princípio, nenhum empecilho para que seus processos administrativos fossem concluídos. Logo, ao reafirmar o caráter originário dos direitos indígenas e, portanto, desconsiderar a aplicação da tese do marco temporal, centenas de conflitos processuais em todo o país terão o caminho aberto para sua resolução, assim inúmeros processos judiciais poderão ser imediatamente resolvidos.

A permanência da tese do marco temporal seria uma forma de viabilizar as violações contra os povos originários, o que possibilitaria uma enxurrada de decisões anulando demarcações de terras indígenas. Portanto, legalizando o esbulho e as violações ocorridas no passado contra os povos indígenas originários.

Nesse sentido, a questão fundamental é defender a posição da Corte Suprema quanto a não aplicação da tese do marco temporal.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo Geral

Desenvolver um estudo histórico e analítico da questão de demarcação de terras indígenas, enfatizando a ideia da tese do marco temporal. Trazer à tona o julgamento do RE-RG 1.017.365 pelo STF, os votos, bem como das consequências que a decisão incide sobre o direito dos indígenas.

1.2.2 Objetivos específicos

O presente projeto tem como objetivo a análise histórica e jurídica do direito à terra indígena, como as Constituições e demais dispositivos jurídicos asseguraram e observaram este direito ao longo da história; analisar os elementos para a demarcação das terras indígenas, bem como da análise da tese do marco temporal; ademais, demonstrar que a tese do marco temporal rompe com a tese do indigenato, prevista constitucionalmente, a qual afirma que os indígenas possuem suas terras de maneira originária; trazer à tona a decisão do julgamento do RE-RG 1.017.365 pelo STF, o qual determinou a não continuidade da tese do marco temporal, analisar em que sentido essa decisão está em conformidade ao ordenamento jurídico, principalmente com respaldo no art. 231 da CF, a qual prevê essa garantia de forma originária; por fim, uma análise do direito internacional dessa questão, bem como da correlação com outras áreas.

De modo geral, buscar-se-á através de pesquisas bibliográficas doutrinária e legal sobre o tema; coletar-se-á dados nas diversas referências informações sobre demarcações de terras indígenas; analisar a perspectiva do indígena frente à aplicação da tese do marco temporal, principalmente mediante posições de

autoridades. Dessa maneira, a pesquisa irá examinar o processo histórico de aumento do grau de inalienabilidade, considerando a referência no decorrer histórico constitucional e infraconstitucional ao longo do tempo, verificando a fragilidade desse grau de inalienabilidade com a adoção da tese do marco temporal. Analisar-se-á o julgamento do RE-RG 1.017.365), sob uma perspectiva de fornecer respaldo à decisão, considerando o caráter anti-histórico e antijurídico da aplicação da tese do marco temporal.

1.3 JUSTIFICATIVA

A presente pesquisa tem como escopo obter fundamentação idônea para defender a perspectiva referente à decisão que o Supremo Tribunal Federal assentou a respeito do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.017.365. Com a finalidade de respaldar a decisão tomada de dirimir a aplicação da tese do marco temporal em demarcação de terras tradicionais indígenas. Bem como para refutar projetos que venham no sentido de que a tese do marco temporal é legítima. Portanto, servirá como um recurso argumentativo do porquê da inaplicabilidade da tese do marco temporal na demarcação de terras indígenas tradicionais.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 Da anti-historicidade da tese do Marco temporal

Segundo Heloísa Pagliaro, Marta Maria Azevedo e Ricardo Ventura Santos (2005), não é necessário muita elucidação para identificar o genocídio enfrentado pelas populações indígenas no Brasil. É impossível determinar com exatidão o número de indígenas que viviam nessas terras em 1500, quando os portugueses chegaram. Na verdade, existe uma considerável controvérsia a esse respeito, e as estimativas divergem amplamente, variando de 800 mil a 5 milhões, dependendo do autor e dos critérios adotados.

Todavia, após pouco mais de meio milênio, conforme evidenciado pelo Censo Demográfico de 2022 do IBGE, o Brasil tem quase 1,7 milhão de indígenas, o que representava 0,83% da população total do país, distribuída no território nacional conforme demonstra o anexo I.

Embora não seja possível precisar com exatidão, é notório a queda da população indígena em termos proporcionais à população geral desde o século XVI. Houve, nesse sentido, uma extinção prolongada. Desde os primeiros encontros com os europeus, os povos originários enfrentaram uma variedade de violências. Nas palavras de Darcy Ribeiro (2006, p.42): *“Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização”*. Nesse sentido, cita-se um trecho da obra do Prof. Dr. Carlos Marés e Prof.^a Dr.^a Rosely Pacheco:

Há séculos os indígenas brasileiros têm sido expropriados de seus direitos, de suas terras, por pessoas que de uma forma ou de outra tentam apossar-se de suas riquezas. Essa violência continua contemporaneamente com o envolvimento de vários interesses concorrentes. Entre eles podemos citar empresas e garimpeiros que desejam explorar os recursos naturais da terra, proprietários rurais que, ilegalmente ou de boa-fé adquiriram títulos de terras indígenas, empresas madeireiras, enfim vários grupos que têm interesses escusos e fortes influências econômicas e política sobre os interesses indígenas. (MARÉS; PACHECO. p.2)

Logo, mesmo após os anos de sujeição, ao longo de todos esses séculos até os dias atuais, as comunidades indígenas continuam enfrentando violações de seus direitos fundamentais, sendo a expropriação de suas terras o elemento central dessa tragédia.

A questão nuclear tratada no presente trabalho terá de ser analisada a partir de uma definição da natureza jurídica constitucional dos direitos dos índios, no entanto, previamente, torna-se imprescindível uma análise histórica sobre sua evolução.

2.1.1 Da perspectiva histórica assimilacionista de integração

Desde o período colonial até os dias atuais, de maneira mais ou menos eficaz, buscou-se preservar os interesses dos povos indígenas através de diversos decretos e leis, com o objetivo de impedir a exploração de seus recursos e territórios. Todavia, conforme já mencionado, com base na doutrina do autor Carlos Frederico Marés, essas garantias previstas nesses dispositivos muitas vezes não eram, de fato, efetivadas, ficando muitas vezes somente no plano teórico de observância.

Segundo Marés (2013), ao longo de todo o período colonial, a legislação indigenista possuía um cerne fundamentado nas estratégias políticas para integrar os indivíduos indígenas que optassem pelo estilo de vida denominado "civilizado". Essa integração ocorria por meio de casamento, catequese ou incorporação como trabalhador livre. Vale ressaltar, de acordo com Marés, que os parâmetros do conceito de trabalhador livre na época eram amplos, permitindo a escravidão e a servidão por dívida.

Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios, especialmente sobre terras por eles tradicionalmente ocupadas, qual seja a Carta Régia de 30 de setembro de 1611. Posteriormente adveio o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, o qual reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, confirmado pela lei de 6 de junho de 1775, a qual determinou que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, primários e naturais senhores das terras ocupadas.

Trata-se de um direito originário, anterior e precedente a qualquer outro, devendo ser observado e garantido por parte do Estado. Cita-se, neste ponto, um trecho do Alvará Régio de 1680:

E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha de presente melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejam senhores de suas fazendas como o são no Certão sem lhe poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão logares convenientes para nelles

lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos Índios primarios e naturaes Senhores dellas.

Contudo, é crucial ressaltar novamente que essas medidas nunca se mostraram eficazes nem pragmaticamente viáveis. Permaneceram apenas como propostas teóricas, visto que não havia a vontade política na Metrópole para implementá-las. Embora o supracitado Alvará Régio de 1º de abril de 1680 seja frequentemente destacado como o marco inicial do direito indígena no Brasil, é importante se ater prudentemente quanto essa afirmação, visto que tal decreto tinha validade para os índios do Pará e Maranhão. Somente mais tarde, por meio de outro Alvará Régio em 1755, passou a abranger todo o território brasileiro. Contudo, assim que a família real portuguesa chegou ao Brasil em 1808, fugindo das hostilidades napoleônicas, D. João VI o tornou letra morta, introduzindo o princípio da "guerra justa". Isso permitia a escravização dos índios em conflito com os colonos, resultando na expropriação de suas terras, remoção de seu ambiente natural e anulação de qualquer progresso em direção a um incipiente direito indígena.

Embora seja de efetivação questionável, Beatriz Perrone (1998), ao examinar a legislação indigenista durante o período colonial, identifica diversos documentos legais que, de alguma maneira, abordavam esse direito crucial para a sobrevivência dos povos indígenas, vejamos:

As terras das aldeias são garantidas aos índios desde o início. A expressão "senhores das terras das aldeias, como o são na serra", declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/7/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611. Várias Provisões tratam da demarcação (presente desde o Alvará de 26/7/1596) e garantia de posse dessas terras (p. ex.: Provisão de 8/7/1604, Carta Régia de 17/1/1691, Diretório de 1757, pars. 19, 80). (PERRONE, 1998. p.119).

Portanto, embora de efetivação questionável, percebe-se que já na época do Brasil colônia havia uma considerável preocupação em assegurar o direito dos povos indígenas.

2.1.2 Império e República: da continuidade da perspectiva assimilacionista

Posteriormente, os indígenas foram categorizados como "órfãos" e colocados sob a tutela da nação pela Lei de 27 de outubro de 1831, que estabeleceu sistemas

de diretórios nas aldeias. Essa legislação determinava a revogação das cartas régias que ordenavam a guerra e a sujeição dos indígenas. Assim, este foi o primeiro ato imperial significativo a favor dos indígenas, que passaram a ser considerados tutelados pelo Estado brasileiro. A legislação indigenista do século XIX, especialmente até 1845, no entanto, é fluida, específica e, como era de se esperar, em grande parte subsidiária a uma política de terras.

Com a revogação, em 1798, do Diretório Pombalino, estabelecido na década de 1750, criou-se um “vácuo” que não seria preenchido. O Decreto nº. 426, de 24 de julho de 1845, regulamentou as missões de catequese e civilização dos indígenas, buscando estabelecer diretrizes mais administrativas do que políticas para o governo das comunidades indígenas aldeadas. Este decreto, conhecido como o Regulamento das Missões, representa o único documento indigenista geral do Império. Por meio dele, prolongou-se o sistema de aldeamentos, claramente visando à transição para a completa assimilação dos indígenas.⁷ A partir desse ponto, estabeleceu-se a dicotomia entre “indígenas catequizados e civilizados” e “indígenas selvagens”. Os indígenas colonizados eram os aldeados, já influenciados pela catequese e próximos à civilização, enquanto os selvagens eram representados por indígenas ainda não catequizados e não civilizados, que viviam de forma errante, nômade, perambulando pelo território nacional, para os quais deveriam ser designadas reservas provenientes de terras devolutas. Essa diferenciação tornou-se explícita na Lei de Terras, nº. 601, de 18 de setembro de 1850, e em seu respectivo regulamento, o Decreto nº. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, cujo art. 75, assim dizia:

[...] as terras reservadas para colonização de indigenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas.

Em termos constitucionais, segundo Marés (2013), as Constituições brasileiras

⁷ Reforçando esse caráter assimilacionista de integração na legislação anterior à Constituição de 1988, fundamenta o Prof. Marés: “*Para os povos indígenas a palavra passou a se integração que revela a provisoriade da condição de povo diferenciado. Embora farta, toda a legislação indigenista brasileira, desde o descobrimento até a Constituição de 1988, é voltada para a integração, retratada ao modo da época em que foi escrita: “... Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce” (1808); “... despertar-lhes o desejo do trato social” (1845); “... até a sua incorporação à sociedade civilizada” (1928); “... incorporação à comunhão nacional” (1934, 1946, 1967, 1969);... “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (1973). A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar*”. (MARÉS, 2013. p.14).

promulgadas em 1934, 1946, 1967 e 1969 incluíram referências aos indígenas, frequentemente os denominando como "silvícolas". Com exceção da Constituição de 1937, todas as outras estabelecem a competência da União para legislar sobre a "incorporação dos silvícolas à comunhão nacional". Tais Constituições garantiam aos indígenas a posse das terras em que estão "permanentemente localizados", geralmente com a condicionalidade de não transferência das terras.

