



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA FRONTEIRA SUL  
CAMPUS ERECHIM  
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
MESTRADO INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS HUMANAS**

**JÚLIO CESAR SALLES RIBEIRO**

**TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS:  
A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS  
TRADICIONALMENTE OCUPADAS.**

**ERECHIM-RS**

**2023**

**JÚLIO CESAR SALLES RIBEIRO**

**TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS:  
A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS  
TRADICIONALMENTE OCUPADAS.**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação interdisciplinar em ciências humanas da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Géron Wasen Fraga

**ERECHIM/RS**

**2023**

## **Bibliotecas da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS**

Ribeiro, Júlio Cesar Salles

TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS: A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS / Júlio Cesar Salles Ribeiro.

-- 2023.

93 f.

Orientador: DOUTOR Gérson Wasen Fraga

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Fronteira Sul, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Erechim,RS, 2023.

1. TERRAS INDÍGENAS. 2. DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS. 3. TESE MARCO TEMPORAL X TESE DIREITO ORIGINÁRIO. 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365. I. Fraga, Gérson Wasen, orient. II. Universidade Federal da Fronteira Sul. III. Título.

**JÚLIO CESAR SALLES RIBEIRO**

**TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS:  
A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS  
TRADICIONALMENTE OCUPADAS.**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação, mestrado interdisciplinar em ciências humanas da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Gérson Wasen Fraga.

Este trabalho foi defendido e aprovado pela banca em

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Gérson Wasen Fraga – PPGICH/UFFS  
Orientador

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Thaís Janaína Wenczenovicz – PPGICH/UFFS  
Membro titular interno

---

Profa.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparanberger – FURG  
Avaliador Membro titular externo

## **Dedicatória**

Dedico esse trabalho, sem sombra de dúvidas, à minha esposa, filho e filhas. Não fosse o apoio incondicional e incentivo, não se tornaria realidade. Todo o suporte em ação, em paciência e tempo, que foram cuidados dispensados a mim, muitas vezes foram essenciais para a continuidade. Não há como não citar Carolina (Krig), Jafé (Rá), Débora (Kysã) e Léa (Kafej), sempre digo, não por ordem de preferência ou amor, pois com certeza, nestes aspectos, são iguais. Á Carmem (Tonh). Por fim, a dedicatória mais importante a Ele, Tupê.

## AGRADECIMENTOS

Tudo na vida são escolhas, exceto o lugar onde nascemos. Eu tive a felicidade de nascer em um povo excluído, sofrido, mas muito guerreiro, muito cheio de esperanças. Sim, no plural. O choro do indígena quando vem ao mundo se mistura com o grito de guerra, e o espírito Kaingang é assim. Com certeza posso dizer que meu primeiro agradecimento é por ter sido escolhido para ser do maior povo indígena do sul do Brasil, o Kaingang.

Ao ser aprovado no processo seletivo para o mestrado da Universidade Federal da Fronteira Sul, pensei estar preparado para os desafios, no entanto, as aulas me deram a certeza de que por maior que eles fossem, eu deveria os transpassar. Não se chega a algum lugar sem renúncia, sem esforço, sem dedicação. É muito fácil para quem está de fora, mas quando entramos e vemos a grandeza do caminho, percebemos que nossa história é escrita por objetivos atingidos.

E não conseguimos alcançar os objetivos propostos sozinhos, isso jamais. É importantíssimo agradecer aquelas pessoas que estão sempre ao nosso lado. À minha amada esposa Carmem, como prefere ser chamada, a agradeço por estar sempre ao meu lado, às vezes na frente da caminhada, outras um pouco mais atrás, sendo o sustento de tudo. Agradeço a cada um dos meus filhos: Caroline, Jafé, Débora e Léa, por ordem de nascimento, pois de preferência não tenho, amo a todos igualmente, mas às vezes sou mais exigente com um ou com outro, depende do momento.

Não podemos esquecer que somos humanos, não super heróis, e às vezes temos que dar atenção, outras precisamos de atenção. Não fosse o que recebemos, a caminhada se tornaria muito, muito mais difícil.

Agradeço *in memoriam*, aos meus pais: Francisco, o seu Chiquinho, e Leonilda, a dona Leoa. Meu pai dizia: “o estudo é único caminho para sair da pobreza”. Hoje entendo que não estava se referindo apenas a questão financeira.

Na caminhada encontramos professores (as) e professores (as), uns apenas querendo encerrar seu horário, outros se dedicando de forma integral, mas o empenho de todos merece sempre meu agradecimento, não chegaria a este momento, não fossem todos.

Ao meu orientador, Profº. Dr. Géron Wasen Fraga, “pouco gremista”, à sua dedicação, o seu tempo, foi uma forma de investimento com retornos incalculáveis. Não só acreditou no projeto, como incentivou a mudar a forma de escrever, então, todo meu agradecimento.

À nossa Universidade Federal da Fronteira Sul, que tem uma qualidade superior em todos os espaços, que nos proporciona vivenciar o conhecimento, sem falar no acesso a todas as pessoas, principalmente aos indígenas.

Por fim, meu eterno agradecimento àquele que me deu a vida, ao meu Deus, que sempre me estendeu sua benção, sua proteção, sem o qual a vida não existe.

*“Não há como falar de  
terras, construir uma tese  
sobre terras indígenas  
sem considerar as vidas  
dos povos indígenas”.*

*Advogada indígena*

*Samara Pataxó*

## RESUMO

A questão territorial indígena nunca esteve tão em evidência quanto nos últimos trinta anos, principalmente após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Porém, a busca pela efetivação dos direitos conquistados pelos indígenas, sobre demarcação de seus territórios, começou muito antes. A origem desta luta começou assim que Pedro Álvares Cabral chegou ao continente, lá pelos anos de 1500, ganhando força a partir das décadas de 1960 e 1970, com as assembleias dos mais diferentes povos indígenas que entenderam que poderiam somar forças em suas reivindicações enquanto iguais e dar suporte uns aos outros, enquanto indivíduos. Foi a partir do surgimento da consciência pan-indígena, ideia desenvolvida pelo escritor indígena Daniel Munduruku, em 2012, ao estudar àquelas mobilizações, que a luta pelos direitos indígenas teve um impulso bastante considerável. O período pré-constitucional foi importante para os povos originários, pois com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, é que as demarcações começaram a ter efetividade. O artigo 231 da Carta Magna elevou o reconhecimento deste direito a status constitucional. Foi quando, protegidos pelo direito originário, iniciaram a busca pela demarcação dos territórios indígenas. Porém, foi neste mesmo período que surgiu a tese do marco temporal, defendendo que somente se demarque como terras indígenas àquelas efetivamente ocupadas no dia 05 de outubro de 1988. Do debate, que é político, social e legal, surgiu a presente dissertação de Mestrado.

**Palavras-Chave:** Demarcação; Direito Originário; Terras Tradicionalmente Ocupadas; Indigenato.

## ABSTRACT

The indigenous territorial issue has never been more in evidence than in the last thirty years, especially after the advent of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88). However, the search for the realization of the rights conquered by the indigenous people, regarding the demarcation of their territories, began much earlier. The origin of this struggle began as soon as Pedro Álvares Cabral arrived on the continent, back in the 1500s, gaining strength from the 1960s and 1970s, with the assemblies of the most different indigenous peoples who understood that they could join forces in their claims as equals. and support each other as individuals. It was from the emergence of pan-indigenous awareness, an idea developed by the indigenous writer Daniel Munduruku, in 2012, when studying those mobilizations, that the struggle for indigenous rights had a considerable boost. The pre-constitution period was important for the original peoples, because with the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, on October 5, 1988, the demarcations began to be effective. Article 231 of the *Magna Carta* raised the recognition of this right to constitutional status. That was when, protected by original law, they began the search for the demarcation of indigenous territories. However, it was in this same period that the temporal framework thesis emerged, arguing that only those actually occupied on October 5, 1988 should be demarcated as indigenous lands. From the debate, which is political, social and legal, arose this Master's dissertation.

**KEYWORDS:** Demarcation: Original Right: Traditionally Occupied Lands: Indigenous.

Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 – A HISTORICIDADE DE ELEMENTOS IMPORTANTES PARA CONTRIBUIR NA CONSTRUÇÃO DA POSITIVAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS</b> .....	177
1.1 A ORGANIZAÇÃO SOCIAL DOS POVOS INDÍGENAS COMO MEIO DE GARANTIA DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS .....	16
1.2 A IDENTIFICAÇÃO DE PERTENCIMENTO INDÍGENA COMO PRESSUPOSTO PARA BUSCAR A DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS .....	28
<b>CAPÍTULO 2 - A PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS</b> .....	355
2.1 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À POSSE DAS TERRAS PELOS INDÍGENAS .....	35
2.2 AS TERRAS INDÍGENAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO .....	43
<b>CAPÍTULO 3. A TESE DO MARCO TEMPORAL E A TEORIA DO INDIGENATO</b> .....	50
3.1 A TESE DO MARCO TEMPORAL .....	50
3.2 O PROJETO DE LEI 490 .....	59
3.3 A TEORIA DO INDIGENATO - DO DIREITO CONGÊNITO: NATUREZA JURÍDICA DA DEMARCAÇÃO .....	62
3.4 TEORIA DO INDIGENATO FUNDAMENTADA NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA .....	66
3.5 A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DEFINIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	77
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	81
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	88

## INTRODUÇÃO

Estima-se que os povos indígenas que habitavam a região onde hoje está o Brasil, muito antes da chegada dos colonizadores europeus, somavam uma população de aproximadamente três milhões de pessoas (DENEVAN,1992, p. 28-29), com uma cultura e modos de vida próprios, bem distintos dos recém-chegados, esta distinção fez com que o primeiro conflito fosse o cultural.

A diferença entre os colonizadores e os povos indígenas era visível e, passados mais de 500 anos, grande parte desta diferenciação é mantida, estes, ainda preservam grande parte de suas particularidades. A luta para a preservação da forma de vida, sempre foi permanente, nunca foi fácil, com a advento da Constituição Federal de 1988, em que se reconheceu como direitos fundamentais a relação indígenas e terras, modo de vida, cultura, crenças e tradições, se conseguiu uma maior proteção, maior preservação, não só cultural, mas da própria existência.

Desde o início da colonização, os povos indígenas sofreram as mais diversas consequências negativas da conquista europeia, que não levaram em conta o modo de vida, a cultura, enfim, as diferenças culturais das pessoas que aqui já estavam. Pois a Coroa Portuguesa considerou o novo território como propriedade sua e logo o transformou em uma colônia. retirada indiscriminadamente de todas as riquezas aqui encontradas e enviadas à Portugal

Arvorados com o pensamento de colonização, os invasores julgavam que podiam expropriar tudo o que fosse possível, gerando riquezas para a economia portuguesa. Assim, o território foi sendo conquistado de forma violenta e devastadora em nome do progresso e da economia portuguesa.

Pode-se assim afirmar que a forma imposta de dominação dos povos indígenas começou com a chegada dos europeus em 1500 e, passados mais de 500 anos, o pensamento pouco mudou. As tentativas de domínio e de extermínio não cessaram. Percebemos isso em algumas políticas governamentais que buscam retirar direitos já garantidos, como o da demarcação de suas terras, para citarmos apenas um exemplo.

O que permitiu que os povos indígenas brasileiros chegassem até os dias atuais foi a necessidade de sobrevivência, de manutenção de uma identidade cultural, de luta

para a manutenção de sua história, de suas terras, que não é só o elemento físico, mas todo o histórico-cultural, ainda, a relação com a terra que é totalmente diferente do que a do não indígena.

As tentativas de extinção dos povos indígenas jamais cessaram. Inicialmente com a Coroa Portuguesa: com o discurso de que os nativos seriam um entrave para o progresso, se instaurou a caça aos povos originários pelos bandeirantes, visando sua utilização como mão de obra escrava a partir do início do século XVI (PACHECO NETO, 2015, pág. 11). No mesmo contexto veio a tentativa de “domesticação” através da catequização promovida pela Igreja Católica (PAIVA, 2000, pág. 01) que, a serviço do sistema econômico vigente na época e da própria Coroa Portuguesa, buscava pacificar a resistência imposta pelos indígenas.

Anos mais tarde, depois de acontecida a independência, com a proclamação da República, o Estado brasileiro, em meados dos anos 1910, instalou a política integracionista através do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), primeiro órgão estatal criado para tratar das questões indígenas. Este buscava “educar” o indígena, tornando-o um “agricultor”, agregando-o aos costumes do não indígena e fazendo com que a sua cultura fosse esquecida.

Assim, se tentava promover a integração do indígena à comunhão nacional, passando este a ser um “brasileiro”. O pensamento era bem claro: um dia os povos indígenas não existiriam mais, seriam “absorvidos” pela sociedade nacional, o que não aconteceu. Isso se percebe na atualidade, pois, passados mais de 500 anos de tentativas de extermínio, seja pela força, seja pela política estatal de integração, os povos originários resistem, preservando suas culturas, crenças, tradições e modos de vida próprios. Nem mesmo os aldeamentos, que eram formas de confinamento de um grande número de indígenas em áreas reduzidas, foram capazes de fazer com que estes desaparecessem. (SANTOS, 2020, pág. 17)

A resistência foi necessária e importante, pois nela os povos indígenas viram o seu modo de vida, a sua organização social, seus costumes, crenças e tradições adquirirem extrema relevância. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 231 e 232, preconizou sua proteção e os reconhece como fundamentais, determinando sua preservação por parte do Estado brasileiro. Busca assim agir na observância de todas as

particularidades dos povos originários, principalmente na relação destes com suas terras e na preservação do meio ambiente, pois se pensa em preservar, mantendo o máximo para as próximas gerações.

Com o reconhecimento constitucional, os direitos dos povos indígenas ganham relevância, principalmente a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas e a organização social. Por outro lado, o primeiro dos direitos é o que mais tem causado conflitos.

A questão dos territórios indígenas é um amplo campo de pesquisas, sendo possível fazer estudos significativos no sentido de incentivar debates e levantar questões que, sem a presunção de apresentar soluções definitivas, sirvam como um instrumento para a análise das demarcações de terras indígenas.

O tema da demarcação das terras indígenas é notório e necessário, mas não há como produzir um estudo acadêmico de forma isolada. É necessário tratarmos conjuntamente de temas como terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas; marco temporal; direito originário; povos indígenas e conflitos envolvendo indígenas e os pretensos proprietários não indígenas.

O presente estudo tem, assim, como objetivo principal, analisar como se definiu a questão de demarcação das terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o crescimento da judicialização dos conflitos relacionados à questão territorial indígena, aumento este devido à ocorrência de tentativas de novas demarcações e ampliações de terras indígenas.

A busca pela demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas acontece em todo o Brasil. Considerando esta realidade, ganhou repercussão geral o Recurso Extraordinário 1.017.365, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob relatoria do Ministro Edson Fachin.

A questão é complicada pois envolve o direito à propriedade; a proibição de ampliação das terras indígenas; o renitente esbulho e o direito à demarcação das terras indígenas e de ocupação tradicional. Havendo conflitos, o caminho lógico para a pacificação é o Poder Judiciário, por isso, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF).

De forma resumida, são duas as teses defendidas, uma pelos indígenas, a outra

pelos não indígenas: a teoria do indigenato (direito congênito) e a tese do marco temporal (segurança jurídica), sendo que uma delas será o Norte para todas as questões envolvendo demarcação das terras indígenas quando reconhecida a tradicionalidade da ocupação.

A primeira é a teoria do indigenato ou do direito congênito, que defende que a posse indígena nasce antes da formação do Estado brasileiro, sendo, portanto, originária, cabendo apenas ao Estado reconhecer e declarar a terra ocupada como indígena, esta teoria é defendida pelo advogado Luiz Henrique Eloy Amado<sup>1</sup>, indígena do povo Terena.

A segunda é a tese do marco temporal, fundada na Petição 3.388/2009, julgada em Ação Popular pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por isso chamada de segurança jurídica, quando se reconheceu o direito à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. A tese sustenta que os indígenas têm direito à demarcação das terras somente se nelas estivessem efetivamente quando da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988.

O julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365 que foi finalizado no ano de 2023, no Supremo Tribunal Federal (STF). Em síntese, a disputa passou pelo Poder Judiciário em primeira instância, na Justiça Federal de Santa Catarina<sup>2</sup>. O juízo da 1ª

---

<sup>1</sup> Luiz Henrique Eloy Amado é Terena da aldeia Ipegue (MS), advogado da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib). Doutor em Antropologia Social pelo Museu Nacional (UFRJ). Pós-doutorado na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris, França.

<sup>2</sup> No ano de 2009, a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – FATMA entrou com ação de reintegração de posse em face da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e do grupo indígena Xokleng. A Fundação estadual alegou ser legítima possuidora de uma área de 80.006,00m<sup>2</sup> (oitenta mil e seis metros quadrados), localizada na Linha Esperança-Bonsucesso, distrito de Itaió (SC), que exercia a posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de sete anos, e, que essa reserva teria sido invadida pelos indígenas. Na época, a FUNAI ofereceu contestação, refutando a tese inicial e demonstrando que a área da qual a autora se diz proprietária está abrangida pelos efeitos da Portaria nº 1182/2003 do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani a Terra indígena Ibirama-La Klãnõ, com superfície aproximada de 37.108ha (trinta e sete mil cento e oito hectares), localizada nos Municípios de Doutor Pedrinho, Itaiópolis, José Boiteux e Vitor Meireles, no estado de Santa Catarina. A ação foi julgada procedente na primeira instância e a decisão mantida no Tribunal Regional Federal (TRF4). Após este percurso, a ação chegou ao Supremo por meio de recurso interposto pela Funai. O relator, ministro Edson Fachin, ao admitir o recurso, apontou que é necessário que se fixe uma tese para resolver sobre a “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do artigo 231 do texto Constitucional”. <https://www.cedefes.org.br/o-direito-originario-dos-povos-indigenas/>. Consultado em 17 de julho de 2022.

Vara Federal de Rio do Sul (SC) deferiu a reintegração e a desocupação do imóvel, pedido feito pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – FATMA, em desfavor do povo indígena Xokleng, no município de Itaió/SC. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), com sede em Porto Alegre/RS, manteve a decisão proferida, no juízo inicial, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Instância Máxima de julgamento do País.

Em pauta, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, foi finalizado em 21 de setembro de 2023, dois Ministros Nunes Marques e André Mendonça votaram a favor da tese do marco temporal e os outros nove Ministros, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Luiz Fux votaram contrários ao marco temporal, conseqüentemente, a favor do direito originário.

A busca pela demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas ocorre em todo o Brasil e envolve o conflito. Torna-se assim necessário o debate, não apenas com o estudo de dados ou números de uma pesquisa, mas com a verificação da realidade das partes envolvidas, as questões sociais e humanas e, principalmente, o que diz a Constituição Federal de 1988 e as normativas infraconstitucionais.

Com este estudo, pretendemos conhecer as diversas fases de um processo de demarcação: como se inicia o processo de demarcação, sua forma, e sua duração. O trabalho tem três capítulos. O primeiro será um histórico resumido de alguns temas importantes para a construção e conhecimento das questões indígenas, tais como as diversas formas de organização social, as questões relativas à identificação de quem é o indígena brasileiro ou ainda a relação do indígena com o meio ambiente.

