

MAITÊ CAURIO FELKER

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS

DA SEGURANÇA JURÍDICA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL



MAITÊ CAURIO FELKER

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS DA SEGURANÇA JURÍDICA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL



© 2023 – Editora Real Conhecer

editora.realconhecer.com.br

realconhecer@gmail.com

Autora

Maitê Caurio Felker

Editor Chefe: Jader Luís da Silveira

Editoração e Arte: Resiane Paula da Silveira

Capa: Freepik/Real Conhecer

Revisão: A autora

Conselho Editorial

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF

Ma. Jaciara Pinheiro de Souza, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Dra. Náyra de Oliveira Frederico Pinto, Universidade Federal do Ceará, UFC

Ma. Emile Ivana Fernandes Santos Costa, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Me. Rudvan Cicotti Alves de Jesus, Universidade Federal de Sergipe, UFS

Me. Heder Junior dos Santos, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP

Ma. Dayane Cristina Guarnieri, Universidade Estadual de Londrina, UEL

Me. Dirceu Manoel de Almeida Junior, Universidade de Brasília, UnB

Ma. Cinara Rejane Viana Oliveira, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Esp. Jader Luís da Silveira, Grupo MultiAtual Educacional

Esp. Resiane Paula da Silveira, Secretaria Municipal de Educação de Formiga, SMEF

Sr. Victor Matheus Marinho Dutra, Universidade do Estado do Pará, UEPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F316a	Felker, Maitê Caurio A (In)Constitucionalidade da Tese do Marco Temporal das Terras Indígenas: da segurança jurídica à interpretação Constitucional / Maitê Caurio Felker. – Formiga (MG): Editora Real Conhecer, 2023. 96 p. : il. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-84525-75-7 DOI: 10.5281/zenodo.8264596 1. Direitos fundamentais. 2. Interpretação constitucional. 3. Marco temporal. 4. Segurança jurídica. 5. Terras indígenas. I. Felker, Maitê Caurio. II. Título. CDD: 342.087 CDU: 347.2
-------	---

O texto e conteúdo da presente obra apresenta responsabilidade de sua autora.

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora Real Conhecer
CNPJ: 35.335.163/0001-00
Telefone: +55 (37) 99855-6001
editora.realconhecer.com.br
realconhecer@gmail.com
Formiga - MG
Catálogo Geral: <https://editoras.grupomultiatual.com.br/>

Acesse a obra originalmente publicada em:
<https://editora.realconhecer.com.br/2023/08/a-inconstitucionalidade-da-tese-do.html>



**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO
TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS: DA SEGURANÇA
JURÍDICA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

MAITÊ CAURIO FELKER

A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional-democrático. Ao contrário de nos frustrarmos, reformarmos ou nos furtarmos, devemos levar a Constituição a sério, se quisermos contribuir, como operadores jurídicos, e construir, como cidadãos, uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 543).

RESUMO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS: DA SEGURANÇA JURÍDICA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 conferiu uma série de direitos aos povos indígenas, com destaque para o direito sobre as terras por eles *tradicionalmente* ocupadas. Essa expressão, no entanto, suscitou divergências a respeito de sua adequada interpretação. Isso porque, de um lado, sustenta-se uma exegese objetivo-temporal, limitando o alcance do direito às terras que estivessem ocupadas na data da promulgação da Constituição de 1988, por razões de segurança jurídica – trata-se do chamado marco temporal. Por outro lado, argumenta-se que a hermenêutica adequada da expressão dispensaria esse aspecto de temporalidade. Assim, tendo essa discussão como norte, o presente estudo pretende desvelar os limites e as possibilidades da tese do marco temporal das terras indígenas à luz do texto constitucional de 1988. Desenvolvem-se, com esse intuito, três capítulos, cada qual com dois subcapítulos. O primeiro expõe os principais recortes históricos no tocante aos povos indígenas, a demonstrar que atravessaram sistemáticos episódios de violência e deslocamentos forçados de seus territórios, além de apresentar a evolução do constitucionalismo brasileiro quanto à tutela dos direitos indígenas. Na sequência, o segundo objetiva analisar a origem do marco temporal na jurisprudência, que se deu com o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), julgado pelo STF no ano de 2009. Por fim, o último capítulo volta-se à análise da questão central do trabalho, a partir do confronto das diferentes perspectivas a respeito da matéria, tendo como paradigma os votos proferidos por ocasião do julgamento do RE nº 1.017.365/SC, em que o Supremo Tribunal Federal foi instado a revisitar a matéria. Assim, são analisados os três votos já proferidos, tecendo as observações e os contrapontos pertinentes. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dialético, uma vez que o objeto da pesquisa é examinado a partir do confronto entre os posicionamentos acerca do cabimento da tese do marco temporal. Ademais, utiliza-se o método de procedimento histórico, para se analisar a historicidade dos povos indígenas no Brasil, bem como o método de procedimento monográfico, adotando-se o estudo de caso da decisão em que se acolheu a tese do marco temporal. Agregou-se, ainda, a técnica de pesquisa da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a tese do marco temporal é inconstitucional. Primeiramente, porque, tratando-se os direitos indígenas de direitos fundamentais, eventual restrição deve encontrar fundamento no próprio texto constitucional, o que não se verifica. Outrossim, os argumentos utilizados para a defesa da tese do marco temporal representam, em geral, falsas dicotomias. Assim, a hermenêutica adequada do dispositivo constitucional demanda a observância do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, da vedação ao retrocesso e da proibição de proteção deficiente, a fim de que se cumpram os objetivos da Constituição. Contudo, defende-se que o afastamento do marco temporal seja concomitante à possibilidade de indenização, em determinadas hipóteses, a possuidores de boa-fé, tendo em vista a imposição de responsabilidade à União, pela leniência em proceder às demarcações das terras, conciliando-se, pois, os interesses em disputa, sem sacrificar de forma desmedida nenhum desses.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Interpretação constitucional. Marco temporal. Segurança jurídica. Terras indígenas.

ABSTRACT

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE TEMPORAL MILESTONE OF INDIGENOUS LANDS THESIS: FROM LEGAL SECURITY TO CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

The Federal Constitution of 1988 gave a series of rights to native peoples, with emphasis on the right to the lands they traditionally occupied. This expression, however, has given rise to divergences concerning its adequate interpretation. This is because, on the one hand, an objective-temporal exegesis is sustained, limiting the scope of the right to lands that were occupied on the date of the promulgation of the Constitution, for reasons of juridical security - the so-called temporal milestone. On the other hand, it is argued that the adequate hermeneutics of the expression would dispense with this aspect of temporality. Thus, with this discussion as a guide, the present study aims to unveil the limits and possibilities of the temporal milestone of indigenous lands thesis in the light of the constitutional text of 1988. For this purpose, three chapters are developed, each with two subchapters. The first chapter sets out the main historical overviews of native peoples, demonstrating that they have gone through systematic episodes of violence and forced displacement from their territories, in addition to presenting the evolution of Brazilian constitutionalism with respect to the protection of indigenous rights. Next, the second chapter aims to analyze the origin of the temporal milestone in jurisprudence, which occurred with the Raposa Serra do Sol case (Pet. 3.388/RR), judged by the STF in 2009. Finally, the last chapter turns to the analysis of the central issue of the work, based on the confrontation of different perspectives on the matter, using as paradigm the votes cast during the judgment of RE n° 1.017.365/SC, in which the Federal Supreme Court was asked to revisit the matter. Thus, the three already rendered votes are analyzed, making the pertinent observations and counterpoints. To this end, the dialectical approach is used, since the object of the research is examined from the confrontation between the positions on the appropriateness of the thesis of the temporal limitation. Furthermore, the method of historical procedure is used to analyze the historicity of the native peoples in Brazil, as well as the method of monographic procedure, adopting the case study of the decision in which the thesis of the temporal milestone was accepted. Also used the indirect documentation research technique by means of bibliographical research. The conclusion is that the temporal milestone thesis is unconstitutional. Firstly, because, since indigenous rights are fundamental rights, any restriction should find its basis in the constitutional text itself, which is not the case. Furthermore, the arguments used for the defense of the thesis generally represent false dichotomies. Thus, the proper hermeneutic of the constitutional provision demands the observance of the principle of maximum effectiveness of constitutional rules, the prohibition of retrogression and the prohibition of deficient protection, in order to fulfill the objectives of the Constitution. However, it is advocated that the abolition of the temporal milestone be concomitant with the possibility of compensation, in certain cases, to possessors of good faith, in view of the imposition of liability to the Union, for leniency in proceeding with the demarcation of the land, thus reconciling the interests in dispute, without sacrificing inordinately any of these.

Keywords: Fundamental rights. Constitutional interpretation. Temporal milestone. Juridical security. Indigenous lands.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA DIZIMAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A TUTELA DOS INDÍGENAS NO DIREITO BRASILEIRO	13
2.1 COMPREENDER O PASSADO PARA CONSTRUIR UM NOVO FUTURO: A DIZIMAÇÃO, O ASSIMILACIONISMO E OS DESLOCAMENTOS FORÇADOS	14
2.2 OS INDÍGENAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	25
3 A TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS	36
3.1 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA TESE: RETROCESSOS?.....	45
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL	54
4.1 DO INDIGENATO AO FATO INDÍGENA: AS VISÕES ANTAGÔNICAS ACERCA DO MARCO TEMPORAL.....	55
4.2 A ADOÇÃO DE UMA SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA, A CONCILIAÇÃO DOS INTERESSES CONTRAPOSTOS E AS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS	70
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

Em um processo de afirmação histórica de direitos negligenciados, a Constituição Federal de 1988 destinou capítulo específico para tratar de questões relativas aos povos indígenas, conferindo-lhes uma gama de direitos e garantias, sobretudo no que concerne à proteção de suas terras, costumes e modo de vida. Nessa linha, o artigo 231 da Constituição, dentre outras garantias, consagra aos indígenas o direito à posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, além do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Não obstante, persistem controvérsias – tanto no plano jurídico-interpretativo, quanto no plano prático – a respeito do alcance e delimitação desse direito. Isso porque se controverte a respeito da interpretação da expressão *tradicionalmente ocupadas*. Por um lado, desenvolveu-se a chamada tese do marco temporal, pela qual só poderiam ser demarcadas as terras que estivessem sendo ocupadas pelas comunidades indígenas na data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988), com o escopo de resguardar a segurança jurídica.

Em sentido contrário, há quem argumente que a interpretação desse direito constitucional não deva se limitar a um aspecto temporal, mas sim ser orientada pela forma como se desenvolve a ancestral relação dos povos indígenas com as terras, isto é, seu modo de viver.

Vale ressaltar, nessa conjuntura, que o Supremo Tribunal Federal acolheu a referida tese do marco temporal no *leading case* conhecido como caso *Raposa Serra do Sol*, julgado no ano de 2009 no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Porém, agora como questão principal e em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, reconhecida no ano de 2019 (Tema 1.031), o plenário da Corte revisitará a matéria, definindo o cabimento da fixação do marco temporal, a fim de dirimir a problemática envolvendo o reconhecimento de direitos territoriais de ocupação tradicional indígena.

Nessa toada, a temática reveste-se de absoluta relevância jurídica, pois se trata de definir o alcance de um direito fundamental previsto no texto constitucional, que é carregado de uma historicidade e finalidade de reparação histórica. Ademais, a partir do ponto de vista socioeconômico, a permanência dessa discussão tem fomentado inúmeros conflitos fundiários entre comunidades indígenas e não-indígenas (ruralistas,

mineradores e até mesmo entes públicos) que disputam a titularidade e domínio dessas áreas.

Outrossim, embora a demarcação de terras indígenas tenha natureza declaratória, essa formalização é imprescindível para a proteção dos povos indígenas. Nesse sentido, estima-se que mais da metade das terras indígenas existentes no país possuem alguma pendência administrativa. Assim, a adoção – ou rechaço – da tese do marco temporal tem o condão de redesenhar o mapa das terras indígenas no Brasil.

Diante disso, o presente estudo tem como principal objetivo discutir os limites e as possibilidades da tese do marco temporal à luz da Constituição Federal de 1988, partindo-se da premissa indissociável de que a temática é multifacetada, pois perpassa desde a interpretação constitucional – e os limites da jurisdição constitucional – até a consideração de aspectos sociais, econômicos, históricos, culturais e até mesmo ambientais. Ou seja, trata-se de definir se o texto constitucional comporta essa referida interpretação.

Por seu turno, tem-se como objetivos específicos: a) traçar um panorama dos principais aspectos relativos à historicidade e à evolução da tutela dos povos indígenas no Brasil, com destaque para a questão atinente às terras indígenas; b) compreender a tese do marco temporal, sua gênese, fundamentos, aplicabilidade e consequências no que diz respeito à demarcação de terras indígenas; c) expor e discutir os argumentos que sustentam a (in)constitucionalidade da tese do marco temporal.

Para a consecução da pesquisa, emprega-se o método de abordagem dialético. Isso porque o presente estudo se alicerça no cotejo entre posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais opostos, quais sejam, o entendimento pela constitucionalidade da adoção da tese do marco temporal, como forma de resguardar a segurança jurídica e, opostamente, o entendimento de que a tese do marco temporal não se compatibiliza com o texto constitucional, por limitar sem fundamento bastante os direitos territoriais dos povos indígenas.

Quanto aos métodos de procedimento, para fazer frente aos objetivos específicos, emprega-se o histórico e o monográfico. Utiliza-se o método de procedimento histórico para reconstruir a compreensão a respeito da historicidade e evolução da tutela de direitos dos povos indígenas no Brasil, com destaque para a questão atinente às terras. Por sua vez, vale-se do método de procedimento monográfico para se compreender a tese do marco temporal. Nesse sentido, adota-se como paradigma a decisão proferida pelo

Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, tendo em vista a adoção da tese do marco temporal nessa ocasião, que passou a parametrizar as demarcações de terras a partir de então.

Outrossim, utiliza-se a técnica de pesquisa de documentação indireta, especificamente a pesquisa bibliográfica e documental, porquanto consulta-se trabalhos científicos de referência, bem como analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para a fluidez da compreensão, segmenta-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, intitulado “Da dizimação à Constituição Federal de 1988: a tutela dos indígenas no direito brasileiro”, objetiva-se construir uma compreensão histórica atinente aos povos originários no Brasil, a partir de recortes de fatos relevantes e com foco na questão fundiária. Após, objetiva-se expor os textos constitucionais brasileiros quanto à tutela de direitos voltada especificamente aos indígenas, a fim de compreender a evolução do constitucionalismo pátrio, cujo ápice foi alcançado pela Constituição de 1988.

Na sequência, no capítulo denominado “A tese do marco temporal das terras indígenas”, busca-se discorrer acerca do desenvolvimento da tese do marco temporal, identificando-se o conceito, o fundamento, o alcance e, finalmente, as consequências de sua incorporação. Assim, primeiramente contextualiza-se o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), tendo em vista que, no âmbito de seu julgamento, abraçou-se a tese do marco temporal pela primeira vez. Após, explana-se os impactos da tese, a partir de casos jurisprudenciais envolvendo demarcações de terras indígenas.

Por último, no derradeiro capítulo, “A (in)constitucionalidade da tese do marco temporal”, pretende-se analisar as diferentes posições acerca do problema de pesquisa. Nesse passo, expõem-se os votos dos ministros Luiz Edson Fachin e Kassio Nunes Marques, contrapondo-os com o amparo de argumentos doutrinários. Subsequentemente, traz-se à baila o voto do ministro Alexandre de Moraes, como uma terceira perspectiva, a partir do qual concatena-se a síntese do trabalho, com o detalhamento das conclusões expostas no subcapítulo antecedente. Ao final, busca-se construir uma resposta alinhada aos valores e limites semânticos do texto constitucional, concluindo-se pela compatibilidade ou incompatibilidade da tese com a Constituição, traçando-se, ainda, as respectivas consequências dessa conclusão.

2. DA DIZIMAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A TUTELA DOS INDÍGENAS NO DIREITO BRASILEIRO

O tratamento jurídico destinado aos povos indígenas no direito brasileiro decorre de um complexo processo histórico, iniciado no século XVI e estruturado sob um paradigma assimilacionista¹, genocida e etnocida² que, desde a promulgação da Constituição de 1988, tenta-se (ou não) desconstruir. O projeto colonizador de domínio, seja pela utilização de mão-de-obra e escravidão, seja pelo extermínio físico e cultural, foi determinante para o delineamento do mapa fundiário, assim como para a tentativa de construção de uma nação homogênea – da qual os indígenas sempre se encontraram à margem.

Dentro dessa lógica, emerge a multifacetada e controvertida questão das *terras indígenas*, objeto de interesse público que perdura há séculos. A posse e a propriedade dessas terras, no entanto, não é discussão simplória. Isso porque, à toda evidência, posse e propriedade não são noções culturalmente unívocas, tendo em vista que, enquanto para alguns revelam um direito individual voltado precipuamente a fins econômicos, para outros, no entanto, estão associadas a um modo de vida coletivo³.

Essas dicotomias são o motor dos conflitos existentes em relação às terras indígenas, de modo que a complexidade do tema requer, para o seu adequado direcionamento, a compreensão de sua origem. Até porque, conforme questiona Azevedo (1997, p. 33):

¹Isto é, as políticas indigenistas sempre intentaram integrar/assimilar os povos originários à “comunhão nacional”, com a nítida noção de transitoriedade da identidade e modo de vida próprios desses povos. Sem prejuízo, consigna-se que parte da doutrina diferencia os conceitos de integração e assimilação, de modo que “a integração que, grosso modo, consistiria na participação na sociedade nacional sem a perda da identidade étnica, ao ser confundida com a assimilação, que seria justamente a total incorporação de um indivíduo ou grupo na sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica e cultural” (VILLAS BÔAS FILHO, 2003, p. 284).

²A título de diferenciação, “se o termo genocídio remete à ideia de raça e ao desejo de extermínio de um grupo étnico-racial, o termo etnocídio acena não para a destruição física dos homens, como o genocídio, e sim para a destruição de sua cultura. O etnocídio, portanto, é a destruição sistemática de modos de vida e de pensamento de pessoas diferentes daquelas que conduzem a empresa da destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seus corpos e o etnocídio os mata em seu espírito” (CLASTRES, 1982, p. 52-60). Ressalta-se que a história indígena brasileira é marcada tanto por genocídio quanto por etnocídio.

³Nessa perspectiva, “não existia entre os índios o conceito de propriedade privada sobre a terra, bem como sobre os ervais e o gado. Mesmo o conceito coletivo ou comunitário de propriedade sobre a terra necessitou ser aprendido, pois na fase pré-reducional, o caráter seminômade do grupo não chegava a formá-lo, já que em constantes mudanças de um lugar para o outro, em busca de novos tratos de terra fértil para suas roças, ou zonas de melhor caça e pesca” (FELKER, 2009, p. 70).

Ora, como buscar a evolução de um determinado Direito sem se valer do concurso da História e sem cuidar dos fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que dirigiram a conduta do conglomerado humano que o adotou e o utilizou? Daí a importância inestimável da História do Direito: fornecer ao Direito atual a compreensão dessa retrospectiva, esclarecendo dúvidas, afastando imprecisões, levantando, passo a passo, a verdadeira estrutura do ordenamento, seus institutos mais sólidos e perenes, suas bases de fundo e suas características formais, até alcançar a razão de ser de seu significado e conteúdo.

Nessa toada, tendo em vista a imprescindibilidade de construir uma análise histórica, fragmentou-se o presente capítulo em dois subcapítulos. Primeiramente, empregando-se o método de procedimento histórico, analisar-se-á a retrospectiva histórica dos povos indígenas no Brasil, sem a pretensão de esgotar essa vasta trajetória, mas destacando fatos relevantes para a compreensão das complexidades que envolvem a temática fundiária no país até os tempos atuais⁴. Na sequência, desenvolver-se-á uma análise da evolução do constitucionalismo brasileiro referente à tutela de direitos dos povos indígenas, posse e terras, o que é fundamental para que se assentem as premissas que nortearão o desenvolvimento da pesquisa.

2.1 COMPREENDER O PASSADO PARA CONSTRUIR UM NOVO FUTURO: A DIZIMAÇÃO, O ASSIMILACIONISMO E OS DESLOCAMENTOS FORÇADOS

O estudo da História do Brasil revela que os povos originários foram, desde o princípio da colonização europeia, submetidos a um inegável processo de dizimação, marcado por sistemáticas violações de direitos, seja a partir da tentativa de negação de sua cultura e identidade, seja pela tomada de suas terras sob o signo da violência (GUIMARÃES, 1968, p. 19). Da colônia à República, extermínio, assimilação e remoção territorial compulsória marcaram a trajetória das comunidades indígenas.

O Brasil Colônia (1530-1822)⁵ compreende o período em que Portugal deu início à colonização e à exploração do território brasileiro no contexto das Grandes Navegações.

⁴ Até porque, “a história do índio no Brasil confunde-se com a história da ocupação do território nacional. É uma história em que estão imbricados processos de expansão das fronteiras e um choque constante entre diferentes territorialidades, de índios e não índios. Trata-se de uma história cuja chave para sua compreensão é o latifúndio, sua formação e suas transformações” (ROCHA, 2005, p. 11).

