

**O MARCO TEMPORAL E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS,
NA DOGMÁTICA DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988 PARA A GARANTIA DA PERMANÊNCIA EXISTENCIAL DOS
POVOS INDÍGENAS NO BRASIL¹**

***THE TIMELINE AND DEMARCATION OF INDIGENOUS LANDS IN THE
DOGMATIC OF ARTICLE 231 OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988
FOR THE GUARANTEE OF THE EXISTENTIAL PERMANENCE OF
INDIGENOUS PEOPLES IN BRAZIL***

Nome: Máгда Dornelles Gomes

Orientador: Professor Doutor Felipe Franz Vienne

RESUMO

O presente estudo busca refletir sobre os impactos da tese do Marco Temporal, temática bastante polêmica nos processos demarcatórios de terras indígenas no Estado brasileiro, os quais se fazem extremamente necessário para a garantia da permanência existencial dos povos indígenas no Brasil, que tem gerado graves conflitos sociais nas áreas em disputa. Assim, nesse contexto interpreta-se na dogmática do art. 231 da CF/88, os direitos originários reconhecidos aos povos indígenas sobre a terra que tradicionalmente ocupam, asseverando a aplicabilidade do dispositivo, bem como a inconstitucionalidade da referida teoria com a Constituição e em âmbito normativo internacional, com análises de casos, para as ideias apresentadas nas hipóteses, a fim de obter uma conclusão para as questões colocadas pelo problema de pesquisa e suas hipóteses correspondentes. Como procedimento utilizou-se a pesquisa documental e bibliográfica, com consultas a artigos científicos, legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Marco Temporal. Demarcação. Direitos Indígenas. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This study seeks to reflect on the impacts of the Temporal Framework thesis, a very controversial topic in the demarcation processes of indigenous lands in the Brazilian State, which are extremely necessary to guarantee the existential permanence of indigenous peoples in Brazil, which has generated serious conflicts communities in the disputed areas. Thus, in this context, the dogmatics of art. 231 of CF/88, the original rights recognized to indigenous peoples over the land they traditionally occupy, asserting the applicability of the device, as well as the unconstitutionality of the referred theory with the Constitution and in the international normative scope, with analysis of cases, for ideas presented in the hypotheses, in order to obtain a conclusion for the questions posed by the research problem and its corresponding hypotheses. As a procedure, documentary and bibliographical research was used, with consultations to scientific articles, legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Timeframe. Demarcation. Indigenous Rights. Unconstitutionality.

¹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

INTRODUÇÃO

A Importância da demarcação de terras, o reconhecimento cultural e a própria existência das populações indígenas está profundamente atreladas à efetivação dos direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam que são protegidos pela lei brasileira e todos os direitos humanos pela lei internacional, Com o surgimento da tese do marco temporal, segundo a qual os povos indígenas possuem direitos apenas às terras ocupadas em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, esses direitos estão ameaçados e podem ser relativizados.

Durante o longo processo de colonização e de formação do Estado brasileiro houve a escravização, bem como o genocídio e a violência cultural, que quase dizimou diversas culturas e povos indígenas originários do território brasileiro.

A partir da Constituição Federal de 1988 é que os direitos e reconhecimento de pertencimento a terra, o respeito às diferenças étnico-culturais, sua forma social de organização, bem como uso, costumes e tradições são abarcados pelo ordenamento jurídico e tutelados como direitos fundamentais.

Sob esse viés, a proposta desse artigo tem como objetivo refletir sobre o impacto da tese do marco temporal nos processos demarcatórios das terras indígenas e nos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam a partir da interpretação e constitucionalidade com o art. 231 da Constituição Federal, bem como no âmbito das normas e tratados de direitos internacionais, o qual o estado brasileiro é signatário.

Nesse sentido, a primeira parte desse estudo, aborda-se a importância da demarcação de terras indígenas, diante as normas brasileiras, decretos e documentos internacionais, no segundo capítulo, busca-se interpretar os direitos dos povos indígenas, reconhecidos no art. 231, que estão dedicados em capítulo específico da Carta de 1988 (Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo VIII, “Dos Índios”).