No segundo capítulo faremos um histórico de como eram regulamentadas as terras indígenas nas constituições brasileiras, desde o primeiro normativo até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigência desde 05 de outubro de 1988. Ainda daremos início ao estudo do Decreto 1775/1996, que regulamenta o processo de demarcação das terras indígenas no Brasil.

No terceiro e último capítulo abordaremos o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, com todos os votos proferidos.

A ideia é produzir um estudo capaz de auxiliar na formação de opinião no mundo acadêmico e não apenas mais um trabalho como tantos que já foram escritos, este terá a contribuição de um autor indígena que vive as duas realidades: a indígena e a jurídica.

## **CAPÍTULO 1 – A HISTORICIDADE DE ELEMENTOS IMPORTANTES PARA CONTRIBUIR NA CONSTRUÇÃO DA POSITIVAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS**

### **1.1 A ORGANIZAÇÃO SOCIAL DOS POVOS INDÍGENAS COMO MEIO DE GARANTIA DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS**

Os povos indígenas sempre tiveram na organização social e coletiva a forma de buscarem seus direitos, de firmarem sua identidade e preservar a cultura, costumes e tradições, sendo muito necessário o tema, o coletivo indígena reflete a força da manutenção dos espaços buscados, conquistados e mantidos.

A organização social dos povos indígenas ganhou relevância com seu reconhecimento constitucional, assim como o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas. A princípio, bastaria o reconhecimento destes dois direitos para que todas as questões indígenas tivessem proteção máxima, mas o legislador constitucional foi além, e elencou ainda os costumes, as línguas, as crenças e as tradições. Assim expressa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 231, § 1º e § 2º:

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.<sup>3</sup>

Embora o artigo citado traga vários direitos sobre a questão indígena, se abordará, de forma mais aprofundada neste primeiro momento, a organização social e o direito originário, sendo estes dois os de relevância mais elevada na questão demarcatória.

A organização social dos povos indígenas é garantida na Constituição Federal de 1988, sendo isso de fundamental importância. Quando há esta previsão, há uma maior legitimidade para que os indígenas busquem seus direitos por meio de mobilizações como as grandes assembleias pré-constitucionais 1988.

Os movimentos indígenas foram de suma importância. Desde o começo da colonização, o pensamento que virou política governamental era de supressão de direitos e a tentativa de extermínio dos primeiros habitantes do País, como bem descreveu Samara Carvalho Santos<sup>4</sup>(2020), em sua dissertação.

Somados a todos esses séculos de extermínio e genocídio, os povos indígenas ainda tiveram que se submeter a uma política que tinha o propósito de integrá-los à comunhão nacional (comumente chamada de política integracionista ou assimilacionista). Com isso, a perspectiva do Estado brasileiro era de que se chegaria a um determinado tempo em que não existiria um indígena sequer neste país, seja por terem sido extintos nesses processos históricos de contato com o colonizador no passado, ou, segundo a lógica dessa política integracionista, por terem deixado a condição de indígena para tornarem-se “cidadãos”. (SANTOS, 2020, pág. 17).

A autora, que é advogada e pertence ao povo Pataxó da Bahia, esclarece que os povos indígenas, na busca de garantir a sobrevivência, a cultura e a posse de seus territórios, resistiram ao histórico de genocídio, escravidão e catequização, dentre outros

---

<sup>3</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 de julho de 2022.

<sup>4</sup> Advogada, doutoranda e mestra em Direito pela Universidade de Brasília, especialista em Estado e Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia; atuou como assessora jurídica da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, na defesa dos direitos e interesses indígenas em âmbito nacional e internacional; atualmente é a Assessora-Chefe de Inclusão e Diversidade da Secretaria-Geral da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral.

processos violentos de extermínio, na tentativa de serem “transformados” em cidadãos integrados à comunhão nacional.

Para a advogada indígena, criou-se o entendimento de que o “ser índio” era uma condição transitória, sendo necessária uma política para integrá-los, bem como um Estado que os tutelasse, até alcançarem a condição de civilizados. É válido destacar que a intenção do Estado brasileiro em integrar os indígenas à comunhão nacional, na verdade, se constituiu em uma nova estratégia para a continuidade da velha prática de dominação sobre tais povos, além da exploração das riquezas de seus territórios tradicionais, trazendo ainda a subalternização da diversidade e suas práticas culturais, (SANTOS, 2020, p. 17).

A referida autora esclarece que o Estado brasileiro, nos anos 1960 e 1970, persistia com a ideia de que o indígena tinha como caminho a assimilação dos valores do homem branco, tendo de deixar todo seu histórico de vida em sua sociedade, se impunha a ele uma condição transitória pois não interessava aos governos da época uma comunidade indígena não integrada.

Esta ideia ficaria clara com a edição do mais completo normativo legal sobre as questões indígenas, que traz expresso em seu primeiro artigo o propósito de “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (LEI Nº 6.001/1973). No entanto, nada aconteceu de forma pacífica e harmoniosa. Percebemos que o que houve foi uma tentativa de “domesticação”, a velha prática de dominação sobre esses povos (SANTOS, 2020, p. 17).

O Código Civil brasileiro, que vigorou até 2002, tratava o indígena como uma pessoa relativamente incapaz, como prescrevia o artigo 6º, parágrafo único, que “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecidos em leis e regulamentos especiais, e que cessará a medida de sua adaptação” (LEI 3071/1916). Percebe-se que a norma civil tratava o indígena como uma pessoa com capacidade reduzida apenas por ter nascido indígena, não considerando sua capacidade como a dos demais brasileiros.

A norma civil colocava o indígena sob tutela, ou seja, não havia a capacidade civil plena, estando sob tutela um órgão, para os atos da vida civil, no caso o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), depois a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI). A norma ainda expressava que a capacidade relativa cessaria quando o indígena se

adaptasse ao sistema da comunhão nacional.

A tutela do indígena brasileiro foi escancarada ao mundo quando o cacique Mário Juruna<sup>5</sup> foi convidado para participar do IV Tribunal Russell<sup>6</sup>, que aconteceu na Holanda. O convite aconteceu sete anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, época em que a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), era o órgão responsável pela tutela dos indígenas.

O presidente da FUNAI, na época, o Coronel Nobre da Veiga, impediu que a viagem acontecesse. Estas foram suas palavras: “Ele não tem representatividade de todas as 120 tribos, o Mário Juruna é um tutelado, não tem recursos, só pode fazer as coisas, qualquer ato jurídico mediante a tutela da FUNAI”. (Jornal Nacional, 21/09/2022)<sup>7</sup>.



(Jornal Nacional, 21/09/2022)

A viagem do cacique Mário Juruna só foi possível após a mobilização de indígenas e apoiadores internacionais. A ação judicial ocorreu no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), em São Paulo/SP, através de habeas corpus, em um julgamento com 15 votos favoráveis e 9 contrários. O que mais espantou foi a

---

<sup>5</sup> Mário Juruna foi um líder indígena e político brasileiro. Filiado ao Partido Democrático Trabalhista, foi o primeiro deputado federal indígena do Brasil. Juruna nasceu na aldeia xavante Namakura, próxima a Barra do Garças, no estado de Mato Grosso.

<sup>6</sup> O primeiro Tribunal Russell, também conhecido como Tribunal Internacional de Crimes de Guerra, Tribunal Russell-Sartre, ou Tribunal de Estocolmo, foi um evento organizado pelo filósofo britânico Bertrand Russell e mediado pelo filósofo e escritor francês Jean-Paul Sartre. Junto com Lelio Basso, Ken Coates, Ralph Schoenman, Julio Cortázar.

<sup>7</sup> Brasil em Constituição: Carta Magna reconhece direitos do povos indígenas de viverem conforme suas culturas e crenças. Exibida em 21/09/2022, em <https://globoplay.globo.com/v/10956315/>.

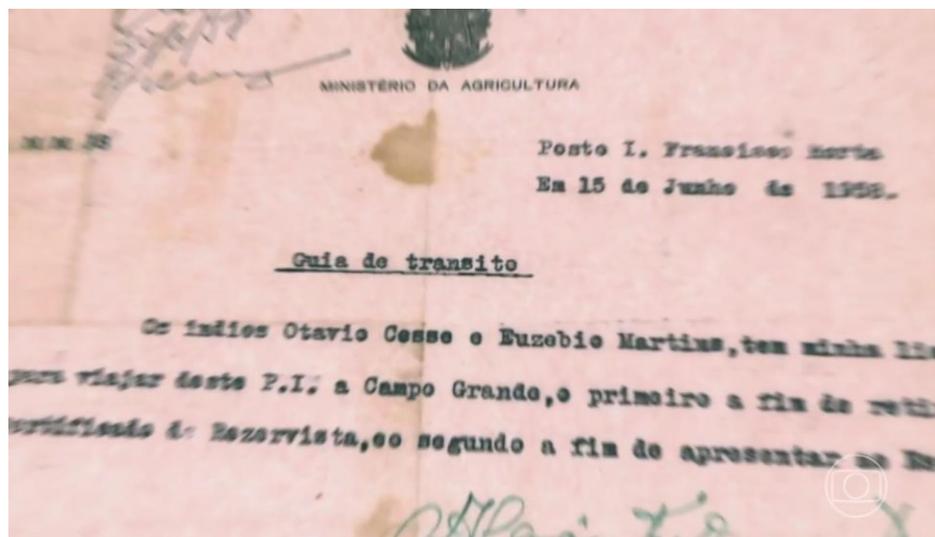
argumentação dos votos contrários, que sustentavam que o órgão governamental é quem deveria decidir sobre a conveniência da viagem de um indígena ao exterior.

O Tribunal Federal de Recursos concedeu, por 15 votos a 9, o habeas corpus ao cacique Mário Juruna para que ele possa viajar para a Holanda e participar da presidência dos últimos julgamentos do Tribunal Russell, que examina denúncias de violências contra índios nas Américas. O deputado Modesto da Silveira, advogado do Xavante, está providenciando a viagem de Mário para hoje. O cacique, que participou da votação, conseguiu gravar 17 dos 24 votos. Os votos a favor foram sustentados pelo argumento de que o Estatuto do Índio não o proíbe de viajar ao Exterior. Dessa forma, e ainda segundo garantia constitucional de que somente a lei pode obrigar alguém a determinada coisa, não tem a Funai poderes para vetar a viagem do cacique. Quem votou contra, por outro lado, argumentou que compete à Fundação do Índio dizer se é ou não conveniente a viagem do indígena ao Exterior, não podendo esse ato administrativo ser suprido por via judicial.<sup>8</sup>

A liberdade de locomoção era constantemente violada, os indígenas não podiam se deslocar de uma aldeia para outra ou de sua aldeia para as cidades sem autorização do responsável da Fundação Nacional dos Povos Indígena (FUNAI), inclusive era considerada uma violação muito grave quando um indígena não pedia a autorização de saída de sua localidade. Todos os indígenas eram obrigados a viajar com uma autorização que se chamava “Portaria para Viagem”, o que foi vivenciado pelo autor desta dissertação.

---

<sup>8</sup> Cfe: Folha de São Paulo (São Paulo/SP - 28/11/1980), <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/182701>). Consultado em 28 de julho de 2022.



(Jornal Nacional, 21/09/2022)

Os povos indígenas, através de suas organizações e das mobilizações coletivas, começaram a questionar as situações vividas, principalmente o que era prescrito através daquelas duas leis, o Código Civil brasileiro (Lei nº. 3.071/1916) e Estatuto do Índio (Lei nº. 6001/1973): a condição de tutela e a tentativa de integração à comunhão nacional. Como assevera Samara Carvalho Santos:

Em segundo lugar e não menos importante, ainda em relação à década de 1970, merece destaque o aumento significativo de discussões em torno da questão indígena no país, tendo em vista que o vigente modelo político de tutela e integracionismo passou a ser questionado, tanto pelas entidades e organizações indigenistas, como também - e principalmente - pelos próprios povos indígenas. Mesmo ainda estando sob a égide da política integracionista, da tutela e do regime civil-militar, os povos indígenas do Brasil começaram a reformular suas estratégias de luta e resistência, que a partir de então passaram a estar mais centradas no fortalecimento e na consolidação do que atualmente conhecemos como “movimento indígena”. (SANTOS, 2020, p. 18)

O regime de tutela acabou oficialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso não aconteceu pelo reconhecimento aos povos indígenas, dos constituintes, mas sim pelas lutas dos indígenas, através das mobilizações sociais, pelo chamado “Movimento Indígena”, que na época (meados de 1974), recebeu o nome de “Assembleias”, como escreve Daniel Munduruku<sup>9</sup>:

<sup>9</sup> Daniel Munduruku é um escritor, professor, ator e ativista indígena brasileiro originário do Povo

As primeiras reuniões foram denominadas assembleias, sendo que a primeira delas aconteceu em 1974 e reuniu apenas 17 líderes, vindos de diferentes regiões brasileiras. Posteriormente estas reuniões foram as principais fontes da criação de uma consciência pan-indígena” (MUNDURUKU, 2012, p. 52).

Nestas assembleias haviam convergências de ideias de vários povos indígenas que perceberam que as buscas eram parecidas e que a luta pelo reconhecimento de seus direitos tem maior eficiência quando passa a ser coletiva. Sendo a partir de então feita sob ação do chamado Movimento Indígena, passou também pela afirmação do que Daniel Munduruku chamou de “consciência pan-indígena”.

Posteriormente essas reuniões foram as principais fontes da criação de uma consciência pan-indígena em que as lideranças começaram a ter uma atitude macrorregional com relação às demandas dos outros povos indígenas brasileiros” (MUNDURUKU, 2012, p. 52)

O aspecto coletivo sempre esteve presente na cultura indígena, mas de forma fracionada, ou seja, cada povo vivia coletivamente em sua terra indígena, o povo Kaingang não vivia de forma coletiva com o povo Guarani ou com o povo Krenak ou com o povo Xokleng, então a luta era local. Daí a importância dessa nova forma de se pensar as mobilizações, pela consciência pan-indígena (MUNDURUKU, 2012). Nas palavras da psicóloga e escritora Mayara Ferreira Mendes:

A ideia citada é entendida pelo autor como o uso de um conjunto de práticas políticas estratégicas, adotadas pelo movimento social indígena. Sendo esta categoria utilizada, sobretudo, na origem do que consideram sua organização político-social. Observe, portanto, como Munduruku, conforme assinalamos, destaca essa estreita relação que a compreensão *pan-indígena* tem com o horizonte político estratégico defendido por esses grupos” (MENDES, 2020)

Das ideias trazidas, percebemos que as mobilizações indígenas, como parte da organização social, são fundamentais para a concretização dos direitos dos povos originários, principalmente quando se deixa de pensar num coletivo local e se vai para um coletivo geral; que as demandas, quando parecidas e buscadas coletivamente, têm

---

Munduruku. Autor de 62 livros, suas obras literárias são sobretudo dirigidas aos públicos infantil e juvenil tendo como tema principal a diversidade cultural indígena

maior probabilidade de êxito, sendo este o sentido da consciência pan-indígena, pois quando se luta pela terra, não se trata apenas do território em si, há a ancestralidade, a história de cada povo indígena, sua forma de preservação da consciência cultural.

Não se busca um território apenas para a sobrevivência física, que é passageira, mas a imaterialidade de cada cultura, que deixa de ser um coletivo local, cada povo por si, e passa a ser um coletivo mais amplo, onde a busca se dá pela identificação das causas em comum.

As mobilizações sempre foram importantes para os povos indígenas, uma forma de demonstrar resistência. A que trouxe resultados mais significativos foi a busca pelo reconhecimento constitucional dos direitos indígenas, principalmente a demarcação das terras com ocupação tradicional. Embora as mobilizações ganharam relevância a partir de meados de 1985 com a publicação do Decreto 91.450 (SANTOS, 2019, p.19), elas são continuidade das assembleias que começaram em meados dos anos 1970. Não há como desvincular as duas mobilizações quando se trata das organizações sociais indígenas.

O direito dos indígenas às mobilizações foi garantido com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, mas para que se concretizasse esta garantia, houve uma grande mobilização pré-constitucional.

Um momento significativo, conforme a advogada e ativista indígena Samara Carvalho Santos (2020, p. 20), foi o histórico e impactante discurso do líder indígena Ailton Krenak<sup>10</sup> no dia 04 de setembro de 1987, quando, ao discursar na tribuna do Congresso Nacional em defesa da Emenda Popular proposta pela União das Nações Indígenas (UNI) e em ato de repúdio contra as atitudes e declarações intentadas pelos opositores da causa indígena, ao mesmo tempo em que falava, pintava o seu rosto com tinta preta de jenipapo em ato simbólico de luto e luta. Vejamos a transcrição na íntegra da fala do líder Krenak:

Nesse processo de lutas de interesses que tem se mostrado extremamente aético, eu espero não agredir com a minha manifestação o protocolo desta casa.

---

<sup>10</sup> Ailton Krenak nasceu em 1953 em Minas Gerais, na região do vale do rio Doce. Ativista do movimento socioambiental e defensor dos direitos dos povos indígenas, participou da fundação da Aliança dos Povos da Floresta e da União das Nações Indígenas (UNI).

Mas eu acredito que os senhores não poderão ficar omissos, os senhores não terão como ficar alheios a mais essa agressão movida pelo poder econômico, pela ganância, pela ignorância do que significa ser um povo indígena. Povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, tem condições fundamentais para sua existência e para a manifestação da sua tradição, da sua vida e da sua cultura que não coloca em risco e nunca colocaram a existência sequer dos animais que vivem ao redor das áreas indígenas, quanto mais de outros seres humanos. Eu creio que nenhum dos senhores nunca poderia apontar atos, atitudes da gente indígena do Brasil que colocou em risco seja a vida, seja o patrimônio de qualquer pessoa, de qualquer grupo humano nesse país. E hoje nós somos alvo de uma agressão que pretende atingir na essência a nossa fé, a nossa confiança de que ainda existe dignidade, de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos, que sabe respeitar aqueles que não têm o dinheiro para manter uma campanha incessante de difamação. Que saiba respeitar um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas. Um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado de jeito nenhum como um povo que é inimigo dos interesses do Brasil, inimigo dos interesses da nação, e que coloca em risco qualquer desenvolvimento. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos oito milhões de quilômetros quadrados do Brasil. E os senhores são testemunhas disso. Eu agradeço a presidência desta casa, agradeço os senhores e espero não ter agredido com as minhas palavras os sentimentos dos senhores que se encontram nesta casa. Obrigado. (Índio Cidadão? 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ti1q9-eWtc8>. Acesso em: 30 de julho de 2022)

O discurso deixa clara a ideia de povos indígenas, como conjuntos de pessoas com costumes, tradições e modo de vidas diferentes dos demais grupos da sociedade brasileira, e o pedido de que fossem reconhecidas essas diferenças aos constituintes, representantes do povo brasileiro que se encontravam na casa do poder legislativo em 1988, fez com eles não se esquecessem do que estava acontecendo aos povos originários.

A voz dos povos indígenas só foi ouvida no Congresso Nacional brasileiro, porque houve uma grande mobilização das organizações sociais indígenas. Percebeu-se que não restava alternativa senão lutar, resistir, buscar a efetivação da autonomia, da força do coletivo indígena.