⁵ Ressalta-se que nos primeiros trinta anos, entre 1500 e 1530, as terras brasileiras não foram efetivamente ocupadas. Em vista disso, esse período é denominado de pré-colonial, quando o Tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Espanha, assegurava a posse portuguesa sobre o espaço territorial, mesmo que a colonização ainda não tivesse sido efetivada.

Na medida em que os portugueses aqui se instalavam, o processo colonizador tão logo edificou um novo cenário que, em nome dos interesses da Coroa Portuguesa, refletiu substancialmente no modo de vida dos povos originários.

Isso se deu em virtude de que interessava aos colonizadores estabelecer bases para a exploração econômica do território, bem como recrutar mão-de-obra para a consecução da empreitada colonial. Nesse sentido, “os índios trabalhavam para suprir suas necessidades, sem a noção de acumulação de riqueza, e os portugueses queriam aumentar a produtividade das terras para obter lucro” (CASSETARI; SALOMÃO, 2023, p. 7).

Amparados pela concepção de que os indígenas eram seres selvagens e não civilizados, era impositivo que aceitassem o jugo posto, em evidente condição de inferioridade. É verdade que muitas comunidades nativas cederam ao domínio europeu, os quais foram classificados como *gentis*. Aos que não se renderam espontaneamente, era amplamente legitimado que fossem massacrados ou escravizados, os quais foram classificados como *bravos* ou *bravios*. Desde o princípio, observa-se que a noção de conquista do novo território implicava no reconhecimento de um pretense direito de domínio do outro.

Para tanto, adotou-se como mecanismo de dominação a prática dos descimentos, consistente em deslocar, de forma pacífica (os *gentis*, portanto), os povoados indígenas que viviam nos sertões para as costas marítimas, aproximando-os dos colonizadores⁶. Ou seja, “trata-se de convencer os índios do ‘sertão’ de que é de seu interesse aldear-se junto aos portugueses, para sua própria proteção e bem-estar” (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 118).

Desse modo, os povos nativos pacificamente “descidos” seriam aldeados, sob a administração de missionários da Companhia de Jesus⁷. Nos aldeamentos, além de constituírem reserva de mão-de-obra a serviço da Colônia, eram convertidos ao catolicismo, educados e “civilizados”, até que se despissem de seu modo de vida próprio e passassem a integrar a população de vassalos da Coroa portuguesa na Colônia, consoante a lição de Perrone-Moisés (2000, p. 110). Representava, pois, a perfeita

⁶ Tanto a política dos aldeamentos como a doutrina da guerra justa se fundam nos escritos do jesuíta Manuel Nóbrega, que partiu da negação da legitimidade da conversão pela força e, por meio de uma reformulação do tomismo, inaugurou a doutrina do consentimento pelo medo (EISENBERG, 2000, p. 22).

⁷ Criada em 1534, a Companhia de Jesus visava à catequização dos povos nativos nas colônias da América. Os padres jesuítas chegaram ao Brasil juntamente a Tomé de Sousa e Nóbrega, dezesseis anos depois.

realização do projeto colonial, de modo a sedentarizar⁸ e catequizar as comunidades nativas.

É possível extrair que o itinerário empregado pela Coroa Portuguesa (descer, aldear e catequizar) era duplamente estratégico, já que, para além do domínio físico dos indígenas – seja empregando-os como mão-de-obra, seja pela conversão ao catolicismo –, a expansão territorial ocorreu de modo implacável. Isso porque, quando os povos indígenas desciam para os aldeamentos, invariavelmente suas terras eram abandonadas, sendo revertidas à Coroa e destinadas a compor a divisão do território em capitanias hereditárias, sucessivamente fragmentadas em sesmarias⁹.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que, a fim de viabilizar um maior controle territorial, a Coroa Portuguesa implementou as chamadas capitanias hereditárias, medida tomada para dividir e distribuir terras aos nobres aliados à Coroa¹⁰. O intuito era promover a descentralização administrativa, bem como garantir o povoamento, segurança e exploração das riquezas naturais, vez que cada porção de terra cedida era de responsabilidade de um nobre da Coroa Portuguesa, incumbido de governar e fazer prosperar a região contemplada.

Instituídas as capitanias, transportou-se à colônia o sistema sesmarial, prática outrora implementada em Portugal¹¹. Basicamente, o sistema consistia na possibilidade de o responsável pela capitania – capitão – arrendar parte das terras por ele administradas, viabilizando a adequada exploração e aproveitamento econômico do

⁸ O nomadismo era característica marcante dos povos indígenas, que se deslocavam periodicamente, de modo que o solo temporariamente ocupado não estava adstrito à noção de propriedade individual, mas sim marcado por um sentimento de posse coletiva (BEVILÁQUA, 1941, p. 116).

⁹ Bem esclarecem Barboza, Pinheiro e Silva (2021, p. 113), nesse sentido, que “o senso comum convencionou que as aldeias eram e são habitat natural dos índios, na realidade antes do contato as sociedades indígenas habitavam nas malocas. A aldeia foi uma invenção dos conquistadores, para manter a mão de obra mais próximos dos locais onde eram necessários, ou para mantê-los distantes dos abusos dos colonos”.

¹⁰ Concessão de uso era de direito hereditário, ou seja, os herdeiros dos sesmeiros poderiam continuar com a posse das terras e com a exploração. Mas não lhes dava o direito de vender, ou mesmo de comprar terras vizinhas. Na essência, não havia propriedade privada de terras, ou seja, as terras ainda não eram mercadorias (STÉDILE, 2011, p. 22).

¹¹ Bem pontua Lígia Osório Silva (1996, p. 37) que “o instituto das sesmarias, nos fins do século XIV para solucionar a crise de abastecimento. As terras portuguesas, ainda marcadas pelo sistema feudal, eram na maioria apropriadas e tinham senhorios, que em muitos casos não cultivavam nem arrendavam. O objetivo básico da legislação era acabar com a ociosidade das terras, obrigado ao cultivo sob pena de perda de domínio. Aquele senhorio que não cultivasse nem desse em arrendamento suas terras perdia o direito a elas (e as terras devolutas devolvidas ao senhor de origem, à Coroa, eram distribuídas a outrem para que lavrasse e aproveitasse e fosse respeitado, assim, o interesse coletivo)”. No Brasil, entretanto, as sesmarias foram instrumentos de conquista (SOUZA FILHO, 2012, p. 57).

território. Essas porções de terra arrendadas recebiam o nome de sesmarias (CASSETARI, SALOMÃO, 2023, p. 7).

Notadamente, esse sistema foi decisivo para a ocupação do território brasileiro e deixou marcas, ainda presentes, na estrutura fundiária do país, sobretudo em razão da formação de grandes latifúndios (SILVA, 1996) refletindo, inclusive, na delimitação das terras indígenas. Já que, repise-se, quando os povos nativos se deslocavam de suas terras para os aldeamentos, estas se tornavam terras sem dono, o que permitia que fossem doadas como sesmarias (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

A despeito do quadro de exploração e violência para com os povos indígenas, cumpre mencionar que a proteção legal de certos direitos desses povos teve início logo que os portugueses deram início ao processo colonizador, a partir de uma série de documentos oficiais. No entanto, conforme se exporá a seguir, esses documentos eram, no mais das vezes, contraditórios, e carecedores de efetivação.

Nesse prisma, Alvará de 1596 tratou das terras dos indígenas nos aldeamentos localizados junto às povoações coloniais, estabelecendo que “o gentio [...] será senhor de sua fazenda, asi como o he na serra” (PORTUGAL, 1596). Ou seja, trata-se de um reconhecimento, por óbvio bastante incipiente, de algum direito dos povos indígenas em relação às suas terras, limitado, no entanto, às terras nos aldeamentos.

Por sua vez, foi a Carta Régia de 1611 que tratou com mais amplitude do direito dos indígenas às terras (PORTUGAL, 1611). Com base nessa, O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 dispôs que a posse territorial das comunidades indígenas deveria ser respeitada “por serem eles os primeiros ocupantes e donos naturais” (PORTUGAL, 1680), o que, sem dúvidas, apresentou-se como um princípio da ideia de reconhecer um direito *originário* dos indígenas às suas terras, isto é, fonte primária e congênita da posse, consubstanciando a denominada teoria do *indigenato*, conforme vaticina José Afonso da Silva (2012, p. 861).

Do mesmo modo, outro diploma, datado de 1755, reconheceu os indígenas como senhores primários da terra e detentores de domínio natural. Ou seja, desde o século XVI, a legislação portuguesa – então aplicada ao Brasil colonial – consagrou direitos territoriais aos povos originários. No entanto, o resultado prático dessa sucessão de diplomas legais outorgando direitos foi quase – se não totalmente – inócuo. Isso porque os direitos dos índios não eram efetivamente negados, mas o resultado prático era a expansão das terras da Coroa, segundo a conclusão de Beatriz Perrone-Moisés (2000, p. 116).

Deve-se ressaltar, contudo, que esse reconhecimento de direitos era, em geral, circunscrito àqueles que aceitavam pacificamente o domínio nos aldeamentos, excluindo de sua incidência os indígenas *bravios*, a quem, por muito tempo, foi invocada a noção de guerra justa. Essa noção tinha como pressuposto fomentar a ideia do indígena como sujeito violento, selvagem, bárbaro, para, assim, justificar a sua dizimação, perseguição ou escravização¹².

A ideia de guerra justa permitiu um processo de dizimação dos povos indígenas, tanto por ações perpetradas por particulares ligados ao setor agrário, quanto pela disseminação de doenças vindas da Europa. Conforme afirma Darcy Ribeiro (1994, p. 208), “a história de nossas relações com os índios é uma crônica de chacinas, e sobretudo de epidemias”.

Nesse contexto, sobressaem as práticas de violência e crueldade empregadas pelos bandeirantes, que precisavam de mão de obra e não detinham condições de adquirir escravos africanos (VOLPATO, 1985, p. 37). Definindo com contornos mais precisos a escravidão e perseguição indígenas, afirma Pacheco Neto (2015, p. 168):

Pode ser dito, com serenidade, que os sertões brasileiros forjaram o cenário, o palco, onde se desenvolveu um dos maiores dramas da história universal; não um dramalhão teatral, tão ao gosto da mentalidade europeia do período em pauta, mas um drama real, repleto de vicissitudes, vivenciado na prática por milhões de nativos da nova colônia. Aldeias e missões eram invadidas pelos paulistas. O objetivo: capturar índios para escravizá-los. São Paulo foi, nos tempos coloniais, um grande celeiro de escravos índios. Ao percorrer a documentação primária do período, aclara-se a percepção de que a vila de Piratininga, na verdade, se organizava, inteiramente, em torno do apresamento e da escravização dos autóctones. Quem hoje presencia o cosmopolitismo e a densa urbanização de São Paulo não imagina que, onde agora se assenta a megalópole, já labutaram, sofreram e morreram milhares de escravos — escravos índios.

Ainda nesse escorço histórico, seguiu-se a era pombalina (1750-1777), marcada pela atuação do secretário de Estado do Reino português Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês do Pombal. Nesse período, sobrepõe mencionar a criação do Diretório dos Índios, que tinha o intuito de regulamentar a questão do trabalho compulsório a eles imposto, bem como a expulsão dos padres jesuítas, iniciada em 1759. Nesse contexto,

¹² A escravidão de indígena tinha amparo legal na legislação colonial. Destaca-se que as normativas do período foram marcadas por contradições. Ora permitia a escravização, ora a proibia.

foram adotadas medidas como a proibição do uso das línguas indígenas e da nudez nos aldeamentos, obrigatoriedade de utilização de sobrenomes portugueses e incentivo à mestiçagem, de cunho evidentemente assimilacionista (SUCHANEK, 2012, p. 249).

Quatro décadas mais tarde, a Carta Régia de 1798 nulificou o Diretório dos Índios, culminando na emancipação dos indígenas, que, no entanto, passaram a ser considerados incapazes de administrar os territórios dos aldeamentos em que habitavam, “o que significa a continuação da expropriação de suas terras e, conseqüentemente da exploração do seu trabalho” (SUCHANEK, 2012, p. 249).

No período imperial (1822-1889), por sua vez, a estrutura fundiária passou por substanciais transformações. Primeiro, em 1822, o sistema sesmarial é suspenso, dando lugar ao sistema de posse, de modo que a outorga de direitos sobre a terra a uma espécie de concessionário, como ocorria nas sesmarias, deu lugar a um sistema marcado pela ausência de juridicidade na ocupação de terras, própria do instituto da posse.

Em 1824, a Constituição imperial introduziu no ordenamento jurídico a garantia do direito de propriedade (art. 179, §22). É o advento, ainda que incipiente, do instituto da propriedade privada no Brasil, “consolidando e consagrando a estrutura agrária latifundiária vigente concentradora da propriedade” (ROCHA et al., 2015, p. 68). Apesar da previsão, ainda não havia regramento acerca do acesso à propriedade, o que viria a ocorrer em 1850, conforme será exposto na sequência, vigendo nesse interregno o sistema da posse.

Vale destacar que, durante o período imperial, não houve uma atividade normativa abundante no tocante à temática indígena, diferentemente do que ocorreu nos períodos pretéritos. Nesse sentido, Freitas Júnior (2010, p. 29) assevera:

A proposta legislativa do Império era notadamente integracionista. O índio era visto como um indivíduo pertencente a uma sociedade primitiva que precisava, para o próprio bem seu e melhor desenvolvimento do País, sair do estado de barbárie e se adaptar à cultura nacional. A concepção oficial de “índio” não permitia sequer a garantia de suas terras, enquanto propriedade coletiva do grupo indígena. Qualquer garantia à posse de terras dada aos índios seria somente mais uma estratégia de facilitar o processo civilizatório. Sendo a qualidade de índio apenas um status provisório a desaparecer com a sua integração à comunhão nacional, os aldeamentos se configuravam apenas como espaços necessários à colonização e não como habitats dos povos indígenas.

O Regulamento das Missões, editado em 1845, foi o principal documento indigenista do Império, tendo reafirmado a política de aldeamentos e o propósito de assimilar os povos originários à comunhão nacional. Para além disso, inovou ao prever a possibilidade de arrendamento e aforamento de terras indígenas. Assim, “o Regulamento constituiu-se em um verdadeiro desastre para os povos indígenas e, mais que isso, consolidou o processo de expropriação de suas terras nos mais variados e distantes lugares do Império” (SAMPAIO, 2009, p. 13).

Conforme mencionado, a regulamentação da propriedade privada imobiliária no Brasil se deu em 1850, com a Lei nº 601/1850, a chamada Lei de Terras, rompendo-se definitivamente com a sistemática das sesmarias e o sistema da posse. Doravante, a aquisição de terras se daria pela venda e compra, com nítida feição capitalista, de modo a tornar qualquer indivíduo em efetivo proprietário por meio de títulos de propriedade.

Nessa conjuntura, no que se refere às terras indígenas, a Lei de Terras dispôs que o governo reservaria terras devolutas para a colonização dos indígenas (BRASIL, 1850), mantendo-se o paradigma assimilacionista. Por outro lado, no entanto, foi a primeira normativa a prever usufruto exclusivo e inalienabilidade das terras destinadas à colonização de indígenas, “estabelecendo elementos que ainda hoje compõem a definição constitucional de terra indígena” (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 29).

A Lei de Terras, portanto, não ignorava o direito territorial dos indígenas. No entanto, colocava-os em situação de colonização, isto é, eram considerados tutelados (GEDIEL, 2018, p. 107), o que extirpava qualquer possibilidade do reconhecimento de sua autonomia para com as terras, inclusive para fins de reivindicá-las.

O próximo estágio da história indígena no Brasil situa-se durante a era republicana¹³, a partir de 1889 até os dias hodiernos. Nesse cenário, merece destaque a edição do Código Civil de 1916, primeira normativa a tratar da capacidade civil dos indígenas, classificando-os como indivíduos relativamente incapazes para certos atos da vida, nos termos de seu artigo 6º, III. Trouxe a previsão, inclusive, que “ficarão sujeitos ao

¹³ Nesse contexto, relevante mencionar a política de expansão territorial e econômica no Brasil, especialmente a partir de 1930. A título de exemplo, cita-se a Marcha para o Oeste, inserida no governo de Getúlio Vargas, que deu início ao processo de expansionismo para as regiões da Amazônia e do Centro-Oeste, sob o pretexto de desenvolver e de promover a “integração nacional. No período ditatorial, posteriormente, os militares também implantaram uma política desenvolvimentista e de expansionismo, contudo mais centralizada na região da Amazônia, sobretudo no Norte do Brasil, onde se encontrava um território extremamente rico em recursos naturais que ainda não tinha sido explorado de forma tão intensa.

regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País (BRASIL, 1916).

Embora pensada para protegê-los juridicamente, ela foi várias vezes mal interpretada por juízes que a consideravam um obstáculo a que os índios propusessem diretamente uma ação. Esses juízes consideravam que a Funai, enquanto tutora, era quem detinha capacidade jurídica exclusiva para representá-los. Como a Funai era justamente o órgão de que os índios tinham abundantes motivos para se queixar, o resultado, na prática, era que os índios não conseguiam entrar na justiça (CUNHA, 2018, p. 432).

Além da noção de que os indígenas eram indivíduos desprovidos de capacidade jurídica plena, a política indigenista republicana era balizada pela ideia de que a pauta indígena não poderia comprometer os projetos de desenvolvimento econômico e social, bem como de defesa das fronteiras (BIGIO, 2007). Nesse contexto, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI)¹⁴ (1910-1967), representou “o primeiro aparelho de poder estatizado a estabelecer relações de caráter puramente laico com os indígenas, tanto no que tange aos seus quadros quanto à sua ideologia de ação” (LIMA, 1995, p. 11), vez que, outrora, o exercício desse poder estava fortemente associado à religiosidade, em especial com os padres jesuítas.

Se nos períodos históricos precedentes essa relação oscilava entre a ocasional aliança (ou confrontação) militar, a “domesticação” subjugadora e o simples extermínio, circunstancialmente determinados pelo contato dos agentes colonizadores, o século passado deu lugar ao fenômeno da “proteção”. Ambíguo em seu conteúdo, oscilando entre a tutela cerceadora e a promoção da autonomia relativa, a lógica da proteção significou, antes de mais nada (e no que poderíamos identificar como seus termos formais mais genéricos), o estabelecimento de uma relação direta, necessária e institucionalizada entre o Estado nacional e as populações indígenas. (CAVALCANTI-SCHIEL, 2009, p. 153)

O órgão foi criado com o intuito de amparar os povos indígenas, “zelar pelos seus direitos, garantir a posse dos seus territórios e evitar invasões” (BRASIL, 1910). As ações

¹⁴ Sua gênese ocorreu em 1910, através do Decreto nº 8072, à época sob a sigla SPILTN (Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais), após cenário marcado por um movimento de opinião pública sobre a questão indígena, que “culminou com uma polêmica acirrada em 1907-1908, entre von Ihering, então diretor do Museu Paulista, que defendera o extermínio dos índios que resistissem ao avanço da civilização, e vários grupos da sociedade civil, notadamente acadêmicos e positivistas. Em 1908, pela primeira vez, o Brasil foi publicamente acusado de massacrar os índios: a denúncia foi feita em Viena, durante do XVI Congresso dos Americanistas” (CUNHA, 1987, p. 78-79.)

tutelares adotadas, no entanto, demonstravam uma concepção controvertida do que seria proteção. Para Bringmann e Notzöld (2013, p. 148), não significava necessariamente defender direitos territoriais ou o respeito por seus modos de vida próprios, a proteção, em verdade,

[...] deveria estar intimamente atrelada aos interesses da sociedade nacional, integrando-os e vinculando-os através de estratégias de atração e confinamento em locais específicos, determinados de acordo com o interesse de uma classe política e econômica dominante, de onde deveriam tirar seu sustento, amparados pelo “abraço amigo” do governo federal.

As políticas adotadas pelo SPI, à evidência, visavam à incorporação dos indígenas na dinâmica produtiva, sob a perspectiva de transformá-lo em trabalhador rural e vigilante de fronteiras, de modo a atender aos interesses nacionais de expansão territorial, econômica e de segurança nacional¹⁵. Essa asserção (de cunho desenvolvimentista) foi utilizada pelo Estado como justificativa para a ocupação de terras indígenas, legitimando-se invasões (BANIWA, 2006, p. 71).

O episódio histórico seguinte é marcado por intensos retrocessos na tutela de direitos indígenas. Em 1964, com a implementação da ditadura militar (1964-1985), a política expansionista territorial e a preocupação com a questão da segurança nacional de fronteiras intensificaram-se sobremaneira, principalmente na região do centro-oeste e Amazônia¹⁶ (TARÔCO, 2018, p. 110-111). Isso repercutiu no âmbito dos Postos Indígenas e nas ações perpetradas pelo SPI, já que o emprego de repressão e violência

¹⁵ Pontua-se que “a Doutrina de Segurança Nacional e Desenvolvimento efetivamente prevê que o Estado conquistará certo grau de legitimidade graças a um constante desenvolvimento capitalista e a seu desempenho como defensor da nação contra a ameaça dos ‘inimigos’ e da guerra ‘psicológica’. A legitimação é vinculada aos conceitos de desenvolvimento econômico e segurança interna. O slogan governamental ‘segurança com desenvolvimento’ associa o desenvolvimento capitalista associado-dependente à defesa da segurança interna contra o ‘inimigo interno’. Por sua vez, esta ênfase na constante ameaça à nação por parte de ‘inimigos internos’ ocultos e desconhecidos produz, no seio da população, um clima de suspeita, medo e divisão que permite ao regime levar a cabo campanhas repressivas que de outro modo não seriam toleradas” (ALVES, 2005, p. 31).

