



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO UNIDADE SANTA RITA

ÁDRIAN GIORDAN ALEIXO LEITE

**“Nosso marco é ancestral”: RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE DO  
MARCO TEMPORAL E DE SUAS DISPOSIÇÕES ADJACENTES EM FACE DO  
DIREITO INDIGENISTA**

Santa Rita/PB

2024

ÁDRIAN GIORDAN ALEIXO LEITE

**“Nosso marco é ancestral”: RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS DISPOSIÇÕES ADJACENTES EM FACE DO DIREITO INDIGENISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Hugo Belarmino de Moraes.

Santa Rita/PB

2024

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

L533n Leite, Ádrian Giordan Aleixo.

"Nosso marco é ancestral": retrocessos e  
inconstitucionalidade do marco temporal e de suas  
disposições adjacentes em face do direito indigenista /  
Ádrian Giordan Aleixo Leite. - Santa Rita, 2024.  
93 f.

Orientação: Hugo Belarmino de Moraes.  
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Marco temporal. 2. Direito indigenista. 3.  
Inconstitucionalidade. 4. Território. I. Moraes, Hugo  
Belarmino de. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DIREÇÃO DO CENTRO  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE  
CONCLUSÃO DE CURSO

Ao vigésimo primeiro dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte quatro, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado ““Nosso marco é ancestral”: retrocessos e inconstitucionalidade do marco temporal e de suas disposições adjacentes em face do direito indigenista”, sob orientação do(a) professor(a) Hugo Belarmino de Moraes que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à APROVAÇÃO, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Adrian Giordan Aleixo Leite com base na média final de \_\_\_\_\_ ( 10,0 - DEZ ). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Hugo Belarmino de Moraes

Ludmila Cerqueira Correia

Naiara Coelho

## **AGRADECIMENTOS**

A realização deste trabalho não teria sido possível sem o apoio e a compreensão de todos aqueles próximos a mim no dia a dia. Minha mãe, Carmely — que me dá alegria e amparo a cada novo sol nascente; meu pai, Nelson — que me fortalece com conselhos e carinho; minha irmã, July — que me inspira o sorrir e o desafogo, que são possíveis mesmo nos dias mais estressantes; minha tia, Penha — que me inunda de afeto e bons sentimentos; e, por fim, apenas para citar os mais presentes: Clara Cirne, minha amada namorada — sem a qual os dias não seriam repletos de esperança, paz e planos (mesmo os dias mais pesados).

Além deles, também foram importantes todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente com a minha vida universitária, desde que pela primeira vez pisei no DCJ, em 2019 — com destaque ao Professor Hugo Belarmino, meu orientador, que me inspirou a estudar o direito com mais afinco, paixão e crítica, sem observá-lo numa concepção fechada e burocrática, mas como ferramenta de mudança social.

Desejo finalizar agradecendo a Deus. Com ele, todas as provações são mais fáceis, e a busca pelo aperfeiçoamento, mais consciente.

## RESUMO

O marco temporal é uma tese interpretativa da Constituição Federal, que ganhou força e relevância nos últimos anos, conforme pode ser evidenciado pela sua recorrente presença em discussões nos âmbitos legislativo e judiciário. O presente trabalho possui como fito realizar ampla pesquisa para aferir se há inconstitucionalidade e retrocessos naquilo que prevê tal tese e suas disposições adjacentes quando postas em face do direito indigenista. Inicialmente, fez-se um epítome de ocorrências históricas, jurídicas e políticas importantes para compreender o direito que incidiu sobre os povos indígenas, do período inicial da colonização até a chegada da Constituição de 1988. Posteriormente, houve pesquisa para apreender as proteções e reconhecimentos constitucionais tocantes aos povos indígenas, bem como todo o compêndio de proteção protagonizado pelo direito indigenista e manifestado em seus princípios — a combinar diversos dispositivos com o fito de resguardar os direitos dos povos originários. Ademais, foi feito estudo com base antropológica, histórica e geográfica, com o escopo de entender a natureza das territorializações indígenas nos últimos séculos de Brasil, bem como o atual estado de retomada de seus territórios tradicionais, numa denominada “emergência étnica”. Depois realizou-se a perscrutação do conceito e da origem do marco temporal, associada à análise de diversas discussões tocantes ao tema. Ao final, efetuou-se cotejo da tese do marco temporal e de suas disposições adjacentes em face do direito indigenista, momento em que houve confirmação da inconstitucionalidade e dos retrocessos intrínsecos.

Palavras-chave: Marco temporal; Direito indigenista; Inconstitucionalidade; Território

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	9
2 O INDÍGENA NO DIREITO BRASILEIRO — HISTÓRICO, DA COLONIZAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	14
2.1 DIREITO INDÍGENA NO BRASIL COLÔNIA .....	14
2.2 DIREITO INDÍGENA NO BRASIL IMPERIAL.....	18
2.3 DIREITO INDÍGENA, DA PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA À CRFB/88 .....	23
3 DIREITO INDÍGEN(IST)A CONSTITUCIONAL E EMERGÊNCIA ÉTNICA.....	28
3.1 TÍTULO VIII, CAPÍTULO VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O INDIGENATO E A POSSE ÉTNICA.....	29
3.2 A TEORIA DO DIREITO INDIGENISTA DE ELOY AMADO .....	33
3.2.1 As bases do direito indigenista .....	33
3.2.2 Conceito e fontes do direito indigenista.....	33
3.2.3 Princípios do direito indigenista.....	35
3.2.3.1 Princípio da Autodeterminação dos Povos e princípio da identidade cultural.....	36
3.2.3.2 Princípio do Indigenato .....	38
3.2.3.3 Princípio da tripla afetação da terra indígena; princípio da vinculação territorial ou não remoção; princípio do reconhecimento territorial formal e princípio da afetação federal.....	39
3.2.3.4 Princípio do sentimento de pertença e princípio do bem viver .....	41
3.2.3.5 O princípio da consulta e consentimento prévio e livre e o princípio do diálogo intercultural .....	43
3.3 A EMERGÊNCIA ÉTNICA — símbolo da atual territorialização dos povos indígenas no Nordeste .....	46

3.3.1 Indígenas “misturados” .....	47
3.3.2 A territorialização .....	48
3.3.3 Identidade social e territorial.....	52
4 O MARCO TEMPORAL — CONCEITO, DISCUSSÕES, RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE .....	55
4.1 ORIGEM E CONCEITO DO MARCO TEMPORAL .....	55
4.2 DISCUSSÕES IMPORTANTES CONCERNENTES AO MARCO TEMPORAL	57
4.2.1 O caso Raposa Serra do Sol.....	58
4.2.2 Parecer nº 01/2017 da AGU.....	60
4.2.3 Recurso Extraordinário 1.017.365 — Caso Xokleng.....	62
4.2.4 Lei 14.701/2023 .....	64
4.2.5 Conciliação promovida pelo STF para solucionar o impasse judiciário-legislativo do marco temporal e outros dispositivos da Lei 14.701/23.....	65
4.2.5.1 Consulta da APIB para obter parecer jurídico sobre a conciliação .....	67
4.2.5.2 A saída da APIB da mesa de negociações de direitos.....	69
4.2.6 PEC 48/2023 .....	71
4.3 RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS DISPOSIÇÕES ADJACENTES EM FACE DO DIREITO INDIGENISTA.....	72
4.3.1 A inconstitucionalidade da tese do marco temporal .....	73
4.3.2 Os retrocessos do marco temporal e de suas disposições correlatas em face do Direito Indigenista .....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	83
REFERÊNCIAS .....	88

## 1 INTRODUÇÃO

Os povos indígenas são os ancestrais habitantes da terra de proporções continentais que hoje conhecemos como Brasil. Estavam aqui antes da chegada de portugueses, holandeses, franceses, e de todos os outros povos que aqui vieram para invadir, tomar e habitar. Por isso, são povos considerados como originários — os primeiros possuidores das terras dispostas em nosso país.

Ao longo de séculos, sofreram graves violências à sua existência e cultura, e chegou-se a pensar que, com o tempo, não haveria mais indígena em nosso país. No entanto, o século XIX foi palco de retomada de identidades (que se dá em um fenômeno denominado “emergência étnica”) e legitimação de direitos, tanto na esfera nacional quanto internacional, o que acabou por fortalecer as comunidades indígenas presentes no Brasil, que alcançaram (não sem muita luta por direitos) o reconhecimento de seu direito à existência e ao território, com a Constituição Federal de 1988.

Entretanto, ainda que possua garantia constitucional, o direito indígena aos seus territórios constitucionalmente reconhecidos sofre graves violações e interferências; de maneira que, mesmo após decorridos mais de 30 anos de sua promulgação, ainda não há total efetivação do direito dos povos à demarcação de seus territórios.

Pelo contrário, há anos circula pelos meios jurídico e legislativo uma tese que promove uma interpretação distorcida da Constituição Federal, com o fito de limitar a efetiva demarcação de terras indígenas. Ela é conhecida como tese do “marco temporal” ou teoria do fato indígena. Tal tese não apenas tem o potencial de prejudicar o direito indígena à demarcação, como também, a partir de disposição adjacente que é suscitada junto dela, de interferir no território de terras indígenas já demarcadas.

O presente trabalho possui enfoque na análise da supramencionada tese do marco temporal, com breve observação de suas disposições adjacentes. A análise, para melhor obtenção de resultados, deve ser feita associada ao estudo de temas importantes para compreender o direito indígena no Brasil — o histórico jurídico pátrio no tocante aos direitos dos povos originários; a compreensão da emergência étnica e do fenômeno antropológico da territorialização; e, sobretudo, a teoria do direito

indigenista, o qual coordena diferentes dispositivos (inclusive a CRFB/88) para formar um só ordenamento de proteção aos direitos dos povos indígenas.

Em intrínseca relação ao conteúdo do marco temporal, encontram-se as diferentes discussões, sociais, legislativas, judiciárias e jurídicas como um todo sobre o tema, as quais figuram como de essencial observação para melhor compreensão da tese.

O objetivo geral desta monografia é aferir se há inconstitucionalidade e retrocessos na tese do marco temporal e nas suas disposições adjacentes em face da Constituição Federal e outros dispositivos do direito indigenista.

Quanto aos objetivos específicos, pode-se dizer que consistem em quatro. o primeiro abrange compreender as disposições ultrapassadas e reconhecimentos importantes ocorridos no decorrer da história do direito indígena incidente no Brasil, através do estudo da linha do tempo do direito brasileiro (ou que gerou efeitos no país) em relação aos povos indígenas.

O segundo, a seu turno, se traduz em encontrar os reconhecimentos e garantias oponíveis ao marco temporal e suas adjacências, bem como os conceitos adequados sobre a existência e o território para os indígenas, a partir de análise esmiuçada do direito indígena constitucional e do direito indigenista em geral, sobretudo de seus princípios.

O terceiro exprime-se na apreensão de como se deu a perda da autonomia dos povos indígenas sobre suas identidades e seus territórios originariamente ocupados e como podem ocorrer suas retomadas; e se manifesta através da pesquisa acerca da emergência étnica, buscando compreender o fenômeno antropológico da territorialização e as identidades — social e territorial.

O quarto, por sua vez, expressa-se na busca pelo conteúdo da tese e pela sua jornada enquanto tema de embate jurídico-constitucional entre direitos indígenas e interesses do agronegócio, que será realizada com lastro na perscrutação das diferentes discussões jurídicas no tocante ao marco temporal, tanto nos âmbitos legislativo e judiciário, quanto no jurídico em geral, através de outros documentos que não os diretamente relacionados aos dois poderes.

No tocante às justificativas da pesquisa, é cabível destacar a justificativa pessoal, social e jurídica presente nesta monografia.

Pessoalmente, sempre enxerguei o Direito como um meio de reconhecimento e proteção aos direitos dos grupos sociais postos constantemente em vulnerabilidade

na sociedade. Em uma sociedade onde o poder econômico e a representação político-legislativa convivem muitas vezes em sintonia, torna-se recorrente que as leis projetadas e aprovadas reflitam os objetivos engendrados pelas classes econômicas abastadas, mesmo quando possam ferir a Constituição Federal.

No Brasil, o agronegócio representa elevado poderio econômico e político, dotado de inúmeros representantes no Congresso Nacional. Um dos maiores interesses dessa camada econômica é expandir e manter seu domínio de terras. Para tanto, sua influência manifesta-se no Legislativo e Judiciário, através de interpretações e modificações que estimam sobrepujar até mesmo as compreensões vigentes do Supremo Tribunal Federal e da Carta Magna.

Nesse âmbito, não é de se surpreender que os direitos às terras tradicionalmente ocupadas, reconhecidos aos povos indígenas, possam vir a ser violados. Em meio a tamanha estrutura de poder, mobilização e influência, a oposição cabe à sociedade em geral, aos grupos sociais diretamente interessados e aos estudiosos do direito.

Nesse diapasão, minha decisão por pesquisar o tema da inconstitucionalidade e retrocessos do marco temporal veio da síntese de: ler e ouvir nas mídias jornalísticas acerca do apelo dos povos indígenas afetados pela tese; entrar em contato com maiores explicações e estabelecer diálogo sobre o tema durante aulas do Prof. Dr. Hugo Belarmino de Moraes, que meses após a conversa concordou em ser meu orientador na monografia; e visualizar a sintonia entre tal tema de pesquisa para monografia e o modo como sempre enxerguei o Direito — uma ferramenta de proteção e reconhecimento de direitos daqueles grupos sociais constantemente prejudicados na conjuntura social.

No que concerne à justificativa social, está presente na relevância do tema para diversos povos indígenas, diretamente interessados, e para a sociedade em geral, que indiretamente possui interesse se considerarmos que qualquer inconstitucionalidade e retrocesso devidamente confirmados representam desrespeito direto ao corpo social integral, que deposita confiança nos três poderes para zelar pela correta observância da Carta Magna, que é a Lei Maior do país.

Nesse sentido, esta presente pesquisa sobre o marco temporal encontra-se sintonizada aos interesses dos povos originários de buscar a paz social na temática de seus direitos territoriais.

A seu turno, a justificativa jurídica se traduz na própria relevância social revelada, associada à recorrente e multifacetada discussão jurídica do tema “marco temporal” nas esferas legislativa e judiciária, que conta com: aprovação de lei; votação de emenda constitucional; decisão de repercussão geral do STF sobre o tema; dentre outras ocorrências. Trata-se de tema discutido no passado e presente, que atualmente (a corrente monografia foi escrita tomando como último grande acontecimento base a saída da APIB da conciliação estabelecida pelo STF) está sendo discutido em conciliação promovida pelo Ministro Gilmar Mendes.

A finalidade deste trabalho é contribuir com a discussão social e jurídica relacionada à inconstitucionalidade e aos retrocessos do marco temporal e de suas adjacências, ao compor estudo sobre o tema a partir de diversos âmbitos e cotejos, numa seara que respeite os conceitos indígenas tocantes à existência e ao território, bem como as disposições do direito constitucional e indigenista relacionado aos povos originários.

A partir de estudo histórico, antropológico e jurídico, trazer perspectivas oportunas sobre o tema e contribuir academicamente, ao tornar esta monografia parte integrante do volume de trabalhos sobre direito indígena publicados no passado e no momento contemporâneo, quando se discute direito essencial para a sobrevivência dos povos originários.

Em relação à metodologia da pesquisa, foi utilizado o método descritivo, materializado na exposição, análise e interpretação dos fenômenos, dispositivos e ocorrências discorridas durante o texto. O método de abordagem foi o qualitativo, através do agrupamento de conceitos e estabelecimento de vínculos, na argumentação.

No tocante aos procedimentos utilizados, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e documental, consistentes na análise de entrevista, livros, artigos, pareceres, acórdãos jurisprudenciais e outros documentos semelhantes, bem como também foram realizadas pesquisas em sites da internet, alguns deles que constam como veiculadores não-governamentais de notícias e outros que constam como portais oficiais da Câmara dos Deputados, do STF, dentre outros órgãos oficiais que compõem o Estado.

O primeiro capítulo acompanha a linha do tempo desde a chegada dos portugueses até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, observando o direito imposto incidente sobre os povos indígenas no Brasil.

O segundo capítulo, por sua parte, aborda o direito indígena constitucional e o indigenista em suma, composto pela própria CRFB/88 e pelos outros dispositivos que serão oportunamente dissertados; bem como o fenômeno da emergência étnica e seus conceitos associados, com destaque à territorialização.

O terceiro capítulo, a seu turno, envolve toda a discussão acerca da tese do marco temporal e suas disposições adjacentes, ao passar por elementos simples, como o conceito, e percorrer as principais discussões suscitadas sobre o tema; conclui com o cotejo da teoria do fato indígena e determinações correlatas em face do direito indigenista, com o objetivo de aferir possíveis retrocessos e provável inconstitucionalidade.

## 2 O INDÍGENA NO DIREITO BRASILEIRO — HISTÓRICO, DA COLONIZAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Imprescindível para compreender a relação do direito atual com as demandas e conceitos indígenas no que tange ao território e à vida é analisar a conquista de direitos no ordenamento jurídico nacional, tanto em relação à existência quanto à posse da terra — que para os indígenas são conceitos intrínsecos e indivisíveis — ao longo da história brasileira.

Faz-se vital observar a longa cadeia de acontecimentos e modificações jurídicas que ocorreram até que o indígena pudesse ser considerado — juridicamente — cidadão, sujeito de direitos e respeitado também coletivamente, especialmente no seu direito de legítimo possuidor de seus territórios.

É, portanto, essencial analisar a jornada jurídica (indissociavelmente também política) do Brasil, desde a chegada dos portugueses até os dias de hoje, para compreender e diferenciar os diferentes estágios de direito indígena que vivemos, para em seguida destacar o que vigora atualmente, na concepção constitucional da Constituição Federal de 1988.

Assim, tornar-se-á evidente a conquista indígena refletida no mais sublime texto jurídico pátrio, oponível a perniciosas interpretações e manobras político-jurídicas, que já são da estratégia daqueles que possuem influência desde que o Brasil deixou de ser livre aos povos originários e se tornou preso como colônia<sup>1</sup> portuguesa.

### 2.1 DIREITO INDÍGENA NO BRASIL COLÔNIA

Antes de 1500, quando os navegantes portugueses encontraram a terra continental que viria a ser nomeada como “Brasil” em 1527, havia no território milhões de indígenas, distribuídos por entre centenas de povos — com diferentes línguas, culturas e religiões.

---

<sup>1</sup> Neste trabalho a colonização e o Brasil Colônia serão abordados num conceito histórico, sobretudo para delimitar épocas específicas onde ocorreram determinadas ações e políticas. Não se pretende, nesse estudo, realizar análise descolonial. Para maior entendimento acerca de estudos descoloniais, inclusive através de matriz metodológica própria, confira MARTINS, P. H.; BENZAQUEN, J. F. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. Revista Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE, disponível em: <http://www.journals.ufrpe.br/index.php/cadernosdecienciassociais/article/view/1882>, acesso em: 7 out. 2024

Com a chegada dos portugueses, esses povos foram subjugados: houve captura e escravidão indígena; deslocamentos forçados de povos para longe de seus territórios; catequização a partir dos jesuítas e uma constante violência existencial na tentativa de modificar e adaptar o modo de viver dos povos indígenas aos costumes e sociedade portugueses.

Quando os católicos chegaram à conclusão de que os indígenas possuíam alma, com a publicação da Bula *Sublimis Deus* (em 1537) pelo Papa Paulo III, a política de colonização sofreu uma mudança e retirou os indígenas do foco da mão de obra escrava. Isto pois a culpa católica e o medo do inferno recaíam naqueles que praticassem crueldades desmedidas contra outros seres humanos potencialmente dignos do céu.

Por conseguinte, o subjugado de povos indígenas só poderia legitimamente ocorrer a partir de algumas condições, que justificassem ação violenta contra indivíduos dotados de alma.

Para validar esta nova política, foi criada aquela que seria a primeira lei tocante ao “direito indígena”, que ficou conhecida como “Lei sobre a Liberdade dos Gentios”. Publicada em 1570 por Dom Sebastião, destaca-se abaixo trecho principal do seu conteúdo, adaptado ao português moderno por Mércio Pereira Gomes (2003, p. 426):

(...) defendo e mando que daqui em diante se não use nas ditas partes do Brasil dos modos que se tem em fazer cativos os ditos gentios nem se possam cativar por modo nem maneira alguma salvo aqueles que forem tomados em guerra justa que os portugueses fizerem aos ditos gentios com autoridade e licença minha ou do meu governador das ditas partes ou aqueles que costumam saltar os portugueses ou a outros gentios para os comerem (..) (Portugal, 1570 apud Gomes, 2003, p. 426 )

Nesse momento, houve a proibição à escravidão de indígenas, porém, a exceção determinada a partir de uma “guerra justa” figurou como ampla e facilmente adaptável aos interesses dos colonos, que continuaram a violar a liberdade de inúmeros povos.