A relevância deste modo de agir e buscar cada direito teve resultado pois, quando da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, os povos indígenas viram, nela, prescrito o reconhecimento das organizações sociais e do direito originário da demarcação de suas terras.

Percebermos que as mobilizações indígenas, como parte da organização social, quando se luta pela terra, não se trata apenas do território em si, há a ancestralidade, a história de cada povo indígena, sua forma de preservação da consciência cultural. Não

se busca um território apenas para a sobrevivência física, que é passageira, mas a imaterialidade de cada cultura.

Importante registrar outros momentos que mostraram a força das mobilizações indígenas, a organização social, em janeiro de 2019, na primeira reforma administrativa, do então, Presidente da República Jair Bolsonaro, a proposta foi da retirada da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) da gestão do Ministério da Justiça (MJ), situação que funcionava desde a sua criação, repassando para o Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos, sob o comando da então Ministra Damares Alves, para que esta tomasse as decisões sobre as questões de demarcação e licenciamento ambiental em terras indígenas, setores controlados pela ala mais radical da bancada ruralista, adversária histórica dos direitos indígenas.

Foi o chamado o primeiro grande levante indígena do ano 2019, com mobilizações em todos os estados do Brasil e em algumas cidades no exterior. A visibilidade da luta dos povos indígenas fez com que o governo brasileiro voltasse atrás, e a FUNAI permanecesse no Ministério da Justiça, mantidas as mesmas atribuições.

Os povos indígenas realizaram, ao longo de todo o dia de hoje (31), a primeira grande manifestação popular contra o governo Bolsonaro, numa onda de passeatas, atos e bloqueios de rodovias. A estimativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) é de que ocorreram protestos em quase 60 locais no Brasil, em 22 Estados e no DF, além de mais oito países. Ocorreram protestos em São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba, Fortaleza, Cuiabá, Porto Velho, Campo Grande, Nova York, Washington, Londres, Lisboa e Zurique, entre outras cidades<sup>11</sup>.

Outro caso marcante, em 2016, foi a tentativa do governo federal, em municipalizar a saúde indígena, que sempre foi responsabilidade da União, conforme a Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999, a chamada "Lei Arouca". Em 2016, o então presidente Michel Temer (PMDB) tentou alterar a gestão, mas recebeu como resposta uma forte reação dos indígenas, que também promoveram mobilizações nacionais<sup>12</sup>,

---

<sup>11</sup> <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/povos-indigenas-realizam-primeira-grande-mobilizacao-contr-governo-bolsonaro>.

<sup>12</sup> <https://amazoniareal.com.br/ministro-da-saude-recua-e-mantem-sesai-apos-protestos-dos-indigenas>.

tendo o governo que desistir desta ideia, mantendo a gestão da saúde indígena na União.

Em continuação à ideia de municipalização da saúde indígena, no mês de março 2019, através do então Ministro da Saúde Luís Henrique Mandeta, criou a Secretaria Nacional de Atenção Básica (SAS), que teria a responsabilidade de apoiar financeiramente Estados, Municípios e Distrito Federal, na organização das estratégias. Na prática, o que ocorreria é que a Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), que é o órgão do Ministério da Saúde, criado exclusivamente para gerenciar a saúde indígena, iria ser incorporada à SAS. Nesta nova realidade, ela não teria autonomia de gestão, dependendo da descentralização de recursos para a atenção à saúde nas comunidades, concentrando-se no orçamento dos municípios ou dos governos estaduais.

Mais uma vez o governo federal teve de recuar, pois houve uma grande mobilização, com envolvimento de indígenas de todos os estados brasileiros. Ocorreram ocupações de espaços públicos como a sede da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), bem como de rodovias estaduais e federais. Houve inclusive um encontro histórico entre o Ministro da Saúde Luís Henrique Mandeta e o grande Líder Cacique Raoni Matuktire.

Em vista da grande mobilização, o governo novamente voltou atrás e manteve a SESAI como órgão com autonomia e a saúde indígena sob responsabilidade da União,

Pressionado por uma manifestação nacional dos povos indígenas que incluiu ocupação de prédios públicos e fechamento de rodovias, o ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, anunciou, nesta quinta-feira (28), que manterá a Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai). Nos protestos, os indígenas pediam que a Sesai não fosse extinta. Na proposta do governo do presidente Jair Bolsonaro, a saúde indígena ficaria subordinada à Secretaria Nacional de Atenção Básica, criada neste ano. Ainda não está claro se a Sesai terá autonomia financeira. <https://amazoniareal.com.br/ministro-da-saude-recua-e-mantem-sesai-pos-protestos-dos-indigenas>.

Estes são dois exemplos da história recente sobre como a organização social dos povos indígenas, através da autonomia, da articulação e mobilização teve eficiência.

## 1.2 A IDENTIFICAÇÃO DE PERTENCIMENTO INDÍGENA COMO PRESSUPOSTO PARA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são suas para posse e uso exclusivo. A demarcação não é feita para não indígenas. Assim como existem critérios para o reconhecimento dos territórios tradicionais, existem também para quem e por que demarcar. O que se busca é a devolução de terras para indígenas que, em determinado momento, foram expulsos do local em que mantinham suas formas de vida.

A demarcação de terras para os indígenas não seria necessária se as políticas de integração e extermínio, as quais submeteram os povos originários, tivessem alcançado êxito. Seria uma questão a menos a ser resolvida para todos os setores da sociedade brasileira. Felizmente os povos indígenas resistiram e ainda resistem, pois é de sua natureza a resiliência.

Saber para quem demarcar é essencial para que não ocorram injustiças, tanto para os indígenas quanto para os não indígenas, pretensos proprietários das terras ocupadas que terão de devolvê-los aos verdadeiros donos. Se faz necessário saber quem é o indígena brasileiro que terá direito a receber de volta as terras.

O termo índio, atribuído para identificar os povos indígenas brasileiros, passou a ser questionado ultimamente por representar um processo histórico de esbulho, opressão, escravidão e tentativa de etnocídio, de extermínio. O questionamento começa pelo crescimento de intelectuais indígenas, professores, advogados, sociólogos, pelo ingresso de um número considerável de indígenas no sistema universitário de ensino que deixaram de usar o termo “índio”, passando a usar “indígena” para se identificar. E, principalmente, como meio de uma identificação sem o cunho colonial, ideia essa desenvolvida por intelectuais indígenas.

O entendimento é de que o termo índio vem carregado de preconceitos, é pejorativo e traz uma grande carga do sistema de dominação colonial. Um dos principais defensores dessa mudança é o escritor indígena Daniel Munduruku, que numa entrevista publicada no ano de 2021 pela Folha Uol, deixa clara a ideia de que o termo “indígena” seria o mais apropriado.

A palavra índio é uma ficção que foi introjetada na mente dos brasileiros pelo

sistema oficial de ensino. É uma palavra que não diz quem somos, mas o que as pessoas acham que somos. Costumam nos chamar de preguiçosos, selvagens, atrasados e inúteis. Todos esses adjetivos estão dentro da palavra índio. Ela nega o que somos porque assim aprendemos. Para que novos significados façam parte de nosso repertório, é necessário criarmos consciência de quem os povos indígenas são de verdade. Mundukuru, 2021, reportagem em <https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2021/04/daniel-munduruku-diz-que-a-palavra-indio-nega-quem-eles-sao-de-verdade.shtml>. Consultada em 03 de agosto de 2022)

Seguindo esta mesma linha, a Doutora em História Social Márcia Nunes Maciel<sup>13</sup>, do povo Mura, assim se manifesta,

Índio é um termo genérico, que não considera as especificidades que existem entre os povos indígenas, como as especificidades linguísticas, culturais e mesmo a especificidade de tempo de contato com a sociedade não indígena. Mura. 2022, reportagem em <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/04/19/indio-ou-indigena-entenda-a-diferenca-entre-os-dois-termos.ghtml>. Consultada em 03 de agosto de 2022.

A ativista Valquíria Kyalonã<sup>14</sup> (2021), do povo Xukuru (PE), reflete sobre o uso constante da palavra índio, expressando que esta não reflete a diversidade cultural de cada povo indígena e tenta manter o sistema colonizador.

Para Valquíria Kyalonã, natural do povo Xukuru da Serra do Ororubá, em Pernambuco, e estudante de licenciatura em História pela Universidade Federal do Estado, o uso equivocado do termo “índio” acompanha a história desde a chegada dos colonizadores. “Isso aconteceu em virtude de Cristóvão Colombo, que acreditava que havia chegado às ‘Índias’. Assim, há 500 anos buscamos ressignificar aquilo que nos foi pregado arbitrariamente para seguirmos resistindo com a nossa identidade, nossos costumes e toda nossa cultura”, explica. A ativista ainda afirma que a diversidade entre os povos deveria ser o real motivo de um dia dedicado à celebração da cultura, que deu as bases para a construção do país. “Além de nomenclatura, é importante ressaltarmos o quanto somos multiétnicos e multilinguísticos. Como qualquer outro povo, nós temos nossas particularidades. Nós, do povo Xukuru, da Serra do Ororubá, estamos realizando um trabalho de reuso da nossa língua ‘Brobô’, que estava adormecida, mas, que, para nós, tem uma importância histórica e cultural imensa. Através dessas ações,

---

<sup>13</sup> Márcia Nunes Maciel faz parte do Povo Indígena Mura. Possui graduação em História pela Universidade Federal de Rondônia (2001). É mestre em sociedade e Cultura na Amazônia, pela Universidade Federal do Amazonas.

<sup>14</sup> Valquíria Kyalonã, natural do povo Xukuru da Serra do Ororubá, em Pernambuco, e estudante de licenciatura em História pela Universidade Federal do Estado

resgatamos os nossos saberes e seguimos avançando, sem deixarmos que os nossos costumes caiam em esquecimento ou sofram apagamento”, pontua. KYALANÃ, 2021, entrevista em <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/resistencia-indigena-entenda-porque-o-termo-indio-e-considerado-pejorativo>. Consultada em 19 de março de 2022.

A discussão sobre qual seria o termo mais adequado e que melhor atende a necessidade dos povos originários é de suma importância para os indígenas, que veem o uso do vocábulo índio como pejorativo, preconceituoso, e uma forma de manter o sistema colonial, tanto que fez com que a única representante indígena na Câmara dos Deputados Federais (2018 – 2022), a Deputada Federal Joênia Wapichana<sup>15</sup>, criasse o Projeto de Lei 5466/19, que altera o termo “Dia do Índio”, para “Dia dos Povos Indígenas”. Aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a Lei aprovada foi vetada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro. O veto, felizmente, foi derrubado pelo Congresso Nacional, e assim a nova denominação passou a ser lei em todo o Brasil.

A busca por esta mudança é cheia de significado pois quando alguém se identifica como indígena está expressando sua resistência em não ser o que a comunidade não indígena tenta impor. Não se aceita mais atribuir aos povos originários as características que o sistema colonial trouxe, partindo-se para um fortalecimento da identidade cultural e passando a visão de quem realmente são.

Ter este conhecimento é bastante relevante, mas quem seria o indígena brasileiro? Como é que se identifica os indígenas? Existem critérios? A princípio seria simples saber quem seria o indígena, bastaria viver numa terra indígena, mas esta visão é frágil e não expressa a realidade que os povos indígenas estão vivendo.

Os povos indígenas têm suas particularidades, modos de vida, culturas, crenças e tradições bem diferentes dos não indígenas. Essas diferenças existem entre as próprias comunidades indígenas, que no Brasil somam aproximadamente um milhão e setecentas pessoas (IBGE, 2023). São 305 povos, falando 175 dialetos diferentes. Essa realidade

---

<sup>15</sup> Joênia Batista de Carvalho, mais conhecida como Joênia Wapichana OMC (Boa Vista, 20 de abril de 1974), é uma advogada, sendo a primeira mulher indígena a exercer a profissão no Brasil,<sup>[1]</sup> e política brasileira filiada à Rede Sustentabilidade (REDE). Atualmente, exerce a presidência da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), tornando-se a primeira mulher indígena a comandar a entidade.

faz com que seja muito necessário esclarecer como se identifica uma pessoa como indígena.

As questões indígenas são tratadas por Leis, como o Estatuto do Índio (Lei 6001/73), os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), recepcionada na legislação brasileiro pelo Decreto 10.088/2019. Estas Leis não são claras em relação aos critérios para identificar quem é o indígena brasileiro, fazendo-o de forma mais generalizada.

A questão não deve ser tratada apenas por leis, pois há aspectos sociais, antropológicos e culturais que não podem ser desconsiderados. Faz-se necessário que o tema seja estudado de forma acadêmica, para ao final façamos alguns apontamentos, buscando um caminho seguro para se identificar quais os critérios que se aproximam da realidade indígena para identificá-los como tais.

O Estatuto do Índio (Lei 9001/73) foi a primeira lei brasileira que apresentou um conceito de comunidades indígenas ou grupos tribais e que classificou os indígenas em índios ou silvícolas, os distribuindo em três categorias: os isolados, os em vias de integração e os integrados. Esta classificação tem fortes traços da política integracionista, que trabalhava com a perspectiva de que o indígena evoluía de categoria conforme o aumento de seu grau de “civilidade”, até ser totalmente integrado à comunhão nacional.

O que se buscava era que em determinado tempo o indígena deixasse de existir, o que não aconteceu, passados mais de quinhentos anos desde a chegada dos europeus. Consequentemente, esta forma de pensar perdeu sua efetividade.

O Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no ano de 2004. Ela prescreve alguns critérios para identificar quem é indígena, no âmbito internacional. Por ser recepcionada no Brasil, inicialmente pelo Decreto 5054/2004 e atualmente, pelo Decreto 10.088/2019, é a normativa mais considerável por ter a participação de indígenas na sua elaboração.

O que se pensou na Convenção 169 da OIT é relevante e significativo. Diferentemente do Estatuto do Índio, foi idealizado num sistema democrático e com a participação de indígenas, sendo as orientações pensadas de forma coletiva. Se propõe que a identificação passe pela descendência de população que habitava o país antes da conquista ou colonização, e pela consciência de sua identidade.

Percebemos que as orientações são mais apropriadas do que aquilo que vem expresso na Lei 6001/73, que se estudará mais adiante, trazendo certa segurança. Porém, deixou ainda espaços abertos com a possibilidade de que qualquer pessoa possa ser considerada indígena.

A Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais (Nº 169) é um Tratado Internacional adotado pela Conferência Internacional do Trabalho da OIT em 1989. O normativo, com bastante relevância, estabelece as indicações de quem seriam os indígenas, além de reconhecer a autonomia dos indígenas, inclusive a de serem chamados de povos, tendo a ampla participação de indígenas de todo mundo na sua elaboração.

A Convenção 169 da OIT não está acima da nossa Constituição Federal, traz elementos para uma construção mais democrática da identificação de quem seriam os indígenas. Por ser a norma que mais se aproxima da realidade indígena, reconhece que não se deve pensar os povos tradicionais apenas como números, dados estatísticos ou populacionais, mas sim como povos com direitos e obrigações, e também com meios próprios e diferenciados de vida.

A convenção 169 da OIT traz em seu artigo primeiro os critérios que direcionam, que sugerem quem poderia ser considerado indígena: a descendência, a localização geográfica e a consciência de identidade indígena ou tribal:

Convenção 169 OIT. Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. 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.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. YAMADA, Erica M; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de. A convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em:

[http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi\\_name\\_archivo.325.pdf](http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.325.pdf). Acesso em: 05 de agosto de 2022.

A descendência seria o primeiro elemento a ser observado, devendo ser anterior à chegada dos europeus. Seria a questão geográfica, ou seja, o pertencimento a um povo originário, estabelecido em terras tradicionalmente ocupadas pelos primeiros habitantes, do Brasil, por exemplo.

A consciência, o segundo elemento, seria subjetivo, pois infere-se que iria da vontade da pessoa em fazer parte de determinado povo indígena. Seguindo este ensinamento, o professor Eduardo Viveiros de Castro cita dois conceitos importantes que vão ao encontro do estabelecido na Convenção 169 da OIT.

"Índio" é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal. "Comunidade indígena" é toda comunidade fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas. [https://pib.socioambiental.org/pt/Quem\\_%C3%A9\\_%C3%Adndio%3F](https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_%C3%A9_%C3%Adndio%3F). Consultado em 05 de agosto de 2022.

O que se percebe pela sugestão da Convenção 169 da OIT, é que devem ser observados três elementos para indicar a construção de quem é o indígena: a ascendência pré-colombiana, a consciência (auto identificação/declaração), e o reconhecimento coletivo da comunidade de pertencimento. Como já se frisou, esta é uma construção mais coletiva, democrática.

O Estatuto do Índio, a Lei 6001/73, primeira norma que tratou de todas as questões indígenas no Brasil e que foi homologada no regime militar, trouxe o pensamento assimilacionista, o conceito de índios, de silvícolas, de comunidade indígena ou grupo tribal, de índios isolados, em vias de integração e integrados, conforme expresso no artigo 3º da referida lei:

Art. 3º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;  
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. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Consultado em 05 de agosto de 2022.

Numa breve leitura do referido artigo, percebemos que a ascendência pré-colombiana, a autoidentificação e a aceitação de pertencimento por um povo indígena, como na Convenção 169 da OIT, priorizou estes três requisitos. Por ser o Estatuto do Índio uma Lei com vigência desde o período militar, não teve a participação dos povos indígenas em sua formulação, tendo um cunho integracionista. É esta a maior crítica a este instrumento legal.

Para ser indígena a pessoa deve ter origem, ser descendente de uma população, de um povo que já estava no continente quando da chegada dos europeus. Se estabelece que para ser indígena deve-se ter um vínculo os com os primeiros habitantes do continente, excluindo todos os que tem ascendência fora do continente americano, como os negros trazidos da África, os europeus e seus descendentes, no entanto, dada a miscigenação, os descendentes destes últimos podem ser considerados indígenas.

O critério da ascendência pré-colombiana não pode ser adotado de forma isolada, senão teríamos originários de outros países sul-americanos considerados como indígenas brasileiros. Por isso que o mesmo artigo 3º expressa que, somada à ascendência pré-colombiana, deve existir uma declaração de pertencimento, tendo a obrigatoriedade de aceitação por um povo indígena que possui diferenciação de cultura, de modo de vida, de organizações da sociedade nacional.

O tema é de fundamental importância, tanto que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, emitiu uma resolução, a de nº 04/2021, que classifica o indígena em quatro critérios: o vínculo, a consciência, a origem (descendência) e critérios técnicos. Estes expressam que indígena é aquele que traz características distintas daqueles presentes na sociedade não índia.

Art. 2º Deverão ser observados os seguintes critérios: I - Vínculo histórico e tradicional de ocupação ou habitação entre a etnia e algum ponto do território soberano brasileiro; II - Consciência íntima declarada sobre ser índio; III - Origem e ascendência pré-colombiana; Parágrafo único. Existente o critério I, haverá esse requisito aqui assinalado, uma vez que o Brasil se insere na própria territorialidade pré-colombiana; IV - Identificação do indivíduo por grupo étnico

existente, conforme definição lastreada em critérios técnicos/científicos, e cujas características culturais sejam distintas daquelas presentes na sociedade não índia. Resolução nº 4, de 22 de janeiro de 2021. Define novos critérios específicos de heteroidentificação. Diário Oficial da União, Seção 1, p. 58-59. <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/6169>. Consultado em 06 de agosto de 2022.