¹⁶ Para fins de aprofundamento, salienta-se que, “a Amazônia passa a ser área de expansão dos projetos econômicos nacionais e internacionais de maneira projetada e organizada. Nesse sentido, na Amazônia, o projeto articulado pelo Estado em conjunto com o capital não foi para fazer a felicidade aos povos indígenas. Ao contrário, foi para expulsá-los de suas terras e promover a expansão de grupos econômicos na região. Os indígenas foram as grandes vítimas da expansão da última fronteira agropecuária do pós-1964. Foram instalados na área vários projetos e centenas de empresas com a finalidade de expandir-se nessa região e agregar valor para a especulação imobiliária. [...] Muitos dos projetos de colonização foram realizados por empresas privadas e, vários desses em terras indígenas. [...] O resultado desses contatos é que boa parte desses povos foi “exterminada”, vítimas de doenças do contato com a “civilização”, sendo que muitos foram assassinados covardemente” (PICOLI, 2006, p. 75-76).

recrudesceram e eram legitimadas pelo governo ditatorial em nome do desenvolvimento do país.

Efervesceram, nesse contexto, diversas denúncias de violência, corrupção e gestão fraudulenta no âmbito do SPI¹⁷, especialmente no que concerne às invasões de terras indígenas, o que repercutiu internacionalmente, razão pela qual o SPI foi extinto, em 1967¹⁸. Ato contínuo, criou-se a Fundação Nacional do Índio (Funai), por meio da Lei nº 5.371/1967, entidade competente para exercer o papel de tutora dos povos indígenas e, dentre outras funções, “garantir a posse permanente de suas terras, bem como o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes” (BRASIL, 1967).

Não obstante a literalidade da previsão legal, a atuação do novo órgão estava sintonizada com a política ditatorial do governo militar, de modo que, na prática, a Funai seguiu os mesmos caminhos do SPI, explorando desmedidamente o trabalho dos índios e os recursos naturais existentes em suas terras, centrado muito mais no controle do que na proteção dos povos. A atuação da Funai, vinculada aos interesses estatais, por conseguinte,

[...] favoreceu o surgimento de intensos conflitos entre pequenos posseiros, camponeses e latifundiários, como também provocou gravíssimos problemas aos povos indígenas, que viram suas terras serem invadidas. Já na década de 1960, várias terras indígenas foram invadidas para a construção de rodovias, investimentos agropecuários, exploração de madeira e minérios. Índios eram assassinados porque resistiam às invasões ou simplesmente porque estavam no caminho dos objetivos do Governo Ditatorial, que muitas vezes demonstrava omissão e conivência com tais atos (BARBOSA, 2016, p. 89).

¹⁷ No Relatório Figueiredo, por exemplo, são descritos diversos crimes perpetrados contra os indígenas considerados com “requintes de perversidade”, demonstrando que estes foram submetidos a regime de escravidão, a precárias condições de vida, à venda de crianças, e tortura nos Postos Indígenas.

¹⁸ A propósito, Moonen sintetiza o fracasso do SPI na medida em que “não garantiu a posse das terras indígenas de forma efetiva, não puniu com veemência os crimes cometidos contra os índios, não melhorou suas condições materiais de vida de forma ampla. De fato, criou escolas em muitos postos indígenas, mas poucos índios aprenderam a ler e a escrever, ou a exercer alguma profissão. Transferiu muitas populações indígenas do seu habitat para outra região qualquer, sempre que fosse conveniente para a sociedade brasileira. Introduziu a pecuária em terras indígenas, mas não transformou os índios em pecuaristas, uma vez que o gado sempre pertencia ao Posto Indígena e os lucros não revertiam ao índio. Em lugar de promover a restituição das terras usurpadas, o SPI passou a usurpar as terras indígenas, utilizando-as para suas próprias atividades econômicas ou arrendando-as a particulares. Não estudou a situação dos índios com mais profundidade e muito menos a sua cultura e geralmente dificultou que também outros a fizessem” (1983. p.77-78).

Em 1973, adveio a Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio). Nos termos do artigo 1º, o diploma objetivava “regular a situação dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973). Entrementes, veja-se que os objetivos elencados pelo Estatuto são contraditórios. Ora, não parece possível conciliar a preservação da cultura dos povos indígenas com a igual pretensão de assimilá-los à sociedade tipicamente não indígena.

Quanto à capacidade civil, reiterou-se a sujeição ao regime tutelar aos indígenas não integrados¹⁹, reconhecendo-se a capacidade plena, a *contrario sensu*, dos indígenas integrados à comunhão nacional ou, se preenchidos os requisitos do artigo 9º do Estatuto do Índio e homologado judicialmente²⁰.

Quanto à questão das terras, alargando as latitudes da então vigente Constituição de 1967, estabeleceu-se uma série de disposições, conceituando a posse indígena²¹ e outorgando-lhes direitos sobre as terras, inclusive impondo expressamente à União o dever de demarcar as terras²². No entanto, a edição da lei se deu no contexto da ditadura militar, de modo que, ao menos no princípio, as suas disposições não encontraram absoluta efetivação.

Isso porque o período da Ditadura Militar representou inegável retrocesso na concretização de direitos indígenas, a partir de políticas que se valiam de intensa violência e que, muitas vezes, culminaram em massacres²³, inobstante o ordenamento jurídico lhes garantisse expressa proteção. Terras indígenas deram lugar a projetos governamentais

¹⁹ “Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei” (BRASIL, 1973).

²⁰ “Art. 9º: Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional (BRASIL, 1973).

²¹ “Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil” (BRASIL, 1973).

²² “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, 1973).

²³ Consoante o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, estima-se terem sido “8.350 indígenas mortos no período de investigação da Comissão Nacional da Verdade”, entre 1946 e 1988, “em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão”. Contudo, “o número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas”.

desenvolvimentistas, em detrimento dos povos, aos quais foi imposta a mudança para parques ou reservas, porque as terras que antes ocupavam, tornaram-se “propriedade privada, terra ocupada, grilada, latifúndio, fazenda, empresa ou colônia” (IANNI, 1979, p.179).

Ocorre que, a partir da década de 70, a questão indígena passou a alcançar visibilidade em âmbito nacional e internacional. Era o início de um processo de ressignificação e evolução do conhecimento antropológico, com influência da “politização da cultura”, em que os povos originários “passaram a assumir o papel de protagonistas no cenário político, tendo por pauta o reconhecimento e projeção formal de novos direitos” (BURCKHART, 2019, p. 28). Isso mobilizou setores da sociedade civil, em geral, opositores ao regime militar, a aliarem-se com lideranças indígenas, para articular movimentos em prol da proteção desses povos.

Esse cenário de engajamento sociopolítico propiciou “a criação de condições do surgimento de uma política indígena, isto é, divergente da política indigenista oficial [...]”, e “[...] [esses fatores] tiveram o mérito de conscientizar os povos indígenas sobre os seus direitos e organizar suas lideranças para a luta política” (OLIVEIRA, 1982, p. 9-10).

Esse processo de ressignificação teve seu apogeu na Constituinte de 1987-1988, uma vez que a redemocratização absorveu a concretização dessas alianças e ao menos parcela das reivindicações indígenas, promovendo uma política de Estado genuinamente acauteladora de seus direitos. Fixado esse panorama histórico, o subcapítulo seguinte pretende aprofundar essa abordagem histórica, mais especificamente à luz da evolução do constitucionalismo brasileiro no que concerne aos direitos dos povos indígenas, com realce à temática das terras.

2.2 OS INDÍGENAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição “designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é” (FERREIRA FILHO, 2022, p. 9). Assim, como diretriz fundante de um Estado, a Constituição revela as bases sobre as quais se assenta um determinado ordenamento jurídico. Esta, sem dúvida, a razão pela qual o estudo do constitucionalismo brasileiro é imprescindível para uma adequada compreensão da questão relativa às terras indígenas.

O tratamento jurídico dos povos originários no Brasil, conforme exposto anteriormente, caracteriza-se por um longo período de leis esparsas, sobretudo no

período colonial, em geral voltadas a uma política de assimilação. Essa outorga de direitos permeada pela perspectiva assimilacionista também foi a tônica do constitucionalismo brasileiro, que paulatinamente passou a positivizar direitos e garantias voltados aos indígenas.

Esse reconhecimento de direitos iniciou-se tão somente na Constituição de 1934, repetindo-se nas constituições subsequentes, mas com destaque para a Constituição de 1988, que representou o ápice normativo do processo de mudança de paradigma quanto à matéria. Vale ressaltar que, por óbvio, a evolução da proteção dos direitos dos povos indígenas não foi linear, mas marcada por contradições, avanços e retrocessos que são próprios do curso da história²⁴ (ROCHA, 2009, p. 12). Assim, em que pese essa garantia de direitos ter se iniciado tão somente com o texto constitucional de 1934, cumpre tecer algumas considerações a respeito das constituições precedentes.

A história do constitucionalismo brasileiro teve início no Império, com a outorga da Constituição de 1824 por Dom Pedro I. A partir desse diploma, o direito à propriedade privada é instituído no país, demonstrando a vertente individualista em que se baseava a nova ordem jurídica e política do período. Nessa conjuntura, observa-se que a temática indígena fora totalmente ignorada ao longo do texto constitucional, sem qualquer previsão acerca de suas terras, a propósito.

A despeito da omissão, destaca-se que no processo de elaboração do texto, durante a Constituinte de 1823, foi apresentado pelo ministro José Bonifácio projeto destinado ao regramento e tutela dos povos indígenas²⁵, a fim de combater “seu aspecto de povos vagabundos”. Ou seja, a questão indígena, com efeito, foi pauta de discussão durante o processo de elaboração da Carta Imperial, ainda que as proposições não tenham sido incorporadas em seu texto.

Vale ressaltar, no entanto, que um Ato Adicional à Carta de 1824 incorporou disposição expressa relativa aos povos originários, estabelecendo que “entre as competências legislativas das províncias, obtém a tarefa de catequese e civilização dos indígenas” (BRASIL, 1824). No entanto, não há como considerar essa disposição o advento

²⁴ Nesse sentido, conforme exposto no subcapítulo 2.1, no período da Ditadura Militar (1964-1985), malgrado a existência de direitos formalmente assegurados, esses direitos foram negligenciados e solapados.

²⁵ O art. 245 do projeto de Constituição previa que: “Terá igualmente cuidado de criar estabelecimentos para a catequese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros e sua educação religiosa e industrial” (BRASIL, 1823).

da tutela indígena do constitucionalismo, pois limitava-se a regulamentar o subjugo dos indígenas, isto é, não lhes outorgava propriamente qualquer direito.

Posteriormente, em razão da derrocada do regime monárquico, editou-se o primeiro texto constitucional da era republicana, a Constituição de 1891. No entanto, tal como a Carta de 1824, nada estabeleceu acerca da temática dos povos originários, demonstrando que “os anseios por um Brasil progressista e pela república que se buscava construir eram latentes na depreciação do índio” (LOPES, 2014, p. 88). O constitucionalismo brasileiro permanecia, portanto, inerte ao reconhecimento de direitos indígenas.

O ineditismo ocorreu na constituição subsequente. A Constituição de 1934, que inaugurou o constitucionalismo social no direito brasileiro, também inovou em relação à matéria indígena. Isso se extrai da leitura do artigo 129, que assim estabelecia: “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934).

Trata-se, à evidência, do primeiro reconhecimento de direitos territoriais indígenas com status constitucional, dotados de força normativa constitucional. Nas palavras de Silva (2016, p. 4), a “Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, [...] regra que foi repetida nas demais Constituições”. Com isso, constituiu o “primeiro passo na direção de conferir aos povos indígenas e seus indivíduos direitos humanos fundamentais, tais como dignidade e igualdade” (DUPRAT, 2018, p. 51).

Apesar do avanço na tutela de direitos territoriais, manteve-se a noção assimilacionista de que ser indígena era algo passageiro. Isso se extrai do artigo 5º, XIX, “m”, ao prever que “compete privativamente à União legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (BRASIL, 1934).

Na sequência, adveio a Constituição de 1937, instituída por Getúlio Vargas durante o Estado Novo, marcada por características autoritárias. Concernente à temática indígena, constata-se que o novo texto constitucional preservou a disciplina antecedente no que se refere às terras, conforme a redação do artigo 154: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, 1937).

Diferentemente do antecedente, o novo texto não tratou da incorporação dos povos indígenas à comunhão nacional. Entretanto, tampouco tratou da proteção da

cultura, identidade e modos de vida próprios dos povos. Essa omissão, assim, não representou qualquer rompimento com o paradigma assimilacionista – que permanecia intacto na conjuntura da época.

A Constituição de 1946, por sua vez, foi promulgada em um contexto de redemocratização do país, em virtude do fim do regime ditatorial implantado durante o Estado Novo. Esse texto constitucional, apesar de ter, à época, trazido as alvíssaras da democracia, não trouxe qualquer inovação substancial quanto à tutela dos povos indígenas:

Como se pode observar, passado o período ditatorial de Getúlio Vargas, veio a Constituição de 1946, com um texto considerado avançado, entretanto, em sua origem, não espelhava a participação da sociedade civil, sobretudo das camadas populares e das minorias étnicas. No que se refere à questão dos direitos dos autóctones, cuja participação sempre fora excluída dos regimentos, declarações e escritos jurídicos anteriores, a Carta de 1946 seguiu a mesma regra dos diplomas precedentes. Esta apenas reproduziu o artigo do texto constitucional de 1934, que pregava a legislação sobre a incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional. Convém notar, outrossim, que a tese da assimilação e integração dos originários à sociedade branca continuava circulando nos meios jurídico-políticos como uma tendência aceitável e culturalmente unidirecional (ALMEIDA, 2018, p. 619).

Nessa esteira, o novo texto abordou a temática indígena em dois dispositivos. Resgatou o comando contido na Constituição de 1934, no sentido de determinar a competência da União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, nos termos no artigo 5º, XV, “r” (BRASIL, 1946). Além disso, deu continuidade à tradição de tutela da posse indígena de caráter permanente, conforme a redação do artigo 216: “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (BRASIL, 1946).

É relevante pontuar que, da leitura dos textos constitucionais, já se podia extrair a nulidade dos atos de transferência ou alienação das terras indígenas, disposições, com efeito, muito relevantes para a proteção desses direitos. Nesse sentido, Pontes de Miranda (1960, p. 467-468) já tecia comentários a respeito dessa conclusão, mais especificamente ao comentar a Constituição de 1946:

O texto respeita a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que conhecer de alguma

questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizarem com permanência. A proibição de alienação tem como consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição, incluindo aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra silvícola, ainda que por posse de quinze anos; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo para preclusão, por infringirem texto constitucional (BRASIL, 1946).

A ordem constitucional subsequente decorreu de novo cenário ditatorial no país, implementado em 1964 através da tomada do poder pelos militares. A Constituição de 1967, no tocante aos povos indígenas, reiterou a competência atribuída à União, conforme artigo 8º, XVII, “o”, para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (BRASIL, 1967). Inabalada, pois, a pretensão de assimilar os povos indígenas.

Paradoxalmente aos fatos ocorridos durante a Ditadura Militar, mormente às iterativas violações de direitos perpetradas contra os indígenas (culminando, inclusive, na extinção do SPI), conforme abordado no subcapítulo 2.1, o texto constitucional de 1967 inovou quanto aos direitos territoriais. Primeiro porque inseriu, no artigo 4º, inciso IV, as terras ocupadas pelos silvícolas dentre os bens pertencentes à União, fazendo jus a todas as garantias próprias desses, “o que afastava, pelo menos no plano formal, o processo de esbulho que vinha sendo praticado pelos estados, além de centralizar a questão indígena na esfera federal” (ARAÚJO, 2006, p. 30).

Ademais, foi a primeira constituição a reconhecer o usufruto exclusivo indígena de recursos minerais e utilidades, como se depreende do artigo 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” (BRASIL, 1967).

A despeito dessas inovações, no entanto, Heck e Prezia (1999) adverte que o interesse do governo militar nessa suposta promoção de políticas indigenistas estava, em verdade, atrelado ao interesse de expansão fundiária. Assim, neutralizar, pacificar e

controlar as terras ocupadas por indígenas eram estratégias do plano econômico expansionista de governo, tendo em vista que significativa parcela desses territórios se situavam em locais bastante interessantes para a consecução da política desenvolvimentista.

Dando sequência à cronologia das Constituições brasileiras, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 costuma ser tratada como diversa da antecessora, em razão da ampla reforma promovida nessa. No que diz respeito às terras indígenas, estabeleceu-se, nos termos do artigo 198 que: “são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1969).

De mais a mais, reconheceu-se expressamente a nulidade de atos que tivessem por objeto direitos incidentes sobre as terras indígenas, referindo que “ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas” (BRASIL, 1969). E acrescentou-se que “a nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio” (BRASIL, 1969).

Assim, é o primeiro texto a determinar de forma expressa a inexistência de direito a ação ou indenização aos não indígenas que, porventura, ocupassem terras indígenas. Apesar do avanço, ao menos em termos literais, essas previsões, conforme já advertido, tinham como escopo assegurar a consecução da política expansionista do governo militar, notadamente com interesses econômicos nas terras indígenas e suas riquezas naturais, de modo que controlar conflitos fundiários entre indígenas e particulares, mantendo esses territórios protegidos na qualidade de bens da União, era estratégico.

O que se percebe da leitura de todas as Constituições brasileiras, até então, é que todos os textos, sem exceção, mantiveram intacta a pretensão de assimilar os indígenas ao padrão de vida dominante do ponto de vista étnico, cultural, religioso, social e econômico, típico do homem branco, tendo desconsiderado os “horizontes da pluralidade, do multiculturalismo e da diversidade” (WOLKMER, 2013, p. 26). A Constituição Federal de 1988 exprimiu a ruptura dessa concepção. A complexa trajetória dos povos indígenas, desde os primórdios da colonização, passa, doravante, a ser reescrita com uma nova roupagem.

Nessa esteira, merece menção o processo de elaboração das disposições relativas à temática indígena, buscando-se uma perspectiva originalista. A Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), que contou pela primeira vez com ampla participação popular, inclusive das minorias étnicas, desdobrou-se sob cenário de calorosos debates, pois, conforme sintetiza Scotti (2014, p. 458):

Forças conservadoras tentaram minar em definitivo a possibilidade de sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, seja pelas propostas de vinculação de seus direitos ao grau de aculturação, ou pela tentativa de permitir a mineração e outras atividades exploratórias em terras indígenas. Veículos da grande mídia circularam editoriais evidenciando o “risco à segurança nacional” decorrente do reconhecimento de direitos aos índios, cuja reivindicação decorreria de uma conspiração internacional contra o Brasil. Por outro lado, movimentos indígenas, indigenistas e forças à esquerda insistiam no reconhecimento de novos e ampliados direitos aos índios na nova Constituição. Nem tudo que se desejou foi conquistado, mas no balanço final tivemos o maior reconhecimento de direitos aos povos indígenas da história pátria, em uma das Constituições mais abrangentes em garantias aos povos indígenas do mundo.

Esse processo culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que, por sua vez, representa um “instrumento propulsor para um constitucionalismo do tipo pluralista e multicultural” (SOUZA; NASCIMENTO; BALEM, p. 591).²⁶ Inaugurou-se, pois, o paradigma do multiculturalismo, vez que representou substancial avanço em relação às anteriores, na medida em que abordou a tutela de direitos individuais e coletivos dos indígenas no Capítulo VIII, reconhecendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, consoante se extrai do artigo 231, caput, do referido diploma:

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

²⁶ Cumpre ressaltar que não se desconhece o fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, marcado, dentre outras características, pelo prestígio à pluralidade cultural de seus respectivos povos, aspecto que se fez presente, em especial, nos processos constituintes da Venezuela, Bolívia e Colômbia. De qualquer forma, discutir-se-á o tema nos limites da Constituição brasileira, ainda que se possa buscar como elemento essa perspectiva latino-americana, até mesmo como forma de aclarar e orientar a interpretação do texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio, especificamente no que concerne às terras, sobressai a citada garantia de direitos originários à posse das terras tradicionalmente ocupadas. Na sequência, objetivando conferir segurança jurídica, o texto constitucional delimita o conceito de terras tradicionalmente ocupadas:

Art. 231. [...]

§ 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 (BRASIL, 1988).

Essas previsões constitucionais, com efeito, revestem-se de especial relevância no que diz respeito à garantia das condições de existência e dignidade dos povos ditos originários. Isso porque, mais do que alçá-las à categoria de direitos fundamentais, foram revolucionárias ao romper com a visão assimilacionista (SOUZA FILHO, 2012). Isto é, pela primeira vez reconheceu-se²⁷ aos povos indígenas o direito à identidade e modo de vida próprios, ou seja, garante-se o direito de ser indígena, em detrimento da pretensão de assimilá-los – em uma reminiscência colonialista – ao modo de vida que lhes é estranho.