Ademais, esta primeira lei no tocante aos indígenas não oficializava autonomia em relação aos seus territórios ou ao modo de viver de suas sociedades, de forma que diversas outras legislações seguintes apresentavam contradições entre respeitar a autonomia dos povos e estabelecer exceções graves à liberdade destes; toda essa insegurança jurídica dificultou durante séculos a garantia de direitos aos

autóctones, visto que diferentes autonomias políticas instituía divergentes leis tangentes aos indígenas.

Como claro exemplo da dita contraditoriedade, durante todo o período colonial é visível a discrepância entre políticas governamentais. Em 1680, na Provisão de 1º.4.1680 (a qual serve de base para a teoria do Indigenato, que será abordada mais adiante neste trabalho), foi dito que os índios seriam os primários e naturais senhores das terras que ocupavam (Portugal, 1680).

Em tom de reforço a essa ideia inicia-se a Carta Régia de 9 de março de 1718: “... [os índios] são livres, e isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradam...” (Portugal, 1718 apud Gomes, 2003). Porém, logo após, na mesma provisão, temos prova da supracitada exceção à liberdade, no seguinte trecho:

Tapuyas bravos, andando nus, não reconhecendo rei nem governo e não vivendo com modo, e forma de república, atropelando as leis da natureza (...) se possam obrigar por força, e medo, a que desçam do sertão para as aldeias, se o não quiserem fazer por vontade (Portugal, 1718 apud Gomes, 2003)

Apesar de reconhecidos os direitos originários dos povos indígenas ao seu território e ao seu modo de vida, ambos, naquele momento colonial, estavam submetidos a requisitos para que fossem respeitados, os quais são perceptíveis nos trechos dos regulamentos demonstrados — não violarem a expansão territorial portuguesa; reconhecerem a coroa portuguesa e seu governo e viverem condizentes ao modo e à forma de república.

Há antítese nesta Provisão, pois em um trecho afirma que os indígenas não podem ser levados de suas terras para tomarem um modo de vida que os desagradem, mas, em outro, diz que caso não vivam ao modo da república, os povos podem ser deslocados à força para se adaptarem a modo distinto do seu usual; ora, se a princípio não era do agrado dos povos viver aos modos da república e submissos ao governo, a própria Provisão estabelece uma situação majoritariamente fictícia para que direitos de autonomia e posse da terra fossem concretizados.

Nesta ficção, considerada assim para aqueles povos ainda remanescentes juntos às suas culturas e modos de viver antigos, os povos que adquiririam direitos reais (ainda assim suprimíveis na medida que o governo colonial considerasse essencial ao desenvolvimento nacional) seriam aqueles que assimilassem a religião e a cultura da colônia, cada vez mais.

Na sequência do século XVIII, esse pensamento cresceu e se oficializou em uma política — o “Diretório dos Índios”, conjunto de 95 artigos normativos com força de lei, elaborados em 1755 e promulgados pelo Marquês de Pombal (Ministro plenipotenciário do reinado de D. José I) em 1757, que visava definitivamente à integração dos indígenas às vilas e sociedade.

Foi realizada a reconcentração do poder sobre os indígenas para a coroa (sob a figura do Marquês, ministro) e afastamento dos jesuítas no tocante ao poder legal sobre a condução da relação entre Portugal, colônia e indígenas.

Antes, na época jesuíta, houvera uma espécie de garantia mínima à posse e uso livre do território para os povos autóctones; agora, esse direito foi relativizado para dar a estes uma noção distorcida de cidadania, que significaria a abertura de suas aldeias para a entrada de cidadãos portugueses e negros livres, em um processo de miscigenação cultural focada em assimilar os indígenas na sociedade portuguesa vigente, numa posição rebaixada na pirâmide social, na óptica do renomado antropólogo brasileiro Mércio Pereira Gomes (Gomes, 2003, p. 428).

O plano deste diretório consistia em oficializar a posição dos indivíduos indígenas como vassallos do reino português, afastando-os de sua rotina usual e das particularidades do modo de vida de cada povo autóctone. Desta maneira, foram designados juridicamente órfãos e postos sob a tutela de juízes, no jugo do estado, perdida a sua autonomia para o direito da época.

Ainda assim, esboço de conquista estava presente no texto, que viria a servir no futuro como argumento para o direito originário indígena. Consiste em trecho que dizia (em português adaptado para o atual): “inteiro domínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas por si e todos seus herdeiros” (Portugal, 1755 apud Gomes, 2003).

Em 1798, a política do Marquês de Pombal foi revogada via Carta Régia, pois a ideia era tornar os indígenas vassallos livres, equivalentes aos outros componentes da sociedade, e foi avaliado que tal escopo não fora atingido. Portanto, seria de bom tom extinguir o Diretório e partir diretamente do princípio de “igualdade” daquele ponto em diante, ainda que o estado de órfãos permanecesse pelos próximos anos na condição daqueles cidadãos indígenas assimilados à sociedade. O trecho a seguir da Carta ilustra a ideia de que não haveria de se tratar das particularidades dos sujeitos e posses dos indígenas, já que seriam vassallos iguais a todos os outros:

Hei por bem abolir e extinguir de todo o Diretório dos Índios (...) para que os mesmos índios fiquem sem diferença dos outros meus vassallos sendo dirigidos e governados pelas mesmas leis que regem todos aqueles dos diferentes Estados que compõem a Monarquia, restituindo os índios aos direitos que lhes pertencem, igualmente aos meus outros vassallos livres. (Portugal, 1798 apud Gomes, 2003)

E este foi o máximo de cidadania que um indígena pôde alcançar no período colonial — se incorporado à sociedade, conviver em meio aos homens brancos e negros escravizados ou recém libertos, em um processo de aculturação.

Por outro lado — na análise do antropólogo Mércio Pereira Gomes — se isolado e ignorando os costumes portugueses, ser perseguido para servir como mão de obra ou viver em constante embate contra bandos associados à expansão territorial portuguesa — ou luso-brasileira — para áreas inexploradas (legitimamente autorizados para atacar quaisquer povos indígenas que atrasassem o avanço português, conforme asseveram cartas régias do período de 1808 a 1811) (Gomes, 2003, p. 428, p. 429).

O período colonial termina em 1822, deixando uma população indígena remanescente (que antes fora de milhões) de apenas algumas centenas de milhares.

## 2.2 DIREITO INDÍGENA NO BRASIL IMPERIAL

Durante o período imperial, o estado de orfandade indígena se manteve, e o poder dos missionários cristãos foi retomado por decisões regenciais, com o fim de catequizar e integrar aqueles indivíduos ainda não assimilados. Foi promulgada (pela regência) a lei 27 de outubro de 1831, que proclamava todos os índios livres, garantindo a liberdade até para aqueles que sofreram com incursões durante o período colonial, autorizadas pelas cartas régias que estabeleciam exceções aos direitos autóctones à época. (BRASIL, 1831)

A partir do ato adicional de 1834 — maneira informal de se referir à Lei nº 16 da regência imperial — o poder foi descentralizado e as províncias adquiriram certa autonomia<sup>2</sup>, o que também logicamente esparsou diferentes tipos de tratos na relação

---

<sup>2</sup> Cf. BRASIL. **Lei Nº 16, de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 12 ago. 1834. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em: 20 jul. 2024.

dos governos provinciais para com os povos indígenas, a depender das intenções e contextos.

Entretanto, em 1840, ocorreu o golpe da maioria, que antecipou a coroação de Dom Pedro II e pôs fim ao período regencial; o novo governo, aliado ao apelo cultural emergente com o movimento romântico indianista (1ª fase do romantismo brasileiro), centralizou novamente a preocupação com a questão indígena e promulgou sua própria política de direito tangente aos indígenas: o Regimento das Missões (promulgado em 1845 pelo Decreto 426). Foi estabelecido que a política indigenista seria executada através do órgão Diretoria Geral dos Índios, presente em cada província do Brasil.

Eram nomeados diretores gerais e diretores parciais para cada província, estes últimos muitas vezes capuchinhos, frades franciscanos responsáveis por enviar missionários para a catequese indígena e que ficavam responsáveis, pelo regimento, a tratar da interação direta com os povos (Gomes, 2003, p. 431).

Apesar da política integrada, a antiga autonomia que havia sido outorgada às províncias ainda dava frutos, pois diversas delas, através de seus presidentes, decretaram o fim de aldeias em suas jurisdições, sob o argumento de que os indígenas ali residentes já haviam sido integrados à sociedade. Em contrapartida, o Regimento das Missões previa, em seu art. 1º, § 11, a demarcação das terras indígenas, nos seguintes moldes:

Art. 1º Haverá em todas as Provincias um Director Geral de Indios, que será de nomeação do Imperador. Compete-lhe:

§ 11. Propôr ao Presidente da Provincia a demarcação, que devem ter os districtos das Aldêas, e fazer demarcaras terras que, na fórmula do § 15 deste artigo e do § 2º, forem dadas aos Indios. Se a Aldêa já estiver estabelecida, e existir em lugar povoado, o districto não se estenderá além dos limites das terras originariamente concedidas á mesma.<sup>3</sup> (Brasil, 1845)

Em 1865 estendeu-se aos cidadãos indígenas o direito ao *habeas corpus*, o que na linha temporal da legislação imperial foi o último grande momento, cronologicamente, relacionado ao direito dos autóctones; mas antes dele há uma lei

---

<sup>3</sup> diversos documentos jurídicos ao longo do texto (bem como nas referências) serão apresentados em português antigo, pois foram acessados em sua forma original e considerou-se interessante para fins culturais mantê-los como inicialmente foram concebidos. Aqueles que foram acessados já transcritos para textos atuais serão mantidos como foram encontrados, sobretudo para manter as citações fidedignas.

geral que acabou por tocar em aspectos relevantes e de interesse comum de todos da época que viviam da terra, trata-se da Lei de Terras, que data de 1850 e foi regulamentada em 1854.

Tal lei veio para compensar o vazio jurídico em relação à posse e propriedade das terras, que vinha desde a independência do Brasil (1822), já que, antes, durante o governo português, havia o sistema de sesmarias — que nada mais era do que o direito de posse útil da terra, pois todas as terras seriam propriedade do Rei (aquelas sem ocupação eram denominadas devolutas), que cedia o direito à posse quando considerasse conveniente.

Entre 1822 e 1850, no período em que o império em seu centro não regulamentou a questão agrária, a distribuição se deu pela lei do mais forte, onde aqueles com poder bélico e político conquistavam e mantinham terras, adquirindo, com o tempo e costume, sua posse e presunção social de propriedade.

A Lei de Terras não estabeleceu planos para uma política de distribuição de terras públicas devolutas para trabalhadores sem posse, nem criou uma ampla distinção entre terras públicas e terras privadas, mas facilitou a ampliação de latifúndios para aqueles que já tinham poder bélico, político e financeiro, ao estabelecer em seu art. 1º que as terras devolutas seriam adquiridas apenas através da compra.

Havia no artigo 3º uma classificação das terras que seriam devolutas e no artigo 12 uma determinação de reserva destas para alguns fins, ambos figuram abaixo, na íntegra, visto que vitais para compreender a política de distribuição de terras da lei:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias:

1º, para a colonisação dos indigenas;

2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos;

3º, para a construção naval. (Brasil, 1850)

É visível que não há nas exceções de terras devolutas nenhuma menção às terras originariamente garantidas aos autóctones em outros ordenamentos normativos brasileiros prévios ao império. O artigo 12 da lei fazia a única referência à questão territorial indígena, assertando apenas que o governo reservaria dentre as terras devolutas as que julgasse necessárias para os fins de colonização indígena, em um claro descaso legislativo com a demanda importantíssima dos povos indígenas por segurança jurídica no tocante à sua posse étnica originária.

Entretanto, em 1854, sobreveio um decreto para regulamentar a Lei de Terras, adicionando mais detalhes no processo de determinação de terras para reserva aos indígenas. Localizados no capítulo VI “Das terras reservadas”, os artigos relacionados foram do 72 ao 75, abaixo apresentados:

#### Das terras reservadas

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indigenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspectores, e Agrimensores, tendo noticia da existencia de taes hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu genio e indole, do numero provavel de almas, que ellas contêm, e da facilidade, ou difficuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Director Geral das Terras Publicas, por intermedio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessaria.

Art. 74. A' vista de taes informações, o Director Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessarias para o aldeamento, e todas as providencias para que este se obtenha.

Art. 75. 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, por assim o permittir o seu estado de civilização. (Brasil, 1854)

De fato, o decreto trouxe um pouco de segurança jurídica, pois passou a haver detalhamento no procedimento de reserva da posse e houve oficialização da propriedade quando, por ato especial, o Governo Imperial concedia permissão para alienação. Entretanto, ainda existem alguns aspectos a pontuar.

Um deles é o distanciamento do discurso de posse originária indígena das terras que ocupam ou ocuparam (presente em textos antigos como o alvará 1º.4.1680), pois há no texto legislativo um teor de concessão de terras devolutas (naturalmente consideradas desocupadas ou sem dono anterior que não o Império), não de garantia de uma posse preexistente.

Isto fica evidente na ausência de menções ao fato de alguns territórios serem tradicionalmente ocupados por indígenas e no trecho a seguir, do art. 73 — “indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessária.”, em que fica a impressão de que as terras selecionadas seriam escolhidas a critério conveniente para a administração, não por aspectos culturais e da relação entre um território e um povo autóctone que tradicionalmente ocupasse tal local.

Há um tom de “favor” da administração para com os povos, pois estariam fornecendo terras devolutas, ou seja, livres de posse e propriedade, para aqueles povos que ocupavam a área, mas não de maneira automaticamente válida para caracterizar seu domínio sobre ela.

Para além disso, há perniciosidade na maneira como fora redigido este capítulo do decreto, justamente no que concerne à obtenção da propriedade (via concessão por ato especial do Governo Imperial).

O grau de civilização de cada população indígena é posto em xeque, tanto para validar quanto invalidar seus direitos à posse e à propriedade. Se civilizada o bastante, no critério dos inspetores e agrimensores de terras, não teria desde o princípio direito à reserva de terra devoluta para aldeamento; por outro lado, se considerada selvagem, possuiria o direito à reserva e usufruto, mas não à propriedade definitiva, pois ela só ocorre por meio de concessão imperial através de ato especial, se o “estado de civilização” do povo indígena for considerado satisfatório.

Essa dualidade, em que a satisfação total do direito se deu a partir de um rótulo variável entre selvagem e civilizado apenas valorizou o arbítrio de decisões inseguras juridicamente para povos que não alcançavam a propriedade definitiva justamente por manter sua cultura; além dos casos em que povos eram reconhecidos como civilizados o suficiente para não precisarem de demarcação *a priori*.

Ainda assim, a Lei de Terras e seu regulamento foram as primeiras garantias (embora tímidas) detalhadas acerca da reserva de terras para os povos originários nacionais, e abriu espaço para futuras atualizações na legislação no tocante a garantir terras para os povos indígenas que nela habitavam habitualmente. Trouxe também garantia a alguns povos que tiveram extensa porcentagem do processo de demarcação concluído, e o puderam assim assinalar no período republicano, para assertar a qualidade de possuidores antigos e legitimados da terra, até mesmo nos critérios da sociedade que os desumanizava em direitos.

## 2.3 DIREITO INDÍGENA, DA PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA À CRFB/88

Após a Proclamação da República, em 1889, veio a Constituição Federal de 1891, seguida por diversas constituições estaduais, que mais se preocupavam com os indígenas do que o fazia a Carta Magna. Contudo, a despeito da aparente descentralização da questão indígena, o Estado instituiu em 1910 o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), que seria o responsável principal pela guarda dos direitos indígenas nas décadas seguintes. Em conteúdo diferente daquilo que propôs o SPI, surgia no começo do século XX a tese do Indigenato, que para fins didáticos será oportunamente abordada em capítulo posterior, mas cabe aqui a referência à sua época de primeira manifestação.

O SPI era laico, evolucionista e atuava com o viés ideológico do “paradigma da aculturação”, ideologia que previa a integração dos povos autóctones à sociedade nacional, gradativamente, em um processo de assimilação cultural e perda da identidade e costumes típicos indígenas, não de forma violenta, mas natural e evolucionista (Gomes, 2003, p. 433).

Deste modo, sem visão antropológica ou plano de manutenção e desenvolvimento étnico-cultural, o SPI assumiu a titularidade federal no tocante às ações tocantes ao dia a dia dos indígenas para a Federação. Sintonizado com esse viés, o Código Civil de 1916 manteve a visão pré-republicana de que os indígenas não possuíam autonomia plena — Antes eram tidos como órfãos, agora, como relativamente incapazes.

Os restava, então, serem conduzidos, como relativamente incapazes, em um caminho de integração, condescendente e aculturado, à sociedade.

Apesar do clima de transição, constituições, decretos e ações posteriores trariam tons de garantias. A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 129, assertou a validade da posse de povos indígenas sobre as terras em que se localizem permanentemente, com as seguintes palavras: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nellas se achem permanentemente localizados sendo-lhes, no entanto, vedado alienal-as” (Brasil, 1934).

O Decreto 736/36 estabeleceu, pouco tempo depois da constituição, algumas complementações aos direitos autóctones e às atuações do SPI, das quais cabe destacar as seguintes, presentes no art. 3º:

Art. 3º O Serviço de Protecção aos índios promoverá os actos mais convenientes:

a)

para impedir que as terras habitadas pelos selvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduaes ou Municipaes, já pelos particulares;

b)

para que na falta de accordo sejam requeridos ao Juiz Federal correspondente es remedios legais competetes, para garantir aos selvícolas as suas posses, na forma do decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928;

c)

para que, igualmente, sejam respeitadas as posses dos índios já reconhecidas em virtude da lei de 18 de setembro de 1850 e outras posteriores, ainda mesmo nos casos de extincção dos aldeamentos, provando que o facto dos Governos terem deixado de administrar esses aldeamentos ou estabelecimentos, ou de superintendel-os, não justifica que os índios, ou seus descendentes, sejam expoliados de suas terras; (...)

e)

para em caso de coacção ou imminencia de coacção, por illegalidade ou abuso de poder contra índios, applicar recursos legais e tomar providencias complementares immediatas que assegurem aos índios todas as garantias, cumprindo sempre, concomitantemente, communicar esses factos ás autoridades superiores (Brasil, 1936).

Nesses trechos, pode-se observar diversas nuances da luta indígena por direitos ao longo das centenas de anos de Brasil. Visível está, ali na alínea “c”, a importância daquelas posses indígenas arduamente conquistadas e confirmadas nos anos seguintes à promulgação da lei de terras e seu respectivo decreto regulamentador — serviram como pavimento para legitimar posses indígenas independentemente da passagem de diferentes formas de governo ou meios de colonização. Com os versos da alínea “c”, há garantia de posse indígena daquelas terras que foram até mesmo extintas no sentido de aldeamento, que era a principal previsão de uso das terras, apontada no art. 72 do decreto regulamentador da Lei de Terras.

A alínea “b” e a alínea “e” ressaltam garantias à posse, à dignidade e autonomia dos indígenas, ressaltando sua característica de cidadãos, sujeitos de direitos alcançados por proteção do SPI (ainda que tidos como relativamente incapazes). Trata-se de conquista junto ao ordenamento nacional há muito desejada pelos povos originários.

Por fim, a alínea “a” destaca que as terras habitadas pelos povos autóctones não devem ser tratadas como se devolutas fossem, rechaçando a antiga visão imperial de que as terras seriam, *a priori*, do Império (devolutas, portanto), para apenas a partir

daí serem concedidas em posse aos indígenas (com aquelas condições ambíguas já apresentadas para concessão futura do estado de propriedade. Em suma, há nesse decreto diversas superações a entraves anteriores.

Em 1967 foi extinto o Serviço de Proteção aos Índios, substituído pela FUNAI (Fundação Nacional dos Povos Indígenas). Esta que, criada durante a Ditadura Militar, passou por diversos contextos ideológicos nacionais ao longo de suas décadas de funcionamento e consiste na principal força coordenadora e executora da política indigenista nacional. Inclusive, foi presidida pelo antropólogo supracitado ao longo do capítulo — Mércio Pereira Gomes — de 2003 a 2007, período durante o qual foram demarcadas mais de 60 terras indígenas.

Em 1973, foi publicado o Estatuto do Índio (Brasil, 1973), que continha alguns conceitos ainda negativos, mas também inovações positivas. Continuou com o status de incapaz concedido aos indígenas no Código Civil de 1916, só que agora os ditos “índios” seriam tutelados pela FUNAI (Eloy Amado, 2022, p. 62).

Não vigorava sob o antigo paradigma da aculturação, pois, apesar de desejar a integração dos povos indígenas à sociedade brasileira, previa a preservação cultural dos povos originários, como pode ser visto no seu artigo inicial: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Atualmente, apesar de estar em vigor, alguns de seus artigos não são aplicados, pois vão de encontro à Constituição Federal, hierarquicamente superior. Como exemplo, vale citar os artigos 9º a 11 da referida lei 6.001/73, os quais tratam de procedimentos individuais e coletivos relacionados ao regime tutelar que havia naquele tempo; bem como a definição de comunidade indígena trazida no art. 3º, que atualmente está ultrapassada e limita a aplicabilidade de tal artigo (Eloy Amado, 2022, p. 121):

Art. 3º - Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: [...] II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados. (Brasil, 1973)

Positivamente, o estatuto do índio discorreu sobre posse e demarcação de terras indígenas em diversos artigos, como o 19, 22, 23, 24, 25 e 65, este último que elucidava o dever do Poder Executivo de, no prazo de cinco anos, fazer a demarcação das terras indígenas ainda não demarcadas. Também previa, no art. 57, a aplicação de sanções estabelecidas pelos próprios povos indígenas em relação aos seus integrantes.