E num terceiro momento, reflete-se acerca da supracitada tese e o seu impacto na efetivação dos direitos dos povos indígenas, sob o viés do Recurso extraordinário 101736 para análise constitucional ao art. 231 da CRFB/88, culminando com a discussão da inconstitucionalidade do Marco Temporal na Interpretação com parâmetros constitucionais.

Sendo essa a proposta de estudo ao longo dos capítulos desse artigo, para tanto, utilizou-se como procedimento a pesquisa documental e bibliográfica, com consultas a artigos científicos, legislações, doutrinas e jurisprudências.

1. A IMPORTÂNCIA DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Gradativamente, ao longo do século XX foram alteradas as definições do termo "terras indígenas", assim como as formas e tempo de "ocupação" (ocupação permanente, modo tradicional de ocupação, tempo de ocupação). Alterações que passam a direcionar as ações do Estado, voltadas para a demarcação das terras indígenas e, definições legais e institucionais das formas de proteção, dos limites e controle dos territórios. Ampliou-se na sociedade sentimento de responsabilidade histórica do Estado brasileiro para com os povos indígenas e o anseio de superar a condição de tutela e de objeto do Estado, construindo autonomia e atenção básica aos seus territórios. Porém cabe destacar a realidade construída na trama do poder instituído pelo golpe militar de 1964. Em meio aos retrocessos e violências do regime militar no Brasil, ocorrem diversas denúncias internacionais das torturas e massacres realizados contra índios brasileiros (SILVA, 2018).

Para refletir melhor na importância da demarcação de terras indígenas, e nas disputas pelos territórios com a população indígena, Duprat et al. (2018, p. 52), discorre que não existem divergências, quanto à cisão com os textos constitucionais pretéritos, ao tratamento dados aos povos indígenas na constituição atual, rompe com o modelo assimilacionista, reconhece e aceita como tais, com direito de se professarem distintos, fortalece suas organizações usos e costumes.

De maneira inicial, a Constituição de 1988, define o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" como aquelas em que vivem permanentemente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as essenciais à preservação dos recursos ambientais, necessárias ao seu bem-estar, e as necessárias à sua manutenção física e reprodução cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1º) (DUPRAT et al., 2018, p. 54).

Contextualizando, num breve resgate histórico, Conforme Filho (2002, p.12), ao longo dos anos de 1500, os europeus em suas expedições marítimas chegaram à terra que se tornou o Brasil. Ao chegar, descobriram uma população diversificada de índios com diferentes culturas e línguas. A chegada dos europeus à população indígena foi um verdadeiro desastre. Quando os indígenas perceberam a intenção deles de se estabelecerem aqui, viram uma ameaça às suas terras, tradições e costumes. Várias tribos ofereceram resistência física e moral a várias formas de subjugação, para se

protegerem resistiram à agressão, se recusando ao trabalho forçado, a escravidão, as fugas individuais ou em massa.

É claro que naquela época não havia um estado normativo, os países não estavam divididos como os conhecemos hoje, e nem mesmo havia órgãos internacionais autônomos para a aplicação de normas relacionadas aos direitos humanos (MARÉS, 2016, p. 48).

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas às suas terras remonta ao século XVII, quando a coroa portuguesa elaborou documentos legais visando coibir a colonização por meio da proteção dos direitos territoriais indígenas (SOUZA FILHO, 2002, p.15).

O primeiro documento ficou conhecido como Alvará Régio, publicado em 1º de abril de 1680 pelo ordenamento jurídico do Estado português. Depois houve a publicação da Lei de 6 de junho de 1755, editada pelo Marquês de Pombal. Ambos os documentos legais reconheceram a natureza primordial e inalterável dos direitos dos povos indígenas às suas terras, dando origem ao que a lei brasileira dos séculos XIX e XX chamou de instituição do indigenato, posteriormente consagrado no Estatuto do Índio de 1973 e depois no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 (SOUZA FILHO, 2002, p.16).

O processo de demarcação no Brasil sofreu grandes mudanças ao longo do tempo, principalmente após a aprovação do Estatuto do Índio (lei nº 16.001). Foram efetivadas por meio das seguintes publicações do Poder Executivo: Decreto nº 76.999, em 08 de janeiro de 1976; Decreto nº 88.118, em 23 de fevereiro de 1983; Decreto nº 94.945 em 23 de setembro de 1987; Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991. Por fim, foi aprovado o Decreto nº 1.775, publicado em 8 de janeiro de 1996, documento que ainda hoje está em vigor (SILVA, 2008, p. 59).