Seguindo os apontamentos supracitados de Carlos Marés e com base na doutrina de José Afonso da Silva (2016), a Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, em seu art. 129 observando: "*Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhe, no entanto, vedado aliená-las*". Perspectiva esta que, segundo Silva (2016), foi continuada nas demais Constituições. Ademais, foi através da Constituição de 1934 que se corrigiu a omissão da Magna Carta de 1891, reconhecendo a posse da terra pelos indígenas. No entanto, somente na década de 1940 que pesquisadores começaram a dedicar atenção à causa, destacando não apenas o genocídio e a opressão enfrentados por esses povos, mas também enfatizando a riqueza e as particularidades culturais dos indígenas.

É evidente, portanto, que o marco constitucional inicial desse instituto remonta a 1934, sendo replicado nas constituições subsequentes, incluindo a atual. Portanto, a Constituição de 1988 não pode ser vista como o ponto de partida do reconhecimento do direito às terras indígenas, quer sob uma perspectiva legal ou constitucional, conforme argumentado por José Afonso da Silva (2006):

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

[...]

É que, conforme ele mostra, o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem".(SILVA, 2006. p. 857–859).

Em 1967, cria-se a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), autarquia vinculada

ao Ministério da Justiça e mantida até os dias atuais, em substituição à outra autarquia, denominada de Serviço de Proteção ao Índio, criada em 1910 e gerida por Marechal Cândido Rondon, que defendia a autonomia dos povos indígenas.

Com a Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, mantém-se a ideia de que o indígena é parcialmente capaz e que necessita da tutela do Estado e tem como escopo maior a integração dos indígenas à sociedade brasileira.⁸ Conforme dispõe o respectivo art. 2º, IX, do dispositivo, estabelece de maneira explícita o compromisso de "*assegurar aos índios e às comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que ocupam*". Da mesma forma, o art. 25 reforça que o "*reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal, prescinde de sua demarcação*", deixando claro que o direito das comunidades indígenas às suas terras é inato e originário, necessitando apenas de declaração, não de constituição, por parte do Estado. Segundo o dispositivo supracitado, as delimitações das terras deveriam ser consideradas apenas a moradia e as áreas associadas as atividades agrícolas de subsistência, não levando em consideração qualquer outra atividade a qual era imprescindível extensões mais amplas, como por exemplo, caça, coleta, pesca e cultural.

2.1.3 Do rompimento com a perspectiva de integração assimilacionista

Com o advento da Constituição de 1988, em que o movimento indigenista estava se fortalecendo e ganhando o apoio de alguns setores da sociedade civil, é que foi possível incluir o princípio da diversidade cultural. Abandonando-se a tese da incorporação dos índios à comunhão nacional, até porque reconhece sua própria organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.⁹

⁸ Trata-se de um documento que elucida que muitos dos dispositivos que tutelam juridicamente os povos indígenas foram criados devido às situações de violência, em que o Estado se vê pressionado a tomar alguma medida, mesmo que apenas no plano teórico. Nesse sentido, segundo Marés: "*Merece destaque que, no Brasil, a partir da década de 1970, os massacres e graves conflitos pela posse da terra tornaram-se cada vez mais emergentes, em decorrência dessa política, os índios foram os que mais sentiram. Assim, em decorrência de denúncias sobre a trágica situação vivida pelos povos indígenas mais uma vez o governo foi obrigado a ceder a pressões em favor dos direitos dos índios. Sancionando em dezembro de 1973, a Lei nº 6.001, o Estatuto do Índio*". MARÉS; PACHECO. p.7)

⁹ Nesse ponto, segundo o Prof. Marés (2013), a partir do final do século XX, o foco principal dos movimentos sociais indígenas foi a busca por esse reconhecimento e respeito aos seus direitos enquanto sociedades com características étnicas distintas, abrangendo direitos políticos, territoriais, culturais, econômicos e sociais, além da reafirmação de sua identidade étnica.

O Decreto de n.º 1.775, datado de 8 de janeiro de 1996, define os passos necessários para a demarcação de Terras Indígenas, designando à FUNAI a tarefa de conduzir avaliações, devendo abranger aspectos etno-históricos, sociológicos, cartográficos, jurídicos, fundiários e ambientais. A Portaria nº 14/1996, aprovada um dia após o Decreto 1.775, especifica os critérios para a delimitação de terras indígenas.

Do ponto de vista teórico, a perspectiva territorial torna-se o alicerce dos estudos dos povos indígenas a partir da década de 1990. Nesse sentido, segundo Rogério Haesbaert (2004), deve-se observar a correlação entre o aspecto simbólico e territoriais. Haesbaert percebe o território como algo que se estende ao longo de forma contínua, abrangendo desde a dominação político-econômica mais "concreta" e "funcional" até a apropriação mais subjetiva e "cultural-simbólica". Portanto, nesse sentido, compreende-se que na relação entre a sociedade e o espaço, a compreensão não deve mais ocorrer sem levar em consideração o território, pois é nele que estão contidas a história, cultura e sustentação de um povo.

Corroborando com essa linha, segundo os autores Levon Boligian e Rosângela Almeida (2003), a definição de território deve abarcar um conceito de território simbólico-afetivo:

“(...) território é o espaço das experiências vividas, onde as relações entre os atores, e destes com a natureza, são relações permeadas pelos sentimentos e pelos simbolismos atribuídos aos lugares. São espaços apropriados por meio de práticas que lhes garantem uma certa identidade social/cultural” (BOLIGIAN; ALMEIDA, 2003. p. 241).

Ao conceber o território como um espaço simbólico-afetivo, abre-se a oportunidade para avançar na compreensão das relações dinâmicas e da organização espacial dos povos indígenas, visto que a identificação territorial desses povos se configura na apropriação do território, representada na complexidade do espaço físico desses povos.

Portanto, os direitos dos povos indígenas sobre as terras historicamente ocupadas por eles existem antes da promulgação da Constituição de 1988. Nesse contexto, pode-se afirmar que esses direitos são inerentes, uma vez que coexistem com a própria essência das comunidades indígenas. Conforme demonstrado, o sistema constitucional, desde a promulgação da Constituição de 1934, reconheceu esses direitos como uma forma fundamental do direito constitucional, ou seja, como

direitos humanos essenciais para a sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Na realidade, é importante destacar que a chamada Constituição de 1988, apesar de não inaugurar a proteção legal das terras ocupadas pelos indígenas, representa uma significativa mudança de paradigma na política indigenista adotada pelo Estado brasileiro. Antes de sua promulgação, a legislação indigenista refletia uma perspectiva assimilacionista, buscando, de fato, "civilizar" os povos indígenas, considerados culturalmente atrasados. A intenção era integrar progressivamente os indígenas à sociedade circundante, visando sua participação no que se denominava progresso. Corroborando com esse fundamento, segundo o Prof. Carlos Marés e a Prof.^a Rosely Pacheco:

Contribuindo com este pensamento arraigado na sociedade brasileira, é preciso considerar que, tínhamos até recentemente uma legislação inspirada em conceitos fortemente assimilacionistas, embasando políticas indigenistas de cunho integracionista, que perduraram até o advento da Constituição Federal de 1988. A Constituição brasileira de 1988 inaugurou uma nova fase no relacionamento das sociedades indígenas com o Estado e a sociedade brasileira, pois a partir desta Carta passou-se a assegurar o direito à diferença cultural, reconhecendo suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições. Toda legislação anterior a ela, ainda que marcada por diretrizes protetoras, apostava na gradual assimilação e integração dos povos indígenas à comunhão nacional, porque os entendia como uma categoria transitória e fadada à extinção. (MARÉS; PACHECO. p. 5).

Essa perspectiva pode ser claramente observada na análise do supracitado Estatuto do Índio, que classificava o indígena como sujeito incapaz e não evoluído, o qual necessitava ser tutelado pelo Estado. No artigo 1º desse dispositivo, fica explícito o escopo de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Nesse contexto, os indígenas eram vistos como um obstáculo ao avanço civilizacional do país, sendo sua integração e transformação em força de trabalho consideradas imperativas. Essa mentalidade guiava as relações entre o Estado brasileiro e as comunidades indígenas até então.

Nesse sentido, segundo Edilson Vitorelli (2013), sob uma perspectiva etnocêntrica, os direitos dos povos indígenas eram interpretados a partir de uma perspectiva não indígena, o que resultava em distorções significativas na proteção necessária dessas prerrogativas.¹⁰ Com a promulgação da Constituição Federal de

¹⁰ Segundo o Prof. Marés (2013), para plenamente reconhecer a estrutura social, a Constituição deve inevitavelmente reconhecer os hábitos, idiomas, convicções e práticas culturais próprias dos indígenas. Esses quatro elementos constituem o que é comumente referido como cultura, abrangendo não apenas as normas de interação social, relações matrimoniais, sistema punitivo interno, hierarquia e

1988, após intensa mobilização dos movimentos indígenas e da sociedade civil, houve uma transformação no cenário jurídico. Esse momento marcou o rompimento com a perspectiva assimilacionista de integração, passando a valorizar a diversidade cultural e reconhecendo o protagonismo dos povos indígenas na defesa de seus direitos. A partir desse ponto, tornou-se essencial interpretar esses direitos de acordo com a perspectiva própria dos povos indígenas.

Ademais, cabe ressaltar que segundo a doutrina de Marés (2013), esse rompimento com a perspectiva de integração assimilacionista da Constituição de 1988 é fator inovador não só no cenário jurídico nacional, mas também internacional:

A Constituição brasileira de 1988 foi pioneira ao quebrar com a tradição integracionista predominante no continente, assegurando aos povos indígenas o direito de manterem suas identidades culturais. Posteriormente, os demais países da América Latina seguiram essa tendência, aprofundando o reconhecimento dos direitos indígenas de maneiras diversas, variando na amplitude conforme a participação de cada grupo na elaboração de suas constituições e a intensidade democrática do processo constituinte respectivo. (MARÉS, 2013. p.15).

Portanto, à luz do exposto, o direito às terras historicamente ocupadas pelos povos indígenas tem sido respaldado pela legislação desde o século XVI, mantendo uma “evolução” constante nessa estrutura legal. No entanto, é questionável a real efetivação dessas garantias, dado o fato que muitas vezes restavam apenas o plano teórico. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem democrática, simplesmente reitera o princípio do indigenato, que preexiste a ela, e não deve ser considerada como o ponto definitivo dos direitos inerentes a esses povos, no entanto, configura uma mudança de paradigma. É com a Constituição de 1988 que ocorre a quebra de paradigma da perspectiva de integração assimilacionista, até então vigente no ordenamento jurídico quantos às normas que tratavam de direito indígenas, inclusive em matéria constitucional.