Assim, “encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro” (SANTILLI, 2000, p. 29). Nessa perspectiva, Souza Filho (2012, p. 90-91) explicita o avanço do texto constitucional quanto à questão das terras indígenas, elencando duas razões para tanto:

[...] (2) considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural [...].

Depreende-se, da leitura do dispositivo, que o delineamento do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas implica, necessariamente, em

²⁷ Não sem razão, Bicalho sublinha que “reconhecer é mais que tolerar ou garantir direitos. Reconhecer é, sobretudo, respeitar, valorizar e bem viver socialmente quando as experiências se travam entre grupos e indivíduos que se caracterizam por especificidades étnicas, culturais, sociais etc.; é saber (con)viver respeitosa e com as diferenças. E respeito é algo além de simples condescendência ou tolerância” (2017, p. 221).

considerar os influxos dos usos, dos costumes e das tradições de cada comunidade. Isto é, a adequada identificação das terras indígenas perpassa pelo modo de viver próprio dos indígenas ocupantes, e não as estruturas comuns ao sistema de produção da sociedade envolvente (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 57).

Interessante discernir, a partir desse raciocínio, que o conceito civilista clássico de posse, moldado pelo Código Civil de 2002, que define possuidor como “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002), dá lugar à uma noção diferenciada do instituto. A posse indígena, nesses contornos, está associada à “ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil” (BRASIL, 1973). Isto é,

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio (SILVA, 2012, p. 729).

Outrossim, o texto constitucional é claro ao reconhecer um direito à terra indígena que é originário, isto é, um direito que “implica precedência e que limita o papel do Estado a reconhecer esses direitos, mas não a outorgá-los” (CUNHA, 2009, p. 83). Nesse passo, a Constituição impôs à União Federal o dever de proceder a esse reconhecimento por meio das demarcações, como forma de instrumentalizar a proteção desse direito fundamental. Nessa linha, consigna-se que somente no ano de 1996 foi emitido o Decreto 1.775/96, que regulamenta o processo administrativo demarcatório.

Repisa-se que essa noção de direito originário foi reconhecida desde a era colonial, a partir da Carta Régia de 1611 e do Alvará Régio de 1680, o qual, conforme mencionado anteriormente, determinou que a posse de indígenas deveria ser respeitada “por serem eles seus primeiros ocupantes e donos naturais” (PORTUGAL, 1680). Assim, pode-se afirmar que a Constituição abraçou a teoria do indigenato.

Além disso, de modo esparso, o novel texto também estabeleceu uma série de outras normas específicas em relação aos indígenas, considerando suas particularidades, modo de vida próprio e dever de preservação de suas manifestações culturais. O artigo 20, XI, na linha da Emenda Constitucional nº 1/1969, incluiu as terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios entre os bens da União. Por sua vez, o artigo 49, XVI, estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais".

Ademais, o artigo 109, XI, fica a competência da Justiça Federal para julgamento da disputa sobre direitos indígenas. Ainda, o artigo 129, V, estabelece como atribuição do Ministério Público "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas". O artigo 176, § 1º, determina que a regulamentação a respeito da exploração de jazidas minerais e do potencial hidrelétrico tenha regime específico para as terras indígenas. O artigo 210, § 2º, na linha de respeito à cultura indígena, garante a essas comunidades a utilização, no ensino fundamental, "de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem".

Além disso, o artigo 215, § 1º, protege as manifestações culturais indígenas e o artigo 232 estabelece que "os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". Ademais, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina a conclusão das demarcações das terras indígenas no prazo de cinco anos a contar da promulgação (artigo 67), repetindo comando outrora estabelecido no Estatuto do Índio, mas que, como se vê, até hoje não foram concluídas.

Por fim, cumpre mencionar que os ditames constitucionais estão alinhados aos instrumentos de Direito Internacional, com destaque a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais²⁸, de 1989. Promulgada no Brasil em 2004, goza de status supralegal já que versa sobre matéria de direitos humanos, servindo como paradigma de validade das normas infraconstitucionais, pois, mediante controle de convencionalidade.

Apesar do inegável avanço no âmbito jurídico-normativo havido com a Constituição Federal de 1988, a realidade fática exprime um cenário em que remanescem as inconsistências na efetivação dos direitos territoriais indígenas. Isto é, ainda há uma série de indefinições e insegurança jurídica na matéria, o que tem impulsionado o

²⁸ Seu espírito é de respeito às aspirações dos povos indígenas a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Seu mote é: igualdade e autonomia. (RAMOS, 2020, p. 306-307).

aumento da judicialização e a efervescência de conflitos fundiários, tal como ocorrido no caso Raposa Serra do Sol, que deu origem ao chamado marco temporal das terras indígenas, objeto do presente trabalho a ser abordado nos capítulos subsequentes.

3 A TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS

A Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras *tradicionalmente ocupadas* pelos povos indígenas. Essa expressão, no entanto, tornou-se objeto de controvérsia, uma vez que, a priori, poder-se-ia interpretar a locução em um aspecto temporal, exigindo-se um longo período de posse das terras.

De outro lado, todavia, sustenta-se que “o tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra” (SILVA, 2012, p. 889-890).

Em que pese a divergência quanto à utilização desse aspecto temporal, desenvolveu-se a chamada *tese do marco temporal*, pela qual só seriam reconhecidas como indígenas as terras comprovadamente ocupadas em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição, ou, ainda, na hipótese de efetivo conflito ou demanda judicial ajuizada, à época, em razão de esbulho. A adoção – ou afastamento – dessa tese é capaz de redesenhar o mapa das terras indígenas no país, razão pela qual tem sido objeto de incessantes debates.

Partindo desse cenário, o presente capítulo tem como escopo compreender o desenvolvimento da tese do marco temporal das terras indígenas, bem como suas implicações. Para tanto, dividiu-se esse em dois subcapítulos. O primeiro será destinado a contextualizar o caso Raposa Serra do Sol, *leading case* de relevância pois, por ocasião de seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal inaugurou no âmbito jurisprudencial a tese do marco temporal. Nesse compasso, analisar-se-á a decisão, destacando votos de ministros em relação à fixação do chamado marco temporal, abarcando seu conceito, fundamento e alcance.

O segundo subcapítulo, por sua vez, abordará consequências da adoção do marco temporal, com especial destaque ao Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, que alargou as latitudes de eficácia da decisão proferida no citado *leading case*. Diante desse quadro, discutir-se-á sobre os impactos em demarcações de terras já efetivadas, as circunstâncias relacionadas a aspectos probatórios e se a tentativa de parametrização da matéria é hábil a prevenir novos conflitos fundiários.

3.1 O CASO *RAPOSA SERRA DO SOL* E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o conflituoso caso acerca da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet. nº 3.388/RR, em Ação Popular), que veio a se tornar paradigmático em matéria de direitos territoriais indígenas. Nas palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2009):

O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Tratou-se, em linhas breves, de litígio a respeito da legalidade do processo demarcatório de extensa faixa territorial situada em Roraima, envolvendo povos indígenas ali habitantes, fazendeiros locais e o Governo do Estado de Roraima. Basicamente, o objeto da demanda consistia na impugnação da Portaria nº 534/2005, homologada em 2005 pelo Presidente da República, que efetivou a demarcação do território, reconhecendo-a como indígena. O roteiro percorrido até o julgamento pelo STF é bem sintetizado por Starck e Bragato (2020, p. 249-250):

A discussão da demarcação da Terra Raposa Serra do Sol se arrastou por mais de trinta anos. Em 1993, a FUNAI solicitou ao Ministério da Justiça o reconhecimento de uma área equivalente a 1,67 milhões de hectares. Na época, mais de vinte contestações administrativas foram apresentadas, as quais foram negadas pelo Ministro da Justiça, Nelson Jobim, no ano de 1996. Em 1998, Renan Calheiros, então Chefe do Ministério da Justiça, assinou portaria declarando a região como sendo de posse permanente dos povos indígenas e em área contínua. Em 2002, o Estado de Roraima impetrou mandado de segurança contra referida Portaria. O recurso foi negado e seguiu-se com o andamento do processo demarcatório. Houve uma série de outros fatos, até que em 2005, o Ministro Márcio Thomaz Bastos assinou a Portaria 534 e o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou decreto homologando a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a posse das terras aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana. Em 2005, os Senadores Augusto Affonso Botelho Neto (na época filiado ao PDT) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB) ingressaram com ação popular contra a União na qual requereram liminarmente a suspensão e, definitivamente, a anulação da Portaria 534/2005.

Veja-se que o caso perdurou por décadas até seu derradeiro deslinde, sendo vinte e cinco anos de tramitação judicial, morosidade acentuada pelas sistemáticas objeções apresentadas por forças políticas e econômicas interessadas na não demarcação. Com isso, o caso Raposa Serra do Sol perpassou distintos governos e transcendeu uma série de circunstâncias, tais como a criação de municípios dentro dos limites da área (Normandia, Uiramutã e Pacaraima), a criação do Parque Nacional do Monte Roraima, a consecução de obras públicas (estradas, instalação de linhas de transmissão de energia), bem como diuturnas invasões de posseiros ligados à expansão agropecuária.

Esse quadro de instabilidades repercutiu nacional e internacionalmente, o que estampou as dificuldades e os obstáculos que o Brasil enfrenta para respeitar e proteger os direitos indígenas, revelando que “os governos locais veem e promovem os indígenas como estrangeiros em seus próprios territórios, ignorando suas importantes contribuições nas relações sociais e econômicas dos estados e municípios” (VILLARES; YAMADA, 2010, p. 149).

Ao fim e ao cabo, apesar dos pesares, o julgamento proferido em 2009 pelo STF, ao decidir pela improcedência do pleito de ilegalidade do processo demarcatório, indubitavelmente representou uma conquista para os povos Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepangue e Uapixana, na medida em que lhes reconheceu os direitos sobre as terras, determinando-se a retirada de não indígenas que lá estivessem indevidamente. Colacionam-se trechos da ementa:

ACÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. (...) OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO INISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. (...) 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. (...) 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional

que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral das minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas. (...) Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda a ancestralidade, toda coetaneidade e toda a posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras são “inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis” (§4º do art. 231 da Constituição Federal). (...) os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. (...) O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se firme a auto-suficiência econômica de toda comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (...) (Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 (...))

Nesse sentido, entendeu-se que a demarcação da TI Raposa Serra do Sol não representava qualquer violação ao princípio federativo, ao desenvolvimento nacional, à soberania nacional e à segurança territorial, inobstante a proximidade do território às fronteiras com Venezuela e Guiana. Além disso, garantiu-se a demarcação de forma contígua, de modo a não restringir ao método de ilhas, conferindo maior amplitude. Assim, não restou acolhido o pleito do Estado de Roraima, tampouco dos fazendeiros e empresários ligados ao agronegócio, que reivindicavam a propriedade e o controle territorial.

Ocorre que, para além de dirimir a discussão referente à legalidade da demarcação – que na ocasião, repise-se, foi extremamente favorável aos indígenas –, o Supremo Tribunal Federal adicionou ao corpo do *decisum* pontos à margem do objeto da demanda, isto é, que não tinham relação, diretamente, com a questão principal. A inovação, que constou na parte dispositiva do acórdão, se deu com o escopo de tentar parametrizar a

matéria a respeito da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, tendo em vista que o conflito resultou em múltiplas controvérsias judiciais e administrativas, de maneira a prevenir novas demandas e, assim, garantir estabilidade e segurança jurídica (AYRES; JUZINSKAS, 2019, p. 14-15).

Nessa toada, por ocasião do julgamento, deliberou-se que, para a correta interpretação do alcance do direito às terras indígenas, estampado no §1º do artigo 231 da Constituição de 1988, dever-se-ia observar, como pré-requisito indispensável, a chamada tese do marco temporal, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão:

(...) as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor (BRASIL, 2009).

Em outras palavras, significa dizer que, para enquadrar um território na condição de terra indígena – e, portanto, passível de demarcação –, dever-se-ia comprovar que os povos indígenas interessados em tal reconhecimento ocupavam fisicamente a respectiva terra no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ou seja, adotou-se um requisito centrado na temporalidade da ocupação indígena.

Essa linha de intelecção foi adotada pelo ministro relator do caso, Ayres Brito, o qual aduziu que a atual Constituição trabalhou com data certa “como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. E esclareceu, portanto, que estariam excluídas as terras ocupadas tão somente após o marco temporal, ou mesmo em data anterior à Constituição, sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo da aludida data (BRASIL, 2009).

Outrossim, justificou que a fixação do marco temporal tem o condão de “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena”, uma vez que “prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena” (BRASIL, 2009).

O ministro Menezes Direito, por sua vez, destacou que o caput do artigo 231 da Constituição de 1988 traz dois elementos indeclináveis: o advérbio “tradicionalmente” e o verbo “ocupam”. Este abrange, na visão do ministro, as terras ocupadas pelos indígenas ao tempo da Constituição, “não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até data certa e não ocupam mais.” (BRASIL, 2009), de modo a desconsiderar a teoria do indigenato, adotando-se, portanto, a teoria do “fato indígena” (BRASIL, 2009).

Na sequência, o ministro Marco Aurélio Mello pronuncia-se no sentido de que “a atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo decorrido desde que as deixaram” (BRASIL, 2009), indicando concordância à fixação do marco temporal na data da Constituição de 1988. Contudo, diferentemente dos demais ministros citados, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ação, com vistas a anular a demarcação da terra indígena em questão.

O voto do ministro Celso de Mello também é categórico ao afirmar que o artigo 231 da Constituição de 1988 estabeleceu marco preciso a respeito da ocupação indígena, qual seja, a data da promulgação (BRASIL, 2009), anuindo, pois, à fixação da tese do marco temporal. Anuência essa que igualmente se extrai dos votos dos demais ministros: Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes – a ressalva, como se observa, fica por conta do ministro Joaquim Barbosa, que rechaçou a possibilidade de apreciar questões fora do objeto da demanda (BRASIL, 2009).

Depreende-se, a partir do teor dos trechos dos votos em destaque, que a tese do marco temporal adotada aparenta ter se desenvolvido à luz do raciocínio aplicado na edição do enunciado da Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” (BRASIL, 2003).

A matéria sumulada, em breve síntese, determina que não são consideradas terras indígenas as áreas de aldeamentos extintos, sem se estabelecer maior precisão. Não por acaso, foi citado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol que as “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2009).

Apesar de a tese do marco temporal revelar-se, a partir de leitura perfunctória, em desdobramento lógico da mencionada súmula, tratam-se de situações que não guardam

semelhança a justificar o silogismo. Isso porque, conforme esclarecem Rodrigo Santa Maria Coquillard Ayres e Leonardo Gonçalves Juzinskas (2019, p. 23-24),

Embora no precedente [que deu origem ao enunciado de Súmula] tenha se discutido o que deve ser entendido por terra indígena ou não, o fato é que não se tratava de um processo de demarcação, de uma população demandando a terra. A preocupação foi afastar o interesse da União nos casos em que, muito remotamente, uma área tenha sido habitada por índios, pois do contrário todo o País assim deveria ser considerado, se em algum momento já houvera aldeamentos. Essa conclusão se aplica a povos extintos, ou “aldeamentos extintos”, como afirma a súmula, impossibilitando a demarcação ou retomada de grandes centros urbanos cujas populações originárias tenham sido extintas – como os Tupinambá do Rio de Janeiro, por exemplo. Situação completamente diversa é a de um povo vivo que pleiteia a sua terra, por ter sido dela expulso. Não é disso que trata a súmula, nem foi esse o contexto que lhe deu origem.

Ou seja, não haveria razão para invocar a referida súmula, pois o enunciado, na verdade, trataria de situações em que as ocupações foram extintas, em geral, pela própria extinção do povo. Desse modo, a súmula não alcançaria ocupações que persistiram até décadas recentes, mas que tiveram solução de continuidade em razão do esbulho possessório (DUPRAT, 2018, p. 42).

Noutro giro, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal ressaltou da incidência do marco temporal a hipótese da ocorrência de “renitente esbulho”. Em sentido técnico, esbulho pode ser conceituado como “o ato pelo qual alguém, voluntariamente, priva outra pessoa, contra a vontade desta, da utilização econômica de uma coisa” (MONTEIRO, 1987, p. 117). Renitente, por sua vez, denota a ideia de resistência, insistência, reiteração, isto é, aquilo ou aquele que não cede, não se conforma.

Assim, a partir desse conceito, afirmou o Tribunal: “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” (BRASIL, 2009), e esclarece como exemplo o “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, 2009).

A salvaguarda, com efeito, foi melhor pormenorizada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do ARE 803.462-AgR/MS, ao aduzir que:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (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 (BRASIL, 2014a).

À vista disso, a excepcionalidade encerra a ideia de que, caso não houvesse presença física indígena no dia da promulgação da Constituição de 1988 nas áreas pleiteadas, para que sejam reconhecidas como indígenas, deveria haver, pelo menos, alguma controvérsia possessória judicializada ou efetivo conflito, contemporâneo à referida data, de modo a demonstrar que os indígenas ofereceram resistência a justificar sua ausência no território.

Assim, “o STF admite que povos foram retirados de suas terras de forma arbitrária e, para que nesses casos haja demarcação, é necessário que o povo demonstre que ocorreu o tal renitente esbulho” (LIBOIS; SILVA, 2021, p. 420). Por conseguinte, atribui-se aos povos indígenas interessados o ônus da prova de que foram esbulhados e que se sucedeu a persistência de um conflito possessório – fático ou judicial.

Além da fixação da tese do marco temporal e de sua ressalva pela ocorrência de renitente esbulho, o Supremo Tribunal Federal adicionou à decisão mais dezenove condicionantes²⁹, isto é, outras balizas envolvendo a temática das terras indígenas. Nesse contexto:

²⁹ 1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar.
2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional.
3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira.
5. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai.
6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai.
7. O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação.

Foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito quem apresentou as dezenove condicionantes e iniciou seu voto dizendo que não há índio sem terra e destacando a essencialidade da terra para a garantia de direitos desses povos. Ainda que, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as. Seguiu fazendo uma análise da Teoria do Fato Indígena, a qual deve ser condicionada ao interesse público. Referiu que os interesses contrários às demarcações precisam ser ouvidos e que a definição da terra a ser demarcada não pode ser um poder absoluto dos índios tendo em vista que o interesse público está no mesmo patamar que o direito dos povos indígenas. Entendeu que é imprescindível definir prerrogativas e restrições para que seja definido o que é terra indígena, momento do Voto em que começa a surgir a ideia da necessidade de fixação de condicionantes (STARCK; BRAGATO; 2020, p.253)

Em que pese essas condicionantes não sejam o objeto principal de discussão do presente estudo, não é despidendo mencioná-las, sobretudo quanto à salvaguarda nº 17, que assim dispõe: “É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”. Sobre esta, destaca-se o voto do ministro Ricardo Lewandowski, ao sustentar que a Constituição vedaria essa ampliação, uma vez que determinou prazo certo para as demarcações (BRASIL, 2009). Esse raciocínio parece decorrer, na verdade, da própria aplicação da tese

-
8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.
 9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai.
 10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes.
 11. Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai.
 12. O ingresso, trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.
 13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.
 14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena.
 15. É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa.
 16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros.
 17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.
 18. Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.
 19. É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

do marco temporal, uma vez que, em razão desse, não se poderiam demarcar terras que passassem a ser ocupadas, ainda que com os preceitos da tradicionalidade, tão somente após o advento da Constituição.

De qualquer forma, pode-se extrair dessas salvaguardas a intenção, à época, de criar uma certa parametrização para a demarcação de terras indígenas, apesar de, conforme se discorrerá na sequência, ter restado consignada a ausência de caráter vinculante do julgado quando do julgamento de embargos de declaração opostos.

Assentadas as premissas fundamentais para a compreensão da tese do marco temporal, é primordial que se tragam à baila as consequências de sua adoção. Isso porque, em que pese ter se tratado de decisão proferida em caso individual, a tese passou por um processo de ampliação, de modo que é fulcral analisar a sua extensão e a sua aplicabilidade a outras demarcações de terras. Assim, passa-se a discutir os contornos da tese no direito brasileiro, inclusive no que se refere ao renitente esbulho, excepcionado no *decisum*.

3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA TESE: RETROCESSOS?

De início, explicita-se que a adoção do marco temporal por ocasião do julgamento da Pet. nº 3.388/RR em nada prejudicou os direitos dos povos indígenas interessados na demarcação da Terra Raposa Serra do Sol. Aliás, consoante já mencionado, essa tese sequer integrava o objeto da controvérsia, afinal, era estreme de dúvidas que esses povos estavam fisicamente presentes na data da promulgação da Constituição de 1988.

Nesse caso, especificamente, a maioria dos ministros que votaram a favor da aplicação do marco temporal estavam, com efeito, argumentando em prol da demarcação da terra. Isto é, a argumentação alicerçada na fixação do marco temporal era, em geral, benéfica aos povos indígenas que reivindicavam aquele território.