A resolução determinava que um indivíduo, para ser caracterizado como indígena, deve ter sua identidade “lastreada em critérios técnicos/científicos”, por “tornar obrigatório a existência de distinções culturais da sociedade não índia”. Voltamos assim ao pensamento da política integracionista, principalmente por não ter a participação dos indígenas na elaboração de um normativo de suma importância. Isso fez com que a resolução fosse de pronto rechaçada pelas comunidades indígenas.

Sobre os critérios propriamente ditos, todos têm sua importância. Percebemos que os que teriam maior relevância seriam a consciência (a autoidentificação), com a aceitação que quem se declara indígena pelo povo indígena a que pertença. Quando se pensa desta forma, se está protegendo a vontade e o direito de quem se declarou como indígena e do povo indígena que aceita esta declaração.

As questões que versam sobre direitos indígenas jamais devem ser estudadas de forma isolada, e a identificação de quem são os indígenas brasileiros é de fundamental importância para as questões de demarcação das terras com ocupação tradicional. Como já se escreveu, o elo que liga os indígenas aos seus territórios não é só físico.

## **2. A PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

### **2.1 HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À POSSE DAS TERRAS PELOS INDÍGENAS**

Com a promulgação da Constituição de um Estado, nascem ou se garantem direitos fundamentais, foi isso que aconteceu com as questões das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Com a Constituição Federal se garante a demarcação, pois o direito à posse, em tese, é anterior ao próprio surgimento do Estado. Neste momento, faremos uma análise das diversas Constituições Federais brasileiras do

período republicano, bem como do Estatuto do Índio, para discutirmos o conceito jurídico de terra indígena, bem como sua aplicabilidade e as dificuldades geradas de sua não compreensão. (CAVALCANTE, 2016, p.01).

É necessária uma análise, quando se trata de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, das repercussões trazidas depois do julgamento da Petição nº 3.388 RR pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nele se viu, principalmente através da ação dos defensores da tese do marco temporal, quebrada a tradição jurídica brasileira, abandonando a teoria do indigenato em favor da teoria do fato indígena (CAVALCANTE, 2016, p. 01).

O tema da demarcação de terras indígenas tem ordem política e administrativa que viabilizam (ou não) a efetivação dos direitos territoriais indígenas no Brasil, (CAVALCANTE, 2016, p. 01). Se entende que o tema não é tratado somente em leis, havendo questões políticas, administrativas, sociológicas e econômicas.

Historicamente, as questões indígenas são vistas de uma forma folclórica, como se fossem pertencentes a um mundo paralelo onde os indígenas ganham tudo e ainda têm muita terra. Ultimamente muito se tem debatido as questões de demarcação de territórios indígenas, até se entende que o indígena tem direitos, mas que se deve a qualquer custo negar o acesso aos mesmos ou protelar tal acesso ao máximo.

Na busca pela demarcação de seus territórios, os indígenas encontram políticos, grandes proprietários de terras, partidos políticos de extrema direita, que se posicionam terminantemente contra a demarcação e o direito originário, por julgarem que ela representa um atentado ao direito de propriedade, além de atrapalhar a implantação dos ideais liberais e desenvolvimentistas (CAVALCANTE, 2016, p. 02).

No entanto, existem aqueles que estão ao lado dos povos indígenas e seus apoiadores, como organizações não governamentais, políticos contrários aos da extrema direita, que exigem a efetivação dos direitos territoriais indígenas que lhes foram reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal brasileira de 1988 (CAVALCANTE, 2016, p. 02).

Antes de se adentrar propriamente no tema, se faz necessário descrever um breve histórico constitucional do direito à posse e uso dos territórios tradicionais e apontar

um possível conceito de terra indígena.

Terra indígena, enquanto conceito jurídico, é um ilustre desconhecido para a maioria da população brasileira, por isso frequentemente é utilizado de forma equivocada, dificultando ainda mais o avanço no sentido de uma solução para os conflitos gerados em torno dos processos de reconhecimento e demarcação de terras (CAVALCANTE, 2016, p. 03). Por isso se faz necessário o esclarecimento sobre o que são terras indígenas, reserva indígena, área indígena e aldeia, que popularmente são tratados todos como uma coisa só.

Os conceitos vêm sendo utilizados de maneira indiscriminada e sem a devida compreensão até mesmo por alguns indigenistas, profissionais e militantes que lidam cotidianamente com a questão (CAVALCANTE, 2016, p. 03). Quanto mais isso acontece, mas se torna difícil a efetivação do processo demarcatório, sendo usado como argumento contrário à territorialidade dos povos indígenas.

Thiago Leandro Vieira Cavalcante, professor da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), descreve em um de seus artigos que “a reconstrução histórica do conceito prima pela perspectiva dos direitos territoriais indígenas nas Constituições brasileiras” (CAVALCANTE, 2016, p. 02). No entanto, só se reconstrói algo que foi destruído, e o entendimento é que isso não aconteceu, pois, a questão dos direitos territoriais indígenas está ainda em construção.

Embora a história, pela política nacional de integração, pela tese do marco temporal e pela força política tenha buscado a destruição de todas as formas de direitos indígenas (o que felizmente não conseguiu), pode-se afirmar que o termo correto seria a “construção dos direitos territoriais indígenas”. A terra indígena é um bem pertencente à União, que está em usufruto exclusivo dos povos originários. Por se tratar de coisa pública, sua existência incide sobre o conceito jurídico que define os direitos territoriais indígenas.

Tais direitos foram reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais. A Constituição brasileira em vigor não reconheceu somente o direito à autonomia dos povos indígenas, os direitos territoriais também estão prescritos nela, em seu artigo 231 e 232. No entanto, no presente estudo,

se verá que essa não foi a primeira Carta Constitucional em que os direitos indígenas são contemplados. No Brasil republicano, desde a Constituição Federal de 1934, foi assegurado o direito aos indígenas, à posse das terras tradicionais, mesmo naquelas outorgadas em períodos ditatoriais (CAVALCANTE, 2016, p. 03).

A maioria das constituições brasileiras trataram dos direitos territoriais dos primeiros habitantes do País, vejamos.

Constituição Federal de 1934:

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Constituição Federal de 1937

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Constituição Federal de 1946

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Constituição Federal de 1967

Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Emenda Constitucional 1/1969

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes (CAVALCANTE, 2016, p. 03).

O professor Thiago Leandro Vieira Cavalcante afirma que “no Brasil, a proteção aos direitos territoriais indígenas é anterior até mesmo à independência. Já no século XVII, por meio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, a coroa portuguesa garantia aos indígenas alguns direitos com relação às terras que ocupavam”. (CAVALCANTE,

2016, p. 03)

Da leitura do que o professor escreve, se conclui que os direitos indígenas, relacionados à questão territorial vêm sendo regulados desde o período colonial. Pode-se afirmar que, na história da legislação indigenista, o início de tudo foi bem antes da chegada dos colonizadores.

O mesmo professor Cavalcante afirma que “nenhuma menção anterior é comparável à da Carta de 1988” e, “ainda assim, havia garantias constitucionais aos direitos territoriais indígenas, as quais foram ignoradas de forma contumaz pelas autoridades locais e federais em muitas regiões do país”. (CAVALCANTE, 2016, p. 03)

Esta é uma realidade que alcança todo o Brasil: quando se trata de violar os direitos indígenas, nosso País faz com maestria.

Cada Constituição tratou as questões indígenas conforme a visão de quem estava no comando do País, portanto, sem a participação dos indígenas. As constituições de 1934, 1937 e 1946 garantiam aos indígenas a posse das terras em que se encontravam permanentemente localizados. (CAVALCANTE, 2016, p. 04). O pensamento era que os indígenas somente tinham direito àquelas terras que estavam em habitação permanente, não se pensava em outras áreas necessárias para a sobrevivência e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas (CAVALCANTE, 2016, p. 04). O referido professor cita Caneiro da Cunha (1998), quando afirma outro ponto negativo: o de que “não havia nenhuma previsão de inalienabilidade das terras, o que na prática permitia diversas manobras para titular tais áreas em favor de terceiros”

Conforme se viu, na Constituição de 1967 e na Emenda número 1 de 1969, chegamos à garantia da posse e garantia do usufruto exclusivo das riquezas pelos indígenas e a inalienabilidade das terras. Este foi um passo bastante importante para se construir o direito aos territórios para os indígenas, bem como foi base para a construção do conceito jurídico de “terra indígena” (CAVALCANTE, 2016, p. 04).

Por estarem muito próximos, a Lei 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 trouxeram ambas para o ordenamento jurídico o conceito de terra indígena, que aparece pela primeira vez nas leis nacionais.

No Estatuto do Índio, o artigo 17 traz três tipos de terras indígenas: as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas a que se referem os artigos 4º, IV, e 198 da Constituição (de 1969); as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título (Lei 6.001/1973); e as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas (CAVALCANTE, 2016, p. 05).

As terras ocupadas ou habitadas seriam aquelas que a norma trata como áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, não existindo a demarcação ou reconhecimento do Estado, aquelas em que necessariamente precisavam haver indígenas ocupando todos os espaços territoriais.

As áreas reservadas ou “reservas indígenas” caracterizam-se através da ação do Estado em demarcá-las, destinando a sua ocupação e posse aos indígenas, não necessitando de ocupação anterior, característica marcante da Constituição Federal de 1988. A criação de reservas indígenas é utilizada excepcionalmente apenas para a destinação de terras a grupos que não possuem mais áreas de ocupação tradicionais passíveis de serem demarcadas, como, por exemplo, nos casos de grupos que tiveram suas terras alagadas por grandes barragens de usinas hidrelétricas. (CAVALCANTE, 2016, pág. 06).

Por fim, em terceiro lugar, temos as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas (CAVALCANTE, 2016, p. 04), que, em síntese, seriam àquelas em que os indígenas ou determinado grupo teria a efetiva propriedade. Esta seria a interpretação dada pelo professor Thiago Leandro Vieira Cavalcante, que na atualidade não encontra respaldo na legislação vigente. O que está sedimentado, o entendimento, é de que as terras indígenas são propriedades pertencente à União, cabendo aos indígenas a posse e o usufruto.

Costumeiramente as terras indígenas são chamadas de “aldeias”, isso por indígenas e não indígenas. O professor Cavalcante cita Levi Marques Pereira e Jorge Eremites de Oliveira (2009), que esclareceram que o termo “aldeia”, originalmente, era utilizado para designar pequenos vilarejos e/ou distritos rurais, especialmente na Europa (CAVALCANTE, 2016, p. 16). Ele ainda expressa que “no Brasil, em decorrência da situação colonialista de contato entre o Estado e os povos indígenas, o termo passou a

ser utilizado para designar locais de maior concentração de indígenas, sendo que prevaleceu a ideia de que tais famílias vivem em forma de vilarejo sob a liderança de um cacique” (CAVALCANTE, 2016, p. 16). No entanto, esta ideia perdeu força com a maior autonomia dos povos indígenas, que viram no termo uma carga bastante grande de imposição colonialista, podendo-se ainda afirmar que o modelo não é válido para todos os povos indígenas

Os aldeamentos, desde o passado colonial, são espaços delimitados pelo Estado e administrados por ele ou por ordens religiosas, como a jesuítica e a franciscana, com a finalidade de catequizar e continuar a colonização. A ideia era a integração, com o discurso de reunir os indígenas para atividades civilizatórias, reserva de mão de obra e para a liberação de terras para a colonização (CAVALCANTE, 2016, p. 22). Cavalcante manifesta que o termo “aldeia” possui uma forte carga colonialista e que tal espaço é visto não como um direito, mas como um espaço à parte da sociedade nacional.

O principal órgão que trata das questões indígenas, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), não traz nenhuma orientação expressa. A noção de “aldeia” é utilizada genericamente para denominar os vários assentamentos existentes em uma determinada terra indígena. Normalmente, tais assentamentos também correspondem a uma unidade sociopolítica local ou a uma família extensa. Logo, talvez por falta de termo mais adequado, ele continua sendo utilizado no dia a dia do órgão indigenista (CAVALCANTE, 2016, p. 22).

O referido professor refere que “é importante que se tenha em mente que aldeia e terra indígena não são conceitos equivalentes e que uma terra indígena pode comportar vários assentamentos ou núcleos sociopolíticos (“aldeias”) de um ou mais povos indígenas, como é comum ocorrer em terras indígenas de maior extensão na região amazônica (CAVALCANTE, 2016, p. 22).

Através deste estudo, realmente fica clara a diferenciação. Quando pensamos que terra indígena e aldeia são equivalentes, esquecemos da carga colonial que a palavra aldeia traz, assim também quando se pensa que os termos “índio” e “indígenas” também se equivalem. Quando nos referimos à terra indígena, estamos

falando da tradicionalidade, da herança cultural indígena. É importante ter essa noção e o presente trabalho está sendo escrito para dar a abertura a este debate. Não para ver qual termo prevalecerá, mas para criar a cultura do correto em relação aos temas indígenas.

A principal ideia é tratar de temas relevantes nas questões de demarcação das terras indígenas. Tem-se conhecimento que os povos originários, desde a colonização, sofrem todos os tipos de violências: o esbulho territorial; a tentativa de morte cultural; a imposição religiosa; o sufocamento das tradições. Contra essas imposições é que existe o termo “é preciso resistir” popularmente criado pelos indígenas. Não se trata apenas de um termo, mas da realidade cotidiana, dos primeiros habitantes deste País.

O Brasil, mesmo antes de ter este nome, já tratava das questões indígenas sob a forma de relações de dominação: era preciso exterminar. Como não foi possível, passou-se a buscar o domínio. Um exemplo que o escritor desta dissertação cita, é sua experiência em tempo escolar, lá pelos anos de 1983 e 1984, em sua comunidade, quando servidores da FUNAI, com resquícios do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) proibiam os alunos indígenas de falar a língua materna ou seu idioma, não podendo sequer dizer que a língua originária era idioma, pois afirmavam que no Brasil só haveria um idioma: o português.

Pessoas desavisadas poderiam argumentar que são questões sem relevância, mas é assim que o dominador age, pois quanto menos aparência de domínio tiver, melhor para continuidade do poder. Hoje proíbe-se de falar a língua materna, amanhã a religiosidade. Quando se percebe, os povos indígenas estão totalmente integrados aos costumes do homem branco e não poderão mais serem considerados indígenas.

Por isso que de forma política, ainda que sem a participação dos maiores interessados e atingidos, com objetivos estranhos às causas destes, foi importantíssimo que a proteção dos territórios indígenas ocorresse desde a época colonial. A ideia de preservação do direito, ainda que por caminhos tortuosos, se manteve, a ponto de na atualidade a Suprema Corte brasileira debater qual direito prevalecerá: o Direito

Originário ou o Marco Temporal.

Embora a discussão esteja no Supremo Tribunal Federal (STF), para os povos indígenas (e se espera que esta seja a tese que venha a prevalecer), os direitos sobre territórios não começam em 05 de outubro de 1988 com o nascimento da Constituição Federal em vigor, mas muito antes da chegada dos colonizadores. Não se pode pensar de outra forma, pois limitar os direitos dos povos originários a 05 de outubro de 1988 seria confirmar os mais de 500 anos de escravidão, de exploração, de violência física, moral e cultural, bem como a efetividade da política de integração nacional, exterminado com os povos indígenas brasileiros. Bem serve o slogan adotado pelos primeiros habitantes do Brasil, quando do início do julgamento pelo STF, sobre a tese do marco temporal: “Nossa história não começa em 1988”.

## 2.2 AS TERRAS INDÍGENAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO.

No início deste capítulo, faremos um breve histórico da proteção legal das terras indígenas, bem como um esclarecimento sobre o que são terras indígenas, termo não equivalente à aldeia. Em continuação, escreveremos sobre a proteção e o processo demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. A intenção do autor desta dissertação, por ser jurista e indígena, é escrever, dividindo sua ênfase entre seu conhecimento adquirido nos bancos acadêmicos, jurídicos, e na vida enquanto indígena que lutou e luta para que as demarcações das terras indígenas venham a ser efetivadas.

Segundo o disposto no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), os direitos sobre terras tradicionalmente ocupadas são reconhecidos aos indígenas, ainda que, caiba à União demarcar e proteger estas terras. Inclusive, o mesmo órgão federal deve fazer respeitar todos os bens inerentes a elas, sendo, materiais, imateriais, físicos e espirituais, segundo a cultura de cada povo.

**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. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

O texto constitucional é claro sobre o direito originário, bem como quanto à competência para demarcar, proteger e fazer respeitar a demarcação e todos os bens que estão em terras reconhecidas como indígenas, ainda que em fase de ocupação. É importante esclarecer como a maioria dos pensadores do direito indígena definem o termo “direito originário”, que na visão do autor desta dissertação é aquele que sempre existiu, se originou em si mesmo, já existia, antes da chegada dos europeus, ao território brasileiro. Seria a garantia imediata de reconhecimento à posse dos territórios aos indígenas, vindo daí a imprescritibilidade, sendo a teoria do indigenato proposta pelos defensores dos direitos territoriais indígenas que tem como principal defensor o advogado Eloy Terena. O fundamento de sua defesa está nos estudos de José Afonso da Silva (2014, p. 873-874), que refere que os artigos 231 e 232, da Constituição Federal de 1988, são a base dos direitos indígenas e que a relação jurídica entre os povos indígenas e suas terras estabelece o Instituto do Indigenato:

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, parágrafo 2º.

O referido advogado refere, ainda, que o Alvará de 1º de abril de 1680, referido no texto, ao cuidar das sesmarias, ressalvou as terras dos índios, considerados “*primários e naturais senhores delas*”. Portanto, tem-se nesta norma o reconhecimento expresso do instituto do indigenato como sendo um direito originário, anterior ao próprio Estado, anterior a qualquer outro direito. Nas palavras do professor José Afonso da Silva, “o indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido”. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de

requisitos que a legitimem”. (SILVA, 2014).

Segundo esta linha de pensamento, afirma-se que, a Constituição Federal de 1988 adotou a *teoria do indigenato*, reconhecendo o direito originário, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

É importante destacar o que a escritora Manuela Carneiro da Cunha escreve sobre o tema.

[...] na própria Lei de Terras de 1850, como magistralmente demonstra João Mendes Jr. (1912), fica claro que as terras dos índios não podem ser devolutas. O título dos índios sobre suas terras é um título originário, que decorre do simples fato de serem índios: esse título do indigenato, o mais fundamental de todos, não exige legitimação. As terras dos índios, contrariamente a todas as outras, não necessitaram, portanto, ao ser promulgada a Lei de Terras, de nenhuma legitimação (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p. 141-142).

Eloy Terena, por pertencer ao povo terena, escreve no mesmo sentido, mas de uma forma que leve em conta aspectos culturais.