Válido colocar aqui o texto de alguns destes artigos e deixar a indicação de consulta na íntegra da Lei 6.001/73, que vigora até hoje, apesar da suspensão de aplicabilidade de alguns de seus artigos em razão da incompatibilidade com a CRFB/88:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes

Art. 25. 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, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas (Brasil, 1973).

Importante assinalar que, com a criação do Parque Nacional do Xingu, em 1953, o processo de demarcação das terras indígenas veio ter consideração a parâmetros ecológicos e culturais, além de ampliar seu conceito de território indígena para abranger também crescimento demográfico, imemorialidade e perambulação tradicional; tudo isso representou significativo avanço, que embasaria os moldes para posteriores demarcações de povos indígenas dos anos 70 em diante (Gomes, 2003, p. 434, p. 438).

Após essa jornada jurídica do recente Brasil República, dotada de diversos avanços, mas ainda com alguns conceitos refreadores de garantias e autonomia para os povos originários, vem a Constituição Federal de 1988, que veio para trazer

segurança jurídica aos povos indígenas e à sua existência como possuidores étnicos de seus territórios.

### 3 DIREITO INDÍGENA(IST)A CONSTITUCIONAL E EMERGÊNCIA ÉTNICA

A Constituição Federal de 1988 aproximou os indígenas de seus direitos como nunca antes, mas não só isso: os povos indígenas e seus representantes muito lutaram do passado até o período pós Carta Magna para conquistar seus direitos junto a um sistema não-indígena, com preocupações e políticas distantes daquilo que interessa aos povos.

Do Kaingang Vitorino Condá, passando pelo Xavante Namakura Mário Juruna (Mário Dzuruna Butsé) e no presente através de Luiz Henrique Eloy Amado Terena — para citar apenas alguns nomes, de tantos —, diversos representantes de diferentes povos indígenas buscaram, através da política e do direito, mudar a forma como as sociedades autóctones eram social e juridicamente tratadas — que se dava em segregação e garantia superficial de direitos, conforme foi apresentado na linha do tempo do direito nacional.

Com a vigente Constituição, pluralista e social, conceitos ideologicamente diversos finalmente tomaram corpo em conteúdo e interpretação nas/das disposições constitucionais. A compreensão das terras indígenas não como propriedades a serem cedidas pelo Estado (como o era no Brasil Império), mas como terras abrangidas pela posse étnica (garantidas pelo estado, que respeita a posse originária e apenas tem a denominada propriedade para fins jurídicos, pois todo o usufruto é dos povos originários), veio ao encontro da cada vez maior retomada indígena de suas identidades e de seus territórios tradicionais (a chamada emergência étnica).

Junto a tudo isso, maior acesso à política e à justiça representa o desenvolvimento da participação dos indígenas no Brasil pós 1988, cujos povos hoje podem gozar de uma Constituição que considera a diversidade étnica e seus interesses.

Exemplo de materialização desse status de amplo acesso está na recente decisão do TSE acerca do projeto de autoria de Célia Xakriabá, que proporcionará cotas proporcionais do fundo eleitoral e partidário para candidatos indígenas de cada partido, tal como tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão (Gov, 2024).

Quanto à expressão constitucional que considera os interesses pluriétnicos, pode-se comprovar apontando-se o art. 232 da Constituição Federal, que dá aos povos indígenas o direito de entrar em juízo para defender seus interesses — A Carta

Magna oficializou a antiga tese do Indigenato e abriu caminho para que povos indígenas possam ser protagonistas na defesa de seus próprios interesses políticos, jurídicos e existenciais; assim, retomada de territórios de onde antes foram expulsos puderam ser oficializadas para os indígenas como aquilo que são: posses étnicas tradicionais, originárias e respaldadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, torna-se possível vislumbrar um direito que não parta do Estado para os indígenas de forma desconectada de suas realidades, mas que seja elaborado também a partir dos interesses dos povos, que busque legitimar direitos com base no respeito à autonomia e dignidade dos originários— um direito indigenista, apresentado pelo advogado Luiz Henrique Eloy Amado (do povo Terena) em sua tese de doutorado “O campo social do direito e a teoria do direito indigenista” (2022).

### 3.1 TÍTULO VIII, CAPÍTULO VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O INDIGENATO E A POSSE ÉTNICA

Em seu título VIII, “Da Ordem Social”, a CF/88 dedicou um capítulo (VIII) para abordar em específico os direitos indígenas. Composto por dois artigos, o segundo trata do direito do indígena ao acesso à justiça para proteger seus direitos e interesses, tomando parte como indivíduos, comunidades ou organizações — “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” (Brasil, 1988)

Este artigo, esta disposição constitucional, foi diretamente de encontro àquilo que previa o Código Civil de 1916 e o Estatuto do Índio: o status de tutelados e relativamente incapazes que pesava sob os indivíduos e povos indígenas. A partir deste artigo, o liame dos indígenas à tutela foi extinto, e estes puderam gozar de capacidade de fato e de direito junto ao Estado e direito brasileiro, como titulares diretos de seus interesses jurídicos.

Por seu turno, o art. 231 caput e parágrafos trazem garantias sobretudo (embora vá além, ao tratar também do reconhecimento da organização social; das línguas; crenças; costumes e tradições dos povos originários) à posse, ao usufruto e aproveitamento dos territórios onde se situam os povos indígenas, ressaltando que tais direitos os pertencem a partir da ocupação tradicional de terras, consistindo em direitos originários sobre estas.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Brasil, 1988)

A teoria do Indigenato teve grande influência na redação desse artigo, que expressamente estabelece aquilo que aquela elucida. Surgiu no início do século XX, em palestras de João Mendes Júnior, e foi apresentada em texto no seu livro “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos” (Mendes Júnior, 1912).

João Mendes, ministro do STF à época, afirmou em sua tese que os povos indígenas seriam os originários e legítimos possuidores das terras que ocupavam tradicionalmente. Ele mencionava inclusive que os próprios portugueses já admitiam o fato de tal posse ser originária, como assertava o alvará 1º.4.1680, que colocava os “índios” no posto de primários senhores das terras que habitavam.

O Indigenato, portanto, considera a posse dos indígenas no sentido de ser legítima, especial e diferente da posse comum — a posse indígena tem direta relação entre etnia, cultura e tradição. Ao Estado não cabe dar o direito, mas apenas garantir que este seja reconhecido e respeitado, pois ele sempre esteve lá, desde as origens do Brasil.

Vejamos a letra de alguns dos parágrafos do art. 231 da CRFB/88:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (Brasil, 1988)

O caráter distinto da posse indígena fica claro ao observar os parágrafos, onde, além da explícita menção do art. 231 caput ao direito originário àquelas terras tradicionalmente ocupadas, há diversas garantias e conceitos relacionados ao exercício da posse e à segurança destas. O § 1º define quais terras estão abarcadas pelo conceito de “tradicionalmente ocupadas”, relacionando a posse à habitação permanente e à reprodução física e cultural.

Erroneamente, pode-se pensar que o trecho “habitadas em caráter permanente” poderia premiar esbulhos e tomadas de território por não-indígenas, mas o que vale deste trecho é a habitação permanente intencional e espontânea do povo originário, ou seja, em uma possível de retomada de território do qual foram anteriormente violentamente afastados, a Carta Magna reconhece neste território uma terra tradicionalmente ocupada pelo povo indígena em questão, pois há relação cultural e existencial entre este e a terra.

A confirmar essa característica constitucional da ocupação tradicional está a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no voto de vários de seus ministros, nas ACO'S (Ações Cíveis Ordinárias) número 362 e 366, de autoria do Mato Grosso, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Luís Roberto Barroso ressalta o direito atemporal e imprescritível dos indígenas sobre suas terras originárias, inclusive das quais tenham sido retirados de maneira involuntária e forçada, ainda que antes do advento da Carta Magna vigente:

[...] ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. [...] penso que a maneira como a Constituição de 1988 enfrentou este problema resolveu retroativamente. Portanto, ainda que houvesse uma pretensão fundada, ela não subsistiria ao caráter declaratório e retroativo com que a Constituição tratou esta matéria (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Acórdão aco's 362 e 366. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 71-72. 16/08/2017).

Outrossim foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes, citando o Indigenato e ressaltando o significado de habitação tradicional e permanente, compreensões basais à posse étnica indígena, apresentadas como conceitos ali no art. 231 e § 1º da CFRB/88 e que, em interpretação desarmonizada do texto constitucional, vem sendo utilizada para favorecer a tese do marco temporal, conforme dissertaremos adiante. Analisando o voto de Moraes, é perceptível que a Constituição, o Supremo e o Indigenato concordam entre si e se completam, ainda mais se considerarmos a clara inspiração que os constituintes da Carta Magna encontraram no Indigenato para elaborá-la. Adiante vejamos o voto do ministro:

No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do Indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas. “(...) as terras do Indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decreto nº1854 (...)” (Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, 1912, p. 62) Também pesou a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. Isso não retira a característica de permanência na ocupação (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Acórdão aco's 362 e 366. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 17, p. 25. 16/08/2017)

Os outros parágrafos do art. 231 da Constituição Federal reforçam a segurança jurídica que possuem os povos originários em relação às suas terras. Perceptível no direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais (art. 231, § 2º); no aproveitamento de recursos hídricos e direito de serem ouvidos quando afetados por lavras e pesquisas de riquezas minerais em suas terras ou proximidades. Além de ser necessária autorização do congresso para que tais explorações ocorram (art. 231, § 3º).

Outras previsões tocantes à segurança jurídica são apresentadas na inalienabilidade e indisponibilidade das terras indígenas, além da imprescritibilidade dos direitos sobre elas (art. 231, § 4º); na vedação de remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo exceções apresentadas no próprio texto do parágrafo (art. 231, § 5º) e na nulidade dos atos que firam o que prevê o artigo e seus parágrafos, que busquem ocupar, dominar e possuir terras legitimamente reconhecidas como de posse indígena, ou explorar suas riquezas naturais (art. 231, § 6º).

### 3.2 A TEORIA DO DIREITO INDIGENISTA DE ELOY AMADO

Eloy Amado define que o conjunto de normas que versam sobre os direitos e interesses dos povos indígenas, criados não necessariamente com a participação deles, resultam em um campo do direito a ser denominado direito indigenista (Eloy Amado, 2022, p. 138). As sublimes premissas e bases para esse direito são o direito e interesse jurídicos dos povos indígenas, a autodeterminação dos povos e a dignidade humana.

#### 3.2.1 As bases do direito indigenista

Nas palavras de Eloy Amado, “o direito dos povos indígenas está ligado às suas faculdades que pressupõem o respeito à sua autonomia” (Eloy Amado, 2022, p. 138), enquanto o interesse jurídico “diz respeito às tratativas relacionadas aos povos, pois não basta apenas atuar em obediência ao que a norma prescreve, mas, sobretudo, atuar em defesa da autonomia da vontade dos povos indígenas” (Eloy Amado, 2022, p. 138).

Para melhor entender o interesse jurídico indígena, é essencial observar o princípio da autodeterminação dos povos — dotado de respaldo legal advindo da CRFB/88, da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas —, que promove o respeito à visão e compreensão de mundo a partir das quais os povos indígenas tomam suas decisões; ao passo que o princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é de onde decorre o respeito ao interesse indígena, de forma que todo interesse indígena pode ser objeto de reivindicação protetiva tanto no âmbito jurídico quanto político (Eloy Amado, 2022, p. 138-139).

#### 3.2.2 Conceito e fontes do direito indigenista

Eloy Amado asserta, como conceito principal de direito indigenista, o conjunto de normas jurídicas prolatadas em âmbito estatal, tanto internas quanto internacionais, que possuam como desígnio regular relações jurídicas que afetem os interesses dos povos indígenas; são, assim, normas formais que seguem os ritos do

legislativo (como leis, tratados e decretos) ou da administração estatal — resoluções, pareceres vinculantes, portarias, dentre outros (Eloy Amado, 2022, p. 138-139).

Nesse diapasão, Eloy Amado aponta diretamente alguns documentos e aspectos de direito que compõem o direito indigenista:

[...]compõem o direito indigenista brasileiro a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), a Convenção n. 169 da OIT (Decreto n. 5.051/2004), o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), dentre outros tratados internacionais e normas infralegais (Portaria Interministerial n. 60/2015, Portaria Conjunta n. 4.094/2018, Resolução n. 287/2019 do CNJ, Instrução Normativa n. 9/2020 da Funai, Resolução n. 04/2021 da Funai, etc.), bem como doutrinas, jurisprudências, princípios e o próprio direito consuetudinário, quando aplicado no âmbito estatal (Eloy Amado, 2022, p. 139-140).

No tocante à conceituação de fonte, Eloy Amado cita a posição de diversos doutrinadores (Kelsen, Maria Helena Diniz, Aurora Tomazini de Carvalho etc.) e ressalta o aspecto multidisciplinar do entendimento da fonte do direito — para um historiador; antropólogo; sociólogo... —, de forma que, após apresentar alguns conceitos, conclui que o sentido de fonte para a pesquisa do direito indigenista consiste na busca das origens das regras que compõem o sistema de direito positivado que trata dos povos indígenas. Assim, o enfoque resta nos enunciados jurídico-prescritivos, cujas fontes do direito serão as origens dos ditos enunciados (Eloy Amado, 2022).

As fontes do direito indigenista se dividem em formais e não formais. Localizam-se dentre o que já foi dito como componente do direito indigenista. Nas palavras de Eloy Amado:

[...]consideraremos como fontes formais a constituição federal, tratados internacionais, leis, decretos, regulamentos e jurisprudências que tratam dos direitos dos povos indígenas. E como fontes não formais ou não estatais o direito consuetudinário, a doutrina e as convenções, em geral, efetivadas pelos povos e comunidades indígenas (decisões das assembleias indígenas, regimentos tribais etc.) (Eloy Amado, 2022, p.141).

Para Sérgio Pinto Martins, o objeto do direito é o “bem ou a vantagem determinada pela ordem jurídica” (Martins, 2009, p. 226 apud Eloy Amado, 2022, p. 141); destarte, o objeto do direito indigenista estampa-se na proteção dos interesses jurídicos dos povos originários, centrado na relação entre Estado e povos indígenas.

Ainda que muito importante e bem direcionado para o amparo dos povos indígenas, o direito indigenista não é o estágio final na concepção ideal de harmonia entre sociedades indígenas e não-indígenas.

Vale pontuar que o máximo respeito aos originários ocorrerá quando, na forma de um verdadeiro pluralismo jurídico, falarmos em direitos indígenas (construídos pelos próprios povos, diferentemente daqueles “direitos” que foram impostos por toda a colonização) em diálogo com a Constituição Federal, com pesos equânimes e respeito à integridade de todas as sociedades envolvidas. Quando este dia chegar, o direito indigenista será acessório e complementar, não mais figurando como essencial para afirmar, proteger e propagar direitos que deveriam ser de simples observação pelas nações.

Por ora, na atualidade em que se realiza a corrente pesquisa, ainda há ampla violência contra a autonomia dos povos indígenas, de modo que o direito indigenista permanece e se estabelece como pauta essencial para a compreensão e a garantia de direitos dos povos originários. Tornemos a ele.

### 3.2.3 Princípios do direito indigenista

Faz-se essencial observar os princípios que regem o direito indigenista, pois resumem seu escopo e o conteúdo que abarca por entre todas as suas fontes.

Ademais, são princípios dotados de certo respaldo constitucional, ainda quando advindos de outras fontes, pois devem ser lidos à luz do interesse jurídico dos povos indígenas, o qual, conforme já foi dito, se relaciona diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio do respeito à autodeterminação dos povos, presentes na Carta Magna.

Outra característica interessante, que coordena a interpretação dos princípios e as normas de onde são extraídos, é a filtragem constitucional, a qual, segundo o professor e Ministro Luís Roberto Barroso, consiste em toda a ordem jurídica dever ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (Barroso, 2001, p. 44).

Em suma, o direito indigenista, apesar de incluí-la, vai além da Constituição, por ter como fontes diferentes documentos e até mesmo costumes e resoluções dos próprios povos indígenas, mas pela própria natureza do direito indigenista, das suas

fontes e objeto, acaba por ser amplamente constitucional, e, inclusive, por ter a interpretação de seus princípios atrelada à filtragem constitucional.

Trataremos sobre alguns dos princípios do direito indigenista, conforme dissertados por Eloy Amado. Com destaque àqueles importantes para a posterior feição de análise opositiva ao marco temporal.

### 3.2.3.1 Princípio da Autodeterminação dos Povos e princípio da identidade cultural

O princípio da autodeterminação dos povos encontra sua base tanto no direito originário dos povos aos seus territórios — pois como primeiros habitantes naturais têm o direito de autogoverno e regimento de sua existência — quanto na Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2021, p. 38 apud Eloy Amado, 2022, p. 142).

Abaixo transcritos os artigos 3 e 4 da Declaração da ONU, que reforçam a total autonomia dos povos indígenas para gerir suas questões internas e seu desenvolvimento:

Artigo 3: Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural

Artigo 4 Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas. (ONU, 2007)

Ao atentar-se ao disposto no artigo 3 da declaração da ONU, percebe-se como outro princípio surge como corolário da autodeterminação dos povos: o princípio da identidade cultural. Pois o direito dos povos à autodeterminação os permite desenvolver com liberdade sua cultura, que passa, naturalmente, a integrar um conceito único de identidade para aquele povo, se tomarmos uma concepção ampla da cultura.

O princípio da identidade cultural materializa-se no direito dos povos indígenas de definir e proteger sua cultura, em toda a amplitude do conceito. Vigora no respeito aos modos dos povos de viver e ver o mundo e no direito de não sofrerem assimilação cultural forçada. Tal princípio encontra amparo no art. 231 da Constituição Federal — quando enumera tudo que é reconhecido aos indígenas (elementos

componentes da identidade cultural) —, na Declaração da ONU (artigo 8) sobre os direitos dos povos indígenas e na Convenção 169 da OIT (art. 2º), conforme transcrito abaixo:

#### Artigo 8

1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.
2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:
  - a) Todo ato que tenha por objetivo ou conseqüência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica;
  - b) Todo ato que tenha por objetivo ou conseqüência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos.
  - c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou conseqüência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos.
  - d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas.
  - e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles (ONU, 2007).

#### Artigo 2º, Convenção 169, OIT

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas:
  - a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
  - b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
  - c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida (OIT, 1989).

A convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil no início do corrente século e, desde 2003, a implementação de suas diretrizes persiste obrigatória ao Estado, dado que se trata de um tratado internacional vinculante. Fica evidente, no artigo 2º da convenção, a intenção da OIT de atribuir aos Estados nacionais o dever de zelar pelo direito à identidade cultural, em sua efetividade e manutenção, sem, contudo, retirar o protagonismo dos povos indígenas, que devem participar, como interessados respaldados pelo Estado.

A Declaração da ONU, predita, igualmente, confirma o compromisso devido pelos Estados de zelar pelos direitos à identidade cultural dos povos indígenas, inclusive estabelecendo meios de proteger e reparar atos que diretamente influam em

consequências à identidade cultural dos povos indígenas, em alguma medida (visto que o conceito é amplo, vasto em interpretação).

Conveniente focalizar no que traz Eloy Amado em sua tese quando trata deste princípio:

[...]é importante consignar que a identidade, assim como a cultura, não é estática. Pelo contrário, é dinâmica e sofre transformações. O aspecto que deve prevalecer na “mudança, adaptação ou incorporação” de elementos culturais é a maneira como ocorre. Tal processo deve ocorrer de forma livre e voluntária, não podendo ser forçado (Eloy Amado, 2022, p. 145).

Este trecho esclarece possíveis confusões em relação às identidades culturais dos povos originários, que em argumentações contrárias à preservação poderiam traduzir-se em delimitações excludentes, conceituadas por pessoas externas às realidades dos povos indígenas, baseadas em estereótipos do que seria a cultura destes, em tom limítrofe das possíveis características e mudanças a virem de dentro da autonomia cultural dos indígenas.

### 3.2.3.2 Princípio do Indigenato

Este já foi abordado anteriormente no texto, embora não como um dos princípios do direito indigenista, mas vale agora trazer o que disse o ministro (hoje aposentado) Carlos Ayres Britto, na Petição 3388, ao falar sobre o direito originário dos povos indígenas:

[...]essa a razão de a carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras 147 públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios” (Pet 3388 / RR – Rel. Min. Carlos Britto, 2009).