2.2 Da Antijuridicidade da Tese

A partir deste momento, busca-se estabelecer de maneira sucinta uma conexão

subdivisões, mas também aspectos como gastronomia e expressões artísticas. Segundo o autor em referência, é a partir do final do século XX que o cerne dos movimentos sociais indígenas concentra-se na demanda por reconhecimento e consideração de seus direitos como comunidades étnicas distintas. Esses direitos abrangem as esferas política, territorial, cultural, econômica e social, refletindo a reivindicação pela preservação de sua identidade étnica.

entre o Direito e a tutela do Indígena quanto à garantia de suas terras radiccionais, com foco particular no contexto normativo constitucional, porém, sem deixar de mencionar o respaldo infraconstitucional pertinente. É relevante destacar, em relação a esse tema, o regime jurídico das terras indígenas, dado o seu papel fundamental na proteção dos bens jurídicos ambientais. Existe uma estreita ligação entre a defesa dos direitos indígenas e a preservação ecológica, como salientado pelo próprio texto constitucional, ambos merecendo especial proteção legal por parte do Estado brasileiro.

2.2.1 Da previsão constitucional e infraconstitucional

Nessa perspectiva, o art. 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece os "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", atribuindo à União a responsabilidade de demarcá-las, proteger e assegurar o respeito por todos os seus bens. Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo constitucional reconhece que:

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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Nesse contexto, há uma proteção dos recursos ambientais essenciais para o bem-estar dos povos indígenas. No § 2º do art. 231, especifica-se que "*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*". No § 3º, estabelece-se que "*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*". O § 4º complementa, declarando que "*as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*". É imprescindível destacar que o parágrafo 6º do art. 231 que invalida e encerra de forma definitiva "*os atos que tenham como alvo a ocupação, o domínio e a posse das terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas presentes*". Do ponto de vista jurídico, a diversidade biológica é secundária em relação às terras, aos rios e aos lagos, e, portanto, o acesso a ela não

pode ser realizado em terras indígenas sem a devida consideração das disposições constitucionais específicas.

Esses dispositivos indicam um regime jurídico especial para a utilização dos recursos naturais em terras indígenas, destacando a relevância desse enfoque para a proteção ambiental. Isso é particularmente significativo porque os povos indígenas mantêm, em sua essência cultural, uma relação harmoniosa com a natureza. Portanto, a proteção dos povos indígenas não apenas representa a salvaguarda de suas comunidades, mas também está intrinsecamente ligada à preservação ecológica.

Ademais, segundo o Prof. Carlos Marés (2013), o § 1º acresce, ainda, que a habitação, a utilização econômica, a preservação do ambiente e a área de reprodução física e cultural devem ser realizadas levando em consideração os usos, costumes e tradições indígenas. Fato que acarreta diretamente ao uso da terra e suas condicionalidades. A primeira delas, evidentemente, é função social da propriedade da terra observada no texto constitucional, a qual, segundo Marés, é a garantia de vida e proteção do próprio povo que a utiliza. Ademais, ainda de acordo com Marés, além da Constituição de 1988 observar os direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas, a partir da interpretação da redação do art. 231 pode ser destacado três conceitos fundamentais em relação às terras indígenas: I) a natureza originária desse direito; II) a ocupação efetiva e presente; III) a modalidade tradicional de ocupação.

O legislador constituinte, adicionalmente, estabeleceu no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que a União deveria concluir a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Lamentavelmente, esse prazo não foi devidamente cumprido, segundo Marés (2013, p. 25): *“A União não demonstrou sequer vontade em cumprir, tanto que somente no ano de 1996 foi publicado decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação”*.¹¹

No entanto, com respaldo na doutrina de Carlos Marés (2013), esse direito é intrínseco, ou seja, anterior e independente de qualquer ato estatal, o que representa uma quebra de paradigma, uma vez que não é resultado de uma imposição legal, mas sim o reconhecimento de um direito pré-existente. As comunidades indígenas têm o direito inalienável às suas terras, e o Estado brasileiro não apenas reconhece, mas

¹¹ No caso, o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

também assegura esse direito. Portanto, ainda segundo Marés, por ser intrínseco, este direito não depende de atos formais de reconhecimento, demarcação ou registro. Tais procedimentos servem apenas para informar terceiros. O *caput* do art. 231 da Constituição Federal continua afirmando que é responsabilidade da União demarcar, proteger e respeitar essas terras, quando ela não cumpre, configura uma omissão administrativa passível de reparação judicial, sem, contudo, desconstituir o direito indígena.

A Constituição estabelece claramente que sobre as terras historicamente ocupadas pelos indígenas recaem tanto os direitos de propriedade quanto os direitos originários. Em primeiro lugar, declara-se que essas terras são consideradas bens da União (art. 20, XV), estabelecendo uma forma de propriedade vinculada com o propósito de garantir os direitos originários dos indígenas sobre essas terras. Dessa forma, a Constituição consagra uma relação jurídica fundamentada no instituto do indigenato, que representa a fonte primária e inata da posse territorial, conforme delineado no art. 231, §2º, da Constituição.

Conforme destacado por Silva (2016), é crucial ressaltar que esses direitos dos indígenas são considerados fundamentais, enquadrando-se na categoria dos direitos fundamentais de solidariedade, assim como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses direitos são de natureza solidária, uma vez que possuem simultaneamente uma dimensão individual e coletiva, sendo aplicáveis tanto ao indivíduo indígena quanto às comunidades e coletividades indígenas. Tratam-se de direitos absolutos, característica que lhes confere a garantia de permanência, uma vez que não podem ser suprimidos.

No entanto, apesar da presença do indigenato e da clareza trazida pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal vinha adotando uma abordagem mais flexível na proteção do direito indígena à terra em prol de uma segurança jurídica valorizada, fundamentando-se na chamada tese do marco temporal. Essa interpretação parece entrar em conflito direto com o texto constitucional, uma vez que estabelece uma data limite como condicionante dos direitos originários.

É conhecido que em 2003 o Supremo Tribunal Federal promulgou a Súmula n. 6501, a qual declara que os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Em outras palavras, conforme esse enunciado, as áreas que foram

de aldeamentos extintos não são reconhecidas como terras indígenas, sem oferecer uma definição mais precisa.

No entanto, é necessário apresentar o contexto histórico dessa súmula, segundo Roberto Lemos dos Santos Filho (2005), o referido dispositivo foi emitido em resposta a questionamentos da Suprema Corte sobre o eventual interesse da União Federal em resolver ações de usucapião em terras localizadas nos municípios de Guarulhos e Santo André, em São Paulo. Esses questionamentos surgiram em virtude do artigo 1º, alínea h, do Decreto-Lei 9.760/1946. Nas ações de usucapião relacionadas a terras nessas localidades, a União alegava ter interesse na resolução do litígio, argumentando que a área usucapienda estava situada em um antigo aldeamento indígena, sendo, portanto, propriedade da União, conforme o Decreto-Lei 9.760/1946 e o artigo 20, incisos I e XI, da Constituição.

No entanto, a jurisprudência predominante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça já estabelecia que o Decreto-Lei 9.760, que listava exhaustivamente os bens da União, foi promulgado durante a Constituição de 1937 e não foi incorporado pela Constituição de 1988. Portanto, não havia interesse da União Federal na resolução das ações de usucapião. A Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal consolidou de maneira definitiva os entendimentos presentes em diversos julgados desses tribunais, especialmente no que diz respeito à ausência de interesse da União em ações de usucapião relacionadas às terras mencionadas no artigo 1º, alínea h, do Decreto 9.760/1946.

A questão central é que não se tratava de um processo de demarcação envolvendo uma população reivindicando a terra. A preocupação era desvincular o interesse da União nos casos em que uma área tenha sido habitada por indígenas em um passado distante. Isso se deve ao receio de que, de outra forma, todo o país poderia ser considerado como tal, caso tenha existido aldeamentos em algum momento. Essa conclusão se aplica a povos extintos, ou "aldeamentos extintos", conforme afirmado pela súmula, o que impossibilita a demarcação ou retomada de grandes centros urbanos cujas populações originárias tenham sido extintas. Vale ressaltar que a súmula não trata de situações em que um povo vivo reivindica sua terra após ter sido expulso. Esse não é o foco da súmula, nem foi o contexto que a originou.

Durante o julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR) em 2009, o

tribunal parece ter empregado o raciocínio contido na referida súmula para condicionar a demarcação de terras indígenas. O ministro Carlos Alberto Menezes declarou explicitamente que as "*terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal*"¹². Nesse contexto, percebe-se que o enunciado em questão foi utilizado como justificativa para determinar o que deve ou não ser considerado como terra indígena, apesar das divergências entre os casos.

Naquela ocasião, ao decidir pela demarcação contínua da terra indígena e pela subsequente retirada dos não índios, o tribunal estabeleceu 19 (dezenove) condicionantes que serviriam como orientação para a questão. Além dessas condições, o STF formulou a chamada tese do marco temporal, defendendo que apenas deveriam ser reconhecidas como terras indígenas aquelas que estivessem efetivamente ocupadas no momento da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

É evidente que, numa interpretação otimista, o tribunal buscou encontrar uma solução equilibrada para atenuar o conflito e a insegurança entre povos indígenas e fazendeiros relacionados à questão fundiária. Em 2013, a decisão foi reafirmada durante o julgamento dos embargos de declaração. Na ocasião, os ministros Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa, mesmo sendo vencidos, acolheram os embargos, com este último afirmando que "*o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador*".¹³ É incontestável que o tribunal foi, no mínimo, bastante proeminente nessa postura.

Esse posicionamento foi reiterado, especialmente, em dois casos julgados pela Segunda Turma do STF, o RMS 29.087/DF e o ARE 803.462-AgR/MS, ambos decididos em 2014. No primeiro caso, contrariou-se a interpretação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconhecia a ocupação histórica de uma comunidade Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, expulsos em 1940 de terras habitadas desde

¹² Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acessado em 04/11/2023.

¹³ Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388 ED/RR. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 23 de outubro de 2013. p. 88. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=521442>. Acesso em 04/11/2023.

a década de 1750. Essa comunidade “*permaneceu na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra*”¹⁴. O STF argumentou que essa presença não seria suficiente para configurar a ocupação tradicional necessária, resultando na descaracterização da terra como indígena em favor dos fazendeiros.¹⁵

Outro ponto muito criticado é que a tese do marco temporal incorpora o conceito de “renitente esbulho”, abordado no caso Raposa Serra do Sol. Segundo essa perspectiva, para que uma terra seja reconhecida como indígena, os indígenas deveriam estar habitando-a no momento da promulgação da Constituição, a menos que isso não tenha ocorrido “*por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios*”.¹⁶ O Supremo Tribunal Federal detalhou essa formulação no ARE 803.462-AgR/MS, estabelecendo as condições que considera aplicáveis para sua caracterização:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.¹⁷

Dessa forma, caso o território não estivesse sob ocupação dos indígenas em 5 de outubro de 1988, é necessário que houvesse um conflito possessório entre os indígenas e os possuidores diretos naquela data para que a terra seja reconhecida

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). MS 14.746/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. p. 8. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952089&num_registro=200902088856&data=20100318&formato=PDF. Acesso 04/11/2023.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RMS 29.087/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 set. 2014. p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em 04/11/2023.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 04/11/2023.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 803.462-AgR/MS. Terra indígena Limão Verde. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 dez. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834.%20Acesso%20em:%2019%20abr.%202021>>. Acessado em 04/11/2023.

como território tradicionalmente indígena. Além da notável restrição imposta, chama a atenção a condição estabelecida pelo STF para a caracterização do conflito possessório e do renitente esbulho, permitindo assim que os povos indígenas esbulhados possam reivindicar o acesso às suas terras. Nesse sentido, esse caráter extremamente restritivo do conceito de renitente esbulho atribuído pelo STF, atribui um ônus desproporcional a fim de que os indígenas comprovem que não “desistiram” de suas terras. Nesse contexto, além de estabelecer um marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição, essa posição restringiu de maneira tão significativa o conceito de renitente esbulho que praticamente o tornou impossível de ser caracterizado.