Segundo dicção do dispositivo constitucional, terra tradicional ocupada são as 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. Nesta esteira, a terra indígena deve contemplar o espaço necessário para as habitações (moradias) da comunidade. Deve ainda, englobar os recursos naturais, como a mata onde se possa caçar e colher as plantas medicinais, os rios e lagos onde se possa pescar e onde as crianças possam desfrutar de momentos de lazer. O espaço deve ser o suficiente para as atividades culturais e para a convivência harmoniosa dos grupos familiares presentes e as futuras gerações. Este território deve abarcar também eventual montanha, rio, mata, gruta ou outro elemento qualquer considerado sagrado pela comunidade, dentre outros, o cemitério. Sem dúvida a Constituição Federal de 1988 é o marco divisor de águas na linha de evolução do direito indigenista. Não só trouxe um capítulo específico denominado “Dos Índios”, rompendo com a visão integracionista, como também, reconheceu o direito à diferença das comunidades indígena, reconheceu a capacidade processual dos índios, suas comunidades e suas organizações, bem como atribuiu ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas e por fim, em seu Art. 231, caput, reconheceu os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Como bem atesta Deborah Duprat, os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. As noções de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis (ELOY AMADO, 2011, p. 13).

Conforme os autores citados, pode-se inferir que os direitos dos indígenas sobre seus territórios chegaram ao Brasil antes da chegada dos colonizadores, é desta forma que os povos indígenas veem como deve ser a busca pela demarcação de suas terras. Considerar que estes direitos só passem a valer a partir de 1988, com a promulgação da Constituição brasileira, seria legitimar todas as formas de violências, de roubo, de escravidão e jugo que os povos indígenas passaram e continuam passando.

Entender e legitimar os direitos originários sobre as terras indígenas seria mais que uma reparação histórica, minimizando alguns efeitos causados pelos mais de quinhentos anos de supressão de todo o tipo de direito, seria devolver a dignidade, o direito à diferença, o direito à vida, não seria dar terras aos indígenas, mas, sim, apenas devolvê-las aos legítimos donos.

O Estado falhou e continua falhando com os povos indígenas, porque retirou as suas terras para transferi-las aos não indígenas sob o discurso do progresso e de que aqueles teriam muita terra para um reduzido número de pessoas. Como se viu no texto, os territórios tradicionais são, em tese, legalmente protegidos desde a época da coroa portuguesa (CAVALCANTE, 2016, p. 04).

O julgamento que está em pauta no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, trará segurança e porá fim às demandas sobre as questões territoriais indígenas, pois tem repercussão geral, ou seja, a decisão proferida será aplicada a todas as questões judiciais sobre territórios indígenas que estão em pauta, nas mais diversas instâncias federais, em todos os estados brasileiros. Por isso os povos indígenas estão em constante vigília, para que o Egrégio Tribunal brasileiro entenda e decida pela tese do direito originário ou teoria do indigenato.

A busca dos indígenas é que este entendimento prevaleça, pois, a própria Constituição Federal de 1988 expressa: “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Não teria sentido assim a prevalência da tese do marco temporal que, em síntese, defende que se demarque apenas as terras habitadas por indígenas na data da promulgação da Carta Constitucional, em 05 de outubro de 1988.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer que os povos indígenas têm o

direito à demarcação dos territórios tradicionais para sua posse, para preservação de toda sua forma de vida, fez com que surgisse a necessidade de regulamentação através de normativo legal infraconstitucional, de todo o processo demarcatório, e isso foi feito pela União através do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a edição do Decreto 1775, de 08 de janeiro de 1996. Este Decreto regula todas as fases do procedimento de demarcação dos territórios quando reivindicados e reconhecidos como tradicionalmente indígenas, inclusive, o referido Decreto já teve reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

(...) declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa”, como ressaltado no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009)<sup>16</sup>.

O primeiro passo do processo demarcatório e da identificação e delimitação se constitui um grupo técnico de trabalho (GT), dando preferência em composição a técnicos da FUNAI. Por se tratar de direitos dos povos indígenas, estes estão diretamente envolvidos. Ultimamente, para possibilitar o contraditório mínimo, se oportuniza, a participação dos municípios e proprietários que terão suas propriedades atingidas.

Depois da constituição do grupo de técnicos, começam os estudos, com levantamento de dados, trabalhos em campo, levantamento de dados em centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada. O resultado deste trabalho servirá de base a todos os passos subsequentes.

O primeiro documento feito se chama “Resumo do relatório” e têm sua publicação feita no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado federado de

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Popular. Petição 3.388. CRFB/88. Artigo 231. Demarcação de territórios com ocupação tradicional. Recorrente: Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto e o Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. Recorrido: União, Funai e Comunidades Indígenas. Relator: Min. Ayres de Brito, 19 de março de 2009. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, DJe nº 180, 24/09/2009. Republicação. DJe nº 120, 30/06/2010. Ementário nº 2408-2.

localização da área a ser demarcada. É feito por despacho, fixando a cópia da publicação na sede do município da comarca da situação da terra em estudo.

Os estudos antropológicos e complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário devem caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos indígenas, conforme os preceitos constitucionais, e apresentar elementos visando à concretização das fases subsequentes à regularização total da terra. <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/fases-do-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas>. Consultado 19 de dezembro de 2022

Estes estudos serão a base de todo o procedimento para que o Presidente da FUNAI aprove a declaração de ocupação tradicional do referido grupo indígena. Após aprovada, cabe ao Ministro da Justiça emitir a Portaria Declaratória, tendo sua publicação no Diário Oficial da União. Este seria o reconhecimento formal e objetivo do direito originário indígena, que incide sobre o território brasileiro.

O passo seguinte é de competência do Presidente da República: a homologação, por decreto, da realização da demarcação, seguido do registro da terra indígena como propriedade da União.

Esta seria a dinâmica do procedimento administrativo da demarcação das terras, quando reconhecidas como territórios tradicionais indígenas. Não se trata de processo, por ser feito todo administrativamente. Pode-se afirmar que a demarcação é ato meramente declaratório, reconhecendo a teoria do indigenato, em que os direitos indígenas sobre suas terras são anteriores à constituição do Estado brasileiro, tendo como principal característica a imprescritibilidade.

A título de estudo e para, didaticamente, entender o procedimento, destaca-se o quadro abaixo, para uma visualização mais dinâmica.

<b>FASE</b>	<b>MOMENTO</b>
1. Estudos de Identificação	Elaboração de relatório
2. Aprovação do relatório pela FUNAI	Publicação em 15 dias
3. Contraditório	Até 90 dias após a publicação do relatório pela FUNAI
4. Encaminhamento do procedimento	Até 60 dias após o encerramento do

administrativo de demarcação pela FUNAI ao Ministério da Justiça	prazo previsto no item anterior.
5. Decisão do Ministério da Justiça	Até 30 dias após o recebimento do procedimento. Possibilidade de edição de portaria declaratória dos limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.
6. Homologação mediante decreto da Presidência da República	
7. Registro	Até 30 dias após a homologação

O procedimento administrativo tem a aparência de que ocorre de forma rápida e tranquila, inclusive ele foi criado para ser assim, pois quando do início das demarcações, se tinha a percepção de que a tese do direito originário seria pacificamente aceita, o que não aconteceu. A ideia é esclarecer como ocorre a demarcação de territórios tradicionalmente ocupados pelos indígenas, que ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo normatizada pelo Decreto 1775/1996.

O procedimento administrativo, estabelecido no Decreto 1775, de 08 de janeiro de 1996, veio para regulamentar o processo de demarcação de terras com ocupação tradicional de forma desburocratizada, pelo entendimento de que os direitos dos indígenas sobre os territórios ocupados estavam pacificados. No entanto, depois de ocorrido o reconhecimento das primeiras terras como indígenas, os pretensos titulares, com títulos de propriedades, buscaram proteção junto ao Poder Judiciário Federal.

A competência do julgamento das questões indígenas pertence à Justiça Federal. A disputa de terras indígenas, por envolver o direito coletivo indígena é julgada pela Justiça Federal.

### **3. A TESE DO MARCO TEMPORAL E A TEORIA DO INDIGENATO.**

O direito à demarcação das terras com ocupação tradicional por indígenas, teve o reconhecimento constitucional, com a promulgação da Constituição Federal vigente, de uma forma mais clara, pois em todas as constituições que regeram o Brasil, sempre houve certa proteção à posse das terras ocupadas pelos indígenas.

Com o reconhecimento constitucional do direito originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, com a competência da União para demarcá-las, é que os povos indígenas começaram a busca pela demarcação de seus territórios, conseqüentemente, os pretensos proprietários sentindo-se lesados em seus direitos, buscaram o poder judiciário para resolução das questões demarcatórias.

O primeiro caso que chegou ao Supremo Tribunal Federal, foi o da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Roraima, por meio da Pet. 3388/2009, ajuizada em ação popular pelo Senador do Estado Augusto Afonso Botelho Neto, tendo nascido neste julgamento a tese do marco temporal, segundo seus defensores.

#### **3.1 A TESE DO MARCO TEMPORAL.**

A tese do marco temporal foi a saída encontrada por políticos da ala do agronegócio, pelos proprietários de terras, que em algum momento da história foram retiradas de indígenas, para se manterem na posse destas terras. Considerando que a Constituição Federal/88 reconheceu aos indígenas o direito originário sobre os territórios por eles ocupadas, foi necessário buscar um caminho. Este seria a tese do marco temporal e segundo seus defensores, é encontrada, igualmente, na Constituição Federal, sendo pacificada pela jurisprudência, no julgamento de uma Ação Popular, em 2009.

A tese do marco temporal passou a ser definida com a decisão proferida na Pet. 3388, Ação Popular, que no Supremo Tribunal Federal julgou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, finalizada em 19 de março de 2009. Para os proprietários de grandes extensões de terra, o que se decidiu nesta ação era o que

devia ser seguido em todas as demandas envolvendo demarcação das terras indígenas, pois traria, segundo eles, segurança jurídica para o direito à propriedade. Igualmente, garantiria aos indígenas o direito às ocupações tradicionais de seus territórios, buscando a aplicação de repercussão geral através de Embargos de Declaração, julgado em 23 de outubro de 2013.

O julgamento da Pet 3388 foi um momento histórico, um marco no Supremo Tribunal Federal (STF), pois seria a primeira vez que a Corte Maior do País definiria uma questão sobre demarcação dos territórios tradicionalmente ocupados pelos indígenas. A expectativa foi grande, tanto de um lado, como do outro, pois ao final do julgamento se desenharia um norte sobre as questões que versavam sobre o direito à propriedade e a demarcação de terras indígenas.

Ao final do julgamento da Ação Popular, Pet 3388/2009, se estabeleceu um marco inicial para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com suas delimitações territoriais, bem como se fundamentou o renitente esbulho e a proibição da ampliação dos territórios de ocupação tradicional, que na visão dos donos de terras, garantiu o direito à propriedade, bem como deu efetividade à tese do marco temporal. A sua aplicação deveria ser feita em todas as questões envolvendo julgamento sobre demarcação das terras indígenas.

A ideia da necessidade de um marco inicial para que se reconhecesse o direito à demarcação de terras com ocupação tradicional foi fundamentada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres de Britto, Relator da Ação Popular, Petição 3388/2009, que em seu voto afirmou que a Constituição Federal de 1988 trabalhou com data certa, 05 de outubro de 1988, data de sua promulgação, considerando que não podia ser diferente, pois quando se estabelece novas normas para reger a sociedade brasileira, a data a ser observada deve ser a do início da vigência de sua Lei Maior.

Segundo o voto do Eminentíssimo Ministro,

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. I - o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior

trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação.<sup>17</sup>

O voto do Eminentíssimo Ministro Ayres de Britto foi considerado a fonte originária para a instalação de um marco temporal, que na visão dos pretensos proprietários não indígenas das terras que em algum momento foram de ocupação tradicional, seria a forma de dar uma solução definitiva para dar fim à demarcação de terras indígenas que “acontecem de forma desenfreada” e de se garantir o direito à propriedade, segundo Advogada Ruralista Luana Ruiz, do Mato Grosso do Sul.

A tese do marco temporal estabelece que é necessária a ocupação pelos indígenas, em territórios a demarcar, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto, em 05 de outubro de 1988. Sem isso, não será possível o reconhecimento do território como ocupação tradicional, conseqüentemente, não pode ser demarcado como terra indígena.

Bem como define o Doutor João Paulo Lawall Valle, da Advocacia Geral da União,

O Supremo Tribunal Federal, buscando conciliar a segurança jurídica com a defesa dos interesses legítimos dos indígenas, definiu dois marcos para o

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 47.

reconhecimento de uma terra como tradicionalmente ocupada por índios, sendo estes, o marco da tradicionalidade da ocupação e o marco temporal. O primeiro diz respeito com a relação que o indígena possua com a sua terra, devendo esta relação ser real e efetiva, e o segundo, por sua vez, somente considera terra tradicionalmente ocupada por índios aquelas que eram habitadas na data da promulgação da Constituição. <https://blog.ebeji.com.br/renitente-esbulho-na-jurisprudencia-do-stf/>. Consultado em 10 de março de 2023.

Para dar uma arrefecida nos ânimos ou para dar uma aparência de que o Supremo Tribunal Federal estava atendendo as duas partes, indígenas e os proprietários de terras, o Eminentíssimo Ministro Ayres Britto lançou mão, no mesmo julgamento da Petição 3.388/2009, do renitente esbulho, que garante aos indígenas a demarcação de terras, como suas, quando comprovarem que por força de conflito, esbulho violento, não puderam resistir e permanecer em seus territórios.

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 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". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Popular. Petição 3.388/2009<sup>18</sup>.

O renitente esbulho seria a capacidade de resistência dos indígenas, em tentativa de expulsão de suas terras, conflitos pelas terras, começada anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, que perdurou até a data de sua promulgação. Seria uma resistência contínua, devendo permanecer até uma decisão definitiva, seja administrativa ou judicial.

---

18 *Ibidem*, p. 47

O Renitente Esbulho é uma situação de fato caracterizada pelo efetivo conflito possessório, que iniciou-se no passado e persistiu até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição da República de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. Para que esteja devidamente caracterizado o renitente esbulho é fundamental que no momento da promulgação da Carta Constitucional de 1988 os índios estivessem em disputa pela posse da terra que habitavam ou que dela tenham sido retirados há pouco tempo. É importante destacar que o renitente esbulho configura uma exceção ao que ficou definido na Pet 3388 (Raposa Serra do Sol), uma vez que os índios não se encontravam mais na posse da terra e ainda assim esta foi considerada como terra indígena. Valle, J. P. L. <http://blog.ebeji.com.br/renitente-esbulho-na-jurisprudencia-do-stf/>. Consultado em 14/04/2023

Para o Eminentíssimo Relator da Petição 3.388/2009, Ministro Ayres de Brito, os indígenas estariam com seus direitos protegidos se resistissem a todas as tentativas de esbulho de suas terras, vindas dos colonizadores ou dos governos. Somente assim poderiam aqueles pleitear a demarcação de territórios para sua posse. Esta seria, na visão do Eminentíssimo Ministro, a forma de maior legalidade e justiça a ser aplicada no chamado, julgamento Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A teoria do renitente esbulho trouxe uma garantia mínima de demarcação para os indígenas. No entanto, ela foi limitada, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087 e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso Do Sul, no sentido de que não se referia à ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida num passado distante. Para configuração de esbulho, à existência de efetivo conflito possessório, é necessário, mesmo iniciado no passado, persistir até o marco demarcatório temporal atual (a data da promulgação da Constituição de 1988) o conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (ARE 803.462-AgR/MS).

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO

VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento (ARE 803.462-AgR/MS).

Estas são as duas principais orientações do Supremo Tribunal Federal, que em tese deveriam ser seguidas nos processos de demarcações de terras indígenas, segundo a visão de quem defende o marco temporal. No entanto, não são estes os argumentos usados pela ala do agronegócio, que alega que caso ocorram mais demarcações, a produção de alimentos será afetada.

Não se está obedecendo ao princípio constitucional do direito da propriedade e da segurança jurídica, segundo a Deputada Federal Daniela Reinehr, do estado de Santa Catarina. Caso ocorra mais demarcações de terras indígenas, haverá um “impacto econômico, diminuição de 1,5 milhão de empregos, R\$ 364,55 milhões de prejuízos em produtos agrícolas, e R\$ 41,70 bilhões de dólares em exportação”. <https://www.youtube.com/watch?v=q0WM1aROEX0>. Marco Temporal: O que pode impactar no agronegócio. Consultado em 14 de abril de 2023.

É esta mesma linha de pensamento, buscando proteger o direito da propriedade,

da não ampliação da terra indígenas demarcadas e da não demarcação de novos territórios indígenas, foi o voto do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.017.365, que definirá a forma como se resolverá todas as lides, sobre demarcação dos territórios de ocupação tradicional.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.017.365, houve uma manifestação e dois votos a favor da tese do marco temporal, que são necessários serem referenciados, a manifestação de Bruno Bianco, pela Advocacia-Geral da União (AGU), e os votos dos Ministros Nunes Marques e André Mendonça, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para o representante da Advocacia Geral da União, a Suprema Corte brasileira já estabeleceu "balizas e salvaguardas para a promoção dos direitos indígenas e para a garantia da regularidade da demarcação de suas terras"<sup>19</sup>. Como regra geral, segundo ele, foram observados o marco temporal e o marco da tradicionalidade, salvo em caso de esbulho renitente por parte de não-índios, disse. O esbulho renitente é a comprovação de que a população foi removida da área à força, sob resistência persistente. Bruno Bianco, afirma que o precedente do caso Raposa Serra do Sol busca harmonizar o direito à posse permanente dos índios em relação às terras que tradicionalmente ocupam e o direito à propriedade privada<sup>20</sup>. "O revolvimento das salvaguardas institucionais firmadas no caso Raposa Serra do Sol tem o potencial de gerar insegurança jurídica e ainda maior instabilidade nos processos demarcatórios. É nesse sentido que a União defende que as salvaguardas institucionais sejam reafirmadas em prol da pacificação social"<sup>21</sup>, afirmou.

O Eminentíssimo Ministro Nunes Marques, embora fundamenta seu voto reconhecendo toda forma de esbulho dos povos indígenas, entende que a tese do marco temporal deve prevalecer, não vendo a possibilidade da predominância da teoria do

---

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Recorrido: Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA). Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, em pauta. Disponível <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>

<sup>20</sup> <https://www.conjur.com.br/2021-set-01/agu-pgr-divergem-marco-temporal-terras-indigenas>. Consultado em 14 de abril de 2023.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 56

indigenato. Inclusive esta teoria eliminaria o fundamento da soberania nacional, trazendo insegurança jurídica, violando o direito da propriedade, abrindo espaço para conflitos de toda ordem, sem que haja horizonte de pacificação. É necessária a análise do voto na perspectiva acadêmica.

A teoria do indigenato, portanto, respondeu a esse clamor por respeito ao índio na sua originalidade adâmica no território nacional. Mas ela, evidentemente, de um ponto de vista prático e jurídico, criava alguns problemas insolúveis e não podia ser levada às últimas consequências. De fato, em seu grau máximo, a teoria do indigenato teria potencial até de eliminar o fundamento da soberania nacional. Se o índio era senhor e possuidor de toda a terra que um dia fora sua, por direito congênito, como poderia o Brasil justificar o seu poder de mando sobre o território que não era senão uma aldeia em processo de devolução aos legítimos senhores? Acresce que a propriedade privada é elemento fundamental das sociedades capitalistas, como é a brasileira atual. A insegurança sobre esse direito, em especial no que diz respeito a bens imóveis, é sempre causa de grande desassossego e de retração de investimentos. Uma teoria que defende a sujeição dos limites das terras a um processo permanente de recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral, naturalmente abre espaço para conflitos de toda ordem, sem que haja horizonte de pacificação<sup>22</sup>.