A jurisprudência é clara ao discorrer a respeito da hierarquia temporal do direito originário dos povos em relação a outros que o Estado crie e possuam status de adquiridos por indivíduos alheios às etnias indígenas — o direito originário prevalece.

Conforme sabemos, o Indigenato serviu como base para o direito indígena constitucional, e encontra apoio também na Convenção 169 da OIT, que demonstra preocupação com a posse dos povos indígenas sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas; vejamos, nesta seara, trecho do artigo 14 da Convenção:

#### Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse (OIT, 1989).

3.2.3.3 Princípio da tripla afetação da terra indígena; princípio da vinculação territorial ou não remoção; princípio do reconhecimento territorial formal e princípio da afetação federal

Conforme atesta Eloy Amado, a terra indígena é uma categoria jurídico-antropológica que possui ao menos três dimensões enumeráveis. Entende-se a primeira na seguinte definição: espaços que funcionam como protetores do modo de vida de cada povo indígena, de modo a garantir sua sobrevivência física e cultural (art. 231 da CRFB/88).

Numa segunda dimensão, são terras de conceito interligado entre indígena e meio-ambiente (conforme assentado na jurisprudência do STF na Pet.3338-RR), pois as terras indígenas, além de atuarem na proteção da integridade existencial e cultural do povo, também protegem o meio-ambiente, em uma relação intrínseca no existir do povo indígena e no cuidar da natureza, pois o modo de vida dos povos respeita o ecossistema, sem acarretar prejuízos ao natural.

Em terceira dimensão, são terras que constam como bens públicos federais (art. 20, inciso XI, CF), contribuindo para a preservação do patrimônio público brasileiro (Eloy Amado, 2022, p. 150). Essa, portanto, é a tripla afetação da terra indígena.

Outro princípio cabível de abordar junto ao da tripla afetação é o da vinculação territorial ou não remoção, que se envolve com as três dimensões apresentadas.

Este princípio é bem simples: não existe povo indígena sem território tradicional, todos devem ter o seu território reconhecido; assim, vinculados sempre ao

seu território, não podem ser removidos deste — não em definitivo, pois a Constituição elenca hipóteses de remoção temporária, zelando pela segurança dos povos e da nação.

Tem égide na CRFB/88 (art. 231, § 5º, já citado no presente trabalho) e na Declaração da ONU (art. 10):

Artigo 10

Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso (ONU, 2007).

Associável à vinculação territorial encontra-se o apropriado reconhecimento do direito aos seus territórios, que se manifesta no princípio do reconhecimento territorial formal, o qual destaca o direito dos povos indígenas de terem seu território formalmente reconhecido e demarcado. É confirmado pela Constituição, pelo Estatuto do Índio e pelo Decreto 1.775/96 (que estabelece as etapas do processo de demarcação).

A Constituição fez sua parte ao estabelecer que caberia à União demarcar todas as terras indígenas, no prazo de 5 anos (art. 231 e art. 67 da ADCT); a seu turno, o Estatuto do Índio (art. 19) determina que será administrativamente realizada a demarcação das terras indígenas — além de assinalar em seu artigo 65 que tal demarcação deveria ser feita no prazo de cinco anos a partir daquela lei (promulgada em 1973), conforme apontado anteriormente neste trabalho.

Eloy Amado assevera o status de reconhecimento dado aos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, diferindo reconhecer de outorgar, ao explicar que a demarcação se reveste de natureza declaratória, não constitutiva, ao reconhecer uma situação jurídica preexistente, anterior até mesmo ao próprio Estado de direito (Eloy Amado, 2022, p. 154-155).

Em estreita ligação com o princípio do reconhecimento territorial formal, encontra-se o princípio da afetação federal. Ele estabelece que os temas, direitos e interesses dos povos indígenas serão majoritariamente afetados no âmbito federal.

Nos três poderes há atribuição constitucional federal — competência privativa da União para legislar sobre população indígena (art. 22, inciso XIV); competência da justiça federal para processar e julgar causas atinentes a direitos indígenas em disputa

(art. 109, inciso XI); e competência da União para demarcar e proteger as terras indígenas (art. 231), a qual também estabelece órgãos federais, vinculados a ministérios, para promover a política indigenista nacional (Funai, vinculada ao Ministério da Justiça) e a saúde (Sesai, secretaria vinculada ao Ministério da Saúde).

#### 3.2.3.4 Princípio do sentimento de pertença e princípio do bem viver

Logicamente relacionado com o princípio da identidade cultural, o princípio do sentimento de pertença/pertencimento tem caráter duplo — envolve tanto o reconhecimento de si próprio como pertencente a determinado povo, quanto o reconhecimento como integrante a partir da visão da comunidade. Encontra fundamento no art. 1º da Convenção 169 da OIT — no trecho “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” — e no artigo 9º da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, apresentado a seguir:

Artigo 9: Os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar do exercício desse direito (ONU, 2007).

Não só para aplicação da Convenção, conforme preceituado, mas também para aplicação do direito de cada Estado, faz-se essencial respeitar e promover o autoconhecimento dos indivíduos e dos povos indígenas no tocante à consciência de suas identidades indígenas. Isso garante a participação política de indivíduos que poderiam ser considerados “desaldeados”, a partir de um conceito restrito de indígena, por viver fora da aldeia, em meio urbano, por exemplo, independente dos motivos. Ainda que afastados fisicamente da aldeia, estes indígenas não podem ter sua identidade e seu pertencimento deslegitimados (Eloy Amado, 2022, p. 150).

Reforçando a importância da identidade indígena, do pertencimento, sobretudo para a efetivação de direitos, figura o seguinte trecho versado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em julgamento do STF da ADPF 709, que questionava resolução da FUNAI referente ao estabelecimento de critério de heteroidentificação para atendimento de política pública:

“Nessa linha, o art. 1º, 2, da Convenção 169 da OIT prevê expressamente que a ‘consciência de sua identidade indígena ou tribal’ é o critério fundamental para identificação dos povos indígenas. A previsão tem o propósito justamente de evitar a 151 recalcitrância dos Estados em tal reconhecimento. A Resolução n. 4/2021 da FUNAI deixa de observar tal critério, abrindo caminho a que se desconsiderem como indígenas povos que a cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal já declarou que devem ser considerados como tal. Nessas condições, por meio da resolução, acaba-se possibilitando a sua exclusão de políticas públicas voltadas a tais povos e coloca-se em risco seu acesso à saúde especial e à vacinação prioritária em meio à pandemia, violando-se os arts. 215, 216, 231 da Constituição, que determinam a proteção especial de tais povos pelo Estado brasileiro” (Barroso, 2021 apud Eloy Amado, 2022, p. 150-151).

A cada princípio abordado, torna-se mais perceptível a intrínseca ligação entre cada uma das fontes do direito indigenista, onde a Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a OIT e a ONU se conectam e completam, em um conjunto jurídico de proteção e garantia de direitos aos povos indígenas.

No trecho extraído da fala de Barroso, vemos menção à Convenção 169 da OIT, como fundamento de voto e contraponto à Resolução da FUNAI, seguida por complementação a partir da citação de artigos da Constituição Federal, a agir em consonância com o disposto na Convenção da OIT, no fito de resguardar os direitos dos povos indígenas.

Ao compreender o princípio do sentimento de pertença, deve-se captar que dentre grupos étnicos há também conceitos próprios nas concepções de existência e experiências do povo, que devem ser respeitados.

Daí visualizamos o princípio do bem viver, que exprime a necessidade de respeitar as concepções dos povos indígenas Latino-americanos sobre suas vivências e experiências relacionadas à comunhão com a natureza, harmônicos em total equilíbrio; com o corolário de acarretar respeito aos componentes desta natureza presente na vida dos povos indígenas — nas palavras de Eloy Amado “Neste sentido, os rios, lagos, florestas, animais e os seres encantados devem ser respeitados enquanto sujeitos de direito” (Eloy Amado, 2022, p. 151). Encontra apoio na Declaração da ONU, supradita como base para tantos outros princípios, desta vez no seu artigo 25:

#### Artigo 25

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos

que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras (ONU, 2007).

O direito de manter e fortalecer sua relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros etc., se relaciona com o reconhecimento previsto no art. 231 da CF (Constituição Federal), ao concatenar costumes, crenças e tradições (devidamente reconhecidos de maneira constitucional).

A forma de enxergar a vida, no tocante às perspectivas dos próprios povos indígenas, considera a existência do indivíduo como intrinsecamente ligada ao ambiente que ocupa — à terra, ao território. Sua relação com a terra integra sua existência, somada e misturada ao costume, cultura, crença e tradição — a existência do indígena encontra manifestação no seu vínculo com sua terra tradicional.

O território não é visto como uma propriedade, um bem para se dispor e manipular em desarmonia, e aí está a diferença entre a concepção capitalista e a concepção originária da terra.

Compreende-se, pela compatibilidade entre o disposto princípio do bem viver e pelo reconhecimento constitucional, que a Constituição Federal vai ao encontro do conceito de existência dos povos originários — que se dá indissociável da posse étnica de suas terras. Destarte, um direito que desrespeite o legítimo direito dos povos originários à posse de suas terras tradicionais, estaria desrespeitando o direito à existência dos povos indígenas, e, como corolário, a Constituição Federal.

Para ilustrar, segue o pensamento do renomado escritor indígena Daniel Munduruku, que corrobora as ideias trazidas:

Quando os povos indígenas lutam pela demarcação do seu território, na verdade eles estão lutando pelo direito de existir, não de sobreviver. Porque para sobreviver basta um pedacinho de terra. O indígena vê a terra como um conjunto. O que seria para as pessoas ter muita terra, é dar sentido para o estar no mundo. Terra para a gente é parte da gente. O indígena olha para a terra não como um objeto a ser negociado, mas algo que faz parte de si. Faz parte da sua própria existência (Munduruku, 2018).

### 3.2.3.5 O princípio da consulta e consentimento prévio e livre e o princípio do diálogo intercultural

Originado do princípio da autodeterminação dos povos e conectado ao direito de participação dos povos indígenas no meio nacional (promovido em diversos artigos

da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas), o princípio da consulta e consentimento prévio e livre encontra-se anunciado na Constituição Federal, em seu artigo 231, § 3º.

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (Brasil, 1988).

O caput reconhece a organização social e o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que corrobora a sintonia constitucional com o princípio da autodeterminação dos povos e da consulta e consentimento prévio — um povo que tem direito à posse de seu território (uma posse sublime, étnica e independente do direito brasileiro) e pode organizar-se em sociedade à sua maneira, deve também ter o direito de ser consultado sempre que uma ação externa puder impactar a si ou ao ambiente que o interesse.

Esta consulta deve ser prévia, livre e respeitosa às tradições do povo indígena em questão e ao direito deste de participar de processos decisórios que envolvam seu interesse. A consulta prévia está prevista diretamente no § 3º recém citado, no trecho “ouvidas as comunidades afetadas”. A Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatiza a necessidade de a consulta ser ativa e atinente às tradições dos povos indígenas, em um caso concreto ocorrido no início do século, na América Latina:

[...] aceite e divulgue informações, o que implica uma comunicação constante entre as partes. As consultas devem realizar-se de boa-fé, através de procedimentos culturalmente apropriados e devem objetivar um acordo. Também se deve consultar o povo, de acordo com suas próprias tradições, nos estágios iniciais do plano de desenvolvimento ou investimento e não apenas quando surge a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for o caso. O alerta precoce proporciona tempo para discussão interna nas comunidades e resposta adequada ao Estado. O Estado deve também garantir que os membros do povo Saramaka tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de saúde, a fim de que aceitem o plano proposto de desenvolvimento ou investimento de forma consciente e voluntária. Finalmente, a consulta deve levar em conta os métodos tradicionais do povo Saramaka para a tomada de decisões (Corte IDH, 2007 apud Eloy Amado, 2022, p. 155)

As consultas não devem ser feitas de forma leviana, mas de boa-fé e com o escopo de alcançar um acordo, em uma consulta justa e alinhada com o povo indígena envolvido, permitindo que estes tenham tempo para analisar a situação concreta e estejam plenamente informados de todo o necessário para tomar sua decisão.

Outrossim na esfera internacional, a Convenção 169 da OIT aborda e sintetiza muito bem o princípio da consulta e consentimento prévio e livre, ao apresentar, no artigo 6º, todas as suas características:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
  - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
  - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
  - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (OIT, 1989).

Em suma, observa-se que a consulta deve ser: informada; feita através de procedimentos adequados; prévia; livre; e efetuada sob os ditames da boa-fé.

Informada é a consulta que fornece aos povos todos os dados sobre a situação e as consequências do projeto, plano, medida ou lei (Eloy Amado, 2022, p.156). Adequadas são as consultas feitas a partir das tradições dos povos e de suas instituições representativas. Prévia é a consulta feita antes que seja aprovado aquilo que afeta os interesses do(s) povo(s) indígena(s) em questão — seja lei, medida administrativa etc.

Livre é a consulta que não influa pressão e coação sobre os povos indígenas. Nos ditames da boa-fé estará toda consulta que buscar de fato obter o consentimento das comunidades indígenas, sem vícios e desrespeitos intencionais a tudo que foi dito como característico da consulta enunciada pelo princípio.

Outro princípio, que oportunamente aqui deve ser abordado, por estar relacionado com o princípio da consulta prévia (embora também com o da autodeterminação dos povos), é o princípio do diálogo intercultural. Consiste na

necessidade de diálogo intercultural entre os institutos ou agentes do Estado brasileiro junto aos povos indígenas e seus representantes, visando a decisões conjuntas em temas tocantes ao interesse das comunidades indígenas.

Destaca-se a importância do que enunciou o STF ao apreciar a cautelar da ADPF 709, quando assertou que, internacionalmente, as normas determinam que “decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação” (Eloy Amado, 2022, p. 156).

Faz-se importante, mormente, que os povos possam ser entendidos (com respeito às particularidades linguísticas de cada comunidade): essa é a essência do que busca e aventa o princípio do diálogo intercultural.

Na mesma linha, a Declaração da ONU reforça a necessidade de medidas estatais que tenham por escopo a boa comunicação entre as comunidades indígenas e o Estado, no tocante a atos políticos, jurídicos e administrativos. A letra do artigo diz “que os povos indígenas possam entender e ser entendidos”.

Artigo 13

2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados. (ONU, 2007)

### 3.3 A EMERGÊNCIA ÉTNICA — símbolo da atual territorialização dos povos indígenas no Nordeste

Ao longo dos anos 90, foram realizados diversos estudos antropológicos relativamente ao ressurgimento de identidades étnicas indígenas no Nordeste. O conceituado antropólogo João Pacheco de Oliveira reuniu alguns deles (inclusive um de sua autoria) no livro “A viagem de volta: Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena”, rico em exemplos práticos associados a estudos teóricos sobre os casos.

Para melhor compreender o fenômeno da retomada, deve-se partir da premissa da perda de identidade de modo forçado, não espontâneo.

No decorrer dos capítulos do presente trabalho, foi exposta toda uma linha do tempo a demonstrar diferentes momentos jurídicos e contextuais da situação dos

povos indígenas no Brasil, onde mostrou-se cristalina a forma de domínio desmontadora de identidades culturais — seja em momentos de limitação do caráter de sujeito de direitos do indígena; em limitações à fruição de seus legítimos territórios; de deslocamento forçado de suas terras originárias etc. Todos esses fatores influenciaram no afastamento de variados povos de suas tradições, identidades e territórios.

Foi, então, ao longo do século XX, naquele período de transição de políticas ainda atrasadas (na garantia de direitos aos povos originários) tanto na lei quanto no modo de atuação dos órgãos da política indigenista (SPI e FUNAI), que a emergência étnica floresceu.

Para compreendê-la, é vital debruçar-se sobre alguns conceitos analisados em dois textos. Os primeiros (em especial “indígenas misturados” e “territorialização”) encontram-se no texto “Uma etnologia dos ‘índios misturados’: situação colonial, territorialização e fluxos culturais” (escrito por João Pacheco e colocado no livro que organizou sobre o tema); os segundos — identidade social e territorial — estão no texto “Identidades territoriais”, do geógrafo humano Rogério Haesbaert.

### 3.3.1 Indígenas “misturados”

Em 1950, dizia-se que havia dez etnias indígenas no Nordeste, entretanto, em 1994, apontavam-se vinte e três (Oliveira, 1999, p.11). Os etnólogos e o órgão indigenista da época pouco se importavam com os indígenas nordestinos, os quais denominavam pejorativamente como “misturados”, em tom de afastados de um pedestal de ancestral puro, romântico (Dantas; Sampaio e Carvalho, 1992, p. 451).

Eram ditos “misturados” pois entendia-se que estavam demasiadamente mistos à cultura e vivência da sociedade brasileira em geral, de forma que não mais eram sujeitos de estudos ideais de uma noção de etnia e cultura “puras”, que, à época, consistia no único molde de sociedade indígena interessante para os estudos antropológicos (Oliveira, 1999).

Nesse ponto é importante fazer um recorte, para tratar um pouco mais acerca da “mistura”. Ela não se deu em comunhão e troca étnica-cultural pacífica. Não majoritariamente. Em regra, o projeto de assimilar os povos indígenas sempre foi cristalino para os governantes e seus instrumentos jurídicos, políticos e populacionais

responsáveis pelo “desbravamento” das terras do Brasil. Tudo isso restou claro ao longo da história abordada no capítulo inaugural da presente pesquisa.

Em termos mais brutos, é inegável que a mistura — que posteriormente tornou-se motivo para desdém e minimização do caráter indígena de indivíduos e comunidades, bem como argumento para defender menor reconhecimento de direitos aos indígenas — aconteceu através de massiva violência sexual, física e cultural sobre os povos originários. Dito isso, voltemos à conjuntura dos estudos antropológicos da época.

Acontecia que pouco se estudava sobre essas comunidades indígenas, apenas amparo tutelar e político eram prestados; no fim, isso contribuiu para a subnotificação das etnias indígenas nordestinas, pois algumas estavam “misturadas demais”, na óptica dos estudiosos.

Dessarte, o que ocorria era a juntada de diversas etnias em um único bolo — “indígenas nordestinos”. Pouco era feito para restabelecer as identidades e territórios indígenas desses povos, pois a política indigenista mais focava no desenvolvimento econômico e na mediação intercultural polarizada entre povos indígenas já possuidores de territórios (ou em disputa por estes) e a sociedade não-indígena (Oliveira, 1999). Não havia espaço para o fomento de autopercepção étnica entre os povos indígenas que viviam em menor isolamento da sociedade, especialmente quando em sua maioria eram pobres e sem terras.

### 3.3.2 A territorialização

Nesse quadro, de indígenas tidos como misturados, João Pacheco de Oliveira teoriza sobre a territorialização e traz à tona um conceito de grupo étnico atinente à conjunção de vários dos povos indígenas nordestinos daquele tempo. A territorialização seria, nas palavras dele

[...] um processo de reorganização social que implica: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; ii) a constituição de mecanismos políticos especializados; iii) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado (Oliveira, 1999, p. 20).

Interessante adicionar ao pensamento de João Pacheco, para compreensão da territorialização atual, que será citada só mais adiante no texto, que, levando em conta todas as implicações ditas, chega-se a uma última etapa. Aquela presente em uma territorialização espontânea e associada à prática. É a reivindicação do território étnica e culturalmente pertencente ao grupo étnico que se unificou. Essa reivindicação consolida a reelaboração da cultura e a conexão com o passado, e é justamente quando se manifesta por completo a emergência étnica.

Quanto ao grupo étnico, João Pacheco aproxima-se do conceito de Fredrik Barth (antropólogo norueguês) — para quem grupo étnico consistiria no tipo organizacional em que uma sociedade se serviria de diferenças culturais para estar sempre concebendo e reconcebendo sua individualidade em comparação com outras com as quais vivesse em processo de interação contínua —, mas o amplia, ao afastar-se da limitação à dimensão identitária do grupo étnico, considerando essa um vetor da organização social.

Indo, portanto, além da individualidade identitária, Oliveira dispõe sobre fabricação e refabricação de afinidades culturais, vínculos afetivos e históricos, dentre outros. Fala de um processo de reestruturação do grupo étnico que consiste em unidade político-administrativa, se redescobrimo como tal. Em suas palavras:

As afinidades culturais ou linguísticas, bem como os vínculos afetivos e históricos porventura existentes entre os membros dessa unidade político-administrativa (arbitrária e circunstancial), serão retrabalhados pelos próprios sujeitos em um contexto histórico determinado e contrastados com características atribuídas aos membros de outras unidades, deflagrando um processo de reorganização sociocultural de amplas proporções (Oliveira, 1999, p. 22).

João Pacheco destaca três principais momentos de territorialização envolvendo os povos indígenas do Nordeste. O primeiro deles consistiu na onda de deslocamentos forçados de indígenas para aldeamentos ligados às missões religiosas jesuítas — projeto que tinha como escopo misturar diferentes culturas e homogeneizá-las através da catequese.

Oliveira divide esse momento de territorialização em várias etapas da dita “mistura” dos indígenas à população e cultura locais, afastando-os de sua identidade étnica e de seus territórios.