Essa criação arbitrária de um marco temporal para avaliar a ocupação indígena, juntamente com um conceito excessivamente restrito de renitente esbulho, na prática, tem o escopo de legitimar inúmeras violências ocorridas no passado pelo Estado brasileiro. Essa abordagem caracteriza uma afronta à Constituição Federal de 1988 e aos seus princípios fundamentais.

De acordo com Daniel Sarmiento (2013, p. 13), *"a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvidas, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea"*, considerando o claro propósito do legislador constituinte de assegurar a máxima efetividade aos direitos fundamentais indígenas. Assim, a imposição de um marco temporal como condição para a garantia desses direitos contradiz de maneira explícita o texto constitucional, praticamente anulando o conceito de direito originário e inato. A Constituição, de várias formas, demonstrou preocupação em não legitimar os esbulhos ocorridos no passado, e isso é incontestável.

Definir um requisito de ordem cronológica para um direito originário e congênito revela-se uma contradição, representando uma lamentável distorção da Constituição com repercussões prejudiciais. Nesse sentido, segundo Deborah Duprat (2006), a definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas vai além de uma compreensão espacial ou de uma delimitação temporal específica. Exige uma perspectiva narrativa das vidas dessas comunidades, envolvendo um estudo antropológico¹⁸ que revele a tradição constantemente reatualizada e presente na

¹⁸ Nesse ponto, cabe ressaltar um fragmento apresentado pelo professor Carlos Marés: *A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz*

memória coletiva, não sendo apenas uma repetição do passado, mas uma experiência histórica de reafirmação e transformação contínua.

Corroborando com essa perspectiva, de acordo com Silva (2016), a Constituição de 1988 é o mais recente reconhecimento jurídico-constitucional da continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras, e não deve ser considerada como o marco temporal desses direitos.

Com fundamento na doutrina de Carlos Marés (2013), as terras tradicionalmente ocupadas referem-se às áreas habitadas de maneira permanente pela comunidade indígena, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, essenciais para a preservação do ambiente que sustenta sua prática social, e indispensáveis para sua reprodução física e cultural. Esta definição é delineada pelo § 1º do artigo 231, levando em consideração os usos, costumes e tradições da comunidade em questão. Precisamente por essas razões, os direitos territoriais englobam os direitos ambientais, estreitamente vinculados aos aspectos culturais. Isso implica na capacidade ambiental de preservar práticas alimentares, a farmacologia específica e as expressões artísticas, artesanais e de utensílios próprios de cada comunidade. Em cada terra indígena, há uma relação estritamente subjetiva entre o conhecimento do povo e as manifestações da natureza, destacando a importância não apenas do aspecto místico, mas também do aspecto factual do espaço territorial.

Diante disso é que Carlos Marés fundamenta:

Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto o critério é interno ao povo. (MARÉS, 2013, p.24).

Logo, segundo Marés, Nesse contexto, a reflexão acerca dos direitos dos povos indígenas deve considerar a multiplicidade e heterogeneidade desses grupos, cuja formação econômico-social e cultural resulta da complexa interação entre dinâmicas

segundo os usos costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo". MARÉS (2013, p. 24).

históricas, territoriais e culturais. É o que defende o Prof. Marés, na condição de *amicus curie*, no julgamento do RE 1.017.365 fundamentando o autor que não existe marco temporal. A terra que a Constituição prevê, segundo Marés, é a terra com seus quatro elementos fundamentais, e não há como considerar uma demarcação baseada singularmente no elemento tempo.

Portanto, inicialmente, é impróprio analisar as terras indígenas unicamente sob uma perspectiva cronológica, e, mesmo que tal abordagem fosse válida, não seria a Constituição de 1988 que determinaria esse ponto de referência.

A tese do marco temporal, ao avaliar a ocupação indígena com base nos critérios relacionados à posse do direito civil, desconsidera o indigenato, um instituto distinto tratado pela Constituição. Conforme expresso por Silva (2016), o conflito nas terras indígenas não se caracteriza como uma disputa possessória, uma vez que os indígenas não possuem uma posse nos termos do direito privado. Esses direitos são, como mencionado, originários e congênitos, não estando subordinados a uma cadeia dominial, e a Constituição de 1988 reforçou essa condição. Portanto, segundo Silva (2016), não é razoável exigir que a comunidade indígena apresente títulos de propriedade ou demonstre ocupação efetiva e ininterrupta, uma vez que os direitos dos índios sobre suas terras antecedem qualquer outro direito, tendo em vista seu caráter originário.

A situação se complica ainda mais quando se considera o conceito do já tratado "renitente esbulho", ou seja, se os indígenas não estavam em posse direta da área no momento da promulgação da Constituição e não havia um conflito possessório nessa data, então não haveria direito à demarcação. Essa abordagem sugere que os índios teriam tolerado o esbulho ou até mesmo abandonado o território, renunciando a seus direitos. Não parece ser a perspectiva adotada pelo constituinte.

Mesmo ao aplicar o marco temporal de outubro de 1988, é crucial uma interpretação mais ampla, visando maximizar a proteção constitucional dos povos indígenas. Caso contrário, corre-se o risco de violar gravemente o art. 231 da Constituição Federal.

Segundo Manuela Cunha (2014), determinar que apenas as terras ocupadas por indígenas em 05 de outubro de 1988 merecem proteção constitucional equivale a apagar da memória as violações e injustiças do passado. É uma escolha equivocada que vai contra o espírito da Constituição de 1988. Nesse sentido, de forma incisiva,

alude Edilson Vitorelli (2013) de que o Supremo Tribunal Federal, ao adotar a tese do marco temporal com um conceito extremamente restrito com base no critério cronológico e no esbulho renitente, na prática, “legaliza” ou, no mínimo, considera irrelevantes décadas de invasões, abusos, usurpação e assassinatos contra as comunidades indígenas e seus membros. Essa abordagem acaba por validar, como resultado prático, todas as formas de violência perpetradas contra os povos indígenas. Certamente, essa não é a intenção da Constituição de 1988, que se compromete a superar os obstáculos autoritários do regime anterior.

Por fim, o Prof. Carlos Marés, na condição de *amicus curies*, durante o julgamento do RE 1.017.365, questiona-se do porquê da nocividade de marco temporal. Segundo Marés, é uma tese nociva porque corrói e contamina o conceito que a Constituição admitiu de organizações sociais e sociedades com cultura, línguas e crenças próprias e distintas. Desconsidera a imprescindibilidade das terras indígenas e discute apenas um ponto abstrato no tempo: de que os índios estariam ou não estariam lá à época. Portanto, é uma contaminação. O tempo para o Direito, sendo essa uma questão fundamental, é tempo de nascer o direito e de morrer o direito, quando se estabelece um marco temporal nas terras indígena, claramente se pensa no nascimento das terras, mas o nascimento dos direitos às terras indígenas nasce com a organização social, nasce com a própria sociedade. Portanto, não se pode assim arbitrariamente dizer o tempo. A morte desse direito não está prevista, esse direito é imprescritível e indisponível. Logo, a manutenção abstrata do marco temporal é a negação do que diz a Constituição, os índios têm direito à sua organização social, negar-lhes o território é negar-lhes a organização social. Manter o marco temporal significa dizer claramente que os índios serão integrados assimilados.

2.2.2 Da análise do Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031):

Diante de toda lide jurídica e dissenso doutrinário e jurisprudencial envolvendo o tema, na oportunidade, a Suprema Corte estabeleceu a interpretação de que a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas não está condicionada à sua presença no território em 5 de outubro de 1988, nem à persistência do esbulho. A tese referente ao Tema 1031 de Repercussão Geral, composta por 13 pontos, abordou várias questões além da rejeição do marco temporal. Dentro desses pontos, o STF determinou que as terras

de ocupação tradicional pertencem permanentemente às comunidades, sendo que os povos indígenas têm o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes. Além disso, ficou estabelecido que os territórios de ocupação tradicional indígena, enquanto terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e seus direitos são imprescritíveis.

Outro aspecto abordado pela Corte refere-se às terras indígenas adquiridas por pessoas que não estavam sendo ocupadas na época da promulgação da Constituição. O Tribunal decidiu que, nesses casos, os títulos de terras concedidos a adquirentes de boa-fé são considerados válidos, sendo a União responsável por indenizar os particulares. Além disso, o texto estipula que o laudo antropológico é um dos elementos essenciais para comprovar a tradicionalidade da ocupação indígena nos territórios.

Cabe ressaltar alguns pontos que ficaram definidos na Tese de Repercussão Geral para o Tema 1.031.¹⁹ Primeiro, que “ a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena”. Outro ponto é que a posse tradicional indígena difere da posse civil, caracterizando-se pela ocupação permanente das terras habitadas pelos indígenas. Essa posse abrange as áreas utilizadas para suas atividades produtivas, aquelas essenciais à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as indispensáveis à sua reprodução física e cultural, conforme estabelecido pelo §1º do art. 231 da Constituição. Outro ponto que cabe menção é que a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas não está condicionada à existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 nem à configuração de um contínuo esbulho (renitente esbulho), tal como um conflito físico ou uma disputa judicial persistente na data da promulgação da Constituição.

2.2.3 Da análise dos votos no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031)

Com o “placar” de 9 votos a 2, votou-se pela descontinuidade da tese do marco

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. **Tema 1031 - 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.** 2023. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>>. Acessado em 19/11/2023.

temporal. Prossegue-se para uma apresentação sucinta da sustentação do Ministros da Suprema Corte quanto ao julgamento da tese em análise.

De acordo com o Excelentíssimo Min. Edson Fachin, relator Recurso Extraordinário 1.017.365, o art. 231 da Constituição observa o direito de permanência desses povos independentemente da data da ocupação, logo, a data de promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) não deve ser adotada como o ponto de referência para avaliar os direitos possessórios indígenas sobre a terra. De acordo com Fachin, a teoria do marco temporal não leva em consideração a categorização dos direitos indígenas como fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas que não podem ser suprimidas por emendas constitucionais. Na visão do Ministro, a proteção constitucional aos "*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam não está condicionada à existência de um marco específico ou à configuração do esbulho renitente com conflito físico ou controvérsia judicial persistente na data da promulgação da Constituição*".²⁰

O Ministro relator argumenta que essa linha de pensamento negligencia o fato de que a legislação brasileira para a proteção da posse indígena já estabeleceu uma continuidade de proteção nas diferentes Cartas Constitucionais desde 1934, pautando, portanto, o caráter da anti-historicidade da tese. Segundo Fachin, em um contexto de Estado Democrático de Direito, os povos indígenas adquirem novas garantias e condições mais efetivas para exercerem seus direitos territoriais, que não se iniciaram apenas em 5 de outubro de 1988.

Conforme fundamentado pelo excelentíssimo Ministro, os direitos territoriais indígenas, delineados no artigo 231 da Constituição, têm como objetivo garantir a preservação de suas condições de existência e uma vida digna, conferindo-lhes caráter de direitos fundamentais. De acordo com o mesmo dispositivo constitucional, a posse tradicional indígena difere da posse civil, abrangendo não apenas as terras habitadas permanentemente, mas também aquelas utilizadas para atividades produtivas, essenciais à preservação de recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, bem como aquelas necessárias para sua reprodução física e cultural, conforme seus usos, costumes e tradições. "*No caso das terras indígenas, a função*

²⁰ Supremo Tribunal Federal. **Ministro Fachin considera que posse da terra indígena é definida por tradicionalidade, e não por marco temporal.** 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472697&ori=1>>. Acessado em 26/11/2023.