Para o Eminentíssimo Ministro, o julgamento da Petição 3.388/2009, trouxe uma solução de grande sabedoria, por garantir a propriedade privada e as demarcações das terras com ocupação tradicional, mas principalmente por anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, não levando em conta o ocorrido com os indígenas.

Como resposta a essa insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da PET 3.388 (sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), ofereceu uma solução institucional de grande alcance e sabedoria, ao estipular como marco temporal para a tradicionalidade da posse

---

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Recorrido: Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA). Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, em pauta. Disponível <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>

indígena a data de 5 de outubro de 1988, dia da promulgação da atual Carta da República. A teoria do fato indígena, que embasou o posicionamento deste Tribunal no caso mencionado, é a que melhor concilia os interesses em jogo na questão indígena. Por um lado, admite-se que os índios remanescentes em 1988 e suas gerações posteriores têm direito à posse de suas terras tradicionais, para que possam desenvolver livremente o seu modo de vida; por outro, procura-se anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica<sup>23</sup>.

Para quem defende a manutenção da tese do marco temporal, com certeza seria a melhor solução. Não se consideraria os mais de 500 anos de esbulho ancestral, que se pretende anistiar oficialmente. Ainda, encorajaria o discurso de que o indígena é um atraso para o desenvolvimento do País. A efetivação das demarcações das terras com ocupação tradicional atenderia da melhor forma estas ideias, estando expresso este pensamento no voto do Eminentíssimo Ministro Nunes Marques.

Esse entendimento prestigia solução que pondera valores constitucionais igualmente relevantes. De um lado, a proteção e o incentivo à cultura indígena; de outro, a segurança jurídica, o desenvolvimento regional, o direito à propriedade privada, o direito à moradia e ao sustento de outros cidadãos integrantes da sociedade brasileira (MARQUES. RE 1017365/SC. 2021, pg. 63).

O segundo a votar pelo reconhecimento da tese do marco temporal foi o Ministro André Mendonça, apontando que os constituintes de 1988 estabeleceram um marco temporal para a demarcação de terras indígenas para pacificar conflitos.

“Não se trata de negar as atrocidades cometidas, mas antes de compreender que o olhar do passado deve ter como perspectiva a possibilidade de uma construção do presente e do futuro. Entendo eu que essa solução é encontrada a partir da leitura do texto, e a intenção do constituinte originário foi trazer uma força estabilizadora a partir da sua promulgação”.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 56.

Ele, ainda, opinou que o Supremo Tribunal Federal não poderia, passados 14 anos, modificar o que foi julgado no caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388). Sendo que, se entendeu que as populações indígenas tinham direito às terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, definido o marco temporal. Caso mudasse de entendimento, avaliou o ministro, permitiria discussões que remeteriam a “tempos imemoriais”, gerando insegurança jurídica.

Por fim, destacou que os laudos antropológicos são fundamentais para o reconhecimento da tradicionalidade das terras, ressaltando que seria preciso a outiva de especialistas de outras áreas, por exemplo, geógrafos, sociólogos e economistas. Ainda, em caso de desocupação, o procedimento deveria ser feito com aviso prévio e sem o uso de força por parte de agentes estatais.

A tese do marco temporal é bem clara: primeiro tenta anistiar oficialmente o esbulho ancestral (Marques. RE 1017365/SC. 2021, pg. 32), sofrido pelos povos indígenas em todas as regiões do Brasil. Seria uma forma de premiar aqueles que cometeram etnocídio, que escravizaram, que mantiveram sob tutela, que se apropriaram de terras tradicionais das formas mais violentas registradas pela história.

Num segundo momento, a tese do marco temporal vem legalizar títulos de propriedades, que na maioria das vezes foram conseguidos com esbulho de terras indígenas, sob forte e violentos conflitos, onde ocorreram enormes matanças, não somente físicas, mas espirituais e culturais, pois quando se tira o indígena de seus territórios, se tenta apagar sua história e sua memória.

Em resumo, a tese do marco temporal propõe um esquecimento do passado, do que os povos passaram e passam para preservar o que lhe é mais sagrado: as suas terras, que não se limitam aos espaços físicos.

### 3.2 O PROJETO DE LEI 490

O projeto de Lei 490/2007 (PL 490/07), chamado de projeto de Lei do marco temporal, teve início em 2007, apresentado, na Câmara dos Deputados, no ano de 2007, pelo Deputado Federal Homero Pereira, do Partido Republicano, de Mato Grosso.

Desde então sofreu várias modificações (13 projetos em apenso), sempre no sentido de melhoria para a ala política do agronegócio.

A ideia originária ou objetivo do referido Projeto de Lei era alterar a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, deslocando a competência de demarcação das terras indígenas, que é do Poder Executivo, para o Poder Legislativo. No entanto, com os 13 projetos em apenso, os objetivos foram aumentados, modificando, principalmente três elementos das Terras Indígenas: a imprescritibilidade, indisponibilidade e usufruto exclusivo.

Embora se tenham aumentado os objetivos do PL 490, o principal continua sendo a implementação da tese de um marco temporal para que as terras indígenas sejam demarcadas, sendo este, a data da promulgação da Constituição Federal 05 de outubro de 1988. A aprovação do referido Projeto de Lei foi a alternativa buscada pelos políticos da ala do agronegócio, visando esvaziar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, de RE 1.017.365.

O Projeto de Lei 490/07 esteve em debate por 16 anos, e ante o temor, pela ala política do agronegócio, de ter uma decisão desfavorável no STF, com reconhecimento da tese do direito originário, se colocou o PL 490/07 em regime de urgência de votação para que se tornasse.

A votação sobre o regime de urgência ao PL 490/07 foi realizada no plenário da Câmara dos Deputados, na quarta-feira, dia 24 de maio de 2023.

Ao aprovar o regime de urgência, permitiu-se que o texto do projeto de lei fosse analisado diretamente em plenário, não precisando passar por todas as comissões da Casa Legislativa. Conforme se verifica, no histórico legislativo, o projeto havia sido aprovado pela Comissão de Agricultura no ano de 2008, ainda que com alterações, e pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), no ano de 2021, mas foi rejeitado pela Comissão de Direitos Humanos no ano de 2009.

O resultado da votação em plenário foi de 324 votos favoráveis e 131 contrários, com uma abstenção, sendo muito comemorado pelos deputados a favor do texto e pelos defensores da tese do marco temporal, bem como pelo setor do agronegócio. Após esta votação, o Projeto de Lei 490/07 foi a plenário no dia 30 de maio de 2023, para que se tornasse lei na Câmara dos Deputados, sendo enviado para o Senado Federal após sua

aprovação por 283 votos a favor a 155 contra.

Embora o Projeto de Lei 490/07 tenha como objetivo principal regular um marco temporal para as demarcações de terras indígenas, tratou de outros temas como a permissão para plantar cultivares transgênicos em terras exploradas pelos povos indígenas, proibição de ampliar terras indígenas já demarcadas, adequação dos processos administrativos de demarcação ainda não concluídos às novas regras e nulidade da demarcação que não atendessem a essas regras. (<https://www.camara.leg.br/noticias/967344-camara-aprova-projeto-do-marco-temporal-para-demarcacao-das-terras-indigenas>, consultado em 04 de junho de 2023).

O Projeto de Lei 490/07 foi pensado com objetivos bem claros: tentativa de condicionar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a criar um atalho para mudar a norma constitucional e atender os objetivos da ala política ligada ao agronegócio. Estes seriam os principais. Isto ficou perceptível quando o novo relator do projeto de Lei o colocou em regime de urgência, retirando todas as possibilidades de debates, e o regime de urgência veio há menos de vinte dias da retomada do julgamento do RE 1.017.365, em sete de junho de 2023, pelo Supremo Tribunal Federal.

A articulação da ala política ligada ao agronegócio, primeiro para colocar em regime de urgência a votação do PL 490/07, depois para sua aprovação, representa, para os povos indígenas, a continuidade de todo o processo de retirada de direitos, oficializada pelo proposto pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nunes Marques (2022): “Anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica”.

Ao se manifestar desta forma, o Ministro Nunes Marques, que é representante do Poder Judiciário, demonstra a forma de como pensa parte do Supremo Tribunal Federal, indo ao encontro dos que votaram a favor do Projeto de Lei 490/07. Há o reconhecimento de que houve e há esbulho das terras indígenas, no entanto, o que se busca é anistiar, perdoar eventos que levaram à morte povos indígenas, não só fisicamente, mas histórica e culturalmente.

Com a aprovação do Projeto de Lei 490/07, se oficializa a anistia. Não só isso: coloca-se um marco temporal na história dos povos indígenas brasileiros, pondo no esquecimento os mais de 500 anos de luta, de resistência, de busca para efetivação do

direito à demarcação dos territórios, com ocupação tradicional. As consequências vão além: considerando que houve demarcação de terras indígenas após 05 de outubro de 1988, estas deveriam ser anuladas, caso se torne Lei o PL 490/07.

O Projeto de Lei 490/07 veio para terminar definitivamente com a o direito à demarcação das terras indígenas, pois quando se estabelece a data certa de 05 de outubro de 1988, para que se possa efetivar o reconhecimento aos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam, se fere a norma maior do Brasil, a Constituição Federal, pois ela não trabalha com data certa, mas com “o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. (CRFB/88).

O referido projeto de Lei retira da União, do Poder Executivo, a competência da demarcação das terras indígenas e repassa para o Congresso Nacional, seria uma mudança constitucional, de ainda que não expressamente, de cláusulas pétreas, pois por serem direitos fundamentais dos indígenas, qualquer mudança, mostra-se inconstitucional.

A norma, quando vem para regularizar o texto constitucional, não pode feri-lo, e é isso que parte da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal, está propondo. Por certo a lei, se aprovada pelo Congresso Nacional, será revista pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.3 A TEORIA DO INDIGENATO – DO DIREITO CONGÊNITO: NATUREZA JURÍDICA DA DEMARCAÇÃO

Podemos afirmar que a natureza jurídica da demarcação das terras indígenas, ao ser elevada ao status constitucional e por ser predominantemente administrativa, como prescreve o *caput* do artigo 231 do texto constitucional (“... *os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*” (CRFB/1988), é constitucional administrativa.

Nos termos do artigo 20, XI, da Constituição Federal, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são bens da União, competindo a este órgão, administrativamente, identificá-las e demarcá-las no interesse dos povos e

comunidades indígenas, que mantêm a ocupação, de forma tradicional, dessas áreas.

A afirmação de que a demarcação é administrativa é corroborada, como o previsto no artigo 19, da Lei 6001/73, *in verbis*,

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. (BRASIL. LEI 6001/73)

O procedimento para demarcar terra indígena é longo e complexo, vem regulamentado, pelo Decreto nº 1.775/1996:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Por ser administrativo, em que cabe ao Estado apenas demarcar as terras indígenas, comprova-se, o direito originário, nas palavras do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, no julgamento do RE 1.017.365, do Supremo Tribunal Federal, traz que, “no entanto, como se depreende do próprio texto constitucional, os direitos territoriais originários dos índios são reconhecidos, mas, preexistem à promulgação da Constituição”. O referido Ministro destaca o verbo preexistem, demonstrando que a tese do indigenato é que deve prevalecer.

Reafirma o argumento, em seu voto: “Em disposição que congruente com o texto constitucional, a demarcação não constitui terra indígena, mas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver indígena”. Pode-se afirmar que a existência das terras se confunde com a dos indígenas, pois estes já estavam no continente, assim, como a terra. Não podemos negar o direito que existe antes mesmo da existência do País. O Ministro Edson Fachin, cita VITORELLI (2018) para fundamentar a natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório

O procedimento demarcatório tem natureza meramente declaratória, pois o que se busca com ele é apenas a delimitação da área já pertencente aos povos

indígenas, em razão dos direitos que decorrem da ocupação tradicional. O reconhecimento da propriedade, em caráter originário, é de viés constitucional, conforme estabelecido no muitas vezes citado art. 231 da Constituição.” (VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 177-178).

Seguindo a linha de defesa do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, da preexistência do direito à demarcação das terras de ocupação tradicional, afirma-se que o procedimento demarcatório apenas o declara, sendo assim, não é necessário aguardar a conclusão administrativa da demarcação. “Logo, a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe da conclusão ou mesmo da realização da demarcação administrativa dessas terras, é direito originário das comunidades indígenas, sendo apenas reconhecimento, mas não constituído pelo ordenamento jurídico”<sup>24</sup>. A afirmação é de que o direito existe e não deixou de existir, foi apenas não foi formalizado pelo ordenamento jurídico, e esta não formalização não o extingue, não o impede de que o seja feito a qualquer tempo. Comprova-se assim a não existência de um marco temporal ou, caso este exista, deve ser anterior à constituição do Estado Brasileiro.

Por ser a natureza jurídica do procedimento demarcatório meramente declaratória, não se cria terras indígenas. O que ocorre é o reconhecimento de sua existência, é a exteriorização da posse dos indígenas, conseqüentemente, da propriedade da União. Estes dois elementos são fundamentais, não se desvincula a propriedade da União, esta é fundamento constitucional.

A natureza meramente declaratória foi reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Civil Originária (ACO) 312, quando reconheceu a tradicionalidade da ocupação indígena dos Pataxó Hã-hã-hãe. No referido caso não havia a finalização da demarcação administrativa da Terra Indígena Caramuru-Catarina-Paraguassu.

“Ementa: 1) AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO SUL DA

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 56.

BAHIA EM RESERVA INDÍGENA. 7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. (ACO 312, Relator(a): EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2012, DJe-054 DIVULG 20-03-2013 PUBLIC 21-03-2013 EMENT VOL-02683-01 PP-00001)

O ato presidencial, da homologação final do procedimento, tem a função de atestar a existência da terra como indígena. Embora ele seja um procedimento de exteriorização da posse indígena, não cria terra indígena, apenas reconhece a sua existência, comprovando que o direito preexiste. Nas palavras de Souza Filho;

A Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo. Está claro que o direito sobre as terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos, costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundos os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto, o critério é interno ao povo. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2256)

Constata-se a natureza jurídica do procedimento da demarcação das terras indígenas, sendo, portanto, administrativa constitucional, não advindo da demarcação, o direito à posse permanente das terras de ocupação tradicional (FACHIN, 2022), mas da preexistência do direito, que se dá anterior à criação do Estado brasileiro. De forma que a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe, para esse fim, da conclusão ou mesmo realização da demarcação administrativa destas terras, pois é direito originário das comunidades indígenas, sendo reconhecida e não constituída. (FACHIN, 2022).

A posse indígena se liga visceralmente às condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, mas não funciona como mercadoria de circulação. Para essas comunidades, o habitat indígena não se resume a uma junção de ocas, mas na forma da identidade da comunidade dos indígenas.<sup>25</sup>

A posse tradicional está ligada com a pluralidade de relações de um povo indígena com a sua terra, com a natureza de onde retira seu alimento, onde realiza sua arte e onde, enfim, todos os aspectos culturais e sagrados que na comunidade se desenvolvem. (FACHIN, 2022).

O fato de a demarcação não ser a criação de terras indígenas, apenas a declaração de sua existência, corroborado com a prescrição da Constituição Federal de 1988, sendo feito, em tese, na esfera administrativa, esta, seria a sua natureza jurídica.

#### 3.4 A TEORIA DO INDIGENATO FUNDAMENTADA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A teoria do indigenato ou do direito congênito, foi desenvolvida no começo do século XX por João Mendes Júnior. Defende que a posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam é tida como originária, inata, anterior à criação do Estado brasileiro, cabendo a este apenas demarcar e declarar os limites espaciais dos

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 55

territórios. (Marques, 2021, p. 26).

A ideia centralizada na teoria do indigenato é o contraponto da tese do marco temporal, por estabelecer que o direito dos indígenas sobre suas terras estava consagrado antes da chegada dos colonizadores. Sendo o que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 1.017.365, o mesmo definirá de forma definitiva todas as questões judiciais que versam sobre a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Importante frisar que o julgamento do Recurso Especial 1.017.365, começou a ser julgado no Supremo Tribunal Federal (STF), em 26 agosto de 2021, foram onze sessões, sendo duas para as manifestações de 38 *amicus curiae*, sendo quatro advogados indígenas, ainda, teve as manifestações da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da República, por fim os votos dos onze Ministros do STF, que votaram na seguinte ordem; Edson Fachin (relator), Nunes Marques, Alexandre de Moraes, André Mendonça, Cristiano Zanin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e a presidente Rosa Weber.

No encerramento do julgamento se terá a chamada segurança jurídica, e não mais a dúvida. Se a tese do marco temporal ou a teoria do indigenato, o fundamento jurisprudencial será usado pelo Poder Judiciário para julgar se procede ou não o pedido de demarcação de terras com a alegada ocupação tradicional.

O julgamento do referido Recurso Extraordinário, além de definir a celeuma das demarcações, está sendo histórico pelas mobilizações de indígenas e não indígenas, cada uma defendendo a tese que mais está associada aos seus interesses.

O principal defensor da teoria do indigenato é o advogado Luiz Enrique Eloy, que afirmou, em sustentação oral no RE 1.017.365, como *amicus curiae*, pela Articulação do Povos Indígenas do Brasil (APIB), que a “Constituição foi categórica ao reconhecer o direito originário dos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas”. Para ele a terra indígena vem desvinculada de um marco definido no tempo, vindo vinculada à chamada tradicionalidade. “Terra indígena possui o conceito vinculado ao texto constitucional, não havendo nenhum requisito temporal para sua caracterização”.

O direito à posse das terras indígenas é, constitucionalmente, originário, não estando vinculada a um marco inicial. O artigo 231, da Constituição Federal de 1988 é

categórico ao expressar que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A Carta Constitucional reconheceu que, quando da chegada dos europeus no continente, os povos indígenas eram senhores de todo o território e na época não havia um sistema de propriedade, muito menos de um determinado tempo para seu reconhecimento, sendo isso que se mantém até hoje, e que se busca manter no Supremo Tribunal Federal.

O julgamento do RE 1.017.365 está sendo histórico pois definirá uma questão de extrema importância: a originária posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mas também pela inédita participação de advogados indígenas como *amicus curiae*, quatro no total, o protagonismo dos povos indígenas, nunca visto na história do Brasil e da mais alta corte de julgamento brasileira.

A participação indígena como *amicus curiae*, teve um efeito muito positivo. Os advogados indígenas não se expressaram somente na forma jurídica. A Doutora Samara do Santos Carvalho, do povo indígena Pataxó, afirmou que “não há como falar de terras, construir terras indígenas, sem considerar a vida dos povos indígenas e não há como falar de vida sem a proteção de nossos territórios”. Ainda, “nunca é demais lembrar que as primeiras invasões, roubos e esbulhos de nossas terras e riquezas começaram pelos povos indígenas do Nordeste”<sup>26</sup>.