A primeira mistura se deu justamente no seu deslocamento não-espontâneo rumo a outras terras que não as suas originárias (ou, caso nelas restassem, ainda

passavam por catequese e assimilações culturais), a partir das missões jesuítas; a segunda veio com a política do “diretório dos índios”, que buscou introduzir brancos, mestiços e negros livres dentro dos aldeamentos, para concretizar a síntese de culturas e o afastamento dos originários de sua identidade.

Apesar de, num contexto geral, essa política ter sido considerada falha em seu propósito (como assinalado no capítulo inicial deste trabalho), foi bem-sucedida em alguns aspectos e contribuiu para o processo de territorialização indígena, agindo como uma das frentes de mistura. Não teve impacto mais substancial em razão da carência de fluxos migratórios expressivos para o sertão, o que permitiu que, com o passar do tempo, as terras permanecessem sob posse de descendentes dos indígenas anteriormente aldeados pelas missões (Oliveira, 1999, p. 23).

Surge, após a Lei de Terras, a terceira mistura (que estimulou a busca dos cidadãos por posse e propriedade). Os aldeamentos indígenas são finalmente extintos de maneira oficial e ocorrem expansões significativas de núcleos urbanos e famílias, que adentram o continente.

Os antigos territórios de aldeamento acabam por ser incorporados aos municípios crescentes, e arrendados por pequenos agricultores e fazendeiros não-indígenas. Neste ponto, muitos povos indígenas perderam a posse de suas terras, no todo ou em parte. Um deles foi o povo Pankararu, da aldeia Brejo dos Padres (PE), que recorda essa época e a denomina “tempo das linhas”, em referência às demarcações e distribuições de lotes para os fazendeiros não-originários (Arruti, 1996 apud Oliveira, 1999, p. 24).

Após todo esse processo de afastamento de seus territórios e de suas culturas, ao final do século XIX muitos povos indígenas nordestinos foram colocados no estigma de “índios misturados”, ao perderem a antiga identificação étnica, estrutural e social que expressavam quando antes da colonização.

No que concerne à segunda territorialização, João Pacheco diz que teve início na década de 1920, a partir do reconhecimento de terras indígenas doadas em um antigo aldeamento, que dali em diante seriam de posse dos descendentes dos Carnijós, que ali habitavam. Este 2º processo teve o SPI como uma das forças motores, ao atuar em sentido oposto à assimilação cultural forçada dos indígenas à sociedade brasileira, que por tanto tempo fora a meta das políticas indigenistas no território nacional. Segundo João Oliveira, muitas terras foram demarcadas para

determinadas populações que estavam sob a tutela dos postos indígenas implantados pelo SPI; populações que, a propósito, ele cita em seu texto:

Nas décadas seguintes foram implantados Postos Indígenas em diversas áreas do Nordeste, visando atender as populações ali situadas. Em 1937 isso ocorreu com os Pankararu (Brejo dos Padres, PE) e os Pataxó, da Fazenda Paraguassu/Caramuru (Ilhéus, BA); em 1944 com os Kariri-Xocó, da ilha de São Pedro (AL); em meados da década de 1940 com os Truká, da ilha de Assunção (BA); em 1949 com os Atikum, da serrado Umá (PE), e os Kiriri, de Mirandela (BA); em 1952 com os Xukuru-Kariri, da Fazenda Canto (AL); em 1954 com os Kambiwá (PE); e em 1957 com os Xukuru, de Pesqueira (PE) (Oliveira, 1999).

A política do SPI padronizou espaços e “modos de ser” que entenderam como típicos de povos indígenas, em uma ação generalizada. Estabeleceu métodos de aferição de “etnia indígena” a partir da forma como determinadas pessoas e povos praticavam certos rituais, hábitos e manifestações culturais entendidas como típicas de indígenas nordestinos. Oliveira destaca o aspecto político-estrutural e o ritualístico, para melhor apresentar a ação indigenista do órgão e a tomada de protagonismo dos povos indígenas na (re)construção de sua etnicidade.

No sentido político-estrutural, determinou-se uma estrutura composta por pajé, cacique e conselheiro, que era tida como natural para um conceito de tradicionalidade e autenticidade indígena (Oliveira, 1999, p. 25). Por fora, o agente indigenista designado para o posto indígena local era quem possuía a maior autonomia de comando, por distribuir os benefícios estatais e ser membro do órgão responsável pela tutela das comunidades originárias.

Quanto ao aspecto ritualístico, que servia como análise de indianidade, era apresentado por diferentes povos, em rituais como o da “toré”. Válido assentar como as diferentes formas de territorialização e seus efeitos acabaram por gerar fluxos e tradições culturais intercambiáveis entre povos (Hannerz, 1997; Barth, 1988 apud Oliveira, 1999, p. 25), que, segundo a melhor doutrina, não matam a cultura de um povo, mas a transformam; isto pois, no fim, cada povo expressará e assimilará as culturas de uma maneira única, ainda que compartilhe semelhanças ritualísticas e tradicionais.

A cultura não precisa ser imutável, os próprios povos podem buscar retomar o protagonismo e exercer ressignificações e reconexões, em redescobertas do passado sintetizadas ao que expressam no presente, caso assim o queiram.

Outrossim, João Pacheco afirma que “Cada grupo étnico repensa a "mistura" e afirma-se como uma coletividade precisamente quando dela se apropria segundo os interesses e crenças priorizados” (Oliveira, 1999. p. 26). Como exemplo, Oliveira trata sobre os “encantados” de cada povo e o ritual cerimonial de praiá, ao afirmar que cada povo terá sua própria “casa dos praiás”, com um elenco de encantados não necessariamente semelhante ao de outros povos (Oliveira, 1999. p. 26).

No tocante ao protagonismo indígena em sentido estrutural e de pertença, João Pacheco aborda os indígenas Kiriris, que, nas suas palavras

criaram urna nova figura para lidar com o fenómeno da identidade étnica, tão simples e clara como a lista, só que sob seu controle e, portanto, podendo ser usada situacionalmente - para "ser índio" não basta ter descendência indígena nem ter carteira, é preciso também, como dizem, "passar no coador", isto é, ter urna conduta moral e política julgada adequada, mantendo-se em urna lista que fica em mãos do cacique e que é atualizada de tempos em tempos em reunião do "conselho indígena" (Oliveira, 1999, p. 27).

Dado o exposto, é notável que as diferentes renovações, modificações e fluxos culturais que ocorram ao longo de cada fase histórica não anulam a legitimidade das identidades, nem mesmo arruínam a busca pela originalidade tradicional. Segundo o pensamento de Pacheco, a força política e emocional da etnicidade advém do reforço ao sentimento de referência à origem, que por sua vez decorre das atualizações históricas (Oliveira, 1999).

O terceiro momento de territorialização ocorre a partir dos anos 1970, quando houve reivindicações públicas de povos indígenas até então ignotos pela FUNAI e pelos estudiosos do campo da etnologia. Oliveira enumera alguns destes povos: “[...]Era o caso dos Tinguí-Botó, dos Karapotó, dos Kantaruré, dos Jeripancó, dos Tapeba, dos Wassu, dentre outros (Oliveira, 1999, p. 27).

É preciso respeitar o tempo que cada povo originário necessita para reconectar-se com sua identidade étnica, social, cultural e territorial. Deve-se observar o marco da ancestralidade, que não é apagado nem mesmo por séculos de opressão assimiladora.

### 3.3.3 Identidade social e territorial

Indo além dos conceitos trazidos no texto de João Pacheco, com o fim de enriquecer a pesquisa sobre emergência étnica, faz-se pertinente abordar os

conceitos de identidade social e identidade territorial, trazidos por Rogério Haesbaert no texto “Identities territoriais”.

Seguindo o pensamento de Haesbaert (1999), parte-se do pressuposto geral de que toda identidade territorial é também identidade social, mas definida fundamentalmente através do território, em uma relação de apropriação tanto concreta quanto em ideias, num sentido em que o espaço geográfico acaba por constituir parte fundamental do processo de identificação social. Ainda assim, deve-se compreender que nem toda identidade social é também territorial (o autor cita a identidade de gênero, como exemplo de identidade distinta do território).

Haesbaert fala sobre “identificar”, e ressalta que tal ato é sempre reflexivo, relacional e dialógico, inserido numa relação social; de tal modo, a identidade vigora em movimento, em identificação constantemente em curso. (Haesbaert, 1999, p. 174) Ao relacionar novamente a identidade territorial e social, estabelece a existência de uma identidade denominada como socioterritorial, e conclui que “a identidade social é também uma identidade territorial quando o referente simbólico central para a construção dessa identidade parte do ou transpassa o território.” (Haesbaert, 1999, p. 178)

Quando conduzimos essas compreensões acerca da identidade social e territorial para junto do estudo da emergência étnica dos povos indígenas, é cristalino como as identidades étnicas dos originários — reconstruídas e reelaboradas pelos povos através do “identificar-se” coletivo de diversos indivíduos, que ocorrem ao longo de processo contínuo no tempo — são socioterritoriais.

No entendimento manifestamente expresso pelos povos indígenas (em retomada de territórios ou não), a sua existência enquanto grupo étnico identificado como uno entre si passa necessariamente pela vivência do espaço geográfico considerado essencial.

A referência ao território como parte integrante de sua expressão enquanto povo e sublime para sua sobrevivência cultural é ponto de encontro entre as concepções indígenas e geográficas (no recorte do pensamento do autor citado).

O referente simbólico central dos povos indígenas que buscam manter e ressignificar sua cultura (com elementos do presente somados a outros do passado) é o território, que funciona como base para a busca de onde se veio e para onde se deseja voltar, carregando em si (como grupo étnico, como povo indígena) a essência

da tradicionalidade preservada, reelaborada e almejada para ser reproduzida no território a que têm direito.

## 4 O MARCO TEMPORAL — CONCEITO, DISCUSSÕES, RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE

Chega-se ao cerne da discussão da corrente monografia, onde o apresentado anteriormente culmina em argumento e contexto para compreender e analisar o marco temporal. Faz-se importante antes debruçar-se sobre tal tese, para entendê-la em diversas perspectivas.

### 4.1 ORIGEM E CONCEITO DO MARCO TEMPORAL

Convém abordar primeiro o conceito e sua origem — o que é o marco temporal? Diferente do que pode ser pensado, atualmente, considerando todo o movimento judiciário contemporâneo em relação à temática, ela não surgiu em discussão judiciária. Na verdade, seu uso remonta às argumentações de membros do legislativo ligados à agenda ruralista. Bom exemplo deste uso é o discurso verbalizado em outubro de 2005, pelo então deputado federal Gervásio Silva, com trecho transcrito abaixo:

“[...] a Constituição Federal de 1988 não fala em posse imemorial, mas em terras tradicionalmente ocupadas no presente e de habitação permanente. [...] quanto à identificação de uma terra indígena, está completamente divorciado do entendimento atual do STF, externado pela Súmula 650-STF, que consolidou a jurisprudência sobre o reconhecimento de terras indígenas, com base nos seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 219.983-3 - Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 17 de setembro de 1999, e Recurso Extraordinário nº 174.488.0 SP - Relator Ministro Ilmar Galvão, 2ª Turma, DJ 13 de agosto de 1999), como todos sabem, esta súmula não reconhece a doutrina de posse imemorial e consagra o princípio jurídico da ocupação atual e permanente das terras tradicionais de ocupação indígena. Explicando que os supostos direitos da suposta comunidade indígena de Araçá só mereciam o abrigo constitucional se os índios lá estivessem em 05 de outubro de 1988” (Silva, 2005 apud Eloy Amado, 2022, p.92-93).

O marco temporal (chamado também de “teoria do fato indígena”) originou-se, portanto, a partir de uma interpretação distorcida do que trouxe a Súmula 650 do STF, cujo precedente é o RE 219.983, citado por Gervásio Silva em sua fala. A dita súmula traz 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.” O artigo em questão diz que “São bens da União: I - os que atualmente lhe

pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.” (Brasil, 1988)

A partir desta súmula, buscou-se criar uma interpretação que referencie como válida e constitucionalmente resguardada apenas a posse indígena visível no “presente”, naquele presente de quando foi promulgada a Constituição Federal (1988), pois entende-se que os incisos acima demonstrados não são capazes de alcançar terras que não estivessem ocupadas no “presente” pelos povos indígenas, as quais, pelo mesmo entendimento, sequer poderiam vir a se tornar bens da União (para posterior demarcação favorável aos povos indígenas), pois só estiveram ocupadas em “passado remoto”.

Criou-se, portanto, uma limitação à posse étnica dos povos originários, gerando um requisito de marco temporal, submetendo o direito originário dos povos indígenas a uma inversão conceitual — retira-se sua originalidade e passa-se a considerar o direito dos indígenas aos seus territórios como um direito outorgado pelo Estado a partir de um marco temporal artificialmente estabelecido.

Para afastar a incidência desta súmula nas terras indígenas e bens da União em geral e atentar-se ao que realmente foi intencionado pelo STF ao publicá-la, é preciso entender o tema do RE 219.983 — consistia em ações de usucapião de terras indígenas referidas pelo Decreto-Lei 9.760/1946.

Nas palavras do Juiz Federal Roberto Lemos dos Santos Filho:

é necessário que os operadores do direito atem ao fato de que aplicação da Súmula 650-STF deve ser realizada aos casos específicos a que ela tem relação, vale dizer, usucapião de terras indígenas a que se refere o Decreto-Lei 9.760/1946. (Santos Filho, 2005)

Roberto Lemos explicou, no seu texto virtualmente publicado em 2005, toda a natureza da questão entre a União, seu interesse e as ações de usucapião reguladas pelo Decreto-lei supracitado, de maneira que resta evidente o caráter específico de aplicação da súmula.<sup>4</sup>

Para solidificar tal especificidade, pode-se apreender aquilo que traz o renomado jurista e advogado Vicente Greco Filho, ao discorrer sobre a uniformização

---

<sup>4</sup> Cf. SANTOS FILHO, Roberto. Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião. **Consultor Jurídico**, 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula\\_650\\_stf\\_incide\\_acoes\\_usucapiao/](https://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula_650_stf_incide_acoes_usucapiao/). Acesso em: 25 set. 2024.

de jurisprudência em súmulas, que busca uniformizar casos semelhantes para alcançar uma decisão justa e igual: “a interpretação prévia, num caso determinado, ou abstraída de um caso determinado, corre o risco de ser irremediavelmente errada, tendo em vista a sua precipitação e falta de visão de todas as peculiaridades do problema” (Greco Filho, 1996).

Ou seja, tentar adaptar um caso a determinada súmula — sem antes checar se ele se encaixa em semelhança de contexto e particularidades de problema àquele caso modelo da súmula — pode resultar em uma interpretação irremediavelmente errada.

No tocante à possível confusão na aplicação da Súmula 650, o jurista Roberto Lemos salienta, ainda, que

Também é imperiosa a necessidade da análise e da aplicação do entendimento sedimentado na Súmula 650-STF em conformidade com o disciplinado no artigo 231 da Constituição de 1988, bem como com o preconizado no artigo 14, itens 1, 2 e 3 da Convenção 169 da OIT que versa sobre os direitos dos povos indígenas e tribais (Santos Filho, 2005).

Esse entendimento está diretamente de acordo com a linha de pensamento do presente trabalho, pois associa, ainda que talvez não de maneira intencional, a correta interpretação da Súmula 650 do STF ao Direito Indigenista, composto pela CRFB/88 e pela Convenção 169 da OIT, bem como por outras fontes que servem de base para a proteção do direito originário dos povos frente à interpretação do marco temporal.

Em síntese, para trazer um conceito simples e direto, o marco temporal resume-se em uma interpretação distorcida da Súmula 650 do STF e da Constituição Federal em si, em especial do capítulo VIII do título “DA ORDEM SOCIAL”, intitulado “DOS ÍNDIOS”, composto pelos artigos 231 (e parágrafos) e 232.

#### 4.2 DISCUSSÕES IMPORTANTES CONCERNENTES AO MARCO TEMPORAL

Discussões sobre o marco temporal vêm ocorrendo há muitos anos, tanto na mídia quanto nas searas legislativa e judiciária. Nesse ponto, é adequado apresentar e analisar algumas das mais importantes.

#### 4.2.1 O caso Raposa Serra do Sol

Este foi o primeiro momento de maior relevância no campo de discussão e decisão judiciária diretamente ligada à ideia do marco temporal. Consistiu em decisão do STF, na Petição 3.388, que era uma ação popular voltada para a declaração de validade da Portaria nº 534, de 13.04.2005 (do Ministro de Estado da Justiça), que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto de 15.04.2005, que a homologou.

Ao final dos votos, a demarcação ocorreu, mas a grave custo — o marco temporal fora abordado, nos votos e dispositivo do acórdão, enquanto requisito da demarcação, no sentido de dever ser aferida a presença dos povos indígenas em suas terras à data da promulgação da CRFB/88, requisito alcançado pela terra Raposa Serra do Sol. Válido observar, sobre o tema, o trecho abaixo transcrito do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto:

11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao Pet 3.388 / RR tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol" (Pet 3388 / RR – Rel. Min. Carlos Britto, 2009).

Nesse trecho, observamos que o Ministro Ayres Britto, apesar de estabelecer o requisito do marco temporal, reconhece o constante esbulho que naturalmente ocorreu ao longo da história, de maneira a, inclusive, afirmar que o “renitente esbulho” não apaga o caráter tradicional da ocupação dos povos indígenas. Em outro momento, o ministro reconhece o direito originário dos povos indígenas, ressaltando que a Constituição apenas reconheceu o direito dos povos aos seus territórios, de forma que a demarcação é ato de natureza declaratória, jamais constitutiva, pois a Constituição não está outorgando direito:

DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF) (Pet 3388 / RR – Rel. Min. Carlos Britto, 2009).

Naturalmente, ao compreender: a) a natureza originária do direito indígena às terras que tradicionalmente ocupam; b) o papel da Constituição de declarar demarcações de terras indígenas, reconhecendo seus direitos originários; c) o historicamente comprovado esbulho (e territorializações, num conceito antropológico, involuntárias); e o caráter renitente destes esbulhos, torna-se difícil vislumbrar sentido na instituição de um prazo artificial para legitimar a declaração de posse de terras indígenas, justamente por ter-se em conta o histórico de violência existencial e territorial praticada contra os povos, com o intuito de afastá-los de suas terras e identidades.

O sucesso em afastar povos indígenas de suas origens por tempo suficiente para que não estivessem em disputa ou consciência de suas terras tradicionalmente ocupadas em direito originário não pode ser recompensado com a instituição de uma data artificial para legitimar, ou não, as posses originárias das comunidades indígenas.

Além da inclusão do marco temporal no acórdão, foram também postas como requisitos à demarcação as denominadas “salvaguardas institucionais” ou condicionantes, que neste trabalho não terão azo de melhor enfoque para além das condicionantes V e XVII, que representam as disposições adjacentes ao marco temporal.

Após publicação da decisão do STF na PET 3.388/RR, vieram recursos de diversas frentes. No julgamento dos diversos Embargos de Declaração, o STF esclareceu que as condicionantes não vinculariam juízes e tribunais em futuros processos concernentes a outras terras indígenas, de maneira que elas poderiam restringir-se apenas àquele caso, pois não se tornariam jurisprudência para outras demarcações. Destarte, os fundamentos não se estenderiam de forma automática para outros processos que discutissem matéria semelhante (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. Roberto Barroso, 2013)

#### 4.2.2 Parecer nº 01/2017 da AGU

Durante o governo de Michel Temer, num contexto de retrocessos dos direitos indígenas conquistados até então<sup>5</sup> — com crises políticas na FUNAI e inoperância temporária do CNPI (Conselho Nacional da Política Indigenista) —, foi publicado o Parecer nº 01/2017/GAB/CGU/AGU, que determinou a obrigatória aplicação (pela Administração Pública Federal) das condicionantes e do critério do marco temporal ao se tratar da demarcação de Terras Indígenas. Consta a seguir trecho da ementa do Parecer:

I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas. II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (AGU, Brasil, 2017).

Sabe-se que o próprio STF, ao ser provocado pelos Embargos de Declaração, decidiu pela inaplicação, como regra, dos fundamentos da decisão da ação popular referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol a outros casos. Não há sentido, portanto, que um Parecer surja e institua caráter vinculante a uma decisão do STF que destacou o caráter não-vinculante que possuía.

Uma eficácia vinculante da teoria do marco temporal não poderia existir, nas palavras do próprio STF, pois “falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição” (PSV 49, 2010).

A propósito, o trecho supracitado tem origem em decisão do STF referente à proposta de Súmula Vinculante nº 49 de 2010, apresentada pela CNA (Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária do Brasil), uma das diversas ocorrências legislativas que buscaram oficializar (sem sucesso) o marco temporal no ordenamento

---

<sup>5</sup> Cf. MANSUR, Vinicius. Temer tem declarado guerra aos povos indígenas, afirmam lideranças: Líderes indígenas e especialistas denunciam uma série de retrocessos históricos promovidos pelo governo de Michel Temer. **Brasil de Fato**, 2024. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/04/20/temer-tem-declarado-guerra-aos-povos-indigenas-afirmam-liderancas>. Acesso em: 25 out. 2024

jurídico pátrio. Esta, em específico, tentou redizer o conteúdo do enunciado da Súmula Vinculante nº 650 do STF, deslocada de seu contexto (conforme já foi abordada no presente estudo) para destacar e universalizar o sentido tocante ao marco temporal.