*econômica da terra se liga, visceralmente, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, mas não funciona como mercadoria para essas comunidades*²¹, destacou Fachin.

Para o relator, permitir, em desacordo com a Constituição, a perda da posse das terras tradicionais por uma comunidade indígena implicaria em um progressivo etnocídio de sua cultura, resultando na dispersão dos integrantes indígenas do grupo e os colocando em situação de miserabilidade e aculturação. Seria, conforme alude o Ministro, negar a essas pessoas o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade circundante, considerado como a expressão máxima do pluralismo político estabelecido pelo artigo 1º da Constituição. Por fim, enfatizou que *“não há segurança jurídica maior do que cumprir fielmente os preceitos constitucionais”*.²²

Por sua vez, em voto a favor da tese do marco temporal, sustentou o Excelentíssimo Min. André Mendonça: *“o objetivo dos constituintes foi estabilizar a situação dos povos indígenas no momento em que a Constituição foi promulgada e, até por esse motivo, previu a conclusão das demarcações em cinco anos”*.²³ Mendonça argumenta que os laudos antropológicos desempenham um papel crucial na demonstração da tradicionalidade da ocupação, mas ele sugere que devem ser elaborados por uma comissão especialmente designada para essa finalidade. Além disso, essa comissão pode ouvir especialistas de outras áreas. O ministro Mendonça concluirá seu voto na próxima sessão.

Ademais, para completar os votos que sustentaram a permanência da tese, aludiu o Excelentíssimo. Min. Kassio Nunes Marques,²⁴ que votou a favor da permanência da tese, fundamentando que os interesses dos indígenas não podem se sobrepor aos interesses da defesa nacional. Segundo Nunes Marques, a decisão do STF no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388),

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Supremo Tribunal Federal. **Marco Temporal: para ministro André Mendonça, Constituição previu demarcação conforme cenário de 1988.** 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513167&ori=1#>. Acessado em 19/11/2023.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Marco Temporal: para ministro Nunes Marques, data de promulgação da Constituição define ocupação tradicional. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1>>. Acessado em 19/11/2023.

em que foi adotado a tese do marco temporal, é a solução que melhor concilia os interesses do país e dos indígenas. Segundo Nunes Marques, esse parâmetro tem sido utilizado em diversos casos, e a revisão da jurisprudência ocasionaria insegurança jurídica e um possível retorno à situação de conflito fundiário, argumento um tanto controverso.

Segundo o excelentíssimo Ministro, a Constituição de 1988 reconheceu aos indígenas, entre outros aspectos, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no entanto, argumenta que essa proteção constitucional deve estar condicionada ao marco temporal. Sustenta que a posse tradicional não deve ser confundida com a posse imemorial, sendo necessário comprovar que a área estava ocupada na data da promulgação da Constituição ou que tenha sido objeto de esbulho, isto é, que os indígenas tenham sido expulsos em decorrência de conflito pela posse. Portanto, é uma nítida defesa do renitente esbulho.

Todavia, seguindo a mesma perspectiva do excelentíssimo Ministro relator, de acordo com o Excelentíssimo Min. Alexandre de Moraes: “*a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) não pode ser utilizada como ponto de definição da ocupação tradicional da terra por comunidades indígenas*”.²⁵ Moraes argumentou que, caso a hipótese do marco temporal prevaleça, a demarcação de terras de uma comunidade removida à força do local antes da promulgação da Constituição se tornaria inviável, destacou ainda eu a ausência de um modelo universal de reparação para os povos originários devido à ocupação de suas terras pelas nações colonizadoras. Essa, segundo ele, é uma das questões históricas mais desafiadoras a serem enfrentadas tanto no Brasil quanto no resto do mundo. Nas palavras do referido ministro: “*É uma questão que vem afetando a paz social por séculos sem que haja, até hoje, um bom e efetivo modelo a ser seguido. Nenhum país do mundo conseguiu resolver de forma plena e satisfatória esse problema*”.²⁶

O Excelentíssimo Min. Luiz Fux sustentou que, ao mencionar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a Constituição se refere tanto às áreas já ocupadas quanto àquelas que mantêm uma ligação com a ancestralidade e a tradição

²⁵ Supremo Tribunal Federal. **Ministro Alexandre de Moraes vota contra marco temporal para demarcação de terras indígenas.** 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508605&ori=1>>. Acessado em 19/11/2023.

²⁶ Idem

desses povos. De acordo com ele, mesmo que essas áreas não tenham sido demarcadas, devem ser abrangidas pela proteção constitucional.²⁷

Em seu voto, a Excelentíssima Min. Cármen Lúcia destacou que a Constituição Federal, ao estabelecer o estatuto dos povos indígenas, garantiu explicitamente a preservação de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Na visão da Ministra, a posse da terra não pode ser dissociada dos demais direitos fundamentais concedidos a esses povos. Ressaltou que o julgamento aborda a dignidade étnica de um povo que enfrentou opressão e dizimação ao longo de cinco séculos.²⁸

Corroborando com a perspectiva da maioria, o Excelentíssimo Min. Gilmar Mendes também rejeitou a aplicação da tese do marco temporal, em sua manifestação, a tese do marco temporal, todavia, para o Ministro deve haver a garantia de indenização para os ocupantes de boa-fé, inclusive no que diz respeito à terra sem cultivo. De acordo com ele, o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, que orienta os processos de demarcação, deve seguir de maneira objetiva os critérios estabelecidos na Constituição e abranger a todos.²⁹

Seguindo nesse sentido, a Excelentíssima Min. Rosa Weber afirmou que a posse de terras pelos povos indígenas está vinculada à tradição e não à posse imemorial. De acordo com Weber, os direitos desses povos sobre as terras que ocupam são fundamentais e não podem ser reduzidos. Além disso, destacou que a posse tradicional não se limita à posse atual ou física das terras. A Ministra lembrou que a legislação brasileira historicamente aborda a posse indígena sob a perspectiva do indigenato, ou seja, considerando esse direito como anterior à criação do Estado brasileiro.³⁰

O Excelentíssimo Min. Dias Toffoli considera que a Constituição Federal de 1988, ao garantir aos indígenas o direito às terras tradicionais, baseou-se na concepção dos próprios povos sobre seu território, permitindo que a ocupação se desenvolva de acordo com seus usos, costumes e tradições. Segundo Toffoli, nos casos em que a demarcação resulte na remoção de não indígenas que ocupam a área

²⁷ Supremo Tribunal Federal. **STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>>. Acessado em 19/11/2023.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

de boa-fé, deve-se buscar o reassentamento dessas pessoas. O Ministro defendeu a possibilidade de redimensionamento de terras indígenas, mas somente se for comprovado que o processo demarcatório não seguiu as normas constitucionais e legais.³¹

O Excelentíssimo Min. Cristiano Zanin votou contra a imposição de qualquer marco temporal que prejudique os direitos dos povos indígenas em relação à posse da terra. Segundo Zanin, a Constituição de 1988 é clara ao estabelecer que a garantia de permanência nas terras tradicionalmente ocupadas é indispensável para a realização dos direitos fundamentais desses povos. Zanin defende que as demarcações de terras indígenas devem ter tramitação rápida e prioritária, considerando o atraso de 30 anos do Estado brasileiro em cumprir o compromisso de concluí-las cinco anos após a Constituição de 1988. Também reconhece o direito à indenização das benfeitorias resultantes de ocupações de terras indígenas feitas de boa-fé.

Seguindo a linha de raciocínio da maioria, o Excelentíssimo Min. Luís Roberto Barroso³² também votou contra o marco temporal. Barroso enfatizou que a Constituição Federal reconhece o direito das comunidades indígenas ao usufruto da terra, sendo necessário comprovar a ocupação física na data da promulgação da Constituição ou, no caso de afastamento forçado da comunidade da área, a existência de vínculo cultural por meio de laudos antropológicos. Em relação à indenização aos compradores de boa-fé, Barroso considera que a responsabilidade deve recair sobre o ente federado que emitiu o título de posse.

Portanto, da análise da decisão tomada pela Suprema Corte, em derrubar a continuidade da tese do marco temporal, compreende-se que está em total consonância com a previsão da Constituição de 1988, cumprindo assim, a Suprema Corte seu papel fundamental de guardião da Carta Magna Constitucional brasileira.

³¹ Supremo Tribunal Federal. **Marco temporal das terras indígenas: STF já tem cinco ministros contra a tese e dois a favor.** 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514462&ori=1>>. Acessado em 19/11/2023.

³² Supremo Tribunal Federal. **Marco temporal das terras indígenas: quatro ministros são contra a tese e dois a favor.** 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513247&ori=1>>. Acessado em 20/11/2023.

2.5 Direito Internacional e Comparado

2.5.1 Aspectos Gerais

Segundo os preceitos de Carlos Marés e Rosely Pacheco, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, é possível observar progressos no reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas. No cenário internacional, houve uma revisão da Convenção nº 107 sobre populações indígenas e tribais pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em Genebra, em 1957. Os princípios dessa convenção, inicialmente ainda eram orientados para assimilação e integração, os quais influenciaram e legitimaram legislações e políticas nos países signatários, incluindo o Brasil. Essas iniciativas, alinhadas a projetos de desenvolvimento nacional e regional, passaram a respaldar os objetivos desenvolvimentistas que alguns líderes buscavam implementar no Brasil.

Ainda de acordo Marés e Pacheco, dentro do contexto internacional, em 1989, a Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT) encerrou um debate de três anos, contando com a participação de diversos representantes de organizações indígenas e governamentais, e aprovou a Convenção nº 169. Ao contrário da Convenção nº 107, na qual os indígenas não foram consultados, a Convenção nº 169 representou um avanço significativo no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos, detentores de uma identidade étnica específica e de direitos históricos inalienáveis. Essa Convenção busca estabelecer de maneira minuciosa não apenas os direitos dos povos indígenas, mas também os deveres e responsabilidades dos Estados na preservação desses direitos.

Segundo Leonardo Juzinskas e Rodrigo Ayres (2019), a mudança de paradigma com o advento da Constituição Federal ocorre em sintonia com as normas do cenário jurídico internacional, exemplificado pela ratificação, no Brasil em 2004, da supracitada Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. O art. 13 deste dispositivo estipula que o termo "terras" nos artigos 15 e 16 deve ser interpretado de forma a abranger o conceito de territórios, englobando integralmente o habitat das regiões ocupadas ou de alguma outra forma utilizadas pelos povos interessados. Dessa maneira, em consonância com a Constituição de 1988, as terras indígenas devem ser avaliadas de acordo com o estilo de vida das próprias comunidades indígenas e não seguir um padrão cultural não indígena. Portanto,

novamente, frisa-se a autonomia dos povos indígenas, reprovando a perspectiva assimilacionista que a todo custo tentava-se impor.

O tema da propriedade de terras indígenas não deixou de impactar o sistema regional de proteção aos direitos humanos, ao qual o Brasil está vinculado por ter se comprometido com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969), que foi ratificada e incorporada à legislação nacional em 1992.

Dispõe o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica: “*Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem o direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social*”. A interpretação autêntica da Corte Interamericana ampliou o alcance desse dispositivo para incluir a proteção supranacional aos grupos coletivos indígenas: “*tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas têm a proteção convencional concedida pelo artigo 21 da Convenção Americana*”.³³

Cabe ressaltar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua, momento em que esse tribunal internacional defendeu a necessidade de um “*mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes*”³⁴. Portanto, oportunidade em que o tribunal reprovou a perspectiva assimilacionista das terras indígenas em detrimento da diversidade cultural. Nesse sentido, a propriedade serve como alicerce da reprodução física, cultural e espiritual dos povos originários. Portanto, trate-se da possibilidade de exercer o princípio da função social da terra.