O ponto chave da discussão, entretanto, refere-se à aplicação da tese em situações particularmente distintas. Veja-se, a propósito, que a tramitação do caso Raposa Serra do Sol ocorreu por meio de Ação Popular, isto é, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade de modo que, ao menos no entendimento então prevalente, a decisão teria seus efeitos adstritos àquela demanda. Não se desconhece que, a partir de 2017, o Supremo Tribunal Federal passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso,

conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões proferidas em plenário no âmbito do controle difuso, tal como ocorre no controle concentrado³⁰.

Ocorre que, malgrado o acolhimento da abstrativização do controle difuso, o Tribunal, em 2013, ao julgar os embargos de declaração opostos ao acórdão do caso Raposa Serra do Sol, consignou expressamente que “a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”, inobstante o acórdão recorrido tenha “força moral e persuasiva” (BRASIL, 2013).

É de clareza solar, portanto, que o Tribunal não tornou a tese do marco temporal de observância obrigatória para outras situações envolvendo demarcação de terras indígenas, senão quanto à TI Raposa Serra do Sol. Até porque, à época, a teoria da abstrativização do controle difuso sequer havia sido adotada expressamente pela Corte.

Na prática, contudo, o Poder Judiciário, em diferentes instâncias (e na 2ª Turma do próprio STF, como se verá adiante) passou a aplicar a tese do marco temporal em outros litígios envolvendo demarcações de terras. Porém, essa aplicação, não raro, resultou em consequências diametralmente opostas em relação àquelas do caso Raposa Serra do Sol. Isso porque, por ocasião desse julgamento, a temporariedade da posse foi majoritariamente utilizada como aspecto para reforçar a necessidade de demarcação da terra, e não propriamente como mecanismo de restringi-la ou limitá-la, o que passou a ocorrer com a aplicação do marco temporal a outras hipóteses.

Bem por isso, a decisão não ficou imune a críticas. Nesse viés, Lins Júnior e Lacerda (2017, p. 266) sustentam que o Supremo Tribunal Federal atuou como verdadeiro legislador, ao extrapolar os limites da jurisdição constitucional sem qualquer legitimidade. Nessa linha, aduz-se que a Corte promoveu o que se entende por “superinterpretação”, indo-se além dos limites textuais, extraindo-se o que nele não está posto e, por fim, contrariando-o (TAROCO, 2021, p. 328). Fala-se, portanto, que

³⁰ A chamada abstrativização do controle difuso guarda relação com a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Na visão clássica, o controle difuso, em regra, se presta à produção de efeitos *inter partes*, de modo que a ampliação desses efeitos, isto é, a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão, dependeria de ato do Senado Federal, na forma do artigo 52, X, da Constituição. No entanto, o Supremo Tribunal Federal acolheu, conforme mencionado, a tese da mutação constitucional do referido dispositivo, assentando que o efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante decorreriam da própria decisão. Assim, a função do Senado limitar-se-ia a publicizar a decisão. Percebe-se, assim, que a decisão acabou aproximando o controle difuso e incidental do controle concentrado e abstrato, razão pela qual se fala em abstrativização do controle difuso.

representou uma “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 139).

Na seara administrativa, da mesma forma, diversos procedimentos demarcatórios foram suspensos ou estão sendo rediscutidos, justamente para averiguar se há adequação ao marco temporal. Ademais, considerando a ampla repercussão da aplicação da tese pelo Poder Judiciária, e inobstante a expressa eficácia *inter partes* afirmada por ocasião do julgamento da Pet. 3388/RR, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU³¹, com o “objetivo de determinar a observância, por parte da Administração Pública Federal, direta e indireta, do conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. n. 3.388/RR, especialmente das salvaguardas institucionais às terras indígenas” (BRASIL, 2017). O posicionamento da AGU firmou-se nos seguintes termos:

I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).

Dessa forma, vê-se que a Advocacia-Geral da União se amparou na teoria da abstrativização do controle difuso e, de certa forma, corroborou o que já estava sendo experimentado na prática jurisdicional. Isto é, reforçou-se a observância da tese do marco temporal – que, doravante, passaria a ser obrigatória à Administração Pública Federal. A normativa, pois, pretendia institucionalizar o marco temporal nos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas.

Com base no parecer, por conseguinte, diversos processos demarcatórios em trâmite foram suspensos ou devolvidos para a Funai, a fim de proceder-se à verificação da compatibilidade com a tese fixada. Esse cenário de rediscussão da legalidade de

³¹ Não é despidendo mencionar que a Advocacia Geral da União, em 2012, tentou atribuir efeitos vinculantes às salvaguardas institucionais delimitadas no caso Raposo Serra do Sol, por meio da Portaria n. 303. Todavia, no mesmo ano, a portaria foi suspensa pela Portaria n. 308.

procedimentos demarcatórios, que se operou em todo o país, pode ser ilustrado pelos casos jurisprudenciais envolvendo as terras Kaiowá, Limão Verde e, por fim, Ibirama Laklãnõ, selecionados tendo em consideração as particularidades fáticas e jurídicas que nortearam seus julgamentos. Assim, expor-se-ão brevemente os mencionados exemplos, com enfoque no que diz respeito à aplicação da tese do marco temporal e seus respectivos efeitos.

O primeiro caso refere-se à demarcação da Terra Indígena Kaiowá, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul. Noticia-se a ocupação do povo indígena Guarani-Kaiowá na localidade desde meados dos anos 1750, com cessação em 1940, em virtude de expulsão levada a efeito por não indígenas. Nesse passo, tramitou na via administrativa o procedimento demarcatório que, confrontado na via judicial, teve sua legalidade confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se que, apesar de invocar a tese do marco temporal, o STJ argumentou que os indígenas guaranis permaneceram “na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra” (BRASIL, 2010), o que bastava para preencher o requisito da presença física do povo na data da Constituição.

Ocorre que, no ano de 2014, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 29.087/DF, rechaçou o entendimento proferido pelo STJ, interrompendo o processo de demarcação em andamento, ao anular a Portaria Declaratória do Ministério da Justiça, n. 3.219, com base em suposta inadequação da ocupação indígena, à luz da tese do marco temporal.

O entendimento da Turma assentou-se no argumento de que “o marco temporal se relaciona com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária” e que a “jurisprudência do STF, não compreende a palavra ‘tradicionalmente’ como posse imemorial” (BRASIL, 2014b), tendo em vista que

(...) os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local” (fl. 30). Vê-se, pois, que o laudo da FUNAI indica que há mais de setenta anos não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena. (...) Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos

aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia (BRASIL, 2014b).

Partilhando do mesmo raciocínio, a ministra Carmen Lúcia asseverou que o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena, nesse caso, apenas pela posse imemorial, instauraria “um grave caso de insegurança jurídica a desestabilizar a harmonia que hoje gozam cidadãos até mesmo em centros urbanos que, em tempos remotos, foram ocupados por comunidades indígenas” (BRASIL, 2014b).

O que se depreende dos votos é que, apesar de haver notícia dos resquícios de presença física do povo Guarani-Kaiowá na região na condição de trabalhadores nas fazendas para não indígenas, mostra-se insuficiente para caracterizar a ocupação indígena como tradicional, exigida nos termos da Constituição, considerada a inexistência de conflito possessório ou atos de efetiva resistência. Razão pela qual obstou-se a demarcação.

Ademais, o julgado merece destaque em razão de que o ministro Gilmar Mendes invocou, em seu voto, o caso Raposa Serra do Sol: “na PET 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas” e pronunciou que “o precedente de Raposa Serra do Sol não se dirige apenas ao caso de Raposa Serra do Sol. Basta ler os enunciados para saber que muitos deles não se aplicam à Raposa Serra do Sol, até porque já estava realizado” (BRASIL, 2014b).

Por seu turno, o segundo julgado refere-se ao caso da demarcação da Terra Indígena Limão Verde, também situada no Estado do Mato Grosso do Sul, território no qual os indígenas do Povo Terena foram expulsos por volta de 1950. O conflito judicial acerca do processo demarcatório estendeu-se até chegar ao Supremo Tribunal Federal por ocasião de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE) nº 803.462-AgR/MS.

Destaca-se trecho do laudo antropológico confeccionado por perito judicial e juntado aos autos do Processo nº 2003.60.00.011984-2, que deu origem ao aludido ARE:

Com relação às terras da Fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e a coleta na serra.

Observa-se que, desde 1953, de fato não havia mais habitação indígena na área da Fazenda Santa Bárbara. Contudo, constatou-se a persistência da ocupação indígena, consubstanciada pelas ações de caça e coleta de recursos naturais (DUPRAT, 2018, p. 64). Além disso, houve uma série de pleitos por parte do povo indígena junto à Administração Pública, o que, a priori, poderia evidenciar a existência do conflito possessório, a atrair a exceção pretoriana do renitente esbulho. No entanto, a 2ª Turma do STF, de forma bastante restritiva ao interpretar a exceção, firmou o entendimento de que

[...] não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual (BRASIL, 2014a).

Isto é, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, apesar de o Povo Terena ter realizado requerimentos junto a órgãos públicos quanto à perda do território Limão Verde, não se pode afirmar que estas se tratavam de reivindicações aptas a configurar um renitente esbulho, inferindo-se, pois, a existência de uma espécie de tolerância em relação ao esbulho.

Com isso, ressaltou-se a diferença entre renitente esbulho e ocupação passada/desocupação forçada, de modo que a comprovação da atualidade do conflito possessório apresentar-se-ia como requisito obrigatório. Assim, invocou-se o enunciado 650 da Súmula do STF, para o fim de anular a demarcação da Terra Indígena Limão Verde.

O que se vê, portanto, é que a adoção da tese do marco temporal tem o condão, em geral, de restringir os direitos dos indígenas sobre as terras, uma vez que pode sustentar anulações de demarcações em andamento ou até mesmo já efetivadas, aumentando sobremaneira litígios fundiários envolvendo terras indígenas no país. A celeuma é amplificada, ainda, pela notável dificuldade defrontada pelos indígenas interessados quanto ao aspecto probatório da ocorrência da exceção de renitente esbulho, até porque

"os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual, pois estavam sujeitas ao regime tutelar" (SILVA, 2016).

A respeito dessa constatação, Duprat (2018, p. 37) questiona: "quais as possibilidades reais de resistência dos indígenas ao esbulho de suas terras?", e é assertiva ao responder que "não é certamente pela via judicial, pois não tinham como acioná-la. A lei os impedia. E aqueles designados para fazê-lo em seu nome permaneciam intencionalmente inertes". (DUPRAT, p. 37).

Nessa toada, emerge o questionamento do que se entende por "resistência" indígena apta a ensejar efetivo conflito possessório no território que se busca demarcar. Até porque, como visto nos exemplos de julgados, essa concepção é aplicada de forma consideravelmente restrita pelos Tribunais. Ao refletir sobre o conceito de resistência indígena, Barbosa (2018, p. 132) preleciona que

Não é apenas a resistência física e violenta. Índios que permanecem próximos à área, realizando pequenos furtos, coleta e pesca nas áreas esbulhadas podem configurar uma forma de resistência. Índios que se tornam empregados de fazendeiros para permanecerem na terra e realizar seus ritos, também é uma forma de resistência. Há uma miríade de formas de resistência quase invisíveis, — the weapons of the weak, como chama James Scott. O conceito de esbulho de terras indígenas não pode ser uma construção monológica da dogmática do direito civil. Retração voluntária (desistência de resistir ao esbulho) ou o abandono da terra não podem ser presumidos nem constatados exclusivamente segundo critérios do direito civil.

Nota-se, assim, que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reiteradamente invoca que a inobservância da parametrização instituída pelo caso Raposa Serra do Sol representaria reconhecer o direito à "posse imemorial" indígena. Com isso, pode-se dizer que a adoção do marco temporal tendencia ser o atual posicionamento da Suprema Corte.

Diante desse contexto, notadamente marcado pelo alastramento de demandas judiciais e administrativas atinentes à demarcação de terras indígenas, a temática acerca da aplicabilidade da tese do marco temporal regressou à pauta do Supremo Tribunal Federal. Dito isso, o objeto do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 é o derradeiro exemplo a ser abordado.

O *leading case*, em breve síntese, refere-se à discussão acerca do procedimento demarcatório da Terra Indígena Ibirama Laklãnõ, localizada no Alto Vale do Itajaí, no Estado de Santa Catarina, em prol do povo indígena Xokleng. Trata-se, em breve resumo,

de pleito judicial de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) em face da Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng, a respeito de área situada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, e que fora identificada pela Funai como terra de ocupação tradicional indígena.

Em primeira instância, o pleito de reintegração de posse restou acolhido, com base no argumento de que não restou comprovada a ocupação territorial de forma tradicional pelo povo Xokleng, determinando-se, assim, a retirada da comunidade indígena do local. A procedência do pedido foi ratificada pelo Tribunal Regional da 4ª Região, razão pela qual a Funai interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Importa mencionar, inclusive, que o STF concedeu o pedido de tutela de urgência formulado pela Funai, no sentido de suspender os efeitos do Parecer nº 001/2017 da Advocacia Geral da União – o qual foi abordado no subcapítulo antecedente – até a data do julgamento do recurso.

Quando da avaliação da admissibilidade do recurso, “o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada” (BRASIL, 2019).

A questão posta, qual seja, “a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante, apresentando peculiaridades e questões que denotam a importância de sua análise de mérito por esta Corte, depreendendo-se da leitura do acórdão guerreado a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional na presente hipótese. (...) De fato, entre os anos de 2008 e 2009, esta Corte debruçou-se sobre o caso Raposa Serra do Sol, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, intentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão étnica e social. (...) Contudo, no julgamento dos embargos declaratórios, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, como se depreende da ementa do referido julgado: (...) Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País. Assim, e sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, compreendo ser oportuno o reconhecimento da

repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição – e, como já manifestei em oportunidade anterior, na qualidade de direitos fundamentais dos índios – possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin.

É com esse pano de fundo que, no seguinte capítulo, discutir-se-ão os limites e as possibilidades da tese do marco temporal à luz da Constituição Federal de 1988, a fim de se concluir pela sua (in)constitucionalidade. Perceba-se a relevância do julgamento, em especial pelo relator ter consignado, quando da apreciação da existência de repercussão geral (Tema 1.031), a inexistência de qualquer parametrização vinculante no Tribunal a respeito da matéria.

4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL

Na escurreita lição de Canotilho (2003, p. 214), “interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional”, ou seja, “reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição”.³²

Partindo da aceção de que interpretar implica atribuir sentido, verifica-se que a tese do marco temporal é fruto de uma construção jurisprudencial visceralmente vinculada aos ditames estampados no artigo 231 da Constituição Federal. Isso porque a tese consubstancia uma interpretação dessa norma constitucional, definindo o alcance do direito nela previsto, ao atribuir que a tradicionalidade da ocupação territorial carregaria o sentido de posse indígena contemporânea à data da promulgação do diploma (5/10/1988).

A propósito, como dito alhures, esse é o entendimento atualmente predominante na jurisprudência e de observância obrigatória no âmbito administrativo federal, alegadamente como forma inarredável de garantir e preservar a segurança jurídica nas relações fundiárias. Essa interpretação, no entanto, intensificou as discussões a respeito das demarcações de terras indígenas e dos conflitos fundiários a estas relacionadas, de modo que o STF revisitará a matéria, agora como objeto principal e em sede de repercussão geral (Tema 1.031). Nesse quadro, destaca-se que o julgamento – suspenso em 7 de junho de 2023, por pedido de vista do ministro André Mendonça – conta com três votos já proferidos, que serão pormenorizados no decorrer do capítulo.

Diante disso, tendo em vista os parâmetros de interpretação constitucional, buscar-se-á investigar quais são os limites e as possibilidades da tese do marco temporal das terras indígenas à luz da Constituição de 1988. Para a consecução desse objetivo,

³² Nesse sentido, “além disso, como bem aponta Konrad Hesse, a importância da interpretação no campo do direito constitucional (da interpretação constitucional) é mais elevada do que ocorre em âmbitos do direito onde em geral a normatização é mais detalhada, notadamente em virtude da abertura e amplitude da constituição, bem como nos casos em que se atribui a uma jurisdição constitucional a tarefa de estabelecer, de modo vinculativo para o cidadão e demais órgãos estatais, o sentido e alcance das normas constitucionais” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 97).

valer-se-á do método dialético, porquanto serão confrontados os votos dos ministros do STF, à luz de múltiplos argumentos doutrinários.

Nessa esteira, cindiu-se o capítulo em dois subcapítulos, em que o primeiro discorrerá sobre os votos dos ministros Luiz Edson Fachin e Kassio Nunes Marques, estabelecendo uma relação de tese e antítese. O segundo subcapítulo, por seu turno, tratará do voto do ministro Alexandre de Moraes, o qual será abordado como uma terceira perspectiva, derivada do debate posto pelos votos antecedentes.

O derradeiro capítulo consistirá, portanto, na contraposição argumentativa de noções diametralmente divergentes acerca do cabimento da tese do marco temporal, a fim de se obter, ao final, uma (possível) síntese conclusiva sobre sua (in)constitucionalidade.

4.1 DO INDIGENATO AO FATO INDÍGENA: AS VISÕES ANTAGÔNICAS ACERCA DO MARCO TEMPORAL

A admissão do marco temporal emerge de um embate que envolve a interpretação constitucional, a pacificação de conflitos fundiários e a necessidade de preservar a segurança jurídica – essa inclusive a partir de um prisma processual. Nesse sentido, vale ressaltar que “não extrapolar os limites semânticos do texto é condição de possibilidade para a existência do próprio Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 174), o que reafirma a necessidade de se firmar uma compreensão a respeito da matéria, em especial no cenário fático atual.

Com efeito, a discussão perpassa a definição dos próprios limites semânticos do texto no contexto da interpretação constitucional. Por isso, antes de perquirir a compatibilidade da tese do marco temporal com o atual texto constitucional, é imprescindível delimitar em que consiste, propriamente, o direito territorial reconhecido aos povos indígenas, assim como seus principais matizes. Até porque, conforme estudado no capítulo 3, o objeto da controvérsia que vivifica a referida tese implica na atribuição do sentido da tradicionalidade de ocupação.

Aprofundando o já abordado no subcapítulo 2.2, a definição adequada do direito territorial indígena, insculpido no multicitado artigo 231 da Constituição de 1988, perpassa a noção de que as terras consubstanciam um direito umbilicalmente atrelado à sobrevivência e modo de ser dos povos indígenas, isto é:

Existe uma ligação direta da questão da terra com a fé indígena e os conhecimentos indígenas. A concepção do território encontra-se em uma ligação tão estreita com a cultura das etnias, sua mitologia, as ligações familiares e o conjunto dos sistemas sociais, políticos e econômicos das populações indígenas, que a questão da terra recebe significado essencial para a garantia de sobrevivência dos índios com grupos populacionais etnicamente diferentes (KAYSER, 2010, p. 232).

Ainda, aduz-se que o conceito de terras indígenas é ampliativo, pois não é restrito ao sentido habitacional (de moradia), mas abrange a compreensão de que são imprescindíveis à reprodução física, cultural e social desses povos (CAVALCANTE, 2016). Exatamente por isso, “é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial” (VITORELLI, 2016, p. 189).

Em decorrência da tamanha proeminência que as terras representam para a existência e perpetuação dos indígenas – grupos, repise-se, diuturnamente em situação de vulnerabilidade social –, afirma-se que os direitos territoriais a eles assegurados ostentam a natureza de autênticos direitos fundamentais. É com esse espírito que o ministro relator, Luiz Edson Fachin, introduz seu voto quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC (Tema 1.031), nas sessões dos dias 8 e 9 de setembro de 2021.

Constata-se que a construção das razões de decidir do voto partiu da noção de que os direitos indígenas se qualificam como direitos fundamentais coletivos e, como imediata decorrência disso, emergiriam quatro inexoráveis consequências relevantes para o adequado deslinde da controvérsia. A primeira é que constituiriam cláusulas pétreas à atuação do constituinte reformador, nos termos do inciso IV, §4º do artigo 60 da Constituição.

Partindo dessa concepção, sobretudo porque a nova ordem constitucional carrega o dever crucial de promover a dignidade humana em todas as suas dimensões, argumenta-se que os direitos voltados para as minorias vulneráveis – tais como os povos indígenas –, “são tão vitais para o constitucionalismo democrático a para a edificação de uma sociedade inclusiva, de pessoas livres e iguais, quanto os direitos individuais clássicos” e, assim, é inquestionável que se encontram guarnecidos pelos limites do poder de reforma, já que constituem verdadeiras cláusulas pétreas (SARMENTO; SOUZA NETO, 2021, p. 309-310).

É inequívoca a existência de íntima e profunda ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e este direito [às terras], que pode, portanto, ser considerado cláusula pétrea. Afinal, para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantém profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio (SARMENTO; SOUZA NETO, 2021, p. 310).

Em segundo lugar, a categorização como direito fundamental implica concluir que estariam “imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário” (BRASIL, 2021). Ou seja, qualquer ato normativo que pretendesse amesquinhar o exercício desses direitos deveria ser rotulado como eivado de inconstitucionalidade.