Tornando ao Parecer, é acertado o que trouxeram os procuradores da 6ª câmara de coordenação e revisão (populações indígenas e comunidades tradicionais) do MPF, ao criticar duramente o Parecer nº 1/2017 da AGU na Nota Técnica nº 02/2018-6CCR, publicada em fevereiro de 2018:

A tentativa de aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e a tese do “marco temporal”, com eficácia obrigatória, à Administração Federal, em conflito com o entendimento fixado pelo STF, revela a inconstitucionalidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, dado seu caráter de ato normativo geral, ultrapassando os limites meramente interpretativos de um parecer, em clara usurpação da atividade legislativa de competência exclusiva do Congresso Nacional (MPF, 2018).

A AGU, portanto, ultrapassou o desígnio de um Parecer — abordar aspectos interpretativos — ao tornar o marco temporal obrigatório à Administração Pública, algo que nem o STF e nem o Congresso Nacional tinham feito.

A dura crítica dos procuradores traduziu-se em outros posicionamentos oficiais do MPF, mais especificamente em três enunciados. Segundo o site oficial do Ministério Público Federal, em publicação de setembro de 2018 (MPF, 2018), o primeiro enunciado reafirma o que foi concluído na nota técnica — que o Parecer não deve ser utilizado para contrapor direitos indígenas já assegurados na CF; há enorme distanciamento entre a decisão do STF usada como referência e aquilo que o ato da AGU busca nacionalizar para a conduta administrativa em relação à demarcação.

O segundo enunciado, por sua vez, recomenda que os procuradores não levem o marco temporal em conta para contrapor os direitos territoriais indígenas constitucionalmente protegidos. O terceiro parecer, finalmente, apenas assinalou o que o próprio STF já havia dito ao se pronunciar sobre Embargos de Declaração: que as condicionantes decididas naquele caso tinham força apenas naquela situação discutida (a ação popular referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol).

De maneira ilegal, o Parecer acabou por trazer grave insegurança jurídica às comunidades indígenas que já tinham tido suas demarcações concluídas, bem como outras que estavam em processo avançado de desenvolvimento do ato de demarcação junto à FUNAI. No primeiro semestre de 2020, o Ministério da Justiça, através de seu Ministro, Sérgio Moro, determinou que 17 processos administrativos

de demarcação (que apenas aguardavam assinatura da Portaria Declaratória) retornassem à FUNAI para análise sob os moldes determinados no Parecer nº 01/2017.

Essa foi uma das medidas que fundamentou o perigo de dano no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, cujo relator, o Ministro Edson Fachin, determinou a suspensão dos efeitos do acima analisado Parecer da AGU, até que fosse julgado o RE. Anteriormente, no mesmo recurso, houve suspensão dos processos que versassem sobre demarcação de Terras Indígenas em todo o território brasileiro, até que a questão do marco temporal e das condicionantes fosse decidida pelo Supremo Tribunal Federal no dito recurso.

#### 4.2.3 Recurso Extraordinário 1.017.365 — Caso Xokleng

Ação que envolvia o direito de posse tradicional da Comunidade Indígena Xokleng (localizados em Santa Catarina), após alguns trâmites, foi redistribuída ao STF, para análise na forma do Recurso Extraordinário 1.017.365. Após a decisão do dia 22 de fevereiro de 2019, ficou reconhecida a repercussão geral da questão analisada — que discutia o marco temporal e as condicionantes, no tocante a não serem requisitos constitucionalmente previstos para a posse indígena; e, portanto, ultrapassava o polo subjetivo das partes envolvidas, abrangendo o interesse de centenas de Comunidades Indígenas do país, envolvidas em passados, presentes e futuros processos de demarcação.

Ademais, esta ação discutida também apresentava relevância nos pontos jurídico, econômico, social e político, que constam como requisitos para análise de RE pelo STF.

Na contagem de temas decididos pelo STF, o RE 1.017.365 é referenciado como 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.

No dia 21/09/2023 foi realizado o julgamento de mérito de tema, e, no dia 27 do mesmo mês, foi efetuada fixação da tese de repercussão geral, elaborada com a contribuição dos 11 integrantes da corte, sendo, assim, uma decisão colegiada dotada de larga amplitude. A tese, quando fixada, segundo o portal do STF, serviria à época

como parâmetro para a resolução de mais de 226 casos semelhantes então suspensos até aquele momento (Portal STF, 2023).

A tese acabou por rejeitar o marco temporal e as condicionantes, consequentemente tornando inválido o Parecer nº 01/2017 da AGU. Segue abaixo trecho da tese fixada, que pode ser conferida na íntegra na notícia supracitada, veiculada no portal do Supremo:

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

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

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

V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; [...]

VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;

VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; (Portal STF, 2023)

Os Ministros reafirmaram o que já é cristalino na Constituição Federal — o caráter declaratório da demarcação, que atua sob um direito originário, anterior ao Estado brasileiro e à CF; o caráter *sui generis* da posse indígena (uma posse étnica, conforme já discorrido aqui neste trabalho); a ausência de previsão constitucional de marco temporal e renitente esbulho como requisito para configurar posse tradicional; a possibilidade de redimensionamento de terra nos casos em que o art. 231 da Constituição for desrespeitado, o que já configuraria uma proteção insuficiente ao

direito originário dos povos às suas terras, logo, passível de ajuste, nos termos agora melhor definidos na tese de repercussão geral.

Com a decisão colegiada, consagrada na elaboração e publicação de tese de repercussão geral, as comunidades indígenas, seus apoiadores e defensores da CRFB/88 esperavam que a discussão tocante à absurda teoria do marco temporal e seus conceitos tangentes estaria terminada, pois a Suprema Corte havia oficializado interpretação conclusiva sobre o tema, delimitando fronteiras para a compreensão constitucional sobre o direito indigenista.

#### 4.2.4 Lei 14.701/2023

Apesar da decisão final proferida no RE 1.017.365, cuja tese fixada extinguiu em definitivo o Marco Temporal como interpretação constitucional atribuível ao STF (que anteriormente possuía apenas uma decisão favorável: no caso Raposa Serra do Sol, em que inclusive frisou que sua aplicação se limitava àquele caso, sem constituir repercussão geral), o Legislativo engendrou uma maneira de trazer a ideologia anti-indígena do marco temporal de volta à superfície — aprovar a Lei 14.701/2023.

A referida lei teve origem no PL 490/2007 — de autoria do deputado Homero Pereira (PSD/MT) —, o qual teve diversos outros projetos apensados e um conteúdo modificado a partir de texto substitutivo aprovado em junho de 2021, apresentado pelo deputado Arthur Maia (DEM/BA). Originalmente buscava alterar o Estatuto do Índio, de 1973, mas após apensamentos e modificação do texto, acabou por, quando transformada em lei (no segundo semestre de 2021), ter como objeto regulamentar o art. 231 da CF e alterar as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (o Estatuto do Índio, que já constava como objeto no projeto inicial).

Poucas semanas após o STF fixar tese de repercussão geral contrária ao marco temporal, o Congresso Nacional votou pela aprovação da Lei 14.701, que ia de encontro ao que o Supremo havia finalmente pacificado como entendimento. O Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, vetou parcialmente a lei por considerá-la inconstitucional e adversa ao interesse público, mas seus vetos foram majoritariamente derrubados após retorno da lei ao Congresso.

Destacam-se abaixo alguns dos principais artigos da Lei, após promulgada com ressalva dos vetos não rejeitados:

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

Art. 13. É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.

Art. 20.

Parágrafo único. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Art. 21. Fica assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em área indígena, no âmbito de suas atribuições, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Art. 32. O inciso IX do caput do art. 2º de Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º, IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição Federal, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas em 5 de outubro de 1988, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (Brasil, 2023)

Logo no artigo 4º encontramos a direta fundamentação da lei na tese do marco temporal, ao conceituar terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas de maneira atrelada à ocupação à data da promulgação da CRFB/88, desrespeitando o que traz o próprio art. 231, que a lei alega regulamentar. Segue-se indo de encontro ao que prega a Constituição, o STF e o direito indigenista, quando, no art. 13, veda que a CF cumpra seu papel de correta demarcação e proteção da extensão real das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Há outrossim adição de inconstitucionalidade a outra norma, quando o art. 32 da lei modifica uma lei de 1973 (popularmente conhecida como Estatuto do Índio) para seguir os moldes de um direito outorgado a partir da data artificial da Constituição de 1988.

#### 4.2.5 Conciliação promovida pelo STF para solucionar o impasse judiciário-legislativo do marco temporal e outros dispositivos da Lei 14.701/23

Considerando a edição de tese de repercussão geral e a aprovação da Lei 14.701/23, sobretudo o pouco tempo decorrido entre cada um dos acontecimentos, é cristalino que dois dentre os três poderes independentes da União possuem posicionamento gravemente oposto quanto à demarcação de terras indígenas.

Enquanto o Judiciário majoritariamente seguiu o raciocínio da Carta Magna, também ao encontro dos dispositivos de direito internacional que abordam direito indígena, o Legislativo priorizou interesses particulares do Agronegócio em detrimento do interesse público constitucional.

Para solucionar a questão, diversas ações foram direcionadas ao STF — ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86. Foram propostas tanto por aqueles que gostariam de ver confirmada a constitucionalidade da lei, quanto aqueles que buscavam ressaltar sua estridente inconstitucionalidade.

Enquanto a APIB<sup>6</sup> (Articulação dos Povos Indígenas do Brasil), as comunidades indígenas e outros órgãos defensores esperavam por um célere julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), para logo se verem livres da sombra do Marco Temporal, o STF seguiu por uma linha de ação totalmente diferente do calculado: estabeleceu uma mesa de negociações, onde direitos indígenas constitucionalmente assegurados — inclusive com tese de repercussão favorável emitida pelo próprio STF menos de um ano antes — deveriam ser relativizados para que se alcançasse uma solução para o impasse judiciário-legislativo referente ao tema.

Nessa perspectiva, em abril de 2024, o Ministro Gilmar Mendes (relator de cinco ações relativas à discussão acerca da constitucionalidade da Lei 14.701/23) suspendeu todos os processos judiciais brasileiros que discutissem a Lei do marco temporal (G1, 2024).

Na mesma ocasião, anunciou que seria realizada uma conciliação entre diversas partes para debater sobre a demarcação de terras indígenas e a referida lei. Objetivou-se que, após diversas reuniões, o STF possa dar uma decisão definitiva em relação à constitucionalidade da lei, munido dos argumentos e pontos comuns construídos ao longo das reuniões entre os diferentes polos do diálogo. As reuniões devem seguir, pelo previsto, até o dia 18 de dezembro do mesmo ano, segundo informação veiculada no portal de notícias do STF (Portal STF, 2024)

O portal de notícias do STF veiculou, em outra notícia, informações sobre os objetivos da conciliação e seus integrantes. Sobre os objetivos, fora destacado que

---

<sup>6</sup> Cf. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) é uma instância de aglutinação e referência nacional do movimento indígena no Brasil. **APIB**. Disponível em: <https://apiboficial.org/sobre/>. Acesso em: 26 out. 2024.

O objetivo das audiências é buscar uma solução consensual sobre medidas e propostas que garantam os direitos dos povos originários, respeitando sempre a sua pluralidade de valores e costumes, e da população não-indígena, de forma a garantir uma coesão institucional em torno de pontos mínimos que assegurem proteção e segurança jurídica a todos. (Portal STF, 2024)

No tocante aos integrantes da mesa de negociações, são aqueles presentes na comissão especial criada especificamente para a conciliação, e representam, em quantidade de vagas diferentes para cada órgão, diversos deles: Câmara dos Deputados; Senado Federal; AGU; Ministério da Justiça; Ministério dos Povos Originários; FUNAI; Fórum de Governadores; Colégio Nacional de Procuradores de Estado; Confederação Nacional dos Municípios e Frente Nacional dos Prefeitos; bem como a APIB. Foram também disponibilizadas cinco vagas para os autores das ações discutidas no STF (que possuem interesses diferentes, algumas com o escopo de confirmar a constitucionalidade da Lei, outras de contestá-la).

#### 4.2.5.1 Consulta da APIB para obter parecer jurídico sobre a conciliação

A APIB solicitou consulta ao escritório de advocacia Miguel Godoy, ainda antes da primeira reunião de conciliação, para ter em mãos um parecer jurídico que bem abordasse o tema da autocomposição em ações de controle abstrato de constitucionalidade, para compreender se há cabimento, como se dá e quais direitos pode conciliar.

A conclusão do parecer foi pela impossibilidade de determinação de conciliação (ou qualquer outro meio de autocomposição) ao tratar de controle abstrato de constitucionalidade.

Miguel Godoy afirma que as ações de controle de constitucionalidade possuem características diferentes daquelas outras que são passíveis de autocomposição fomentada pelo STF — Ações Cíveis Originárias, Mandados de Segurança, Ações Originárias etc. —, diferentes ao ponto de impossibilitar cabimento.

Dissemelhantes às outras ações, as que tratam de constitucionalidade não possuem partes, interesses em choque ou lide. Nessas ações, o Supremo não atua ponderando interesses, mas garantindo a supremacia constitucional (Godoy, 2023). Em seu livro “Curso de direito constitucional”, o Professor Guilherme Marinoni corrobora:

o controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, fazendo surgir, neste sentido, um processo autônomo para o controle de constitucionalidade. Este processo, por não dizer respeito à solução de litígio, não possui partes, que, antes da sua instauração, estavam envolvidas num conflito de interesses. (Mitidiero, Daniel F.; Marinoni, Luiz Guilherme B.; Sarlet, Ingo W, 2023 apud Godoy, 2024)

Destarte, as partes no caso em questão (que buscam solução para declarar constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei 14.701/23) não deveriam encontrar-se para construir, entre si, uma solução mista para o tema, pois cabe ao Plenário do STF, guardião da Constituição Federal, zelar para que seu texto seja seguido pelas leis que se encontram abaixo dela.

Nessa linha de pensamento, Godoy recorda a maneira pela qual se deu a criação do órgão de mediação e conciliação do STF — não por atribuição da CRFB/88 ou posterior PEC, nem por Regimento Interno do Supremo e nem sequer por Emenda Regimental, aprovada colegiadamente. A criação do órgão (que passou por diversas alterações posteriores de nomenclatura e funcionamento) ocorreu a partir de Resolução, de iniciativa do Ministro Dias Toffoli, em 2020.

Seria possível que um órgão de autocomposição, estabelecido por Resolução, fosse o responsável por tratar de impasse em relação a ações envolvendo controle de constitucionalidade abstrato? Ações direcionadas diretamente para julgamento do STF. Sobretudo se considerarmos que o Plenário do Supremo estaria abrindo mão de sua competência constitucionalmente estabelecida (art. 102, I, 'a' da CRFB/88) e daquilo que preveem leis específicas sobre controle de constitucionalidade (Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 9.882/1999).

No entendimento de Miguel Godoy, não. Sobre o STF, ele destaca que:

não pode entregar sua competência sobre o controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos (art. 102, I, "a" da CRFB/88) e não pode propor ou aceitar pedido de conciliação que busque, entre poucos agentes, que não possuem a prerrogativa de transacionar a constitucionalidade de normas, trincar ou repartir leis e atos normativos editados por Presidente da República ou Congresso Nacional. (Godoy, 2024)

Assim sendo, não compete ao STF (quando se deparar com discussão acerca de constitucionalidade batendo à sua porta) decidir por buscar conciliar-se com os entendimentos de outros poderes e, para tanto, promover autocomposições para que as partes que levaram o debate sobre constitucionalidade até o Plenário transacionem. Ainda que com a melhor das intenções, visando à solução de

problemas sociais, econômicos ou políticos. O que cabe ao STF, em controle de constitucionalidade, é “julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos a partir dos parâmetros constitucionais” (Godoy, 2024).

Miguel Godoy, em outro ponto do parecer, trata especificamente da impossibilidade de discutir em conciliação o tema “marco temporal”, que se encontra na forma da Lei 14.701. Além da impossibilidade de negociar direitos fundamentais dos indígenas e dos motivos supracitados ao abordar outros momentos do parecer, há a impossibilidade motivada pela recente decisão do STF que versou sobre a inconstitucionalidade do marco temporal. Ainda que o Legislativo goze de autonomia para aprovar lei a respeito de tema antes declarado inconstitucional pelo Supremo, existem requisitos.

Tais requisitos são abordados no livro “Direito Constitucional Brasileiro”, de autoria do Professor Virgílio Afonso da Silva: o primeiro diz que é necessária a presença de circunstância fática diversa daquela que ensejou a declaração de inconstitucionalidade pela corte; o segundo, fala que a nova lei deve estar embasada em argumentos não discutidos à corte na decisão anterior de declaração de inconstitucionalidade (Silva, 2021, página 594 apud Godoy, 2024). Deste modo, se não há novo contexto nem novos argumentos, a nova lei deve ser declarada inconstitucional, respeitando a manifestação anterior do Supremo.

Munido de todos esses argumentos, Miguel Godoy demonstrou (em seu parecer, solicitado pela APIB) a impossibilidade de conciliação para transacionar direitos indígenas tocantes aos seus territórios e decidir controle abstrato de constitucionalidade em geral e principalmente na seara do marco temporal, já declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que deveria cancelar a conciliação e julgar procedente ADI proposta pela APIB.

#### 4.2.5.2 A saída da APIB da mesa de negociações de direitos

Já na primeira reunião de conciliação, a APIB salientou o status inegociável inerente aos direitos indígenas, bem como o desequilíbrio na conjuntura do debate: enquanto os defensores do agronegócio estariam desapressados, em razão do marco temporal estar vigente durante todo o longo processo de conciliação, os povos indígenas estariam sofrendo com insegurança jurídica e conseqüente violência à sua

existência e posse de terras, dada justamente tal vigência da Lei 14.701/2023, que instituiu o marco temporal e deslegitimou a posse indígena de terras que já estavam em processo demarcatório.

Para haver paridade na conciliação, o coordenador da APIB, Kleber Karipuna, afirmou que a Lei 14.701/23 deve ser suspensa durante os meses de duração das reuniões. Caso não ocorresse tal suspensão, essencial para que haja equilíbrio no debate, a APIB se retiraria da conciliação.

Kleber Karipuna também evidenciou que o STF já decidiu sobre o tema: "É inegociável. Para a gente, a posição do Supremo no ano passado é clara, que, por 9 a 2, decidiu pela inconstitucionalidade da tese do marco temporal" (Agência Brasil, 2024). É difícil, de fato, compreender a postura do STF de não suspender a lei do marco temporal e delongar por tantos meses, de forma insegura para os povos, uma discussão sobre tema que já julgou inconstitucional.

No dia 28 de agosto de 2024, na segunda sessão de conciliação, a APIB oficializou (a partir de um manifesto) sua saída da mesa de negociações de direitos indígenas.

Dentre as principais razões expostas, cabe citar: a irredutibilidade do STF em relação à possibilidade de suspender a Lei 14.701/23; o desrespeito aos povos indígenas manifesto na forma de conduzir a conciliação, a partir de votos da maioria dos integrantes da comissão, de forma que não há paridade entre os polos, mais parece uma Assembleia; a menção à possibilidade de consulta da vontade dos povos indígenas a partir da FUNAI, que não possui tal competência, a tutela há tempos se fora (art. 232, CRFB/88)

Em clima atroz e tons de ameaça, o diálogo fora conduzido nas duas reuniões com minimização das capacidades dos povos indígenas de lutarem por seus direitos e terem voz suficiente para impedirem conclusões diversas do interesse ruralista, tal como propôs o juiz de conciliação, que indagou se os povos indígenas teriam representação parlamentar o bastante para obstar a votação de emenda constitucional violadora de seus direitos fundamentais.

A conciliação, portanto, é conduzida em clima de ameaça de aprovação de emenda constitucional concernente ao marco temporal, além de ser realizada com premissas afastadas de equilíbrio situacional entre as partes e contrária à própria Constituição Federal e ao STF no que tange aos direitos fundamentais. No manifesto, a APIB afirma que

Neste cenário, a Apib não encontra ambiente para prosseguir na mesa de conciliação. Não há garantias de proteção suficiente, pressupostos sólidos de não retrocessos e, tampouco, garantia de um acordo que resguarde a autonomia da vontade dos povos indígenas. Nos colocamos à disposição para sentar à mesa em um ambiente em que os acordos possam ser cumpridos com respeito à livre determinação dos povos indígenas (APIB, Brasil, 2024).

No entendimento do órgão, não seria proveitoso permanecer em uma conciliação desequilibrada e que busca relativizar direitos constitucionalmente e internacionalmente garantidos (através da CF e da Convenção 169 da OIT).