Segundo Carlos Marés (2017), uma Constituição relevante no cenário internacional foi a do México de 1917. De acordo com o autor, a Constituição Mexicana de 1917 tem como foco central a terra e o trabalho. Quanto ao sistema de terra, destina-se a assegurar o trabalho, inclusive para subsistência das comunidades.

³³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai. São José da Costa Rica, 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso 22/11/2023

³⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. São José da Costa Rica, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 22/11/2023.

Novamente aqui recai o exercício da função social da terra. Isso implica que a Constituição Mexicana de 1917 reconhece simultaneamente a importância do trabalho camponês de subsistência. Trata-se de um dispositivo que exerceu uma notável influência sobre as constituições na América Latina.

Ainda de acordo com Marés (2017), os movimentos sociais mexicanos, indígenas principalmente, influenciaram os movimentos brasileiros, com suas reivindicações respaldadas na reivindicação indígena internacional e, principalmente, mexicana. Portanto, segundo Marés, somos claramente influenciados pela Constituição Mexicana.

Embora com algum respaldo da legislação internacional, segundo Carlos Marés (2013), a Constituição brasileira de 1988 representou um marco ao romper com a tradição integracionista predominante no continente, assegurando aos povos indígenas o direito de preservar suas identidades e autonomia cultural.³⁵

Posteriormente, cada país da América Latina aprofundou esse reconhecimento de maneiras diversas, variando em termos de amplitude, dependendo da participação de cada grupo étnico na elaboração da Constituição e da intensidade democrática do processo constituinte correspondente.

Nesse sentido, de acordo com Marés (2013), na América Latina, essa nova formulação ideológica e cultural trazida pela Constituição brasileira de 1988 conferiu um impulso emancipatório às Constituições dos países latinos, como resposta às décadas de autoritarismo, e representou um reconhecimento das diferenças, que têm sido uma característica marcante do continente desde a conquista no final do século XV. Cada processo constituinte resultou em um Estado e um sistema jurídico moldados por essas características. Segundo o autor, dois países que exemplificam essa ruptura são a Bolívia e a Colômbia.

2.5.2 Constituição da Bolívia

³⁵ Novamente aqui cabe menção à fala do Prof. Marés, na condição de *amicus curie*, durante o julgamento do RE 1.017.365: *“Mas antes dizer das terras, é de dizer que essa opção da nação brasileira foi pioneira, não só para a América, mas pioneira para o mundo. Depois dessa decisão da nação brasileira, todas as Constituições que trataram de assuntos de povos indígenas, o fizeram no lastro da Constituição brasileira, as Constituições africanas beberam da fonte da Constituição brasileira, os tratados internacionais, tal como Convenção 169, Declaração dos Povos Indígenas, Declaração da Biodiversidade entre outras, beberam dessa mesma fonte, que é o reconhecimento dos direitos indígenas para sempre, ou seja, o direito que os povos têm de existir, daí decorre o direito de terra”*.

Segundo Marés (2013), a Bolívia destaca-se como um dos países mais densamente habitado por indígenas, abrigando 46 povos, o que representa uma população de 5 milhões de pessoas, correspondendo a mais de 70% do total da população. Surpreendentemente, até 1994, nenhuma Constituição boliviana havia reconhecido direitos aos povos indígenas, exceto em duas ocasiões, em 1938 e 1945, quando foram reconhecidos direitos à educação especial. A Constituição de 1994 finalmente reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, assim como o direito à terra, referido como "comunitárias de origem". O texto se assemelhava ao da Constituição brasileira.

Em janeiro de 2009, contudo, foi aprovada a nova Constituição Política do Estado Boliviano, marcando uma segunda ruptura significativa. Basta observar o art. 1º para entender a profunda transformação: "*A Bolívia constitui um Estado Unitário, Social de Direito, Plurinacional, Comunitário, Livre, Independente, Soberano, Democrático, Intercultural, Descentralizado e com Autonomias*". Isso representa uma clara tentativa de reconstruir o Estado Nacional, agora levando em consideração as populações e povos indígenas que sempre habitaram esse território. O propósito desta Constituição inovadora é romper com o monismo do Estado e do Direito modernos, recriando a organização social estatal para aproximá-la da realidade plural desse país andino.

2.5.3 Constituição da Colômbia

Com fundamento na doutrina de Marés (2013), a Colômbia realizou uma profunda reforma constitucional em 1992, a ponto de ser considerada a Constituição latino-americana que mais avançou nos direitos dos povos indígenas que habitam seu território. Essa posição foi superada apenas em 2009 pela constituição boliviana. Apesar de não ter uma população indígena muito densa, representando apenas 2% do total, aproximadamente seiscentas mil pessoas, o país abriga 81 povos que falam 64 línguas diferentes, evidenciando uma notável diversidade cultural.

Essa riqueza está expressa em vários tópicos da Constituição de 1992, a começar por seus princípios fundamentais, que reconhecem e protegem a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (art. 7º). Na composição do Senado da República ficou criado um número adicional de senadores (dois) eleitos pelas comunidades indígenas. Estes representantes devem ter exercido cargo de

autoridade tradicional em sua respectiva comunidade para postular o Senado.

O direito à terra também apresenta inovações, denominando as terras indígenas como "resguardos" (antigo nome colonial) e definindo-as como propriedade coletiva e inalienável das comunidades (art. 329). Os resguardos são considerados territórios que podem constituir uma entidade territorial ao lado dos departamentos, distritos e municípios (art. 286). Essas entidades territoriais indígenas possuem autonomia, autogoverno, competências próprias, administração de recursos, estabelecimento e arrecadação de tributos, além de participar da renda nacional (art. 286). A Corte Constitucional da Colômbia reconheceu que esses direitos são fundamentais e que os povos indígenas são os sujeitos coletivos desses direitos. Como se pode observar, a Constituição da Colômbia organizou o país, incluindo sua divisão territorial, com uma clara estrutura multicultural e pluriétnica, rompendo com cinco séculos de invisibilidade dos direitos indígenas.

Na América Latina, por exemplo, tem-se a interpretação Ademais, cabe mencionar a interpretação do Tribunal Constitucional Colombiano a respeito do tema, segundo o qual:

la posesión ancestral de las tierras que habitan las comunidades o pueblos indígenas es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Advierte que, cuando pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en los desplazamientos forzados), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio, de velar por que se haga efectivo el derecho al retorno y, si no es posible, de iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que esos pueblos obtengan tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida (ccc, T-282/11). (RODRIGUEZ, 2015. p. 69).

Portanto, praticamente grande parte das constituições atuais dos países latino-americanos incluem referências aos direitos indígenas e reconhecem a natureza multicultural de suas nações. Contudo, a Constituição brasileira de 1988 marca uma mudança significativa. A maioria das constituições anteriores, ao abordarem a questão indígena, limitavam-se a reconhecer a língua ou a cultura, sem atribuir importância à terra e à territorialidade. Já as constituições posteriores geralmente aprofundam a questão da terra e, principalmente, dos direitos de manter a identidade indígena, destituindo-se do caráter integracionista e assimilacionista comum nos dispositivos anteriores.

2.6 Garimpo e tutela jurisdicional dos povos indígenas

2.6.1 Aspectos gerais

Segundo Carlos Marés e Rosely Pacheco, há inúmeros conflitos que perpassam essa questão da tutela jurisdicional dos povos indígenas, entre eles citam os autores: os interesses de grupos econômicos que representam as madeireiras, as mineradoras e o agronegócio. Nesse sentido, torna-se imprescindível uma abordagem analítica correlacionando a questão indígena com esses setores.

De acordo com Kerlay Lizane Arbos e Priscila Viana Rosa (2013), a conquista das terras, abundantemente ricas em biodiversidade, muitas vezes envolveu a matança e remoção dos povos indígenas. Desde os primeiros dias da colonização da América Latina, essas comunidades têm sido alvo de diversas formas de exploração. Essa exploração persiste até os dias atuais, agora mais intensificada por interesses econômicos que, frequentemente, sacrificam a escassa dignidade que esses indivíduos ainda mantêm, dada a sua marginalização pelo sistema. A persistência da visão integracionista ao longo do tempo também desempenha um papel crucial nessa contínua marginalização.

Ademais, ainda segundo Kerlay Arbos e Priscila Rosa (2013), o intenso interesse nas terras dos povos indígenas e em seus recursos ambientais, como madeira e minérios, associado à dominação política, ideológica e econômica das elites locais, torna extremamente difícil e limitada a oportunidade de sobrevivência desses indivíduos em comparação com outros segmentos da sociedade, incluindo as populações rurais. As famílias que dependem da agricultura para subsistência, ao entrar nas terras indígenas, frequentemente geram conflitos, resultando em violência.

Embora a Constituição assegure a posse permanente das terras aos povos indígenas, eles continuam a enfrentar consideráveis conflitos decorrentes de invasões. Isso ocorre, sobretudo, devido à falta de demarcação de muitas dessas terras, e mesmo aquelas que foram demarcadas frequentemente sofrem invasões por parte de garimpeiros, madeireiros, fazendeiros e outros interessados nos recursos ambientais dessas áreas.

2.6.2 Mineração em terras indígenas

De acordo com os fundamentos de Kerlay Arbos e Priscila Rosa (2013), a abundante riqueza presente nas terras indígenas é preservada, pois as atividades

desenvolvidas pelos povos indígenas são caracterizadas por um baixo impacto ambiental. Em contrapartida, o ecossistema tem sido prejudicado pela exploração excessiva de vários grupos, notadamente os garimpeiros, que há décadas exploram essas terras, resultando em significativos impactos socioambientais. A exploração mineral no país é fortemente incentivada devido à sua relevância econômica. No entanto, essa atividade gera numerosas externalidades negativas localmente, tornando-se especialmente problemática quando ocorre em terras indígenas. Isso se deve à incompatibilidade entre a dinâmica da exploração mineral e a estrutura comunitária desses povos.

Os efeitos da mineração nos povos indígenas são marcados principalmente pela degradação do meio ambiente natural e pela introdução de elementos estranhos à cultura, evidenciam um processo de desenvolvimento insustentável. Isso ocorre porque a condução dessas atividades reflete a negligência em assegurar a perenidade da vida, ou seja, a sustentabilidade. A falta de preservação da biodiversidade, da diversidade cultural, entre outros aspectos, ilustra essa falta de comprometimento com a sustentabilidade.

A mineração é uma atividade altamente controversa devido aos seus consideráveis impactos ambientais. Além de ser altamente degradante para o meio ambiente, ela representa uma ameaça significativa à saúde e constitui uma violação dos direitos indígenas quando realizada em suas terras. Geralmente, utiliza uma mão de obra desqualificada que vive em condições precárias, intensificando a destruição das populações indígenas, devastando a flora e a fauna, e contaminando os rios com mercúrio. Representando, portanto uma verdadeira ameaça aos povos indígenas.

Segundo dados do INEP (2023), o garimpo aumentou 787% em terras indígenas entre 2016 e 2022, consta gráfico em anexo representando essa progressão. Conseqüentemente, um outro problema correlacionado é o desmatamento em terras indígenas devido à mineração. Conforme apresentado em gráfico em anexo.