As falas destes dois juristas demonstram a forma do pensar indígena, que é na direção de a vida e a terra estarem interligadas, sendo necessária a proteção tanto de uma quanto da outra. Não há como se falar em preservar a terra dos povos indígenas sem a preservação de suas vidas, que envolve as suas culturas, crenças e tradições, modo de vida e de pensar, sendo possível, quando se efetiva a demarcação das terras com ocupação tradicional.

Na mesma direção foram os argumentos, para começar a fundamentar o voto, do Eminentíssimo Ministro e Relator do Julgamento do RE 1.017.365, Edson Fachin. Em suas palavras, ao proferir seu voto: “de modo a tutelar o direito fundamental dos índios ao exercício de seu modo de vida, cultura e existência, intimamente ligados à posse tradicional de suas terras”. Reconhece, assim, que não se está julgando apenas a posse dos territórios, mas a própria existência de vida dos povos indígenas.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 55

Está em julgamento a tutela do direito à posse de terras pelas comunidades indígenas, substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País. Com seus distintos modos de vida, passaram por notório processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais, dentro do longo processo de migração ao interior e ocupação da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional.<sup>27</sup>

A questão central do julgamento é a demarcação das terras de ocupação tradicional pelos indígenas, no entanto, não se trata de apenas ter um espaço para colocar o indígena, senão bastaria colocá-los em outros lugares. O que se busca com a tutela da posse originária é o reconhecimento da história dos povos indígenas. Não se pode falar em compensação histórica pois não há como compensar vidas perdidas, imposição de cultura, mas seria devolver um pouco da dignidade roubada, do direito retirado, a posse suprimida.

A teoria do indigenato quando desenvolvida por João Mendes Júnior, no início do século XX, trouxe importante fundamento para a posse indígena sobre às terras tradicionalmente ocupadas. A argumentação do referido jurista leva em conta os séculos de exploração, expropriação e exclusão a que os povos indígenas foram submetidos, sendo a teoria adotada pela Constituição Federal de 1988.

A ideia que João Mendes Júnior defende como um direito congênito tem o significado de primeiro, originário, não vinculado a nenhum marco inicial estabelecido após a chegada dos portugueses, cabendo ao Estado brasileiro demarcar e declarar seus limites espaciais (Berclaz, 2019, pg. 01). Considerando que o direito congênito não vem sozinho, mas traz a tradicionalidade junto de si, não procede o fraco argumento de que, se o Supremo Tribunal Federal decidir pela rejeição da tese do marco temporal, os indígenas poderão requerer o Brasil inteiro de volta.

O surgimento do instituto do Indigenato foi para contestar políticas elaboradas pela Coroa Portuguesa, que tinham como objetivo transformar os índios em força de trabalho e espoliar suas terras. (Berclaz, 2019, pg. 01). Ela parte da compreensão de

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 55

que os povos indígenas são os originais senhores de suas terras, sem a necessidade de legitimação de sua posse (Freire; Oliveira, 2006).

A teoria do indigenato, embora não expressa, está fundamentada e consolidada na Constituição Federal de 1988, em seu disposto sobre demarcação de terras indígenas. Assim, o direito à permanência dos povos em suas terras é uma fonte jurídica primária da posse territorial, um direito congênito característico do indivíduo membro daquela comunidade antes mesmo de seu nascimento. (Berclaz, 2019, p. 01).

A teoria ou tese está incorporada na Constituição Federal (BRASIL, 1988), o *caput* do artigo 231, traz de forma expressa “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

O Indigenato é instrumentalizado através do conceito de posse permanente como explana Silva (2014). Essa posse não é aquela regulada pelo direito civil, do simples poder de fato sobre a coisa para a sua guarda e uso com ou sem ânimo de tê-la como própria, e sim é declaratória e uma garantia para o futuro (Berclaz, 2019, pg. 01).

Há que se ressaltar que além do instituto indigenato, consagrando os direitos originários sobre a posse das terras com ocupação tradicional pelos povos indígenas, há também a exclusividade das riquezas nela existentes, por isso, conferir a propriedade das terras indígenas à União foi uma medida de proteção igualmente prevista na Constituição Federal, que nada se relaciona com o caráter da tutela orfanológica dada pelas políticas indigenistas do Estado brasileiro até então (MARÉS, 2006).

O direito buscado pelos povos indígenas é fundado naquilo que o constituinte originário, na Assembleia Constituinte de 1987, pensou, ou seja, a adoção do instituto do indigenato, não sendo sua vontade fixar um marco temporal nos territórios indígenas (LEÃO e SIQUEIRA, 2022). Considerando que a vontade maior foi expressa na Constituição de 1988, não deveria o Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, mitigar ou trazer nova interpretação ao que foi posto pela Assembleia Constituinte de 1987 (LEÃO e SIQUEIRA, 2022).

A questão sobre demarcação das terras indígenas é relacionada aos fundamentos e garantias aos povos indígenas e julgada, se necessária, pela

participação do Ministério Público Federal. Esta é uma garantia constitucional prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 129, inciso V, (BRASIL, 1988). Assim foi no julgamento do RE 1.017.365, onde o Procurador Geral da República, o Eminentíssimo Doutor Augusto Aras, se manifestou pela procedência do pedido interposto pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), afastando a tese do marco temporal e reconhecendo o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

A Assembleia Nacional Constituinte registrou a importância do reconhecimento de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil. Pelo Senhores Ministros, o Brasil não foi descoberto. O Brasil não tem 521 anos. Não se pode invisibilizar os nossos ancestrais, que nos legaram este país! Como escreveu Darcy Ribeiro, os indígenas representam uma importante matriz étnica do povo brasileiro assim como, acrescento, os europeus e afrodescendentes e asiáticos que hoje se encontram no território nacional. Baseando-se nesse marco teórico, que o constituinte deu continuidade à tradição das constituições republicanas anteriores, para assegurar aos índios o direito à terra é que a Constituição federal, no *caput* do art. 231, reconheceu aos índios *direitos originários* sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Adotou-se o Instituto do INDIGENATO, cuja origem radica-se nas ordenações portuguesas, pelo qual os índios são senhores naturais de suas terras e titulares da posse sobre elas.<sup>28</sup>

O parecer ministerial firmou o entendimento que vem prescrito na Constituição Federal de 1988, já adotado pela Assembleia Nacional Constituinte, que não há data certa para demarcação de terras de ocupação tradicional aos indígenas, o reconhecendo do instituto do indigenato.

Então, este Procurador-Geral manifesta concordância com o afastamento do marco temporal quando se verifica de maneira evidente que já houvera apossamento e ilícito das terras dos índios.<sup>29</sup>

Resta de forma bem clara que o entendimento que deve predominar é pelo afastamento da tese do marco temporal e o reconhecimento da teoria do indigenato. Só assim se estaria garantido aos indígenas os direitos originários protegidos na

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 55

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 55

Constituição Federal.

O primeiro a votar, por ser o relator, foi o Ministro Edson Fachin, esclarecendo grande parte das dúvidas sobre a tese do marco temporal e da teoria do indigenato. Um dos principais argumentos usados pela tese do marco temporal, a ser respondido, seria da impossibilidade de revisão da matéria, ante o julgamento da Pet. 3388, em que as 19 condicionantes ali estabelecidas estariam sendo aplicadas pela jurisprudência e internalizadas pela Administração Pública, sob a alegação do princípio da segurança jurídica. Ao proferir seu voto o Ministro Edson Fachin foi categórico ao dizer que não haveria a impossibilidade da revisão pelo Supremo Tribunal Federal.

O motivo citado pelo Eminentíssimo Ministro foi o reconhecimento da repercussão geral do RE1.017.365. Ainda que nos embargos declaratórios opostos ao Acórdão do julgamento da Pet 3388 tenha ficado estabelecido a impossibilidade de efeitos vinculantes do julgado na referida Pet, ainda, caso o entendimento fosse o de se estender os efeitos às questões de demarcação, não seriam impeditivos para reanálise da matéria, não haveria violação do princípio da segurança jurídica. O Ministro Edson Fachin reforça a fundamentação,

Dizer que Raposa Serra do Sol é um precedente para toda questão indígena, é inviabilizar as demais etnias indígenas, é dizer que a solução dada para os Macuxis é a mesma dada para os Guaranis, para os Xogklengs seria a mesma dada para os Pataxós. Só faz esta ordem de compreensão, quem chama todos de índios, esquecendo das mais de 270 línguas que formam a cultura brasileira e somente que parifica os diferentes, os distintos e as distintas etnias pode dizer que solução tem que ser a mesma sempre. Quem não vê a diferença, não promove a igualdade".<sup>30</sup>

Outro ponto bastante importante foi sobre a alegada impossibilidade de ampliação de terras indígenas já demarcadas, que seria a revisão de procedimentos já concluídos, impossibilitando que se busque o redimensionamento, para maior, das terras já existentes. Novamente os defensores da tese do marco temporal tentam

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 55

impedir não só que se demarquem novas terras indígenas, mas buscam vedar a ampliação das terras que já estão demarcadas, fundamento rechaçado, pelo Ministro Relator Edson Fachin, ante a inexistência de previsão constitucional.

No entanto, ao afastar o chamado marco temporal como definidor da tutela constitucional à posse indígena, é preciso revisar a questão sob outras luzes. Portanto, se demonstrada flagrante inconstitucionalidade no que concerne ao cumprimento do artigo 231 da Constituição Federal, incorrendo em prejuízos às comunidades indígenas que se viram alijadas de parte de seu território tradicional, não compreendo existir vedação a eventual redimensionamento das terras já demarcadas.<sup>31</sup>

Por fim, o Ministro Edson Fachin reconhece a nulidade dos títulos particulares incidentes sobre terras indígenas. Em seus fundamentos, afirma que a proteção das terras com ocupação tradicional acontece, desde, no mínimo, desde o ano de 1934, estando prevista na Constituição Federal daquele ano.

Nada obstante, é possível afirmar que a nulidade dos títulos particulares em terras indígenas, considerada sua proteção constitucional desde a Constituição de 1934, operou-se a partir dessa Carta Constitucional, ainda que expedidos em período anterior, pois se as terras indígenas não eram terras devolutas, não poderia haver concessão a particulares, a menos que se tratasse de aldeamento extinto de forma voluntária.<sup>32</sup>

A afirmação do fundamento é defendida, inclusive, na doutrina, como afirma Deborah Duprat:

Veja-se que, não obstante a ausência de expressa previsão constitucional, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostas, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Significa dizer que esse direito, com tais atributos, foi incorporado ao patrimônio indígena, e a inércia, desídia, ação ou omissão do Estado não têm potencialidade de neutralizá-lo". (DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). Direito dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 49.)

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 55

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 55

O segundo Ministro a votar contra a tese do marco temporal foi Alexandre de Moraes, falou em “invasão colonial” ao iniciar seu voto, com algumas divergências do voto de Fachin, referindo “A falta de reparação não é primazia de países em desenvolvimento, como o Brasil. Não há um modelo único a se seguir”.

Numa tônica de garantir a “paz social” por meio da convergência ou compatibilização de direitos, disse que “Há a necessidade de se garantir os direitos de posse das terras tradicionais sem relegar as pessoas de boa-fé”.

Ele afirmou ainda, que em aceitar a tese do marco temporal como único caminho resultaria em “grandes injustiças” e “impediria o poder público de demarcar novas terras em que não se comprovasse o marco temporal, mesmo que comprovadamente tivéssemos a realidade de que a comunidade indígena foi retirada à força de sua terra”. Ressaltou também, caso se adotasse um marco para garantir o direito de propriedade, se violaria os direitos dos povos indígenas garantidos na Constituição: “A opção nua e crua pelo marco temporal é uma opção pela segurança jurídica. Mas haveria situações em que a segurança não garantiria a paz social. Nós estaríamos ignorando totalmente direitos fundamentais de povos indígenas, mesmo sabendo que a área é reconhecidamente indígena”.

Por fim, fundamentou seu voto, ainda, em muitos casos comuns, de comunidades que são expulsas de suas terras, “Não se pode ignorar a situação das comunidades que não ocupavam suas terras por circunstâncias alheias à sua vontade”. “Será que é possível não reconhecer essa comunidade?”

Em seu voto, Moraes, levantou a possibilidade de indenização aos ocupantes não-indígenas, não apenas por benfeitorias feitas, mas integral, inclusive pelos terrenos, sob o argumento de quem ocupou área indígena sem o conhecimento de que se tratava de área tradicional, não pode ser penalizado em caso de indenização.

Cristiano Zanin, o terceiro Ministro a votar contra a tese do marco temporal, frisou que a Constituição Federal de 1988 reconhece aos indígenas o direito à posse e usufruto de terras indígenas antes de sua promulgação. Em suas palavras; “A

originalidade do direito dos indígenas às terras que ocupam foi reafirmada com o advento da Constituição de 1988, o que revela a procedência desse direito sobre qualquer outro, assim como a ausência de marco temporal a partir de implantação do novo regime constitucional”.

Assim como o Ministro Alexandre de Moraes, também votou pela possibilidade de indenização a proprietários que compraram terras, desde que comprovada a boa-fé, sendo que as indenizações por benfeitorias e pela terra nua poderiam receberem do governo títulos de terras, afirmou, “Em situações complexas, o Estado pode e deve transferir às partes a possibilidade de construção de uma solução pacificadora, que preserva o interesse de todos os envolvidos e traga segurança jurídica necessária para continuidade de atividades, negócios e usufruto dos bens envolvidos no conflito”.

Acompanhando os votos desfavoráveis a tese do marco temporal, o Ministro Dias Toffoli, afirmou que “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”.

O Ministro foi na mesma direção dos Ministros Moraes e Zanin, pelo procedimento de apuração da indenização, pela devolução da terra que foi declarada indígena, devendo ser feita conjuntamente ao processo de demarcação, para evitar atrasos nas regularizações de áreas tradicionais.

O ministro Luís Roberto Barroso afirmou a tradicionalidade e a persistência da reivindicação de terras pelos indígenas, mesmo não estando ou vivendo nelas em 05 de outubro de 1988, promulgação da Constituição Federal “constituem fundamento de direito para as comunidades indígenas”, ainda que, “A Constituição de 1988 protege a identidade cultural dos povos indígenas e assegura o direito à terra à luz de sua cultura, não tendo em vista os comportamentos e conceitos da sociedade dominante”.

Com o mesmo entendimento o Ministro Luiz Fux, fez o apontamento de que o melhor entendimento da Constituição Federal é que terras indígenas, ainda que não demarcadas em 5 de outubro de 1988, necessitam de proteção, afirmou que, "Ainda que

não tenham sido demarcadas, essas terras devem ter a proteção do Estado. Essa, no meu modo de ver, é a interpretação mais correta da Constituição. Muito já se disse aqui. Trago no meu voto essa interpretação finalística do artigo 231 que assenta que são reconhecidas aos índios as terras que tradicionalmente ocupam".

A ministra Cármen Lúcia, também votou contra a tese do marco temporal, destacando que a sociedade brasileira tem uma dívida "impagável" com os povos indígenas, afirmando, "Estamos a cuidar da dignidade étnica de um povo que foi dizimado, oprimido durante cinco séculos de história".

Seguindo a linha da maioria o decano Gilmar Mendes, votou contra a tese do marco temporal, em seu voto, defendeu a indenização aos ocupantes de boa-fé, não só das construções, mas da terra nua. Ainda, que devem ser observados critérios técnicos para reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, que baliza as demarcações, sendo os definidos na Constituição Federal, por fim, ordenou a volta à primeira instância, no caso para a Justiça Federal de Santa Catarina, para aplicação da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

A presidente do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, referiu que o artigo 231 da Constituição Federal reconhece os direitos dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam e exige que a União demarque e proteja tais áreas. Afirmou ainda, que a posse de terras pelos povos indígenas está relacionada com a tradição, e não com a posse imemorial, explicando que os direitos desses povos sobre as terras por eles ocupadas são direitos fundamentais que não podem ser mitigados.

Referiu, por fim que, a posse tradicional não se esgota na posse atual ou na posse física das terras, lembrando que a legislação brasileira tradicionalmente trata de posse indígena sob a ótica do indigenato, ou seja, de que esse direito é anterior à criação do Estado brasileiro.

A teoria do direito indigenato se fundamenta no direito originário e para o julgamento do RE 1.017. 365, a análise das três questões elencadas, no mínimo se faz necessária, estando desprovida a alegação da violação do princípio da segurança jurídica, sendo reconhecidas as possibilidades de revisão das terras indígenas já

demarcadas e a nulidade dos títulos constituídos.

A Constituição Federal normatiza o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, como fundamental dos povos indígenas, como cláusula pétrea, ainda que não expresse, sendo o direito que não prescreve, não se transfere, não se caduca, garantindo-se a demarcação, em qualquer tempo, bastando a comprovação da tradicionalidade.

Ao se reconhecer os direitos originários, se estará garantindo, não somente a posse das terras, mas a manutenção aos povos indígenas, com todas as suas particularidades, a cultura, as suas tradições, a língua e modo de vida, sendo o que se busca com o julgamento do RE 1.017.365 para todas as questões que estão sob judice no Poder Judiciário brasileiro.

### 3.5 A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DEFINIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Teses com repercussão geral são definições criadas em decisões de recursos extraordinários, normamente são multiplicados e atribuídos a todos os processos que tratam da mesma questão ou questões semelhantes, que a princípio suspensos, no aguardo do julgamento, de um recurso principal. Foi isso que se fez presente no julgamento do recurso extraordinário 1.017.265, o *Leading Case*, tese do marco temporal, repercussão geral, Tema 1031.

No início da elaboração da tese a presidente do Supremo Tribunal Federal, a ministra Rosa Weber, referiu que a construção foi de forma coletiva, com a participação de todos os ministros. A tese fixada, na quarta-feira, 27 de outubro de 2023, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, que rejeitou a tese do marco temporal, onde se adotava 05 de outubro de 1988, como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas.

Um dos principais pontos que ficou definido é que, em acontecendo a

demarcação com a retirada de não indígenas, como ocupação boa-fé, serão indenizados, pelas benfeitorias e o valor da terra nua, sendo o cálculo feito, em processo paralelo ao demarcatório, sendo possibilitado o direito de retenção, que cessará com o pagamento do valor incontroverso.

### **A Tese**

A tese<sup>33</sup> de repercussão geral fixada no Tema 1.031, que servirá de parâmetro para a resolução de casos semelhantes, envolvendo demarcação das terras como ocupação tradicional:

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;

IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no art. 231, §6º, da CF/88;

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

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 55.

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; e quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do art. 37, §6º da CF;

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;

VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT);

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;

IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na

forma do instrumento normativo citado;

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

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

XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurados o exercício das atividades tradicionais dos indígenas;

XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei”

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história dos povos indígenas se confunde com a do Brasil, não há como escrever a de um excluindo a do outro, embora, a daqueles poderia ter sido escrita de outra forma. inclusive pode-se dizer que a do Brasil tem um início bem definido, no entanto quanto a dos indígenas, o que se tem é que eles já estavam, não só em nosso território, mas no continente americano, muito antes da chegada dos europeus, ou seja, anteriormente ao início da história do Brasil.

Antes da chegada dos europeus não havia limites territoriais entre os povos indígenas, o continente era um campo aberto para que cada um vivesse conforme seus costumes, não havendo uma busca de dominação. Não havia imposição de uma cultura sobre a outra, o pensamento não era a conquista, a imposição de costumes, de pensamento, de escravidão, de extermínio de povos.