Além disso, impende mencionar que o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções afetos ao Direito Internacional diretamente relacionados à proteção dos povos indígenas, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada em 2004. Nesse sentido, é latente que o estado brasileiro se comprometeu a respeitar e a proteger as populações indígenas, incluindo as terras que estes ocupam, não sendo despiciendo, ademais, dizer que essa normativa funciona como parâmetro para controle de convencionalidade de atos normativos infraconstitucionais. Assim, reforça-se a necessidade de harmonizar a legislação e a jurisprudência pátrias às normas internacionais.

A terceira consequência, por seu turno, é a de que aos direitos indígenas se aplicariam os princípios da vedação ao retrocesso e o da proibição à proteção deficiente, “uma vez que estão atrelados à condição de existência e sobrevivência do modo de viver das comunidades indígenas”, conforme preleciona Fachin (BRASIL, 2021).

A proibição do retrocesso é norma de observância inafastável para a efetivação de direitos fundamentais, que encerra a ideia de vedar a eliminação das concretizações alcançadas na proteção de direitos, admitindo-se apenas ampliações e melhorias. Essa garantia, de acordo com a lição de Ingo Sarlet e Tiago Fernsterseifer (2012, p. 51) pretende

Preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que se objetiva assegurar a fruição de direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.

Em face disso, aquiescer à tese do marco temporal significaria incorrer em evidente retrocesso, por “desconsiderar o ganho de proteção constitucional às terras indígenas desde 1934, legitimar as desterritorializações forçadas e instaurar, a partir de 1988, um regime que confere validade ao esbulho” (DUPRAT, 2018, p. 52). Nessa mesma linha, Silva (2016, p. 9) entende que “a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos”.

Por sua vez, a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), corolário do princípio da proporcionalidade³³, define-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode determinar se um ato estatal – ou melhor, uma omissão estatal – viola um direito fundamental de proteção (PULIDO, 2002).

A partir disso, abraçar a tese do marco temporal entraria em rota de colisão com a proibição da proteção deficiente, já que se imporia limitação injustificada de reconhecimento de direitos, cuja implicação prática desaguardaria em substancial redução de demarcações de terras indígenas, ou seja, provocar-se-ia uma inação estatal – ou, mais especificamente, uma ação retroativa – capaz de comprometer e frustrar a concretização de direitos fundamentais.

Por fim, a quarta consequência demanda que a interpretação adequada deve levar em consideração o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Isso porque os direitos fundamentais são dotados de abertura, ou seja, têm a possibilidade de se expandirem, de modo que “a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer” (ROTHENBURG, 1999, p. 146). Em razão disso, os direitos indígenas demandam um olhar sempre protetivo quando postos em xeque.

³³ Sobre isso, Mendes e Branco (2020, p. 1.201-1.202) bem sinalizam que, “para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta deste princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental”.

Veja-se, pois, que a tese do marco temporal vai de encontro ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, porque esse encerra a ideia de se conferir a tais direitos a interpretação que mais lhes amplie a efetividade, ao passo que o marco temporal se afigura, invariavelmente, como uma restrição aos direitos dos povos indígenas sobre a terra.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que a máxima efetividade não encerra a discussão, pois, como é consabido, os direitos fundamentais admitem restrições, sobretudo quando confrontados com outros direitos desse matiz. Porém, especificamente no âmbito da discussão do marco temporal, acaba-se por atingir o próprio núcleo duro do direito fundamental, sobretudo pela insegurança jurídica causada pela tese, com aptidão para aprofundar o persistente quadro de violência contra os povos originários.

Somada a toda essa linha argumentativa, Fachin pontificou com assertividade que, a partir da literalidade do caput do artigo 231 do texto constitucional, extrai-se que os direitos referentes às terras indígenas são originários (BRASIL, 2021). Em outras palavras, repisa-se que corresponde a dizer que o direito territorial indígena é

[...] anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros (SOUZA FILHO, 2013, p. 21).

Ou seja, ao Estado subsiste a mera incumbência de reconhecê-lo quando preenchidos cumulativamente os requisitos elencados no §1º do artigo 231. Isto é, habitação em caráter permanente; utilização para atividades produtivas; imprescindibilidade para a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessidade a reprodução física e cultural, conforme seus usos, costumes e tradições, não sendo possível que “razões de conveniência e oportunidade sejam alegadas para deixar de ser reconhecida a tradicionalidade da ocupação indígena” (BRASIL, 2021).

Em suma, o voto alicerçou-se no fato de que a tese do marco temporal representa injustificada restrição ao direito fundamental às terras tradicionalmente ocupadas, porque obstaculiza sobremaneira as demarcações. Apontou-se, assim, que a inconstitucionalidade reside no fato de a tese pretender a incorporação de requisito inexistente no texto constitucional.

Vale ressaltar, inclusive, que José Afonso da Silva (2016, p. 08), em parecer emitido acerca da controvérsia, questionou a respeito do marco temporal como pressuposto ao reconhecimento de direitos indígenas: “Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explícita nem implicitamente?”. Em arremate, responde a seus próprios questionamentos, asseverando que “nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão”, ou seja, tratar-se-ia de clara extrapolação dos limites semânticos do texto.

Ainda, Fachin asseverou que qualquer visão assimilacionista vai de encontro à ordem constitucional (BRASIL, 2021). Bem por isso, aplicar-se-ia a conclusão externada por Melo e Burckhart (2020, p. 23), no sentido de que a tese “contribui para a permanência, ou retorno, de práticas integracionistas na estrutura estatal brasileiro, o que impacta diretamente a estrutura e eficácia do núcleo essencial de direitos de povos indígenas no país”. Com a fixação do marco temporal para reconhecimento de direitos territoriais indígenas, desse modo:

[...] soberbamente diminui-se o passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal, a Constituição vira a algoz dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151).

Quanto aos desdobramentos no plano fático, Fachin não desconsidera a complexidade da situação fundiária brasileira, tampouco ignora a gama de dificuldades enfrentadas por, principalmente, produtores rurais (BRASIL, 2021). Entretanto, alude que o texto constitucional é claro ao determinar que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras [de ocupação tradicional indígena], ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes” (BRASIL, 1988), e que por isso, toda e qualquer forma de exercício dos poderes inerentes à propriedade sobre terras indígenas (bens de titularidade da União, repita-se), seja por particulares ou por entes públicos, é peremptoriamente vedada³⁴.

³⁴ “[...] ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar” (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, restaria imperativa a reversão desses territórios às comunidades indígenas prejudicadas pelos deslocamentos forçados, operados a qualquer tempo, em detrimento daqueles que exercem efetivo domínio ou posse, de modo presuntivamente indevido, “não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé” (BRASIL, 1988). Nessa ordem de ideias, justifica que o pretexto de resguardar a “segurança jurídica não pode significar descumprir a Constituição” (BRASIL, 2021).

Por todo o exposto, a conclusão do voto proferido pelo ministro relator foi no sentido de dar provimento ao RE nº 1.017.365/SC, a fim de anular o acórdão e rechaçar integralmente a tese do marco temporal. Na ocasião, apresentou a seguinte tese de repercussão geral:

Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos: I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal; IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições; VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência; VII - as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; VIII - as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; IX - são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização

ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé; X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente (BRASIL, 2021)

Em contrapartida, no dia 15 de setembro de 2021 retomou-se o julgamento, tendo o ministro Kassio Nunes Marques aberto divergência à tese proposta pelo ministro relator. Na ocasião, votou pelo não provimento do recurso, bem como consignou a constitucionalidade e a necessidade da fixação do marco temporal para reconhecimento de direitos territoriais indígenas coincidente com a data da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente, nota-se que o ministro não desconhece o passado histórico dos indígenas no Brasil, tampouco a inequívoca importância da Constituição de 1988 como passo evolutivo na proteção desses povos. Ademais, ressaltou que a posse indígena não corresponde a mero poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o ânimo de tê-la como própria, mas “instituto embasado na ancestralidade, cuja função é manter os usos, costumes e tradição” (MARQUES, 2021).

No que toca ao conceito de terra indígena, Marques destacou que duas teorias foram desenvolvidas para fundamentar o que se entende por terras tradicionalmente ocupadas em caráter permanente: a teoria do indigenato, que fundamenta a preexistência do direito à formação do Estado, e a teoria do fato indígena, que embasa a tese do marco temporal (MARQUES, 2021).

Nesse sentido, o ministro asseverou que a primeira teoria criaria problemas insolúveis, e enfatizou que, se levada no seu grau máximo, teria o condão de prejudicar sobremaneira a soberania nacional e a propriedade privada. A respeito disso, indaga: “se o índio era senhor e possuidor de toda a terra que um dia foi 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 a seus legítimos senhores?” (MARQUES, 2021).

Estariam ameaçados, destarte, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, preceitos fundamentais que se incluem ao núcleo intangível da Constituição, sendo vedada sua supressão por efeito do artigo 60, §4º do texto constitucional. Assim sendo, sustenta-se que tais preceitos seriam inafastáveis quando da interpretação de outras normas, inclusive as dispostas no artigo 231 da Constituição de 1988 (FERREIRA FILHO, 2021).

Assim, como reação a esse quadro de insegurança jurídica, o ministro sustenta que a decisão adotada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, ao recepcionar a teoria do fato indígena, “é a que melhor concilia os interesses em jogo na questão indígena” (MARQUES, 2021).

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 (MARQUES, 2021).

A linha de raciocínio abraçada pelo ministro, portanto, é centrada no argumento de que, sem o marco temporal, estar-se-ia diante de um grave atentado ao direito de propriedade e do enfraquecimento da segurança jurídica. Ademais, entende que há uma vedação ao redimensionamento de terras já demarcadas, uma vez que a expansão das terras indígenas poderia ocorrer “infinitamente”, apontando-se o risco de inúmeras desapropriações:

[...] posses posteriores à promulgação da Constituição Federal não podem ser consideradas tradicionais, porque isso implicaria o direito de expandi-las ilimitadamente para novas áreas já definitivamente incorporadas ao mercado imobiliário nacional (BRASIL, 2021).

Esse argumento é iterativamente referido por aqueles que defendem a fixação do marco temporal. Tanto que, em caso semelhante, a ministra Carmen Lúcia afirmou que a falta de fixação de um critério temporal objetivo produziria “quadro grave de insegurança jurídica a desestabilizar a harmonia de que hoje gozam os cidadãos que integram centros urbanos que, em tempos remotos, foram ocupados por comunidades indígenas em aldeamentos extintos” (BRASIL, 2014b).

Marques, ainda, compreende que a teoria do fato indígena comportaria mitigação em razão de renitente esbulho, comprovado por disputa possessória ou demanda judicializada, isto é, um fato de ponderação à rigidez do marco temporal – tal como assentado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol. Sublinhou, entretanto, que o renitente esbulho “não pode ser confundido com a ocupação pretérita, ou desocupação forçada num passado remoto. É preciso que se demonstre efetivo conflito possessório

que, mesmo iniciado anteriormente, persista até o marco temporal definido” (MARQUES, 2021).

Veja-se que não é desarrazoada a preocupação quanto à preservação da segurança jurídica quando se estão em jogo diversas reivindicações territoriais no exclusivo interesse das comunidades indígenas em face de, na maioria dos casos, produtores ligados ao agronegócio. No entanto, sustenta Julio José Araújo Junior (2018, p. 217) que esse argumento, invocado ao arripio da ordem constitucional, trata-se de “segurança jurídica seletiva”, na medida em que “teme os impactos apenas sobre os detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos [de indígenas]”.

Percebe-se, ademais, que o intento de neutralização de injustiças, a partir da possibilidade de alegar a perda da posse por renitente esbulho, é de duvidosa viabilidade na prática. Bem por isso, vale ressaltar as objeções feitas pelo ministro Fachin ao cabimento do instituto, problematizando-o à luz da Constituição de 1988.

Fachin disserta que a comprovação do renitente esbulho por demanda judicializada, tal como outrora aventado, não se harmoniza com a realidade fática e jurídica da própria capacidade processual dos povos indígenas antes da Constituição de 1988, já que sempre estiveram submetidos a regimes tutelares, sendo inclusive qualificados como incapazes pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 2021).

A capacidade civil plena, como visto, foi-lhes concedida justamente a partir do texto constitucional de 1988, restando clarividente que, antes disso, indivíduos ou grupos indígenas, por si só, jamais acionariam a via judicial para resolução de conflitos, pois juridicamente impossível. Além do mais, quem detinha o dever de proteger seus interesses (SPI ou Funai), não raras vezes, permanecia inerte. Diante dessa realidade permeada por restrições e abstenções, é inegável o grave atentado do direito ao acesso à justiça em detrimento dos indígenas antes de 1988.

Outrossim, Fachin contesta a exigência de efetivo conflito possessório por situações de fato, lecionando que “a Constituição Federal não poderia incentivar conflitos para legitimar e reconhecer direitos”, pois seria uma forma de desconsiderar que “os indígenas tutelados pelo Estado foram constantemente expulsos, assassinados e desintegrados de sua cultura” (BRASIL, 2021).

Noutra perspectiva, Marques também refere que a falta de limitação temporal para o reconhecimento de direitos é o motor dos conflitos fundiários e, sendo assim, é causa

direta de retração de investimentos, altamente prejudicial à economia pátria. Com o mesmo senso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2021), em parecer juntado no bojo do processo, argumenta que a subtração de terras para usufruto exclusivo indígena prejudica o desenvolvimento socioeconômico da região afetada e, por via transversa, ao desenvolvimento do país.

Para refutar essa posição, cumpre fazer menção a uma construção jurisprudencial plenamente aplicável ao caso. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI 3937/SP, julgou questão envolvendo a regulamentação do uso do amianto. Vale ressaltar que, outrora, entendia-se possível o uso controlado da substância. No entanto, o Tribunal entendeu que houve uma alteração do substrato fático da norma, isso porque, de forma sintética, passou a existir consenso científico a respeito da nocividade do amianto à saúde.

Veja-se, por outro lado, que quando o Supremo Tribunal Federal firmou a tese do marco temporal – ainda que em caso concreto – teve como escopo, inclusive, razões de segurança jurídica. Porém, a aplicação do marco temporal não arrefeceu os conflitos fundiários, além de ter trazido inegável insegurança jurídica, tendo em vista a possibilidade de revisão e anulação de demarcações já realizadas, que de fato tem ocorrido. Já quanto à segurança jurídica, portanto, poder-se-ia observar uma espécie de alteração do substrato fático.

No entanto, o principal ponto no que diz respeito a essa alteração do substrato fático circunscreve a questão econômica e ambiental. Vale consignar que as terras ocupadas por indígenas apresentam elevados níveis de preservação do meio ambiente, em contraposição àquelas em que são desenvolvidas atividades econômicas. A título de exemplificação, estatística veiculada pelo MapBiomas (TERRAS, 2023) evidencia que os índices de desmatamento de vegetação nativa em terras indígenas, nos últimos trinta anos, correspondem a apenas 1,6% em comparação ao desmatado em áreas privadas, o que reforça a imprescindibilidade dos territórios indígenas como importantes instrumentos para a proteção ambiental.

Nesse sentido, a preservação do meio ambiente tornou-se um imperativo para o Brasil inclusive do ponto de vista econômico. Isso porque, ao passo que a sustentabilidade se torna pauta cada vez mais presente na agenda global, o Brasil é instado a reduzir níveis de desmatamento e degradação do meio ambiente, até mesmo como condição para celebração de acordos comerciais ou mesmo sob ameaça de sanções comerciais.

Assim, conclui-se pela existência de uma alteração no substrato fático da matéria, sobretudo porque se tornou clarividente que a retirada de terras dos indígenas, em prejuízo do meio ambiente, destinando-as ao desenvolvimento de atividades econômicas, pode acabar, no médio e no longo prazo, prejudicando a própria economia. Não há razão, pois, para sustentar uma – limitada – relação econômica de causa e efeito em uma temática que é complexa, global e multifacetada.

Noutro giro, outra justificativa trazida por Marques para atestar a consonância da tese do marco temporal com a Constituição de 1988 é a que examina os tempos verbais adotados no texto constitucional, em perspectiva puramente gramatical:

Quando se observa o disposto no artigo 231, caput, verifica-se que ele assegura aos índios os direitos originários que eles tradicionalmente ocupam. O verbo "ocupar" é usado no presente do indicativo e não no subjuntivo "ocupem", o que aponta que era mesmo interesse do legislador constituinte referir-se a uma situação positivamente existente naquele momento histórico e não ao modelo lógico para o futuro do intérprete adaptar a realidade de cada momento (MARQUES, 2021).

Na mesma linha, indicou-se também que o lapso de cinco anos para a demarcação de terras indígenas estabelecido no artigo 67 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) se trataria de prazo decadencial e representaria o inequívoco propósito do constituinte originário em “abolir de vez qualquer discussão sobre o que era e o que não era espaço indígena, delimitando claramente o seu alcance naquele momento histórico e escrevendo o capítulo final dessa luta sangrenta por terra, que começara no século XVI” (MARQUES, 2021).

Norma transitória é forte indício de que o constituinte teve em mente a fixação de um marco temporal preciso para a limitação dos espaços físicos que ficariam sob o exclusivo usufruto indígena. Se houvesse a possibilidade de que a qualquer momento novas posses indígenas pudessem ser estabelecidas, para além daquelas vigentes na data da promulgação da Constituição, não faria sentido fixar prazo para a demarcação dessas terras, pois estaria sempre em aberto a possibilidade de configuração de novas posses tradicionais (MARQUES, 2021).

Por outro lado, todavia, advoga-se que a melhor interpretação do vocábulo *tradicionalmente ocupadas* é a que considera o modo de ocupação da terra, segundo os usos e costumes indígenas. Relaciona-se a tradicionalidade, portanto, com um hábito calcado na ancestralidade que norteia o modo de ser e viver próprio dos indígenas – não

com um aspecto cronológico de ocupação (CAVALCANTE, 2014). Conclusão esta outrora extraída por Pontes de Miranda (1987, p. 456), ao comentar sobre disposição semelhante da Constituição de 1967: "o texto constitucional não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se reputar permanente. Tem-se de entender a residência, com a posse que não se há de reputar transitória (*questio facti*)".

Ou seja, aduz-se que essa interpretação gramatical não se sustenta. Gediel (2018, p. 120) preleciona que o "verbo 'ocupam' não pode ser tomado em seu sentido dado pelo presente do indicativo, pois vem precedido do complemento adverbial "tradicionalmente". Assim, deve-se ter em vista que

O "tradicionalmente" é advérbio de modo e de tempo. Mais de modo do que de tempo, é bem verdade, mas não desprovido daquela dimensão temporal que é própria da ideia de tradição: o legado cultural que se transmite entre gerações. Ou seja, trata-se da terra como parte da herança cultural de um povo, transmitida dos pais para os filhos. Isso é menos que um poder de fato no sentido do Código Civil (BADIN, 2006, p. 136).

No que tange ao prazo quinquenal contido no ADCT, Fachin depreende que a inobservância desse lapso não é capaz de prejudicar os direitos constitucionais indígenas à demarcação de terras (BRASIL, 2021). Nesse passo, veja-se que a disposição do artigo 231 é clara ao estatuir que os direitos sobre as terras indígenas são imprescritíveis - e aqui há de igualmente compreender que são direitos intocáveis pelo instituto da decadência. Ademais, ressalta-se que o ato demarcatório é meramente declaratório do direito, corroborando com o argumento de que a inobservância do prazo assinalado não teria aptidão para extinguir a pretensão sobre esses direitos territoriais, os quais, repita-se à exaustão, preexistem à Constituição.

Dessa forma, a interpretação adequada aos ditames do artigo 67 do ADCT é a que o concebe como norma de natureza meramente programática, isto é, indica como meta que o órgão administrativo proceda às demarcações em prazo razoável. Assim, extrai-se que a pretensão do constituinte, em verdade, era conferir celeridade aos processos demarcatórios, a serem concluídos no exíguo prazo de cinco anos - *mens legis* evidentemente protetiva aos direitos indígenas. Não se trata, pois, de prazo decadencial.

Por outro prisma, Marques também se escora na necessidade de manutenção da uniformidade da jurisprudência, em respeito ao comando do artigo 926 do Código de

Processo Civil³⁵. Nesse sentido, alega que o acórdão objeto do recurso extraordinário em debate estaria em absoluta conformidade com a parametrização anteposta no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, assentada majoritariamente pela jurisprudência pátria há anos e pacificada no âmbito administrativo a partir do multicitado parecer da AGU.

Sobre esse ponto, menciona-se o parecer emitido por Lenio Streck, a pedido de associações relacionadas ao agronegócio, a respeito da (im)possibilidade de revisão da tese do marco temporal pelo Supremo Tribunal Federal. Embora se limite à questão processual, Streck alude que, a priori, não estariam presentes, analisando-se o voto do relator, os fundamentos de fato e de direito necessários para justificar a revisão do precedente engendrado a partir do caso Raposa Serra do Sol. Outrossim, reporta que não restou demonstrado que o precedente levou a piora da situação dos povos indígenas (STRECK, 2021). Dever-se-ia, pois, obedecer à força normativa do precedente, mormente porque se forjaram expectativas legítimas nos cidadãos e orientou as ações do Estado.