Na reunião seguinte, no dia 9 de setembro, o Ministro Gilmar Mendes decidiu manter a conciliação, disse que "Nenhum dos integrantes desta comissão especial tem o poder de paralisar as negociações, e os trabalhos prosseguirão com quem estiver à mesa, independente de serem ou não representativos dos direitos dos indígenas ou não indígenas." (Agência Brasil, 2024)

Assim, seguem-se as reuniões de conciliação, com previsão de encerramento para o dia 18 de dezembro. Há grave insegurança jurídica para os povos indígenas, que aguardam, impotentes, decisão definitiva sobre o marco temporal e outras disposições da lei que desrespeitam direitos constitucionalmente garantidos aos povos originários.

Enquanto isso, os defensores dos direitos indigenistas temem que, durante a mora do STF para decidir em definitivo sobre a Lei 14.701/23, o Congresso Nacional vote e aprove a PEC 48/2023, Proposta de Emenda à Constituição que pretende incorporar o Marco Temporal e conceitos associados dentro da CRFB/88.

#### 4.2.6 PEC 48/2023

Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição Federal, que tem como escopo incorporar o marco temporal à Carta Magna. Sua ementa diz: "Altera o § 1º do art. 231 da Constituição Federal para definir marco temporal de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas." (Brasil, 2023)

Foi proposta no mês de dezembro de 2023 e, no momento (outubro de 2024), está em análise na CCJ (Comissão de Constituição Justiça e Cidadania). A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil elaborou nota técnica, na qual reforçou a posição do STF em relação ao marco temporal, expressa no julgamento do Tema nº 1.031, que

declarou a inconstitucionalidade da tese. Ademais, ressaltou que o constituinte originário jamais discutiu a adoção de marcos temporais para os direitos dos povos indígenas. Para corroborar tal afirmação, apresentou trecho do Relatório da Assembleia Nacional Constituinte.

A nota técnica apresentou diversos argumentos pertinentes no tocante à inconstitucionalidade do marco temporal, com enfoque na proposta de Emenda à Constituição. Afirmou que os direitos indígenas, que são fundamentais, estão presentes no núcleo material de cláusulas pétreas da CF; asseverou que se aplicam ao art. 231 da CRFB/88 “os princípios da vedação ao retrocesso, da proibição de proteção deficiente dos direitos e da máxima eficácia das normas constitucionais.” (APIB, 2024) Por essas razões, é vedada a alteração do art. 231 por meio de Emenda Constitucional.

#### 4.3 RETROCESSOS E INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS DISPOSIÇÕES ADJACENTES EM FACE DO DIREITO INDIGENISTA

Por todo o exposto desde o proêmio deste texto, tem-se ampla visão da disposição dos direitos indígenas positivados ao longo dos séculos de Brasis (entendendo-se Brasis como as diferentes configurações sistêmicas de governo que permearam o Brasil, sob a ótica da análise histórica e jurídica que fora realizada).

Territorializações forçadas, status de relativamente incapazes e tutelados foram algumas das políticas direcionadas aos indígenas antes que órgãos e Constituição mais garantistas e atuantes viessem ao ordenamento.

Todavia, mesmo no antigo contexto de subjugações e ausência de olhar equitativo, já se encontrava claro reconhecimento do direito originário dos povos aos territórios que tradicionalmente ocupam. Estava na Provisão de 1º.4.1680, que reconhecia os indígenas como os “primários e naturais senhores das terras que ocupavam” (Portugal, 1680).

A Lei de Terras e seu Decreto regularizador vieram e confirmaram algumas terras para Povos Indígenas que à época ainda as habitassem, sem tratar estes territórios como terras devolutas, conforme pode ser observado no art. 24, § 1º do Decreto nº 1.318/1854, que estabelece, como sujeitas à legitimação: “§ 1º As posses, que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação.” (Brasil, 1854)

A letra dessa lei é diáfana — os povos originários, como primeiros ocupantes, desprovidos de título sobre suas terras tradicionalmente ocupadas, teriam então sua posse legitimada. Nesse condão, veio, meio século depois, a Teoria do Indigenato, que realçou a originalidade do direito dos povos aos seus territórios tradicionalmente ocupados. João Mendes Júnior citava a longa presença dos povos em seus territórios, muito antes de qualquer ocupação portuguesa, bem como o reconhecimento mesmo dos lusitanos, daquele que seria um direito originário, como fora visto no Alvará 1º.4.1680.

Ao final dos anos 1980, finalmente, a Assembleia Constituinte trouxe a Carta Magna, que tratou dos direitos indígenas com notável humanismo e reconhecimento da dignidade e do direito à vida, à existência e ao território. Quando da elaboração da CF, não considerou estabelecer marco temporal algum, pois tal política iria diretamente de encontro ao ideal de reconhecimento do direito originário da tese de João Mendes Júnior, a qual inspirou o constituinte.

#### 4.3.1 A inconstitucionalidade da tese do marco temporal

Para se falar da Inconstitucionalidade do marco temporal, é vital destrinchar o art. 231, CRFB/88. Em oposição ao que traz o marco temporal, que outorga uma data para o direito dos povos aos seus territórios, o art. 231 fala sobre “reconhecimento” dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ora, só se pode reconhecer aquilo que já existe, que é vigente, mas carece de realce, de destaque no ordenamento jurídico para maior respeito e amplo conhecimento do direito preexistente.

No § 1º do mesmo artigo, fala-se de habitação em caráter permanente. O sentido desse termo se encontra na intenção da comunidade, pois se fosse uma terra de habitação temporária, sem laços existenciais e culturais, ela não seria a terra deste povo; assim, uma terra que é sentida como pertencente à comunidade indígena, em uma relação mútua e com intenção de permanência, é tradicionalmente ocupada.

O trecho mais importante do § 1º, se é que se pode atribuir algum, talvez seja o que diz “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...] as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (Brasil, 1988)

Ele evidencia a sobrevivência dos Povos Indígenas — em sentido cultural e existencial, pois, se afastados em definitivo de sua cultura, não mais existem como

povos indígenas, morrem em sua identidade, que chega ao fim, exceto se posteriormente forem capazes de retomá-la, retornando à sua cultura, ao seu território e a si próprios. Fala-se de sobrevivência, ainda que o texto diga “reprodução”, porque a reprodução física e cultural de um povo significa, por corolário, a sua sobrevivência física e cultural nos tempos vindouros.

Há, destarte, intrínseca e indivisível relação entre a existência de uma comunidade indígena e seu território. Quando o constituinte elaborou o texto constitucional e dispôs as palavras que estão contidas no art. 231, não fez nada por acaso. O escopo era ressaltar e garantir direitos aos povos indígenas, para alcançar respeito à sua existência e desenvolvimento.

Os direitos indígenas à existência e à posse de seus territórios são fundamentais, assim como estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que são direitos fundamentais garantidos. O princípio da dignidade da pessoa humana, materializado no art. 1º, III, CF/88, envolve o respeito à cultura e ao modo como se dá a existência digna da pessoa indígena — sublimemente ligada à posse e vivência no seu território tradicional. O marco temporal, ao desrespeitar a legítima posse indígena de seus territórios, é inconstitucional quando cotejado ante ao referido art. 1º, III da Lei Maior.

Se a Carta Magna promove reconhecimento dos direitos indígenas originários, pautada na meta de proteger e demarcar seus territórios tradicionalmente ocupados, essenciais à sua sobrevivência física e cultural, então jamais poderia ser interpretada à luz de um marco temporal, que outorgaria uma data para permitir um direito que já preexistia. Deste modo, o marco temporal vai de encontro àquilo expressamente disposto no art. 231 e parágrafos, ao limitar a reprodução física e cultural de povos indígenas que tradicionalmente ocupam territórios e demandam à União a demarcação destes.

Como reforço da clara posição de inconstitucionalidade do marco temporal, pode-se observar as diversas manifestações do Supremo apresentadas ao longo dos capítulos, onde gradativamente demonstrou-se como o Plenário reconhece a existência do direito originário a partir do Indigenato e da Provisão de 1º.4.1680, tal como reconhece outrossim a inconstitucionalidade do marco temporal, se observarmos a tese de repercussão geral fixada no julgamento do RE 1.017.365 (ou tema 1.031). Convém trazer aqui mais uma manifestação do Supremo, uma mais

antiga, de 1997, na qual fala-se da relação inseparável entre a terra, a existência indígena e o texto constitucional:

emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às Terras Indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem. (Supremo Tribunal Federal, 1997 apud APIB, 2024)

Ainda na seara de aferição de incompatibilidade com o art. 231 (CF/88), o marco temporal fere a Constituição também no § 4º, por ferir a indisponibilidade das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas; além do § 1º, afronta também o § 2º, que dispõe que “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente[...]”.

Outro ponto de incompatibilidade em face da Constituição inerente à teoria do fato indígena (marco temporal) está no desrespeito ao direito de propriedade garantido no inciso XXII da Carta Mãe.

Este direito, que para alguns pode ser considerado limitado à propriedade privada individual, já foi confirmado em interpretação ampla, que o caracteriza também na esfera coletiva, conforme pode ser visto em recente decisão do STF no julgamento da ADI nº 5783, em 2023:

O direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII), compreendido à luz do direito fundamental à cultura e do direito humano à propriedade e à posse coletivas, traduz moldura normativa que abriga a proteção das formas tradicionais de pertencimento. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 5783, Relatora Min. Rosa Weber, 06/09/2023, p.3)

Na decisão da mesma ADI, a Ministra Relatora Rosa Weber valeu-se de seu voto para ressaltar o status supralegal da Convenção nº 169 da OIT dentro do ordenamento jurídico pátrio após ser incorporada pelo Decreto nº 5.051/2004 e consolidada no Decreto nº 10.088/2019, em razão de ser tratado de direitos humanos. E, para trazer à presente argumentação sobre inconstitucionalidade do marco temporal por desrespeito ao art. 5º, XXII da CRFB/88, é interessante citar seu voto onde recortou dois trechos importantíssimos de artigos da supramencionada Convenção:

Em particular, os Estados signatários “deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação” (art. 13.1), de modo a “reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 14.1). (Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 5783, Relatora Min. Rosa Weber, 06/09/2023, p. 29)

Como o Brasil é obrigado a aplicar as disposições da Convenção 169 da OIT, a interpretação do art. 5, XXII da CF inclui o direito de propriedade dos povos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, que é disposição do Direito Indigenista, composto tanto pela Constituição quanto pela própria Convenção 169.

A sintonia de objetivos entre os diferentes documentos jurídicos — proteção dos direitos dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionalmente ocupados — favorece a melhor interpretação no que beneficie o alcance do escopo constitucional de amparar as comunidades indígenas.

Em face do exposto, ao se falar de inconstitucionalidade do marco temporal, consideremos para fins dessa análise o marco temporal enquanto ideia e interpretação, sem especificá-lo na maneira como se materialize, pois pode vir em diferentes roupagens e disposições conexas; em outras palavras, analisa-se sem se prender à Lei 14.701/23, mas à simples teoria de que o direito indígena à posse e demarcação deve ser submetido ao crivo de estar sendo exercido (ou disputado) na data de promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesses termos, a tese do marco temporal é inconstitucional, pois vai de encontro ao disposto no art. 231 e §§ 1º, 2º e 4º da CF, bem como ao estabelecido nos artigos 1º, III e 5º, XXII, ambos também da Carta Magna.

#### 4.3.2 Os retrocessos do marco temporal e de suas disposições correlatas em face do Direito Indigenista

Além da direta inconstitucionalidade quando cotejada com a Constituição Federal, a tese do marco temporal e suas disposições contíguas (que se encontram frequentemente juntas à tese principal, conforme pode ser observado na tese de repercussão geral do STF, ao julgar o Tema 1.031, e no conteúdo da Lei 14.701, que apresentam pontos em comum, apesar de uma ser positiva e outra negativa para os

vieses anti-indígena) também representam retrocessos em relação aos direitos conquistados pelos povos originários em matéria de Direito Indigenista.

A tese do marco temporal já foi recém detalhada, não obstante, é adequado salientar as principais disposições adjacentes, para depois confrontar essa união com os princípios do direito indigenista cabíveis no tema (bem como os documentos jurídicos onde se manifestam).

A primeira encontra-se baseada na condicionante XVII, definida no julgamento do caso raposa serra do sol, e foi transposta para o artigo 13 da Lei 14.701/23, que diz: "É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas." (BRASIL, 2023) Ela é confrontada no VIII da tese de repercussão geral fixada no RE 1.017.365, já citado anteriormente, agora recortado no seguinte trecho:

A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório até o prazo de cinco anos da demarcação anterior [...] (Supremo Tribunal Federal, 2023)

Entende-se, portanto, que a primeira grande disposição adjacente ao marco temporal é a vedação ao redimensionamento de Terra Indígena (que costuma ser solicitado quando houve grave erro anterior, ao não serem incluídas na demarcação terras tradicionalmente ocupadas pelo povo indígena em questão).

A tese de repercussão geral fala de "redimensionamento", ao passo que a Lei 14.701/23 usa o termo "ampliação". Ambas tratam do mesmo fenômeno, porém a lei inadequadamente cunhou o supradito termo, pois os povos indígenas não buscam ampliar suas terras, mas vê-la reconhecida em sua totalidade. Não se trata de expandir a área da terra, mas oficializar toda a extensão do território ocupado tradicionalmente pela comunidade indígena, que, antes, em sede de primeira demarcação, não fora demarcada (por motivos políticos, econômicos, de deficiência no laudo antropológico etc.).

A segunda grande disposição correlata ao marco temporal, por sua vez, é a utilização e modificação de territórios indígenas a partir de medida legislativa ou administrativa que afete diretamente os povos em questão sem realizar consulta prévia. Está presente no parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/23, após ser trazida do texto da condicionante V estabelecida no Caso Raposa Serra do Sol:

Art. 20.

Parágrafo único. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente. (Brasil, 2023)

Antes de contrastar tais disposições contíguas com os princípios indigenistas concernentes, é conveniente partir da tese fundamental — cotejar primordialmente o marco temporal.

Além da configuração de exigir a presença de povos indígenas nas terras que tradicionalmente ocupam à data da promulgação da CF/88, o marco temporal dá alguns outros detalhes à tese, como a ressalva de renitente esbulho, que consistiria na ocorrência de conflito possessório iniciado antes da CF e permanente até a sua promulgação. Essa ressalva protegeria o direito à posse das comunidades que demonstrassem circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada, mas não daquelas que tivessem sido desconectadas de suas terras, muito antes, por processo de territorialização.

Ademais, a ressalva de renitente esbulho também não abrange aqueles povos que não foram ouvidos nas suas tentativas de reivindicação de seus territórios em meados do século XIX, quando o indivíduo e a comunidade indígena ainda eram tutelados, sem a capacidade jurídica plena com que hoje são contemplados (art. 232, CF). Àquela época, os povos originários dependiam de iniciativa do órgão indigenista vigente para terem acolhidas as suas demandas.

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei do marco temporal bem demonstram o susodito:

art. 4º [...]

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

§ 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

§ 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo. (Brasil, 2023)

Sob a luz do direito indigenista, a análise do marco temporal conclui que há retrocesso em razão do desrespeito aos direitos garantidos pelos seguintes princípios: princípio da identidade cultural; princípio do Indigenato; princípio da vinculação territorial ou não remoção; princípio do reconhecimento territorial formal e princípio da tripla afetação da terra indígena.

O princípio da identidade cultural fala sobre o direito de conhecer, proteger e definir a sua cultura. Ele se traduz no direito dos povos de não terem suas culturas apagadas e de não sofrerem assimilação cultural forçada. Conforme já apresentado, o artigo 8 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê (além de conceito semelhante ao realçado acima) que os Estados deverão prevenir e reparar atos que tenham por objetivo ou consequência privar povos de seus valores culturais e de sua identidade étnica (ONU, 2007).

A tese do marco temporal viola diretamente tal princípio, por ter a destruição gradual dos valores culturais e da identidade étnica dos povos indígenas como consequência de seu conceito — ao afastar povos indígenas de suas terras (ou impedir que com elas se reconectem no futuro, caso lá estivessem até antes de 1988 e, após esbulhados, ainda não estejam no presente), sua relação existencial étnica acaba por ser danificada, por estar diretamente relacionada com a posse de seu território tradicional. Além disso, o direito de proteger sua cultura também resta prejudicado.

A teoria do fato indígena vai de encontro também ao princípio do Indigenato, por desrespeitar o caráter originário do direito indígena em relação aos territórios que tradicionalmente ocupam, quando outorga uma data arbitrária para aferir a presença dos povos nos seus territórios, num tom de constituir o direito. Segue linha de pensamento extremamente diversa daquela da OIT (art. 14 da Convenção nº 169) e da CRFB/88, ambas integrantes do ordenamento jurídico indigenista, e que falam de reconhecimento de direitos, sem trazer menção alguma à criação de balizas temporais.

A natureza originária e imprescritível dos direitos aos territórios tradicionalmente ocupados é totalmente oposta ao desígnio de considerar ausência de disputa judicial em data certa como requisito de validade para existência de tradicional ocupação. Sobretudo ao se compreender o conceito de “tradicional ocupação” como aquela que consiste na habitação permanente das terras (ressalvadas as territorializações forçadas sofridas pelos povos afastados de seus

territórios), as quais devem ser essenciais para todos aqueles fins descritos no § 1º do art. 231 da CF.

Outrossim, quanto aos retrocessos propagados, o marco temporal viola o direito consagrado no princípio da vinculação territorial ou não remoção, que estabelece a vinculação dos povos originários aos seus territórios, do qual não podem ser removidos em definitivo (nos ditames do art. 10 da Declaração da ONU já abordado e do art. 231, § 5º da CF).

Essa violação é visível quando se observa o estruturado no art. 14 da Lei 14.701, que instrumentaliza o fito do marco temporal de remover povos indígenas que já retomaram seus territórios tradicionalmente ocupados, porém após a data instituída como marco temporal, e que atualmente se encontram em processo de demarcação: "Os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei." (Brasil, 2023).

Tal previsão acaba por encerrar processos de demarcação em andamento e ir de encontro ao direito indigenista, sobretudo à Constituição Federal, em específico, por atentar contra a demarcação expressamente prevista em moldes que garantem direitos a todas as terras indígenas ocupadas nos termos do art. 231, § 1º, sem segregação relacionada a fatores temporais.

Na mesma seara, em zona teórica bastante próxima a do princípio anterior, encontra-se o princípio do reconhecimento territorial formal. Ele é confirmado pela CRFB/88, em seu art. 231, e é violado ao passo que o marco temporal limita as terras indígenas passíveis de reconhecimento territorial formal, ao distorcer a interpretação realizada quando se utiliza o art. 231 como base para a demarcação de terras indígenas.

Para finalizar o cotejo do marco temporal com os princípios indigenistas, tragamos à baila o princípio da tripla afetação da terra indígena. Em uma das afetações previstas, o princípio exalta a dimensão de bens públicos federais na qual constam as terras indígenas (art. 20, inciso XI, CF). Nesse ponto, requisito de renitente esbulho, previsto no marco temporal, não poderia existir para caracterizar a terra indígena como de direito dos povos; pois caberia aos não-indígenas que ocuparam a terra provar justo título de posse, visto que tais terras seriam, proemialmente, bens da União.

Enquanto disposição adjacente, a vedação ao redimensionamento das terras indígenas representa retrocesso por contrariar o que dispõem especialmente os

princípios indigenistas do Indigenato e do reconhecimento territorial formal. No âmbito do Indigenato, o art. 14 da Convenção 169 da OIT determina que “Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”. (OIT, 1989)

Assim, se uma demarcação não determina corretamente a totalidade da terra tradicionalmente ocupada pelo povo indígena, o governo ainda não realizou todas as medidas necessárias para determinação da terra tradicionalmente ocupada — faz-se necessária nova análise, para posterior redimensionamento da terra antes demarcada, com garantia à proteção efetiva dos direitos de propriedade e posse dos povos originários.

A vedação à “ampliação” (ao redimensionamento), portanto, acaba por desprezar o princípio do Indigenato, por proibir o Estado de cumprir seu dever, que se manifesta na tomada de medidas necessárias para determinar em verdade a terra tradicionalmente ocupada pelo povo interessado.

Por sua vez, o princípio do reconhecimento territorial formal é transgredido ao se limitar a demarcação a ato único sem possibilidade de posterior ajuste territorial, ainda que, quando realizado, por quaisquer motivos não abarque a integralidade do território tradicionalmente ocupado. Há transgressão porque uma demarcação incompleta não exerce realmente o reconhecimento territorial formal, pois o faz de modo imperfeito.

Por sua parte, a segunda disposição adjacente ao marco temporal — utilização e modificação de territórios indígenas sem realização de consulta prévia — recalitra diretamente contra o princípio indigenista da consulta e consentimento prévio e livre e indiretamente contra o princípio da autodeterminação dos povos (por ser base fundamental para o princípio da consulta).