A colonização foi inevitável, não foi possível resistir a uma força maior, com sede de conquista. A ocupação foi feita com derramamento de muito sangue, com as vidas de vários povos indígenas que não foram reconhecidos como seres humanos. Era preciso sustentar a coroa portuguesa a qualquer preço. Embora estejamos falando de um período em um passado distante, se faz necessário o registro de sua memória.

A ocupação do território brasileiro se deu de forma violenta. Os povos indígenas foram dizimados e os que conseguiram resistir foram confinados em pequenas glebas territoriais chamadas de terras indígenas. Na época não se teve a compreensão de que haviam diferenças culturais entre os povos indígenas. Por exemplo, no sul do Brasil existiam quatro povos, o Kaingang, o XoKleng, o Guarani e o Charrua, cada um com suas particularidades, no entanto, foram todos confinados como se formassem um único grupo indígena.

A política do confinamento de vários povos indígenas em pequenas glebas de terras, foi a primeira tentativa oficial de domesticação, de imposição da ideia de integração dos indígenas à comunhão nacional. Foi uma forma muito negativa de agir, porém, podemos inferir que foi nestes confinamentos que surgiram formas de resistência mais incisivas. inclusive o pensamento coletivo para lutar e buscar territórios com maiores extensões para a continuidade de preservação das culturas indígenas.

No início dos anos 1970, os povos indígenas buscaram novas formas de se

organizar, logo após a extinção do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que na verdade de proteção aos indígenas nada tinha. Sua criação foi para transformar os indígenas em agricultores, nos moldes tradicionais. Sendo o SPI um órgão de tutela, com o término do órgão, a organização dos povos originários teve relativa, autonomia.

A busca da concretização dos direitos indígenas, seja, sobre a terra, a educação, a saúde, a forma de vida, nunca veio pacificamente, ao contrário, sempre se deu por meio de muita luta, resistência, resiliência, não foi uma benesse dos órgãos responsáveis pela criação e aplicação de direitos e garantias voltados ao bem-estar dos indígenas, mas foi resultado de uma busca incessante, através de mobilizações.

Não foi diferente com o direito à demarcação das terras com ocupação tradicional, que sempre foi protelado. O que ocorreu foi a retirada, de todas as possibilidades de reconhecimento das terras indígenas, por consequência, imposição de morte física e cultural de indígenas.

A ideia era a ocupação, a expulsão dos povos indígenas, de suas terras, não se pensando nas consequências, como a diminuição dos espaços territoriais e junção de povos indígenas pertencentes a grupos diferentes, ainda, mesmo que houvesse o crescimento da população indígena, não haveria aumento do espaço de convivência, tão necessário para uma vida com o mínimo de dignidade.

A busca pela retomada das terras pelos indígenas sempre aconteceu, que nunca pararam de lutar, de buscar a demarcação de seus territórios, em alguns momentos, de forma mais tranquila, em outros, de modo mais incisivo, como a autodemarcação, pois, anterior à Constituição Federal de 1988, o direito não era claro e a política de integração, de tutela aos indígenas, ainda era vigente.

Com a possibilidade de uma nova Carta Constitucional antes de 1988, (pois a vigente, até então, era a de 1967, elaborada pelo regime militar, e nesta não estava previsto o direito originário dos indígenas sobre os territórios ocupados) foi que as organizações indígenas buscaram a convergência de ideias do coletivo indígena diante de suas necessidades, através das chamadas assembleias, assim denominadas por Daniel Manduruku (MUNDURUKU, 2012, p. 52).

É importante frisar que os povos indígenas brasileiros somam, em 2023, um milhão e setecentos mil pessoas, estando espalhados por todos os estados do Brasil.

Tendo cultura e modo de vida bem particular, sendo os indígenas do Norte bem diferentes dos do Sul. Em cada região do Brasil, os indígenas têm suas diferenças, por isso, não cabe a ideia de que todos os indígenas e iguais e podem estarem todos confinados em pequenos espaços de terras.

As assembleias pré-constituição, por ser a força representativa indígena, naquele momento, foram essenciais para que se garantisse direitos na Constituição Federal de 1988. Dá pra se dizer que foi a forma mais importante, que teve um resultado bastante positivo para os povos indígenas, pois eles conseguiram que se reconhecessem constitucionalmente a maioria de seus direitos, os principais, a cultura, a crença, modo de vida, a organização social e o direito à demarcação de seus territórios.

A garantia constitucional à demarcação das terras com ocupação tradicional pelos indígenas, vem com o reconhecimento do direito originário, estabelecido no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. No entanto, não havia um regulamento infraconstitucional para sua concretização, para sua efetivação, isso veio com o decreto presidencial de número 1775/96 pelo Presidente da República, que na época era o senhor Fernando Henrique Cardoso.

O Decreto 1775, de 08 de janeiro de 1996, normatiza o procedimento de demarcação de terras para os indígenas. Foi a continuidade do reconhecimento do direito originário, da teoria do indigenato, que defende o direito dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, antes da formação do Estado brasileiro, pode-se fazer esta afirmação, por ele ser todo administrativo, que apenas oficializa, não determina o que é terra indígena.

O Decreto 1775/96 deixa bem claro que a natureza jurídica do procedimento da demarcação das terras indígenas é declaratória constitucional administrativa, tendo sua fonte originária na Constituição Federal de 1988. Não sendo um processo, por ser feito administrativamente, e sim um procedimento, por fim é declaratório, não se cria a terra indígena e o direito à demarcação, eles já existem, não advindo da demarcação o direito à posse permanente das terras de ocupação tradicional, mas da preexistência do direito, que se dá anteriormente à criação do Estado brasileiro (FACHIN, 2022).

A afirmação do procedimento constitucional administrativo, do direito dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, foi firmada no julgamento do R.

E. 1.017.365 que rejeitou a tese do marco temporal, para a demarcação das terras com ocupação tradicional, sendo que o resultado final do em julgamento no Supremo Tribunal Federal, em 2023, foi de 9 votos contra a tese do marco temporal e dois votos a favor.

Numa leitura com o devido cuidado do artigo 231 da Constituição Federal, percebe-se que há uma explicitação de se adotou a teoria do indigenato e não a tese do marco temporal, pois expressa o termo “direito originário”, ou seja, o direito existe, independentemente de haver um procedimento para seu reconhecimento. Da mesma forma, há uma limitação, que deve se comprovar a ocupação tradicional, não servindo de argumento contrário, que os indígenas podem requerer toda e qualquer terra.

É essencial a existência da tradicionalidade da ocupação territorial, que seria a ligação cultural do povo indígena com a terra. É importante frisar que este elo não é somente físico, indo além da compreensão do não indígena. A tradicionalidade está ligada com a espiritualidade, com a cultura, com a tradição indígena, com a história de cada povo com o local, sem as quais, a declaração de que o local é terra indígena não se dará.

Assim como o processo é declaratório constitucional administrativo, a terra somente será declarada como indígena se tiver o elemento da tradicionalidade, sendo fraco o argumento de que caso não se entenda pela tese do marco temporal, os povos indígenas vão requerer todo e qualquer terra. A própria Constituição Federal de 1988 deixa bem claro, quando exige o marco da tradicionalidade, na ocupação por indígenas.

No artigo 231 da Constituição Federal de 1988 está garantido o direito originário sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam. Da leitura do referido artigo, em seu parágrafo primeiro, entende-se, que é possível a existência de quatro tipo de terras tradicionais, na seguinte ordem: as por eles habitadas em caráter permanente; as utilizadas para suas atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Para a presente dissertação, a defesa do entendimento é que as terras de tradicional ocupação são divididas em quatro, e não que precisam somar as quatro definições, estabelecidas, no parágrafo primeiro, do artigo 231, da Constituição Federal de 1988. Seguindo esta linha, as por eles habitadas em caráter permanente seriam

aquelas demarcadas, doadas ou cedidas, onde os povos indígenas já estão estabelecidos de forma definitiva, principalmente pelo histórico.

As utilizadas para suas atividades produtivas podem estar junto das primeiras, com habitação de caráter permanente. No entanto, existem realidades diversas, por exemplo, os indígenas habitam em determinada terra indígena, no entanto, ao saírem para realizarem a venda de seus artesanatos, ocupam determinados espaços.

As imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, são as que ocupam locais específicos. No entanto, atualmente, estão juntas com as de ocupações permanentes e das utilizadas para as atividades produtivas.

Estas seriam as terras que constitucionalmente devem ser declaradas, como indígenas, não devendo a demarcação acontecer se não for verificada pelo menos uma das características descrita na Carta Constitucional. Este é o entendimento que se apresenta, estando muito bem fundamentado.

O direito originário à demarcação das terras que os indígenas tradicionalmente ocupam está fundamentado constitucionalmente, não fazendo sentido estabelecer um marco temporal a partir de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. A tentativa de impor o referido marco inicial é uma tentativa de, nas palavras do Ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal, anistiar oficialmente esbulhos cometidos contra os povos indígenas.

Não merece guarida uma tese tão genocida, pois quando se tenta impor a data de 05 de outubro de 1988 para demarcação das terras indígenas, desde que estejam sob ocupação tradicional, é colocar um início na história dos povos indígenas. Não se busca a alegada segurança jurídica, mas sim continuar a política de extermínio, que na verdade, nunca cessou.

A tese do marco temporal, que alega segurança jurídica, tanto para não indígenas quanto para indígenas, é uma falácia, não está se pensando nos povos indígenas, mas sim na proteção dos grandes proprietários, do agronegócio, no desmatamento sem controle, pois como se sabe, os guardiões das florestas são os povos originários.

O movimento que defende a tese do marco temporal é composto por políticos,

grandes empresários, principalmente dos grandes produtores, com argumentos de que as demarcações atrasam o modo produtivo estabelecido, trazendo grandes prejuízos ao Brasil, impedindo investimentos estrangeiros, e que seria muita terra para poucos indígenas.

Estes são alguns dos argumentos dos defensores da tese do marco temporal que ainda defendem a oficialização do sistema de esbulho das terras dos indígenas, a imposição do modo colonialista de pensar e produzir, a acumulação de riquezas, não tendo relevância o meio ambiente, o modo tradicional de vida indígenas, com certeza seria a continuidade do que se fez desde o início da colonização.

Os argumentos da tese do marco temporal não se sustentam, não encontram respaldo constitucional. É fraco o argumento da segurança jurídica, pois se há de estabelecer um marco inicial, para os direitos dos povos indígenas, que seja, este, anterior a constituição do Estado brasileiro. Desta forma se beneficiaria a todos.

Os idealizadores da tese do marco temporal buscam a garantia das terras que obtiveram, de diversas formas, inclusive, nos moldes da Lei civil. É claro que o Estado brasileiro não tem como deixá-los desprotegidos, por isso, em caso de demarcação, estes serão indenizados, o que é muito justo. Não se faz direito, não se faz justiça cometendo injustiças. Os direitos dos proprietários que terão de devolver as terras para os indígenas são garantidos tanto na Constituição quanto nos normativos infraconstitucionais.

O julgamento do RE 1.017.365, no Supremo Tribunal Federal, com certeza resolverá as questões envolvendo a demarcação de terras com ocupação tradicional. Este é um dos principais pontos que se busca esclarecer: o que seria esta ocupação tradicional. Primeiramente importa frisar que sem este reconhecimento, não há a possibilidade de se demarcar a terra como indígena.

A tradicionalidade das terras está relacionada com o modo de vida, são aquelas que têm um histórico-cultural onde os indígenas podem viver, mantendo suas crenças, tradição, desenvolvendo seu meio de produção, seja agricultura para subsistência, seja a produção de seus artesanatos, suas religiosidades, onde há a consciência, elemento principal, da participação de determinado povo indígena.

O reconhecimento da tradicionalidade de uma terra traz o direito originário, da posse para os indígenas, que seria aquele que preexiste, sendo o primeiro, tornado essas

terras inalienáveis e indisponíveis, sendo os direitos sobre elas, imprescritíveis, sendo este o fundamento de que elas deverão ser devolvidas para os seus primeiros donos.

As características da inalienabilidade e da indisponibilidade são fundamentos que possibilitam a demarcação das terras com ocupação tradicional a qualquer tempo, pois a primeira estabelece que estas terras são inalienáveis, não estando sujeitas à venda, nem à usucapião. Não existe forma delas serem negociadas por pertencerem à União, Já a segunda estabelece que as terras com ocupação tradicional são indisponíveis, não importa se há a presença de indígenas ou ausência destes elas continuam a pertencer aos povos indígenas.

O direito originário é imprescritível, não se convalida no tempo, podendo ser requerido a qualquer tempo, contrariando a tese do marco temporal e afirmando a teoria do indigenato, reconhecendo a pré-existência da posse dos indígenas, vindo antes da formação do Estado brasileiro. Esta característica é fundamental, sem ela não haveria o direito congênito.

Estando, desta forma, a teoria do indigenato solidificada na Constituição Federal de 1988, sendo direito fundamental, ainda que de modo tácito, é cláusula pétrea, não podendo ser modificada por Lei infraconstitucional, nem por Emenda Constitucional. Por trazer estas características e por ser o Supremo Tribunal Federal o guardião máximo da Carta Constitucional, infere-se que este será o entendimento a prevalecer.

## REFERÊNCIAS

AMADO, L. H Eloy. **O Supremo Tribunal Federal como “construtor” da Constituição Federal: análise das condicionantes impostas para demarcação de terra indígena.** Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Campo Grande, 2011.

BOSCATTI, L.; OLIVEIRA, T. G. de; BUENO, E. V. *A função social da terra e a preservação da cultura dos povos: desafios e possibilidades do programa nacional de crédito fundiário.* **Brazilian Journal of Development**, [S. l.], v. 7, n. 4, p. 37415–37436, 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/28055>. Acesso em: 18 dec. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. DECRETO Nº 1.775, DE 8 DE JANEIRO DE 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

BRASIL. Lei 6001, 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa.* São Paulo: Editora Unesp, 2018.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos índios no Brasil.** 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1998.

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

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

Paulo: Brasiliense, 1987.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *“Terra Indígena”*: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **História** (São Paulo) v.35, e75, 2016.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDES, Mayara Ferreira. *Diálogo Pan-Indígena*. In: Revista Três Pontos. Belo Horizonte: UFMG, v. 17 n. 2. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistatrespontos/article/view/35211>.

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

MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012.

NOGUEIRA, C. B. C; MASSULO, D. S. A. *Teoria do Indigenato Vs Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal): Breve análise desde a perspectiva do colonialismo interno*. **Revista Empório do Direito**. São Paulo. 15/04/2019.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade:LACED/Museu Nacional, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

PACHECO NETO, Manuel. **A escravização indígena e o bandeirante no Brasil colonial: conflitos, apresamentos e mitos**. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2015.

SANTOS, S. C. **Judicialização da Questão Territorial Indígena: Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38.ed. rev e atual. São Paulo, Malheiros, 2014.

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

XIMENES, S. de L. S. A.; REZENDE, A. L. de L. S.; BARROS, M. de M.; *Limites e possibilidades da função social da propriedade frente aos povos indígenas Kaingang: lições a partir da visão Kaingang sobre a terra*. IC Rodrigues; MR Nagao. VIII CIH. 1206 – 1212.

YAMADA, Erica M; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de. *A convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada*. Brasília: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: [http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi\\_name\\_archivo.325.pdf](http://www.consultaprevia.org/files/biblioteca/fi_name_archivo.325.pdf). Acesso em: 28 jun. 2022.

<https://amazoniareal.com.br/ministro-da-saude-recua-e-mantem-sesai-apos-protestos-dos-indigenas>. Consultado em 12 de outubro de 2022.

<https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/com-mobilizacoes-pelo-pais-indigenas-garantem-manutencao-da-sesai1>. Consultado em 12 de outubro de 2022.

<http://blog.ebeji.com.br/renitente-esbulho-na-jurisprudencia-do-stf>. Consultado em 14 de abril de 2023.

[https://pib.socioambiental.org/pt/índios\\_e\\_o\\_meio\\_ambiente](https://pib.socioambiental.org/pt/índios_e_o_meio_ambiente). Consultado em 12 de outubro de 2022.

<https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/enem/2015/07/07/noticia-especial-enem,665802/bandeirantes-herois-ou-viloes.shtml>. Consultado em 11 de outubro de 2022.

<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/fases-do-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas>. Consultado

em 19 de dezembro de 2022.

<https://iela.ufsc.br/povos-originarios/noticia/sepe-essa-terra-tem-dono>. Consultado em 02 de setembro de 2022.

<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/182701>. Consultado em 02 de setembro de 2022.

<https://almapreta.com/sessao/cotidiano/resistencia-indigena-entenda-porque-o-termo-indio-e-considerado-pejorativo>. Consultado em 25 de setembro de 2022.

<https://portal.antt.gov.br/convencao-n-169-da-oit-povos-indigenas-e-tribais>. Consultada em 26 de setembro de 2022

<https://news.un.org/pt/story/2019/08/1683741>. Consultado em 12 de outubro de 2022

<http://coral.ufsm.br/gpds/anais/wp-content/uploads/2014/12/12-SUSTENTABILIDADE-INDIGENA-E-O-MEIO-AMBIENTE.pdf>. Consultado em 12 de outubro de 2022.

<https://www.camara.leg.br/noticias/896465-nova-lei-denomina-o-19-de-abril-como-dia-dos-povos-indigenas-em-substituicao-a-dia-do-indio>. Consultado em 07 de novembro de 2022.

<https://www.cedefes.org.br/o-direito-originario-dos-povos-indigenas/>. Consultado em 17 de dezembro de 2022.

<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/04/19/indio-ou-indigena-entenda-a-diferenca-entre-os-dois-terminos.ghtml>. Consultado em 17 de dezembro de 2022.

<https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2021/04/daniel-munduruku-diz-que-a-palavra-indio-nega-quem-eles-sao-de-verdade.shtml>. Consultado em 17 de dezembro de 2022.

<https://almapreta.com/sessao/cotidiano/resistencia-indigena-entenda-porque-o-termo-indio-e-considerado-pejorativo>. Consultado em 17 de dezembro de 2022.

<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/fases-do-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas>. Consultada

em 19 de dezembro de 2022.

[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24\\_08-00\\_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Federal%20s%C3%B3%20ser%C3%A1,a%20editar%20a%20S%C3%BAmula%20140](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24_08-00_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Federal%20s%C3%B3%20ser%C3%A1,a%20editar%20a%20S%C3%BAmula%20140). Consultado em 21 de dezembro de 2022

[https://pib.socioambiental.org/pt/Quem\\_%C3%A9\\_%C3%Adndio%3F](https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_%C3%A9_%C3%Adndio%3F). Consultado em 28 de junho de 2022.

<https://dspace.mj.gov.br/handle/1/6169>. Acesso em 28 de junho de 2022.

<https://www.youtube.com/watch?v=q0WM1aROEX0>. Marco Temporal: O que pode impactar no agronegócio. Consultado em 14 de abril de 2023

(<https://www.camara.leg.br/noticias/967344-camara-aprova-projeto-do-marco-temporal-para-demarcacao-das-terras-indigenas>, consultado em 04 de junho de 2023)