Em sentido contrário, Fachin explica que há autorização para revisitar a matéria fundada por dois importantes motivos. Primeiramente por conta de que o plenário do Supremo Tribunal Federal consignou expressamente que a decisão da Pet. 3.388/RR não era dotada de efeitos vinculantes. Ressaltou-se que, inobstante o elevado ônus argumentativo constante do acórdão, isso, por si só, não obstaría a revisitação da matéria (BRASIL, 2021).

O segundo motivo esteia-se na noção de que, mesmo que se concebesse a decisão do caso Raposa Serra do Sol como um efetivo precedente, dotado de força vinculante, sobrepujaria a necessidade de reavaliação de seus fundamentos diante do quadro fático atual, até porque, nas palavras do ministro, “representar um precedente só faz sentido se as situações assim recomendarem” (BRASIL, 2021), corroborando a referida alteração do substrato fático.

Nesse enquadramento, reverenciar-se-ia a pretensão, à época, de tentar pacificar conflitos com a adoção do marco temporal. Sem embargo, transcorrida mais de uma década, o que se vê é um inegável aumento da judicialização da matéria, com reversões e anulações de demarcações, o que representa evidente piora na qualidade de vida das comunidades indígenas. Portanto, “dizer que o Raposa Serra do Sol é um precedente para toda a questão indígena é inviabilizar as demais etnias indígenas” (BRASIL, 2021).

³⁵ "Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (BRASIL, 2015).

Simbolizando efetiva antítese à tese formulada pelo ministro relator Fachin, Nunes Marques assinalou as seguintes proposições:

Os direitos territoriais indígenas constituem direito fundamental desses povos e se concretizam no direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam sob os seguintes pressupostos: 1) A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas pelos índios em caráter permanente, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e das indispensáveis a sua reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições que lhe são próprios, nos termos do art. 231 do texto constitucional. 2) A proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam depende da existência de um marco temporal, 5 de outubro de 1988, ou da configuração do renitente esbulho, com conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; 3) A demarcação é procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidades indígenas; 4) A deflagração de processo demarcatório que contemple determinada terra indígena tradicional não se constitui em causa suficiente de per si de na imissão dos indígenas na respectiva posse, porquanto tal procedimento, de natureza complexa, depende de deliberação da Funai, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública e, finalmente, do presidente da República, não surtindo quaisquer efeitos aos interessados antes de sua ultimação, restando, assim, plenamente resguardada a posse legítima dos ocupantes de boa-fé; 5) O laudo antropológico realizado em observância ao disposto no Decreto 1776/96 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação da comunidade indígena determinada; 6) O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas se compatibiliza com a tutela constitucional do meio ambiente, porém sobre ele não se sobrepõe. Por isso, não pode vilipendiar as terras titularizadas por terceiros, sejam eles particulares ou pessoas jurídicas de direito público, tampouco se cogita que se possa vulnerar propriedade privada ou a própria defesa do meio ambiente, ambos elencados como princípios sobre os quais se baseiam a ordem econômica; 7) A interferência unilateral da União em território estadual somente deve ser autorizada a partir de critérios constitucionalmente adequados, evitando-se a privação de propriedade ou dos bens de terceiros sem o devido processo legal, garantia fundamental expressamente albergada no texto constitucional; 8) As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes; 9) As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis; 10) São nulos e extintos, de modo a não produzirem efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação de terras tradicionais indígenas, com a exploração das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou o ajuizamento de ação contra a União em virtude da caracterização da área como indígena, ressalvada a indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (MARQUES, 2021).

Veja-se, portanto, que por ocasião do julgamento analisado no Supremo Tribunal Federal, construíram-se duas teses antagônicas quanto ao marco temporal. A do relator, ministro Fachin, calcada em uma interpretação vinculado à teoria do indigenato, prestigiando os direitos indígenas, para ampliar a efetividade de seus direitos fundamentais. Por outro lado, o voto do ministro Nunes Marques assentou-se na teoria do fato indígena, vinculando os seus direitos à temporalidade, em especial por razões de segurança jurídica e aspectos econômicos.

A tese sufragada pelo ministro Nunes Marques, conforme se evidenciou ao longo desse subcapítulo, é rechaçada no presente trabalho, por revelar exegese inconstitucional no que diz respeito às terras indígenas. Por outro lado, ainda que a tese do ministro Fachin esteja em consonância com uma série de argumentos desenvolvidos, há de se avançar na discussão para que se construa uma tese que congregue todos os interesses conflitantes, o que é objeto de discussão no subcapítulo seguinte.

4.2 A ADOÇÃO DE UMA SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA, A CONCILIAÇÃO DOS INTERESSES CONTRAPOSTOS E AS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) determina que o aplicador da lei deverá verificar os efeitos sistêmicos, isto é, o consequentialismo que pode resultar de determinada decisão³⁶. Assim, para além de simploriamente interpretar a norma e dizer o direito, “uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum” (BARROSO, 2009, p. 116).

Essa percepção é bem esclarecida por Hans-Georg Gadamer (1999, p. 493), ao obter que

Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em

³⁶ Conclusão que se extrai do artigo 20: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” e do artigo 21: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (BRASIL, 1942).

seu caso, compreender e interpretar significam conhecer o seu sentido vigente. O juiz procura corresponder à 'ideia jurídica da lei, intermediando-a com o presente [...].

É exatamente esse senso que norteia o terceiro e, por ora, último voto. Em 7 de junho de 2023, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC (Tema 1.031) retornou à pauta do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o ministro Alexandre de Moraes externou suas deliberações a respeito da controvérsia. Ressalta-se que, embora tenha acompanhado o relator quanto ao provimento do recurso, propôs tese de repercussão geral parcialmente distinta da apresentada por Fachin.

Veja-se que o ministro Moraes igualmente partiu da máxima de que os direitos indígenas são direitos fundamentais e, por isso, devem ser resguardados por todas as balizas explanadas pelo ministro relator (princípio da vedação ao retrocesso; princípio da proibição à proteção deficiente; princípio da máxima efetividade das normas constitucionais). Nessa senda, reafirmou que a tese do marco temporal fere frontalmente os ditames do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, porque implementa requisito inexistente e injustificado ao reconhecimento dos direitos territoriais indígenas (MORAES, 2023).

Ademais, aprofundou a reflexão sobre outros possíveis efeitos da manutenção do precedente, cujas particularidades não haviam sido contempladas no debate. Nessa conjuntura, aduziu que o afastamento categórico do reconhecimento de direitos sobre ocupações tradicionais em passado remoto, exatamente como pretendido com a aplicação da tese do marco temporal, acarretaria, em não raras situações, grandes injustiças.

Em algumas situações, somente a segurança jurídica não garante a paz social. Não haveria um equilíbrio com um mínimo de razoabilidade entre o que se pretende com a adoção do marco temporal (o ato jurídico perfeito, o reconhecimento do negócio jurídico perfeito, a coisa julgada, não raras vezes, o direito de propriedade), mas de outro lado nós estaríamos ignorando totalmente direitos fundamentais às comunidades indígenas proclamados pela Constituição, mesmo sabendo que aquela área é reconhecidamente indígena, mas que não guardaria contemporaneidade com o marco temporal (MORAES, 2023).

Essa referida injustiça revelar-se-ia, *verbi gratia*, na hipótese de comunidades indígenas forçadamente deslocadas em momento anterior ao pretense marco temporal e que, pois, não se encontravam na posse das terras na data da Constituição, mas que, posteriormente, até mesmo pelo arrefecimento da violência contra suas comunidades,

pleiteia a retomada de suas terras tradicionalmente ocupadas. Isto é, essa hipótese, em que não há contemporaneidade do esbulho com a data da promulgação da Constituição, restaria alijada da exceção do renitente esbulho, ao menos nos termos em que atualmente aplicada.

Ou seja, de pronto o ministro afastou a tese do marco temporal. No entanto, reconheceu que o incondicionalismo do reconhecimento dos direitos sobre as terras indígenas potencializaria um quadro significativo de desapropriações. Ressaltou que a questão se tornaria ainda mais sensível e complexa caso envolvidas pretensões de particulares de boa-fé: “é uma ponderação extremamente delicada estabelecer a necessária reparação das terras aos povos indígenas e olhar para o outro lado, de quem de boa-fé, segundo as normas jurídicas, com o atestado do próprio Estado brasileiro, adquiriu uma determinada propriedade” (MORAES, 2023).

Recapitula-se, nessa linha, que Fachin (2021) é categórico ao aduzir ser incabível qualquer pleito indenizatório contra a União, em virtude de serem nulos e extintos todos os títulos dominiais referentes a terras de ocupação tradicional indígena. A única e exclusiva exceção ficaria por conta de benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé, conclusão extraída da literalidade do artigo 231, §6º, *in fine*, da Constituição Federal.

Moraes, em contraposição, destoa dessa compreensão no que diz respeito à impossibilidade de ressarcimento àqueles que, de boa-fé, adquiriram título de propriedade ou exerciam posse, de acordo com a legislação e com aval do Estado brasileiro:

[...] me parece que há necessidade de um lado de se garantir, efetivamente, ou o mais realisticamente possível, o direito sobre a posse das terras às comunidades tradicionais sem renegar totalmente as pessoas de boa-fé, o ato jurídico perfeito, o valor da coisa julgada, o valor do direito de propriedade. [...] porque da mesma maneira que a consagração do marco temporal [...] sacrificaria totalmente os direitos fundamentais de várias comunidades indígenas, inclusive os índios Xokleng em Santa Catarina, da mesma forma há hipóteses em que se denegar totalmente a segurança jurídica, ao se afastar o ato, o negócio jurídico perfeito, a coisa julgada, a boa-fé e o direito de propriedade, nós estaríamos também renegando uma série de direitos fundamentais a gerações de pessoas (MORAES, 2023).

Diante disso, a fim de compatibilizar direitos fundamentais de indígenas e de particulares de boa-fé, propôs uma série de desdobramentos, de acordo com as respectivas situações. Tratando-se de terras de ocupação tradicional com posse na data

do marco temporal, deve-se proceder à demarcação. Por sua vez, quanto às terras sobre as quais pendesse litígio na data do marco temporal (renitente esbulho), deve-se proceder à demarcação e indenizar os particulares tão somente por benfeitorias de possuidor de boa-fé.

Nos demais casos, fora da data do marco temporal, deve-se proceder à demarcação, com a devolução do território à comunidade que faz jus, mas indenizar prévia e integralmente os particulares que, na sucessão da cadeia dominial, adquiriram-na de boa-fé. Isso porque, não raras vezes, não haveria como se ter conhecimento de que determinados imóveis se tratariam de terras indígenas, sendo desarrazoada a exigência de que particulares de boa-fé providenciassem a confecção de laudo antropológico.

De mais a mais, nas hipóteses de realística impossibilidade de reversão de terras em prol das comunidades indígenas, sobretudo considerando que há múltiplos lugares com cidades e indústrias consolidadas, Moraes (2023) sustenta pela possibilidade de compensação de áreas. Isto é, providenciar-se-ia terra diversa, que seja útil e atenda às necessidades demandadas pelo modo de vida indígena, guardando-se semelhança com o território ancestral que, por questões fáticas, restou impossibilitado de devolução. Essa hipótese, ressalta-se, condiciona-se à anuência da comunidade indígena, em nome do direito de consulta a que fazem jus.

Importa destacar que o raciocínio do ministro não se traduz em contradizer a literalidade do artigo 231, §6º do texto constitucional, mas tão somente em distinguir a situação contemplada pelo comando normativo da situação daqueles que, de boa-fé, de modo regular e com aval do próprio Estado, adquiriram títulos de propriedade ou exerciam posse sobre terras indígenas.

A distinção se dá justamente porque entende-se que, em determinados casos, a União deveria ser responsabilizada civilmente em virtude da sistemática leniência em relação a seu múnus – constitucionalmente previsto desde 1934 – de proteger as terras indígenas, até porque detém a titularidade desses bens. Nesse sentido, o ministro Alexandre de Mores (2023) assevera que “não é culpa das comunidades indígenas, que tem o seu direito à posse das terras. Mas não é culpa do agricultor, do colono, que tem direito a sua indenização integral. Aqui é culpa do poder público, que regulamentou ora de um jeito, ora de outro”.

Aplicar-se-ia, quanto à responsabilidade, o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado

prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Sustentar em sentido contrário, pois, importaria em enriquecimento ilícito do poder público em detrimento de particulares de boa-fé.

Da mesma forma que as comunidades dos povos originários têm o total direito de indignação por não terem suas terras demarcadas, aqueles agricultores, proprietários, colonos, de boa-fé, que adquiriram, trabalharam, pagaram a sua terra também têm o direito de se indignarem por perderem agora a sua propriedade e de terem uma indenização ridícula, irrisória, que não permite que eles possam recomeçar sua vida em outros locais. Nós vamos mudar de uma injustiça para outra injustiça quando o grande culpado é o Poder Público, que não regulamentou corretamente isso (MORAES, 2023).

A proposição do ministro, nessa toada, é a que melhor consegue conciliar interesses diametralmente opostos, na medida em que resguarda e possibilita a concretização dos direitos constitucionais indígenas, sem desprestigiar a boa-fé de particulares que em nada incorreram em culpa quando das desocupações forçadas, tampouco em face da complacência estatal.

Para além disso, veja-se que não se sustenta o argumento o qual conjectura um cenário caótico de infinitas desapropriações, inclusive com o temor de destruição dos locais urbanos e industriais, por conta da ausência marco temporal³⁷. Trata-se, com efeito, de uma falsa dicotomia. Primeiro porque as populações indígenas foram dizimadas em números significativos ao longo da História, de modo que representam menos de 1% da população brasileira, conforme o Censo 2023 (IBGE, 2023). Assim, não é razoável supor que comunidades que nem mais existem – e ocupavam áreas hoje correspondentes a grandes cidades – iriam pleitear a sua retomada.

Segundo porque, mesmo que os pleiteassem, tais espaços foram urbanizados e industrializados, de modo que não mais se prestam ao modo de vida indígena, isto é, são evidentemente inúteis à ocupação de modo tradicional. Também não parece razoável inferir ser de interesse público a demolição de cidades e indústrias. Todavia, frisa-se que

³⁷ Por ocasião do julgamento do RE nº 219.983 no STF, essa preocupação com a desconsideração da atualidade da posse indígena foi batizada de “Efeito Copacabana”, temendo-se um quadro caótico de devolução de territórios agora urbanizados, exemplificou-se que até Copacabana poderia ser pleiteada por indígenas que lá habitavam no passado.

isso não aniquila o dever estatal de amparar os povos indígenas, razão pela qual filia-se à solução idealizada pelo ministro Alexandre de Moraes.

Inclusive, a proposição encontra certa similaridade com uma disposição do Estatuto do Índio. O seu artigo 20, §3º dispunha que, em caráter excepcional – como um grave surto epidêmico, por exemplo –, poderia a União intervir em área indígena, a fim de deslocá-los a outro local “quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas” (BRASIL, 1973).

A dissonância trazida por Moraes em relação ao voto de Fachin reside, pois, em uma melhor equalização dos efeitos advindos do rechaço ao marco temporal, ao estabelecer, com razoabilidade, um ponto de equilíbrio entre sustentações contrárias. É preciso enfatizar que, por óbvio, o direito à indenização, seja pelo valor integral, seja somente pelas benfeitorias, não é devido, em hipótese alguma, quando presente a má-fé do particular.

Nessa senda, colaciona-se a tese de repercussão geral proposta pelo ministro Alexandre de Moraes, advertindo-se que os itens I, II, III, VI, VII, VIII, IX e X se compatibilizam com as proposições do ministro relator, sendo os itens IV e V os pontos de divergência, representando uma terceira vertente:

Item I) A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; Item II) A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; Item III) A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência do 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; Item IV) Inexistindo a presença do marco temporal ou de renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem a ver com objeto a posse, o domínio ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, existindo ao particular direito à indenização prévia em face da União, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, tanto em relação à terra nua, quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas; Item V) Na hipótese prevista no item

anterior, sendo contrário ao interesse público, a desconstituição da situação consolidada e buscando a paz social, a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas, concedendo terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância; Item VI) O laudo antropológico, realizado nos termos do Decreto 1.776/96, é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação da comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições; Item VII) O redimensionamento da terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos das normas regentes; Item VIII) As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lago nela existentes; Item IX) As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; Item X) Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente (MORAES, 2023).

Por todo o exposto, extrai-se que a síntese que melhor se alinha aos valores constitucionais é, seguramente, a que refuta o cabimento da tese do marco temporal para reconhecimento de direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Primeiro porque a tese não encontra qualquer amparo nos limites semânticos do texto constitucional, visto que a expressão *tradicionalmente ocupadas* se refere ao modo ancestral de como os povos originários se relacionam com a terra, segundo seus usos, costumes e tradições. Ou seja, a tradicionalidade não carrega um sentido temporal de ocupação, que demande determinado período de tempo para seu reconhecimento, de modo que a posse indígena se difere da posse civil.

Igualmente não há lugar para o entendimento de que a pretensão do constituinte foi de limitar as demarcações ao prazo de cinco anos, contados da data da promulgação, descrito no artigo 67 do ADCT, uma vez que os direitos indígenas são originários, isto é, preexistem ao surgimento do Estado e da própria Constituição, sendo a demarcação mero ato declaratório de direitos. Outrossim, o texto constitucional é expresso ao aludir que os direitos sobre as terras indígenas são imprescritíveis, não se sujeitando à prescrição aquisitiva – aquisição pela via da usucapião. Assim, o prazo quinquenal mencionado trata-se de norma programática, que pretendia, em verdade, dar celeridade aos processos demarcatórios, e não os impedir, com o esgotamento do lapso temporal.

Também se demonstrou que a exceção do renitente esbulho é de difícil aplicabilidade, porquanto exige que a comprovação de resistência seja feita conforme os

moldes tipicamente não indígenas, como o acionamento da via judicial para resolução de conflitos. Situação que se torna ainda mais esdrúxula porque os indígenas, até 1988, eram considerados incapazes para os atos da vida civil, impossibilitando-os de ingressar em juízo. Até porque, ressalta-se, é sabido que os órgãos tutelares responsáveis pela defesa de seus interesses, não raro, permaneceram inertes, o que evidencia clara obstrução do acesso à justiça.

Ademais, a exceção do renitente esbulho é demasiadamente restritiva, pois só abarca desapossamentos em que tenha havido resistência até a data da Constituição de 1988, o que, não raro, não foi possível pela própria violência perpetrada. Tem-se, assim, que a aplicação da tese do marco temporal, ainda que mitigada pela aplicação da exceção do renitente esbulho, não é satisfatória a fim de amparar os interesses em jogo.

Rechaça-se, assim, a tese do marco temporal, filiando-se a tese esposada pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de prestigiar os direitos indígenas, mas, com os devidos temperamentos, impor à União o ônus de indenizar os proprietários de boa-fé em determinadas hipóteses. Repise-se que isso não afronta o texto constitucional – que, a priori, afastaria a possibilidade de indenização –, pois se trata de reconhecer a responsabilidade civil da União pela leniência em proceder à demarcação das terras.

Em decorrência do raciocínio desenvolvido, assentando-se que o marco temporal desborda dos limites do texto constitucional, questiona-se se haveria como introduzi-lo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 490/07, aprovado na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2007), introduziria o marco temporal por meio de legislação infraconstitucional. Não parece haver dúvida, como consequência do aqui exposto, que tal tentativa seria inócua.

Ora, se o texto constitucional não comporta tal interpretação, e sendo os direitos indígenas autenticamente direitos fundamentais, não haveria como restringi-los por meio de uma inovação no plano infraconstitucional. Por outro lado, a discussão revela contornos mais complexos quando se trata de modificação por meio de emenda constitucional. O poder constituinte reformador, embora esteja sujeito a uma série de limitações – formais, materiais, circunstanciais – tem, é verdade, certa autonomia para inovar no ordenamento constitucional.

Nesse sentido, a questão perpassa necessariamente a compreensão dos direitos indígenas no plano constitucional. Conforme afirmado, tem-se que tais direitos são efetivamente cláusulas pétreas, do que decorre a impossibilidade de emenda

constitucional tendente a aboli-los, conforme artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Ora, como o marco temporal é limitação bastante restritiva, apta a sacrificar o próprio núcleo duro desses direitos territoriais – e existenciais, há de se reconhecer também a impossibilidade de introdução da tese pela via da emenda constitucional.

CONCLUSÃO

A História do Brasil foi marcada, em todos os seus períodos, por episódios de violência, escravidão e negação da cultura dos povos originários. Assim, na medida em que se buscava a expansão territorial e econômica, esses povos eram alijados de suas terras, uma vez que eram vistos como obstáculos ao desenvolvimento do país. A conformação fundiária brasileira, assim, produziu-se a partir de um intenso processo de genocídio, etnocídio e de sistemáticos deslocamentos forçados das comunidades indígenas.