Previsto no art. 231, § 3º, CF e reforçado pelo (anteriormente citado na íntegra) art. 6º da Convenção nº169 (OIT), o princípio da consulta prévia asserta que os governos deverão consultar os povos indígenas sempre que haja medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los diretamente. A consulta deve ser feita nos ditames da boa-fé e pautada pelo objetivo de alcançar o consentimento dos povos sobre a medida proposta. (OIT, 1989)

Ao comparar o art. 20 da Lei 14.701 e seu conceito (utilizar e modificar parte do território indígena sem realizar proemialmente uma consulta prévia) com o princípio, percebe-se a desarmonia presente.

Para tomar alguns exemplos, a expansão estratégica da malha viária e a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico, previstas no art.20 (Brasil, 2023), são medidas administrativas, ou seja, não poderiam ser implementadas sem cumprir com o que dispõe a OIT — consulta prévia e pautada no objetivo de alcançar o consentimento livre dos povos indígenas, a ser realizada quando estejam previstas medidas administrativas que possam afetar diretamente os povos interessados.

Configura-se realizado, assim, o perfazimento das diversas rotas de cotejo do marco temporal e suas disposições adjacentes em relação ao ordenamento do direito indigenista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao visualizar a totalidade do percorrido, chega-se à conclusão da amplitude do tema abordado, que está presente em discussões de diversas frentes e há muitos anos. Muito embora a tese do marco temporal seja recente (citada há apenas décadas), o seu objeto direto e indireto de modificação — os territórios indígenas e a sobrevivência cultural e existencial dos originários — já estão em discussão há centenas de anos, seja pela luta dos povos indígenas pelos seus direitos (muitas vezes ignorada e rechaçada), seja pelas leis e medidas jurídico-administrativas em geral tomadas pelos detentores do poder não-indígena a incidir no Brasil.

Foi por meio de pesquisa bibliográfica e documental, em análise de documentos jurídicos e ocorrências políticas ao longo dos séculos, desde 1500, que o primeiro objetivo específico foi plenamente alcançado: alcançou-se compreensão das disposições ultrapassadas e dos reconhecimentos importantes ocorridos ao longo da história das regulamentações de direito indígena incidente no país.

Isso foi possível a partir do realizado tanto no primeiro, quanto segundo capítulo do trabalho. No primeiro, foi possível alcançar o objetivo ao pesquisar e refletir sobre a ação jesuíta, as disposições do Marquês de Pombal, a Provisão de 1º.4.1680, a Lei de Terras, seu decreto regulamentador, a ação do SPI etc. Momentos estes ocorridos durante o Brasil Colônia, Império e República (até o ano de 1988).

No tocante à contribuição do segundo capítulo para o primeiro objetivo específico, ela desenrolou-se no que representa a Constituição Federal enquanto dispositivo de amplo reconhecimento de direitos indígenas, que possui em seu texto ampla inspiração no Indigenato e compreensão da natureza étnica da posse indígena, conforme abordado durante o presente trabalho. Pode-se ir até além: o direito indigenista, dentre todas as suas fontes que no Brasil possuem efeito, também contribui como símbolo dos reconhecimentos vigentes no país.

O segundo objetivo específico, consistente em encontrar os reconhecimentos e garantias oponíveis ao marco temporal e suas adjacências, bem como os conceitos dos povos indígenas sobre a existência e o território, também pode ser considerado plenamente atingido.

Para seu alcance, no segundo capítulo utilizou-se ampla pesquisa bibliográfica e documental para avistar, entender e aprofundar o direito indigenista, com referência ao seu conceito, fontes e expressões, com destaque à apresentação

de seus princípios, que compilam os direitos reconhecidos e servem como cotejo para aferir a inconstitucionalidade e os retrocessos do marco temporal e de suas disposições relacionadas.

Vale salientar, ao encontro do objetivo, o estudo da Constituição Federal (integrante do arcabouço indigenista) no seu capítulo “DOS ÍNDIOS”, presente no título da ordem social. Este estudo constitucional mostrou-se importante para consolidar a compreensão do Indigenato e da posse étnica, que respectivamente são tese e conceito indispensáveis para entender a existência dos povos indígenas e o seu território, principalmente no tocante à relação intrínseca e inerente da comunidade indígena com o seu território, que são indivisíveis.

Para compor o alcance do segundo objetivo específico ainda no que concerne às conceituações de território e existência, cabe ressaltar, dentre os princípios, a notabilidade do princípio do bem viver. Ele preza pelo respeito às concepções dos povos originários, que possuem o direito de manter e fortalecer sua relação espiritual com os territórios. Valoriza a forma dos povos de enxergar a vida e diferencia a relação indígena e a relação capitalista com a terra. Foi abordado o pensamento de Daniel Munduruku — renomado escritor indígena — acerca da relação entre povo indígena, território e existência, em um trecho que sintetiza perfeitamente o objeto do estudo.

O terceiro objetivo específico foi alcançado, na íntegra, pois foi possível investigar e apreender tanto como ocorreu a perda da autonomia territorial e identitária dos povos indígenas, quanto como ela pode ser retomada. A pesquisa necessária para atingir tal objetivo (que foi documental e bibliográfica) concentra-se ao final do segundo capítulo, onde foi estudada a emergência étnica, que é fenômeno representativo da retomada indígena de seus territórios e de suas identidades.

Elementar, para discorrer sobre a emergência étnica, fez-se o debruçar sobre os conceitos de “indígenas misturados”, “territorialização” e identidades social e territorial. Através de tal investigação, foi possível visualizar as violentas territorializações e misturas que acabaram por afastar os povos originários de seus territórios e identidades. Pautadas em deslocamentos forçados e estupros, que misturaram os indígenas e os territorializaram para longe de suas origens.

A retomada, a seu turno, pode acontecer a partir da reelaboração da cultura e da relação com o passado, ao buscar antigos sentidos e juntá-los ao que há de vigente no presente, ainda que resultado de sínteses anteriores. O essencial é que haja sentimento de pertencimento de comunidade entre os indivíduos, que se

estabeleçam na mesma identidade étnica diferenciadora, dotada da intenção de retomarem-se enquanto povo indígena.

O quarto objetivo específico — busca pelo conteúdo da tese do marco temporal e pela sua jornada enquanto tema de embate jurídico-constitucional entre direitos indígenas e interesses do agronegócio — verificou-se plenamente alcançado. Para seu alcance, utilizou-se o terceiro capítulo do trabalho (em vasta pesquisa documental e bibliográfica), onde o marco temporal foi destrinchado em variadas nuances, dentre as quais, interessam para o dito objetivo: origem e conceito do marco temporal e discussões legislativas, judiciárias e jurídicas em geral sobre o tema.

Foram estudados os principais expoentes legislativos e judiciários relativos ao marco temporal, bem como o embasamento teórico inicial, que foi buscado na Súmula nº650 do STF. Como expoente judiciário, o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi fundamental para compreender o conteúdo da tese, bem como de suas disposições adjacentes. Enquanto grande expoente legislativo, o PL 490/2007, que futuramente resultou na Lei 14.701, também foi vital para compreensão do conteúdo.

Os estudos do Parecer nº 01/2017 da AGU (bem como de seus desdobramentos) e do RE 1.017.365, portaram-se como essenciais para visualizar a disputa de interesses entre indígenas e ruralistas. A conciliação promovida pelo STF, a consulta feita pela APIB ao escritório Miguel Godoy e a posterior saída da APIB da mesa de negociações denotam o impasse vivido atualmente no cenário da demarcação de terras indígenas ponderada entre o marco temporal e a decisão pendente acerca de sua (in)constitucionalidade.

A visualização da PEC 48/2023 demonstrou que o agronegócio ainda não desistirá no caso de o Supremo declarar a Lei 14.701 inconstitucional. Na verdade, o interesse ruralista sinaliza o desejo de aprovar a PEC antes do julgamento do colendo tribunal.

Por isso, os povos indígenas e aqueles que apoiam o reconhecimento consagrado na Constituição Federal desejam que seja realizado o julgamento o quanto antes, sem que os direitos fundamentais indígenas sejam mantidos na posição de negociação em que o STF os colocou (pelos motivos da inadequação de tal autocomposição, apresentados por Miguel Godoy em seu parecer).

Por conseguinte, com o alcance dos quatro objetivos específicos, o alcance completo do objetivo geral foi realizado com maior fluidez e facilidade. Foi possível aferir se há inconstitucionalidade e retrocessos na tese do marco temporal e nas suas

disposições adjacentes em face da Constituição Federal e outros dispositivos do direito indigenista.

Foi ao final do terceiro capítulo que, de maneira direta, a resposta ao objetivo foi encontrada. Nesse ponto do capítulo, a CF/88, a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prestaram papel de modelo para cotejo com a tese do marco temporal e suas disposições adjacentes, com vista a concluir se há inconstitucionalidade e retrocessos.

A conclusão foi de que sim, há inconstitucionalidade e retrocessos. Cristalinos, quando a tese espacosamente estudada é posta ao crivo da CRFB/88 e de princípios do direito indigenista. Em matéria de inconstitucionalidade, a tese do marco temporal contraria diretamente a Constituição Federal, quando cotejada em face dos artigos 231 e §§ 1º, 2º e 4º; 1º, III e 5º, XXII.

Em matéria de retrocessos, a teoria do fato indígena vai de encontro aos seguintes princípios: princípio da identidade cultural; princípio do Indigenato; princípio da vinculação territorial ou não remoção; princípio do reconhecimento territorial formal e princípio da tripla afetação da terra indígena. A incompatibilidade foi adequadamente demonstrada no capítulo correspondente.

A respeito dos retrocessos das disposições adjacentes, a primeira — a vedação ao redimensionamento das terras indígenas — viola o princípio do Indigenato e o princípio do reconhecimento territorial formal. Ao passo que a segunda — a utilização e modificação de territórios indígenas sem realização de consulta prévia — desrespeita diretamente o que prevê o princípio da consulta e consentimento prévio e livre e indiretamente o princípio da autodeterminação dos povos.

Após toda a pesquisa realizada, tornou-se ainda mais evidente o quão essencial a discussão acerca da inconstitucionalidade e dos retrocessos do marco temporal se faz na conjuntura atual do Legislativo e Judiciário brasileiros. Na iminência do julgamento de ADI sobre o tema e durante o trâmite de uma PEC que busca constitucionalizar, via emenda, esta disposição demonstrada inconstitucional ao longo do presente estudo.

Os povos indígenas sofrem violências contra seus territórios, suas posses, suas identidades e sua existência há séculos, por meio de processos que os afastaram de suas origens e de si próprios. Sofreram violência no princípio da colonização, quando foram escravizados, retirados de seus territórios e forçados a levar modo de vida diverso do que enxergavam correto. Sofreram violência novamente em novos

deslocamentos e na mistura imposta, através de incentivos à ocupação dos territórios indígenas para uma miscigenação que dificilmente pautava-se em consentimento.

Depois de longos anos em projeto de assimilar e deslocar os povos indígenas para incorporá-los à sociedade, o Brasil, através da Constituição Federal, finalmente passa a dar amplo reconhecimento aos direitos originários e à cultura dos povos indígenas. Com isso, torna-se possível reverter os efeitos alcançados pelas antigas políticas violentadoras e assimiladoras. Mas, nesse ponto, em contramão, surgem políticas que negam o reconhecimento e buscam impedir a reconexão dos povos indígenas consigo mesmos.

No presente trabalho, tratamos daquela que vem sendo discutida com mais força nos últimos anos, pois viola a existência, a sobrevivência indígena, ao violar seu direito ao território. A tese do marco temporal, acompanhada pelas suas disposições adjacentes, representa uma nova onda de violência contra os povos indígenas. Uma violência que visa proibir a reconexão de povos com seus territórios e sua essência, quando a conexão só fora perdida, no passado, por ação violenta externa, nunca de modo espontâneo.

O apelo é para que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo não se dobrem às vontades do agronegócio em detrimento da proteção constitucional. Não se pede nada além do respeito à Carta Magna deste país. Que nós, enquanto sociedade, não observemos passivos uma data artificial — deslegitimadora de um marco ancestral (originário) — destruir a sobrevivência física e cultural de centenas de povos que aguardam a demarcação de suas terras. Que desejam ser respeitados em sua viagem de volta.

## REFERÊNCIAS

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) é uma instância de aglutinação e referência nacional do movimento indígena no Brasil. **APIB**. Disponível em: <https://apiboficial.org/sobre/>. Acesso em: 26 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 6. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, set. 2001.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 16 jul. 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto N° 1.318, de 30 de janeiro de 1854**. Manda executar a Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 30 jan. 1854. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201.318%2C%20DE%2030%20DE%20JANEIRO%20DE%201854](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201.318%2C%20DE%2030%20DE%20JANEIRO%20DE%201854). Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto N° 426, de 24 de julho de 1845**. Contém o Regulamento ácerca das Missões de catechese, e civilização dos ludios. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 24 jul. 1845. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387574/publicacao/15771126>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto N° 736, de 6 de Abril de 1936**. Aprova, em carater provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios. Rio de Janeiro, RJ: Câmara dos Deputados, 6 abr. 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Aprova%2C%20em%20carater%20provis%C3%B3rio%2C%20o,Servi%C3%A7o%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20aos%20%C3%8Dndios>. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. **Lei de 27 de outubro de 1831**. Revoga as Cartas Régias que mandaram fazer guerra, e pôr em servidão os índios. Rio de Janeiro, RJ: Câmara dos Deputados, 11 nov. 1831. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html#:~:text=Revoga%20as%20Cartas%20R%C3%A9gias%20que,p%C3%B4r%20em%20servid%C3%A3o%20os%20%C3%ADndios](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html#:~:text=Revoga%20as%20Cartas%20R%C3%A9gias%20que,p%C3%B4r%20em%20servid%C3%A3o%20os%20%C3%ADndios). Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 14.701, de 20 de outubro de 2023.** Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília, DF: Presidência da República, 27 dez. 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm). Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 16, de 12 de agosto de 1834.** Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 12 ago. 1834. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 21 dez. 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 20 set. 1850. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=L0601%2D1850&text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=L0601%2D1850&text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais). Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Ministério dos Povos Indígenas. **Candidaturas indígenas terão cota de recursos eleitorais e de tempo de rádio e TV, decide TSE:** Tribunal respondeu à consulta feita pela deputada federal Célia Xakriabá e regulamentação definirá a possibilidade de implementação da regra nas eleições de 2024 ou de 2026. [Brasília, DF]: Ministério dos Povos Indígenas, 28 fev. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/noticias/2024/02/candidaturas-indigenas-terao-cota-de-recursos-eleitorais-e-de-tempo-de-radio-e-tv-decide-tse>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Nota Técnica Nº 02/2018-6CCR.** Brasília, DF: Ministério Público Federal, 19 fev. 2018. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02\\_2018.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02_2018.pdf). Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Nota Técnica sobre a proposta de emenda à Constituição (PEC) Nº 48/2023 - marco temporal de terras indígenas.** Brasília, DF: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 490/2007.** Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 20 mar. 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311#:~:text=Transformado%20na%20Lei%20Ordin%C3%A1ria%2014701%2F2023>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. **Provisão de 1 de abril de 1680**. Provisão sobre a repartição dos Índios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jesus. Lisboa, 1 abr. 1680. Disponível em: <https://transfontes.blogspot.com/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 362/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2017. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/STF-acordao\\_ACO-366\\_ACO-362.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/STF-acordao_ACO-366_ACO-362.pdf). Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.783/BH**. Relator: Min. Rosa Weber, 6 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR**. Relator: Min. Ayres Britto, 1 de julho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante: PSV 49 DF**. Relator: Min. Ellen Gracie, 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/21256264>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365/SC**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 650**. 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. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 31 out. 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1634>. Acesso em: 15 set. 2024.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. **O campo social do Direito e a teoria do direito indigenista**. 2022. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2022.

ENTENDA as audiências de conciliação do STF sobre a lei do Marco Temporal: Comissão criada pelo ministro Gilmar Mendes reunirá integrantes dos governos federal, estadual e municipal e representantes da sociedade civil e da população indígena. **Supremo Tribunal Federal**, 2024. Disponível em:

<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/entenda-as-audiencias-de-conciliacao-do-stf-sobre-a-lei-do-marco-temporal/>. Acesso em: 30 set. 2024.

FALCÃO, Márcio. Gilmar Mendes suspende ações sobre marco temporal para terras indígenas e abre conciliação: Ações questionavam constitucionalidade de lei aprovada pelo Congresso no ano passado. Autores de processos, entidades indígenas e do agronegócio serão ouvidos. **G1**, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/04/22/gilmar-mendes-suspende-acoes-sobre-marco-temporal-para-terras-indigenas-e-e-abre-conciliacao.ghtml>. Acesso em: 30 set. 2024.

FILIPE II. [**Correspondência**]. Destinatário: Diogo de Menezes Serqueira. Lisboa, 31 ago. 1609. 1 carta. Disponível em: [https://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3159:liberdade-dos-gentios&catid=2033&Itemid=215](https://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3159:liberdade-dos-gentios&catid=2033&Itemid=215). Acesso em: 10 jul. 2024.

GODOY, Miguel. **Opinião legal sobre autocomposição nas ações de controle abstrato de constitucionalidade**. Consultante: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). Ações correlatas: ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86. Brasília.

GOMES, Mércio Pereira; O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HAESBAERT, Rogério. Identidades territoriais In: ROSENDAHL, Zeny; CORRÊA, Roberto (org.). **Manifestações da cultura no espaço**. 1. ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999.

MANSUR, Vinicius. Temer tem declarado guerra aos povos indígenas, afirmam lideranças: Líderes indígenas e especialistas denunciam uma série de retrocessos históricos promovidos pelo governo de Michel Temer. **Brasil de Fato**, 2024. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/04/20/temer-tem-declarado-guerra-aos-povos-indigenas-afirmam-liderancas>. Acesso em: 25 out. 2024

MARTINS, P. H.; BENZAQUEN, J. F. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Revista Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, disponível em: <http://www.journals.ufrpe.br/index.php/cadernosdecienciassociais/article/view/1882>, acesso em: 7 out. 2024

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MPF reafirma posicionamento contra marco temporal para demarcação de terras indígenas: MPF orienta membros a não utilizarem a data da promulgação da

Constituição de 1988 como marco temporal para demarcação de terras indígenas. **Ministério Público Federal**, 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-reafirma-posicionamento-contramarco-temporal-para-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 27 set. 2024.

MUNDURUKU, D. Entrevista concedida ao documentário Muita terra para pouco índio. VILLELA, Bruno e LOBATO, Sergio. Amazon Picture, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 9 set. 2024.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Genebra, 7 jun. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 9 set. 2024.

RICHTER, André. Apib cobra suspensão de marco temporal e avalia deixar comissão do STF: Entidade pediu prazo de 48 horas para decidir se participa. **Agência Brasil**, 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-08/apib-cobra-suspensao-demarco-temporal-e-avalia-deixar-comissao-do-stf>. Acesso em: 30 set. 2024.

RICHTER, André. Marco temporal: Gilmar Mendes mantém conciliação após saída da Apib: Entidade deixou mesa de negociações no mês passado. **Agência Brasil**, 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-09/marco-temporal-gilmar-mendes-mantem-conciliacao-apos-saida-da-apib>. Acesso em: 30 set. 2024.

ROCHA, Ibraim *et al.* **Manual de Direito Agrário Constitucional**: lições de direito agroambiental. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

SANTOS FILHO, Roberto. Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião. **Consultor Jurídico**, 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula\\_650\\_stf\\_incide\\_acoes\\_usucapiao/](https://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula_650_stf_incide_acoes_usucapiao/). Acesso em: 25 set. 2024.

SOUZA, Almir. A Lei de Terras no Brasil Império e os índios do Planalto Meridional: a luta política e diplomática do Kaingang Vitorino Condá (1845-1870). **Revista Brasileira de História**, v. 35, n. 70, p. 109-130, jul. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/JKJyRXswxRTkTsbdF39PMXq/#>. Acesso em: 26 ago. 2024.

STF define tese de repercussão geral em recurso que rejeitou marco temporal indígena: A presidente do STF, ministra Rosa Weber, destacou que o texto foi construído com a colaboração de todos os integrantes do Tribunal. **Supremo Tribunal Federal**, 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514834&ori=1>. Acesso em: 30 set. 2024.

STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas: O Plenário decidiu que a demarcação independe do fato de que as comunidades estivessem ocupando ou disputando a área na data de promulgação da Constituição Federal. **Supremo Tribunal Federal**, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>. Acesso em: 20 set. 2024.

STF realiza, nesta segunda (5), primeira audiência de conciliação sobre Lei do Marco Temporal: A comissão especial, criada pelo ministro Gilmar Mendes, tem representantes de indígenas, do Congresso Nacional, do governo federal e da sociedade civil. **Supremo Tribunal Federal**, 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-realiza-nesta-segunda-5-primeira-conciliacao-sobre-lei-do-marco-temporal/>. Acesso em: 30 set. 2024.

SUSPENSOS efeitos de parecer da AGU sobre terras indígenas até julgamento final de RE sobre o tema. **Supremo Tribunal Federal**, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442891&ori=1>. Acesso em: 29 set. 2024.