2.6.3 Caso terra indígena Yanomami

Os povos Yanomani, que ocupam a maior terra indígena no Brasil em termos de extensão territorial, passaram e passam por sérios problemas de desnutrição e malária, disseminados dentro da comunidade situada entre os estados do Amazonas

e Roraima. A crise de saúde já provocou o óbito de mais de 500 crianças nos últimos anos, devido à desnutrição e outras causas evitáveis, conforme relato do governo federal. Ademais, enfrentam sérios problemas com a questão do garimpo ilegal. Diante de tudo isso, há um total descaso e omissão dos órgãos públicos para lidar com a crise, visto que através de um comunicado, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) informou que os problemas enfrentados pelos povos yanomami foram reportados à Justiça em pelo menos 21 ocasiões. De acordo com a entidade, aproximadamente 100 crianças perderam a vida no ano de 2022

Em 2023, o Ministério da Saúde declarou estado de emergência na terra indígena Yanomami para fornecer assistência aos indígenas que enfrentavam fome e falta de atendimento médico. A disseminação descontrolada da malária na região foi atribuída, em parte, à exploração ilegal de mineiros, especialmente garimpeiros. Estimativas apontam para a presença ilegal de pelo menos 20 mil garimpeiros na Terra Indígena Yanomami, onde reside uma população indígena de pouco mais de 30 mil habitantes, em uma área que deveria ser legalmente preservada. No entanto, a comunidade enfrenta a crescente ameaça do garimpo ilegal, com um aumento significativo de 54% somente em 2022.

Cabe aqui ressaltar o conflito direto entre agentes da Polícia Federal e os garimpeiros nas terras indígenas Yanomami em 2021, quando da apuração policial de suposto confronto ocorrido ontem garimpeiros invasores e indígenas. Se nem diante das autoridades de segurança pública há o mínimo de pudor dos garimpeiros, quem dirá diante da própria comunidade indígena.

A mineração, portanto, principalmente efetuada diretamente em terras indígenas, significa efetiva e significativa ameaça à sobrevivência desses povos.

3 MATERIAL E MÉTODOS

Na presente pesquisa buscou-se em grande medida utilizar-se de obras literárias voltadas ao tema, tais como livros, manuais e artigos, conforme consta na Revisão Bibliográfica. Todavia, não se ficou adstrito a esse tipo de fonte, visto que foram inúmeras as matérias de veículos jornalísticos utilizadas, buscou-se também por dados em veículos estatísticos. Além do mais, conforme consta no trabalho, houve estudo direto do julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031) no site do Próprio STF, bem como do julgamento em, na plataforma YouTube, no canal do STF, principalmente quanto aos votos dos Excelentíssimos Ministros e também da sustentação oral dos *amicus curie*. Portanto, diversas foram as fontes utilizadas, desde manuais, livros e artigos até mesmo vídeos do julgamento disponibilizados pelo próprio STF.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A presente pesquisa buscou como tese inicial a incompatibilidade jurídica, histórica e constitucional da aplicação da tese do marco temporal. Após a elaboração do estudo, pode-se concluir que a tese em questão é anti-histórica, visto que desconsidera todos os dispositivos jurídicos nacionais e internacionais anteriores que de alguma forma asseguraram o direito às terras tradicionais dos povos indígenas, bem como ignora toda violação e omissão que passaram os indígenas nos últimos séculos. Além do mais, é inconstitucional, e conseqüentemente antijurídica, visto que dá uma interpretação restrita do que observa o art. 231 da Constituição Federal, considerando o tempo como elemento crucial e singular para a demarcação de terras indígenas, visto que a constituinte atribuiu a esse direito o caráter originário. Com a Constituição do 1988, assumindo-se esse direito como originário, rompe-se com a perspectiva assimilacionista. Logo, adotar a tese do marco temporal é regressiva acima de tudo.

5. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa elaborada, pode-se concluir que ao longo dos últimos séculos os povos indígenas do Brasil têm sido privados de seus direitos e terras tradicionais. Embora houvesse a observância da garantia dos direitos dos povos indígenas desde o século XVI, essas garantias previstas por esses dispositivos jurídicos-históricos não eram concretamente implementadas, permanecendo, em grande parte, apenas no âmbito teórico de conformidade. Ademais, é preciso considerar que, tínhamos até recentemente uma legislação inspirada em conceitos fortemente assimilacionista dos povos indígenas, embasando políticas indigenistas de cunho integracionista, que persistiram até o advento da Constituição Federal de 1988.

A tese do marco temporal, ao exigir de que a terra a ser demarcada estivesse sendo ocupada pelos indígenas até ou durante o dia 5 de outubro de 1988 ou que ao menos houvesse configuração de renitente esbulho, evidencia-se com anti-histórica, visto que desconsidera toda a historicidade e a carga de tradicionalidade dos dispositivos jurídicos que tutelaram e tutelam os povos indígenas. Ademais, mostra-se anti-histórica considerando que ignora todo o histórico de violação e omissão vivenciado pelos povos indígenas ao longo dos séculos, desconsiderando a imensurável dívida do Estado para com os povos indígenas. Logo, vincular a demarcação à existência de um efetivo conflito possessório, seja ele real ou judicializado, em data específica, após anos de opressão, impõe aos povos esbulhados um ônus desproporcional, contrariando a intenção do constituinte originário.

É evidente que a Constituição de 1988, em seu art. 231, ao observar as terras tradicionais indígenas como direitos originários não pretendeu limitá-la a um singular elemento cronológico. Muito pelo contrário, ao reconhecer o direito dos povos indígenas sobre suas terras como um direito originário seguiu, portanto, a tese do indigenato, o que é totalmente contrário ao que prescreve a tese do marco temporal.

Conforme fundamentado, a Constituição de 1988 embora não tenha inaugurado a proteção legal das terras ocupadas pelos indígenas, marca uma mudança significativa no paradigma da política indigenista adotada pelo Estado brasileiro, visto que rompe com a perspectiva de integração assimilacionista do indígena à comunhão nacional, não só no âmbito nacional, mas também internacional. Passou-se-, portanto, a assegurar o direito à diferença cultural, reconhecendo suas

organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem democrática e mudança de paradigma, reitera o princípio do indigenato, preexistente a ela. Fica, portanto, evidente o caráter inconstitucional e anti-histórico da aplicação da tese do marco temporal.

A partir da interpretação da redação do art. 231 da CF fica evidente a natureza originária desse direito. Portanto, o direito de permanência desses povos não está condicionado à data de promulgação da Constituição Federal. Carlos Marés defende essa perspectiva, visto que segundo o autor, o procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes, línguas e tradições do próprio povo. A terra que a Constituição prevê, segundo Marés, é a terra com seus quatro elementos fundamentais, e não há como considerar uma demarcação baseada singularmente no elemento tempo. Logo, a tese do marco temporal parece entrar em conflito direto com o texto constitucional, uma vez que estabelece uma data limite como condicionante dos direitos originários.

Assim, ao examinar a decisão da Suprema Corte em rejeitar a continuidade da tese do marco temporal, percebe-se que está totalmente alinhada com as disposições da Constituição de 1988, assegurando aos povos indígenas o direito a suas terras tradicionais de forma originária, seguindo a linha da tese do indigenato, perspectiva esta que foi adotada na constituinte de 1988.

A discussão na constituinte foi uma discussão muito clara: havia uma proposta da manutenção da assimilação e incorporação dos povos à comunhão nacional, como era até 5 de outubro de 1988. Por sua vez, a outra proposta era a de que os povos tenham o direito às suas organizações sociais, às suas culturas e tradições de uma forma permanente e não provisoriamente. Esta foi a discussão central da constituinte, e a opção da organização adotada foi no sentido de manter a organização dos povos indígenas para sempre. A opção que os constituintes tiveram em 1988 foi pela existência dos povos indígenas como sociedades e não como indivíduos que assumem a comunhão nacional.

Portanto, rejeitar a tese do marco temporal é observar a decisão tomada na constituinte de 1988 quanto ao direito dos povos indígenas às suas terras tradicionais, tratando este, de fato, como um direito originário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBOS, Kerlay Lizane; ROSA, Priscila Viana. **A Mineração em terras indígenas**. In: MARÉS, Carlos Frederico; BERGOLD, Raul Cezar. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

BESSA ANTUNES, Paulo. **Direito Ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BOLIGIAN, Levon; ALMEIDA, Rosângela Doin. **A transposição didática do conceito de território no ensino de geografia**. In: GERARDI, Lúcia Helena de Oliveira. Ambientes: estudos de geografia. Rio Claro: UNESP, 2003.

CABRAL, Umberlândia. GOMES, Irene. **Brasil tem 1,7 milhão de indígenas e mais da metade deles vive na Amazônia Legal**. IBGE. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37565-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas-e-mais-da-metade-deles-vive-na-amazonia-legal#:~:text=Em%202010%2C%20o%20IBGE%20contou,explicado%20tamb%C3%A9m%20por%20mudan%C3%A7as%20metodol%C3%B3gicas.>>. Acessado em 27/11/2023.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Legislação indigenista do século XIX**. São Paulo: Edusp; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1993.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **“TERRA INDÍGENA”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico**. vol.35, e75. História [online], São Paulo, 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **O STF e os índios**. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 nov. 2014. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/11/1550130-manuela-carneiro-da-cunha-o-stf-e-os-indios.shtml>](https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/11/1550130-manuela-carneiro-da-cunha-o-stf-e-os-indios.shtml). Acessado em 27/11/2023.

DAMBRÓS, Cristiane. **Contexto histórico e institucional na demarcação de terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Rev. NERA. v. 22, n. 48, 2019.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o judiciário**. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2006.

FERREIRA, Rebeca A. A. de Campos. **Marco Temporal para quem dos direitos dos povos indígenas ao território tradicional**. In: ALCÂNTARA, Gustavo; TINÓCO, Lúcia; MAIA, Luciano. Índio, direitos originários e territorialidade. Brasília: ANPR, 2018.

GONÇALVES, Wagner. **Terras de ocupação tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica**. In: SILVA, O.S.; LUZ, L.; VIEIRA, C.M. A perícia antropológica em processos judiciais. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

HIRABAHASI, Gabriel. COELHO, Gabriela. **STF adia julgamento sobre marco temporal de terras indígenas**. In: CNN Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/stf-adia-julgamento-sobre-marco-temporal-de-terras-indigenas/>>. Acessado em 19/02/2023.

JUSTINO, Guilherme. **Caso Yanomami: o que é e por que se fala em genocídio indígena**. 2023. Disponível em:<<https://umsoplaneta.globo.com/sociedade/noticia/2023/01/24/caso-yanomami-o-que-e-e-por-que-se-fala-em-genocidio-indigena.ghtml>>. Acessado em 27/11/2023.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves; AYRES Rodrigo Santa Maria Coquillard. **Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 18 – n. 53. 2019.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. – Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / laced / Nova Letra, 2012.

MARÉS, Carlos Frederico. **Os povos Indígenas e o Direito Brasileiro**. In: MARÉS, Carlos Frederico; BERGOLD, Raul Cezar. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

MARÉS, Carlos Frederico. CALEIRO, Manuel Munhoz. **Constituição Mexicana de 1917: significações para o constitucionalismo latino-americano**. In: Revista Sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas. Brasília, v.1, n.2, 2017.

MARÉS, Carlos Fredeirco. PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. **Os povos Indígenas e os Difíceis Caminhos do Diálogo Intercultural**. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_frederico_mares_de_souza_filho.pdf>. Acessado em 27/11/2022.

MARÉS. Carlos Frederico. **Sustentação oral como *amicus curie* no julgamento do RE-RG 1.017.365. SFT**. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=3NMQ4291GZ0&t=2442s>>. Acessado em 02/12/2023.

PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. **Demografia dos povos indígenas no Brasil: um panorama crítico**. In: Pagliaro, Heloísa; Azevedo, Marta Maria; Santos, Ricardo Ventura (orgs.). Demografia dos povos indígenas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz; Campinas: Abep, 2005

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

PERRONE, Beatriz. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. In: Cunha, Manuela Carneiro

da (org.). História dos índios no Brasil. 2. ed. São Paulo: Schwarcz, 1998.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. **Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: luchas, contenido y relaciones**. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015. p. 69.

SARLET, Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião**. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Nota técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas**. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre o marco temporal de 1988**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acessado em 23/11/2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

STABILE, Arthur; CASEMIRO, Poliana. **Garimpo aumentou 787% em terras indígenas entre 2016 e 2022, aponta Inpe**. 2023. Disponível em: < <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/02/11/garimpo-aumenta-787percent-em-terras-indigenas-entre-2016-e-2022-aponta-inpe-infografico.ghtml>>. Acessado em 02/12/2023.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio**. Revista de Direito GV, v. 6 (1). 2010.

WAPICHAMA, Joenia. In: **“Somos todos Xokleng pelo meio ambiente e contra o marco temporal”** 2021. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2021/06/30/somos-todos-xokleng-pelo-meio-ambiente-e-contra-o-marco-temporal-por-joenia-wapichana/>>. Acessado em 19/02/2023.

ANEXO

Anexo I:

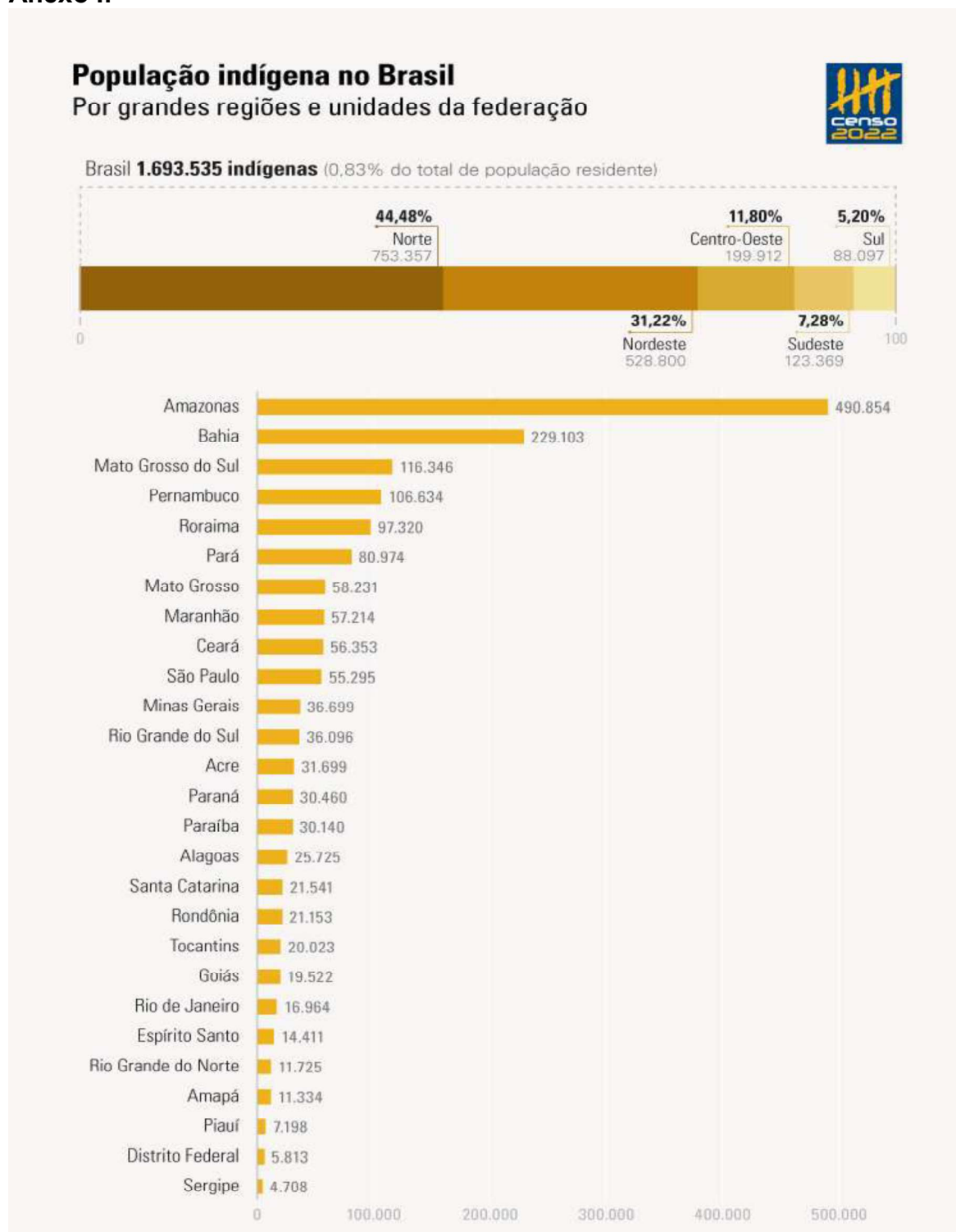


Gráfico 1: População indígena no Brasil. Censo Demográfico de 2022

Anexo II:

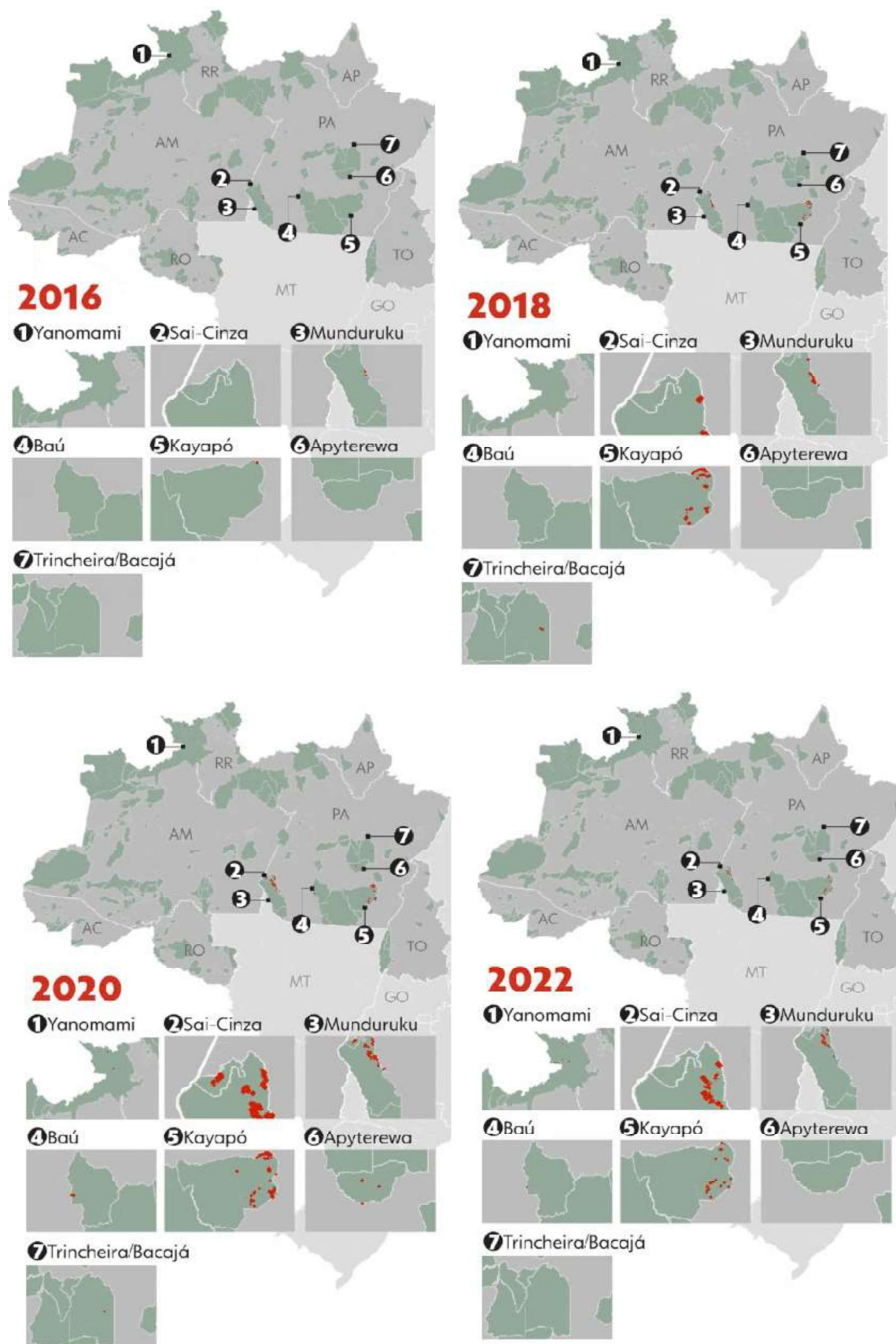


Gráfico 2 Avanço do garimpo em terras indígenas. Arte/g1

Anexo III:

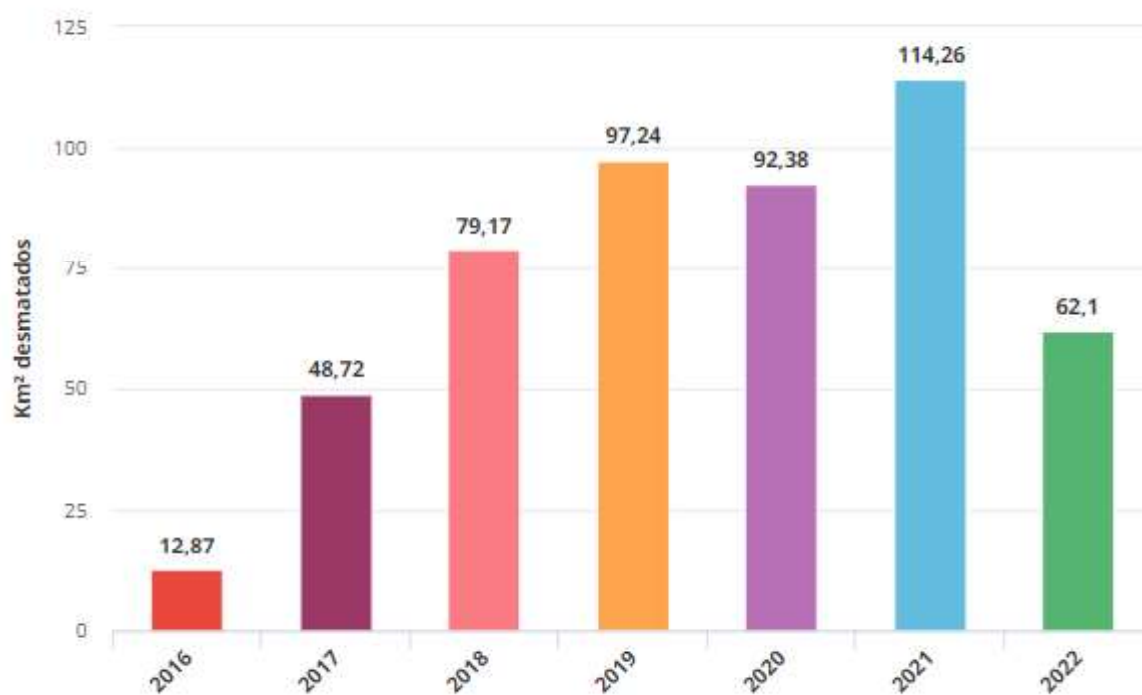


Gráfico 3 Área desmatada por garimpo em terras indígenas. INEP