Posteriormente, em um processo ainda incipiente de reparação histórica, a Constituição de 1934 outorgou certos direitos às comunidades indígenas, fenômeno que foi repetido e aprimorado nas constituições subsequentes, malgrado, em muitos momentos, tais direitos carecessem de efetividade. Esse processo de reconhecimento de direitos teve como ápice normativo a Constituição de 1988, que conferiu uma gama de direitos aos indígenas, rompendo definitivamente com o paradigma assimilacionista, que preconizava a necessidade de “integrá-los à sociedade”, em manifesta negação de seu modo de vida.

Nessa toada, destacou-se a importância das terras para as comunidades indígenas, pois sua relação com essas não se dá com os contornos clássicos de posse e propriedade próprios do Direito Civil, mas sim como instrumento para produção e reprodução de seus saberes, costumes, isto é, de sua cultura propriamente dita. Portanto, apontou-se a relevância da previsão do artigo 231 da Constituição de 1988, que lhes conferiu o direito à posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, bem como o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos lagos e rios nelas existentes.

No entanto, demonstrou-se a existência de uma divergência a respeito da interpretação desse dispositivo constitucional. Isso porque a expressão *terras tradicionalmente* ocupadas deu origem a duas visões antagônicas. Por um lado, argumenta-se que essas terras seriam tão somente aquelas ocupadas na data da promulgação da Constituição (teoria do fato indígena). Por outro lado, sustenta-se que a tradicionalidade não diz respeito a aspecto exclusivamente temporal, mas sim do modo de relação com a terra, não podendo limitar o reconhecimento dos direitos a esse marco temporal, já que se tratam de direitos *originários* (teoria do indigenato). Desse modo, o

presente trabalho teve como objetivo principal estabelecer quais os limites e as possibilidades da tese do marco temporal das terras indígenas frente à Constituição de 1988.

Na sequência, assim, discorreu-se a respeito do surgimento e acolhimento da tese no âmbito da jurisprudência. O *leading case* relativo à matéria foi o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), julgado no ano de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, discutia-se a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, tendo a decisão sido favorável à comunidade indígena. No entanto, por ocasião do julgamento, o Tribunal fixou uma série de condicionantes relativas à demarcação de terras indígenas, expondo uma espécie de parametrização da matéria.

Dentre essas condicionantes, estava a fixação do critério temporal para a demarcação das terras. Ou seja, nessa decisão o STF acolheu a tese do marco temporal. No entanto, demonstrou-se que, no caso julgado, a aplicação do marco temporal serviu como reforço argumentativo para a decisão tomada pela corte. Isso porque, a partir do critério temporal, sustentou-se que bastaria a ocupação pela comunidade indígena quando do advento da Constituição, não lhes tolhendo o direito à demarcação e reconhecimento um desapossamento posterior.

Ademais, explicitou-se, também, que o Supremo Tribunal Federal consignou expressamente a ausência de efeito vinculante da referida decisão, que se deu em sede de controle difuso de constitucionalidade. No entanto, apesar dessa diretriz, os Tribunais passaram a acolher a tese, demonstrando-se, a partir disso, que adveio uma série de consequências prejudiciais aos povos indígenas. Nesse sentido, analisaram-se casos concretos envolvendo demarcações de terras que foram revistas em razão da fixação do marco temporal.

Ademais, a Advocacia-Geral da União editou parecer com base na decisão do Supremo Tribunal Federal, voltado a orientar a atuação da Administração Pública Federal quanto aos procedimentos administrativos de demarcação. Nesse parecer, previu-se expressamente a necessidade de observância desse critério temporal. Esse quadro de revisão de demarcações demonstrou que a fixação do marco temporal, ao contrário do que era sustentado pelos seus defensores, não arrefeceu os conflitos fundiários. Ao contrário, não se observou a propalada segurança jurídica que seria consequência da adoção da tese.

Além disso, por ocasião do acolhimento do marco temporal, o Supremo Tribunal Federal construiu a exceção do renitente esbulho, que mitigaria os rigores do marco temporal. Assim, quando as comunidades indígenas demonstrassem a existência de litigiosidade quanto ao desapossamento sofrido, seja a partir do plano fático, seja a partir de demanda judicial, poder-se-ia flexibilizar o marco temporal. No entanto, a exceção é aplicada de forma extremamente restritiva, atribuindo ônus probatório demasiado aos povos indígenas, sobretudo porque outrora inclusive desprovidos de capacidade jurídica plena, que lhes tolhia o acesso à justiça.

Ou seja, a questão fundiária relativa às comunidades indígenas permaneceu sendo objeto de controvérsia. Em razão disso, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, que tem como principal objeto a definição quanto à aplicação do marco temporal. Ou seja, mais de uma década depois, o Tribunal passou a revisitar a matéria, à luz, inclusive, de novos critérios e aspectos fáticos e jurídicos.

Assim, passou-se a examinar os votos já proferidos no âmbito do referido julgamento, de modo a, concomitantemente, concluir-se pela (in)compatibilidade do marco temporal com o texto constitucional. Inicialmente, o voto do ministro Fachin foi no sentido de rechaçar totalmente a aplicação do marco temporal, referindo que tal interpretação não encontra fundamento no texto constitucional.

Ademais, o ministro invocou uma série de princípios relativos à interpretação constitucional, tais como a máxima efetividade das normas constitucionais, a vedação ao retrocesso e a proibição de proteção deficiente. Consignou, assim, que o direito às terras tradicionalmente ocupadas é direito fundamental dos povos indígenas, não havendo fundamento para a referida restrição.

Por outro lado, o voto do ministro Nunes Marques acolheu a tese do marco temporal, alicerçando seu entendimento em razões de preservação da segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e econômicas, além de prestigiar a manutenção do precedente. Destacou, sobretudo, eventuais prejuízos econômicos em razão de futuras desapropriações e reversões de terras.

Esse argumento, conforme se demonstrou, não subsiste. Isso porque se pode identificar, na hipótese, a existência de uma alteração do substrato fático da norma, ou melhor, da tese do marco temporal. Essa alteração diz respeito ao fato de que é consenso que as terras indígenas gozam de elevados níveis de preservação ambiental. Assim, tendo

a preservação ambiental se tornado um imperativo econômico para o Brasil, inclusive para celebração de acordos comerciais, não há como sustentar, com uma simples relação de causalidade, que a maior atribuição de terras aos indígenas representaria prejuízos econômicos ao país.

Os votos dos primeiros dois ministros representam as visões antagônicas relativas à matéria, razão pela qual foram esmiuçados e analisados, com as respectivas interpolações. Conclui-se, assim, que assiste razão à tese de afastar a aplicação do marco temporal, pela sua incompatibilidade com o texto constitucional. Isso porque, de fato, não há como limitar a interpretação constitucional a um insuficiente critério temporal, haja vista que a tradicionalidade, a que se referiu o constituinte, certamente diz respeito a aspectos multifacetados, culturais, geográficos, socioeconômicos e também, mas não exclusivamente, temporais.

Por outro lado, a compreensão do ministro Fachin era no sentido de que, sendo o processo de demarcação meramente declaratório – como de fato se trata –, não haveria falar em direito à indenização além dos limites expressamente previstos na Constituição. Isto é, eventuais indenizações limitar-se-iam ao previsto no artigo 231, § 6º, que estabelece o direito tão somente quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas por ocupantes de boa-fé.

Assim, na sequência, demonstrou-se que tal solução não é a mais adequada para conciliar os interesses em jogo. Filiou-se, assim, à tese esposada pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de afastar a tese do marco temporal, possibilitando, no entanto, em determinadas hipóteses, a indenização prévia e integral a ocupantes de boa-fé. Ressaltou-se, ademais, que isso não viola a literalidade do dispositivo constitucional, pois se trata de reconhecer a omissão e a leniência estatal em proceder à demarcação das terras.

Por todo o exposto, afirmou-se que o Projeto de Lei nº 490/2007, aprovado pela Câmara dos Deputados, padece de vício de inconstitucionalidade. Isso porque, se o texto constitucional não comporta a referida interpretação, não há de se cogitar da possibilidade de introduzir essa modificação pela via infraconstitucional.

Quanto à possibilidade de emenda constitucional, partiu-se da premissa de que o analisado dispositivo estampa cláusula pétrea. Assim, eventual emenda constitucional não seria possível caso *tendente a abolir* tal direito. Nessa toada, entendeu-se que a introdução do marco temporal representaria de fato, uma medida tendente a abolir o

direito fundamental, pois representaria restrição demasiada, não constante do texto constitucional, e capaz de aniquilar o núcleo duro desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antônio Cavalcante. Aspectos das políticas indigenistas no Brasil. **Interações (Campo Grande)**, [S. l.], v. 19, n. 3, p. 611–626, 2018. Disponível em: <https://interacoesucdb.emnuvens.com.br/interacoes/article/view/1721>. Acesso em: 24 jun. 2023.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Bauru: EDUSC, 2005.

ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Museu Nacional, 2006.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BADIN, Luiz Armando. **Sobre o conceito constitucional de terra indígena**. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 51, número 190, jul./dez. 2006.

BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação/LACED, 2006.

BARBOSA, Rodrigo Lins. **O Estado e a questão indígena**: crimes e corrupção na SPU e na FUNAI (1964-1969). 2016. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/23336>.

BARBOSA, Samuel. Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil, p. 125-137. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

BARBOZA; José Joaci; PINHEIRO, Zairo Carlos da Silva; SILVA, Hagner Malon da Costa. Índios "ressurgidos" em Rodndônia: o caso dos Puruborá e Kassupá. Revista Mutirão, Recife, v. 2, n. 3, p. 110-127, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/mutiro/article/view/252432>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. O reconhecimento indígena em perspectiva: os Akwê Xerente e os não indígenas de Tocantínia-TO. **Revista Territórios & Fronteiras**, Cuiabá, v. 10, n. 1, jan./jul. 2017, p. 220-237.

BIGIO, Elias dos Santos. A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da Nova República (1967-1990). **Revista de Estudos e Pesquisas**, FUNAI, Brasília, v. 4, n. 2, p. 13-93, dez. 2007.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 6 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 5 maio. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 490, de 2007**. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Autoria: Deputado Homero Pereira. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.072 de 20 de junho de 1910**. Cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores e aprova o respectivo regulamento. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d8072.htm. Acesso em: 6 maio. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 maio. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República: 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 maio. 2023.

BRASIL. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm. Acesso em: 21 maio. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.001/1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 3 maio. 2023.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU**, 19 jul. 2017. Advocacia-Geral da União. Diário Oficial da União, 20 jul. 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19185923/do1-2017-07-20-parecer-n-gmf-05--19185807. Acesso em: 20 maio. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **MS 14.746/DF**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952089&num_registro=200902088856&data=20100318&formato=PDF. Acesso em: 16 maio. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 803.462-AgR/MS**. 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. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 dez. 2014a. p. 1-2. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur291967/false>. Acesso em: 10 maio. 2023.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937/SP**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. (...). Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Ministro Marco Aurélio, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397317/false>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na Petição 3388**. 23 de outubro de 2013. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3388**. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei no 6.001/73 e seus decretos regulamentares. [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC**. Recorrente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Ministro Edson Fachin, 9 de setembro de 2021 (voto do relator). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC**. Constitucional. Administrativo. Posse indígena. Terra ocupada tradicionalmente por comunidade indígena. Possibilidades hermenêuticas do artigo 231 da Constituição da República. Tutela constitucional do direito fundamental às terras de ocupação tradicional. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. Recorrente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Ministro Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 650**. Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1634>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BURCKHART, Thiago Rafael. **Direitos indígenas e jurisdição constitucional**: uma análise crítica do caso Raposa Serra do Sol. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/215285>. Acesso em: 3 mai. 2023.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSETTARI, Christiano; SALOMÃO, Marcos Costa. **Registro de imóveis**. 2. ed. São Paulo: Foco, 2023.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **Revista História** (São Paulo), São Paulo, v. 35, e. 75, p. 1-22. 2016. Disponível em: <https://historiasp.franca.unesp.br/terra-indigena-aspectos-historicos-da-construcao-e-aplicacao-de-um-conceito-juridico/>. Acesso em: 2 maio. 2023.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Demarcação de terras indígenas Kaiowá e Guarani em Mato Grosso do Sul: histórico, desafios e perspectivas. **Fronteiras**, [S. l.], v. 16, n. 28, p. 48-69, 2014. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/FRONTEIRAS/article/view/4542>. Acesso em: 25 jun. 2023.

CAVALCANTI-SCHIEL, Ricardo. A política indigenista, para além dos mitos da Segurança Nacional. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 23, n. 65, p. 149-164, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10444>. Acesso em: 24 jun. 2023.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. v. 02. Texto 5: Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas, 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio**: Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha. Índios na Constituição. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 429-443, set-dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/d9Kq7jjTt8GqR8DqBSgQbTK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DUPRAT, Deborah. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

EISENBERG, José. **As missões jesuíticas e o pensamento político moderno**. Encontros culturais, aventuras teóricas. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **As relações de trabalho nas reduções jesuíticas com os índios Guaranis, na província do Paraguai**. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Parecer a respeito do marco temporal das terras indígenas**. 2021.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Com a coleta concluída na TI Yanomami, Censo já registra 1.652.876 pessoas indígenas em todo o país. 3 de abril de 2023. Disponível em: <https://ibge.gov.br/novo-portal-destaques/36595-com-a-coleta-concluida-em-tis-yanomamis-censo-ja-registra-1-652-876-pessoas-indigenas-em-todo-o-pais.html>. Acesso em: 10 jun. 2023.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed., Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GEDIEL, José Antônio Peres. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

HECK, Egon; PREZIA, Benedito. **Povos indígenas: terra é vida**. 6. ed. São Paulo: Atual, 1999.

IANNI, Octavio. **Ditadura e Agricultura: o desenvolvimento do capitalismo na Amazônia: 1964-1978**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

JUZINSKAS; Leonardo Gonçalves; AYRES, Rodrigo Santa Maria Coquillard. Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena. **Boletim Científico ESMPU**, ano 18, n. 53, p. 13-40, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/breves-apontamentos-acerca-de-causas-e-consequencias-na-adocao-do-marco-temporal-em-materia-de-terra-indigena>. Acesso em: 23 maio. 2023.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico ao estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LIBOIS, Rachel Dantas; SILVA, Robson José da. Marco temporal, Supremo Tribunal Federal e direitos dos povos indígenas: um retrocesso anunciado. **PerCursos**, Florianópolis, v. 22, n. 48, p. 399-429, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/19147>. Acesso em: 24 jun. 2023.

LIMA, Antônio Carlos de S. **Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1995.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “Raposa Serra do Sol”. **Revista Direito e Paz**, Lorena, SP, v. 2, n. 37, p. 253-272, 2017. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/728>. Acesso em: 10 maio. 2023.

LOPES, Danielle Bastos. O direito dos índios no Brasil: a trajetória dos grupos indígenas nas constituições do país. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 83, 2014. DOI: 10.22456/1982-6524.41524. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/41524>. Acesso em: 24 jun. 2023.

MARQUES, Kassio Nunes. Pleno (AD) - Marco temporal sobre demarcação de áreas indígenas (2/2) - 9/9/21; Pleno (AD) - Marco temporal sobre demarcação de áreas indígenas - 15/9/21. [S. l.: s. n.], 9 set 2021; 15 set 2021. 2 vídeos (55 min 37 s e 1h 20 min 6 s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dINOqVMueGA>; https://www.youtube.com/watch?v=85vEMSUe_WY. Acesso em: 20 abr. 2023.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. Direitos de povos indígenas no Brasil: o “núcleo essencial de direitos” entre diversidade e integracionismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [s. l.], v. 15, n. 2, p. e39249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/39249>. Acesso em: 14 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Tomo VI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo VI.

MONTEIRO, João Baptista. **Ação de Reintegração de Posse**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MOONEN, Francisco. **Pindorama Conquistada: repensando a questão indígena no Brasil**. João Pessoa: Alternativa, 1983.

MORAES, Alexandre de. Pleno (AD) – Bloco 1 – Marco temporal para demarcação de terras indígenas – 7/6/2023 [S. l.: s. n.], 7 jun 2023; 1 vídeo (1h 24 min 39 s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DaESVEi2-pY>. Acesso em: 8 jun. 2023.

NÖTZOLD, Ana Lúcia Vulfe; BRINGMANN, Sandor Fernando. O Serviço de Proteção aos Índios e os projetos de desenvolvimento dos Postos Indígenas: o Programa Pecuário e a

Campanha do Trigo entre os Kaingang da IR7. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, v. 5, n. 10, 2013.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Sociedade plural e pluralismo cultural no Brasil**. Brasília: UnB, 1982.

PACHECO NETO, Manuel. **A escravização indígena e o bandeirante no Brasil colonial: conflitos, apresamentos e mitos**. Dourados: Universidade Federal da Grande Dourados, 2015.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 95, p. 107-120, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67457>. Acesso em: 9 fev. 2023.

PICOLI, Fiorelo. **O capital e a devastação da Amazônia**. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

PORTUGAL. **Alvará e Regimento sobre a Liberdade dos Índios, de 26 de julho de 1596**. In: LEITE, Serafim S. J. História da Companhia de Jesus no Brasil. Lisboa/Rio de Janeiro: Portugália/Civ. Brasileira, 1938-50, v. 2.

PORTUGAL. **Alvará Régio de 1º de abril de 1680**. In: Anais da Biblioteca Nacional, v. 66, p. 57-59, Rio de Janeiro, 1948.

PORTUGAL. **Carta Régia de 10 de setembro de 1611**. In: Anais do Arquivo Público da Bahia, v. 29, p. 8-15, Salvador, 1943.

PROJETO DE CONSTITUIÇÃO PARA O IMPÉRIO DO BRASIL. Elaborado pela Comissão da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa (30 de setembro de 1823). In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto (orgs.). **Textos políticos da História do Brasil**. v. 8. 3. ed. Brasília, Senado Federal, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas nas origens de São Paulo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

ROCHA, Ibraim; TRECANNI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza. **Manual de direito agrário constitucional: lições de direito agroambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Leandro Mendes. **O índio e a questão Agrária no Brasil: novas leituras de velhos problemas**. In: SALOMON, Marlon; SILVA, Joana Fernandes; ROCHA, Leandro Mendes. (Orgs.). *Processo de territorialização: entre a história e a antropologia*. Goiânia: UCG, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais: São Paulo: 1999.

SAMPAIO, Patrícia Melo. **Política indigenista no Brasil imperial (1808-1889)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v.1, p. 175-206, 2009.

SANTILI, Márcio. **Os brasileiros e os Índios**. São Paulo: Senac, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: José Rubens Morato Leite (Org.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133-184.

SARLET; Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCOTTI, Guilherme. A Constituição de 1988 como marco na luta por reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas e quilombolas no Brasil – a natureza aberta dos direitos no estado democrático de direito. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 457-476, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2016. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em: 14 maio. 2023.

SILVA, José Bonifácio de Andrade. **Projetos para o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Lúgia Osório. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas: UNICAMP, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros para a autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

Disponível em: [https://www.e-](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225)

[publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225). Acesso em: 13 maio. 2023.

SOUZA, Lucas Silva de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: a visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 577-600, ago. 2019. Disponível em:

<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6054/pdf>. Acesso em: 11 maio. 2023.

STARCK, Gilberto; BRAGATO, Fernando Frizzo. O impacto da tese do marco temporal nos processos judiciais que discutem direitos possessórios indígenas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 1, p. 245-282, jan./abr. 2020.

Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/616>. Acesso em: 5 maio. 2023.

STÉDILE, João Pedro. **Questão agrária no Brasil**. 11 ed. São Paulo: Atual, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia.

Revista da AJURIS, [s. l.], v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. Disponível em:

<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/333/268>. Acesso em: 18 abr. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Parecer**. 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756887007&prcid=5109720>. Acesso em: 14 maio. 2023.

SUCHANEK, Márcia Gomes. Povos indígenas no Brasil: de escravos a tutelados. Uma difícil reconquista da liberdade. **Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 12, n. 1, p. 240-274, 27 out. 2012.

TARÔCO, Lara Santos Zangerólame. **O discurso do progresso e os impactos das políticas de desenvolvimento nacional para os povos indígenas no Brasil: o legado da ditadura militar em e para além da Usina Hidrelétrica de Belo Monte**. 2018.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.

TARÔCO, Lara Santos Zangerolame. Uma tarefa comum a qualquer corte constitucional?: superinterpretação e a tese do marco temporal da ocupação no caso Raposa Serra do Sol. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 309-331, 2021. Disponível em:

<https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/875>. Acesso em: 18 jun. 2023.

TERRAS indígenas ajudam a proteger áreas florestais do desmatamento. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 abr. 2022. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/empresadadorsocial/2022/04/terras-indigenas-ajudam-a-proteger-areas-florestais-do-desmatamento.shtml>. Acesso em: 27 maio. 2023.

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

VITORELLI, Edílson. **Estatuto do índio**: Lei 6.001/1973. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VOLPATO, Luíza. **Entradas e bandeiras**. 3. ed. São Paulo: Global, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América-Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. p. 19-42. Curitiba: Juruá, 2013.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 143-158, jan/jun. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213>. Acesso em: 10 maio. 2023.

A autora

MAITÊ CAURIO FELKER



Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

ISBN 978-658452575-7




Editora
REALCONHECER

BRAZIL