Nesse viés, ficou estabelecido que o Decreto nº 1.775/96, Portaria nº 14/96, que trata do procedimento administrativo para a demarcação das terras dos povos indígenas, introduziu o princípio dos tribunais conflitantes e a necessidade da participação da população indígena nos processos de demarcação. Entre a conclusão dos trabalhos de delimitação das terras indígenas por meio do decreto do presidente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e a publicação do decreto que demarca os limites oficiais das terras, houve um período de abertura para proprietários (terceiros) ou autoridades para apresentar impugnações, e então a FUNAI apresentasse sua impugnação para que o Ministro da Justiça decida sobre o assunto (SANTILLI, 2000).

Nesse período, todos os processos demarcatórios que aguardavam decisão e não estavam registrados em cartório foram transferidos para o sistema de concurso administrativo, incluindo algumas terras já demarcadas, mas ainda não registradas (SANTILLI, 2000, p. 45).

Cerca de 150 demarcações foram submetidas simultaneamente ao contraditório judicial por terceiros interessados. Esse período foi marcado por tensões, críticas à mudança no sistema administrativo de demarcação e ameaças de invasão de terras indígenas. Logo em seguida, os recursos foram quase integralmente julgados improcedentes e, assim, foi expedido um número significativo de despachos declaratórios e homologatórios. A maioria dos processos em andamento continuou, levando à conclusão de vários deles e ha avanços significativos na contagem oficial das terras demarcadas até então (SANTILLI, 2000). Conforme discutido, o avanço da década de 1990 não foi linear, mas significativo na história das demarcações (SILVA 2000).

O fato é que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no último censo demográfico de 2010, constatou-se que mais de 800 mil índios vivem no país. Não se pode negar que a legislação em favor dos povos indígenas avançou desde a Constituição Federal de 1988, que garantiu respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e principalmente seus direitos territoriais. Além disso, o movimento indígena brasileiro conseguiu formar alianças com movimentos regionais e internacionais, conseguindo alterar a Convenção da Organização Internacional do Trabalho, que também falava sobre a assimilação dos povos à comunidade nacional, reconhecendo a territorialidade, o domínio do grupo sobre esse território, a capacidade do grupo de escolher seu próprio destino de desenvolvimento e seu próprio modelo de justiça (NÓGREGA, 2011, p. 66).

Nesse sentido, devido à magnitude e aos impactos gerados desde a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988 no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas, faz-se necessário elencar alguns destaques. Isso porque, a Constituição de 1988 estabeleceu o reconhecimento aos povos indígenas de "direitos coletivos e permanentes", (...) existem como povos que são independentemente do grau de contato ou interação que tenham com outros setores da sociedade (ARAÚJO, 2006).

Esses direitos coletivos foram extensiva a toda comunidade tradicional, pela Convenção 169 da OIT, a quem denominou de tribais, e a Declaração das Nações

Unidas elevou-os à natureza de Direitos humanos devendo ser respeitados por todas as nações e pessoas (SOUZA FILHO, 2018, p.93).

Nesse sentido, a Constituição Federal da República de 1988 recebeu, à luz dos tratados, acordos, pactos e convenções internacionais, objetos jurídicos que garantem os direitos humanos e, em especial, os direitos dos povos indígenas, reconhecendo, antes de tudo, seu direito à propriedade coletiva e posse exclusiva de seus territórios, seu usufruto, além do respeito às suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições (SILVA, 2018, p.48).

Por tanto, é inegável notar os avanços proporcionados pela Carta Constitucional de 1988. A partir desse diploma legal, surgiram diversas leis complementares e ordinárias. Assim, para reforçar os dispositivos legais que tratam das questões de demarcação de terras indígenas, hoje garantidas constitucionalmente, destaca-se a existência dos seguintes instrumentos legais sobre o tema: Decreto nº 1.775/1996, que dispõe sobre procedimentos administrativos para demarcações; Decreto nº 5.051/2004, que promulgou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT), sobre os povos indígenas; Portaria MJ nº 14/96 (Portaria MJ nº 14/1996), que veio estabelecer normas para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas; Portaria MJ nº 2.498/11 (Portaria MJ nº 2.498/2011), que regulamenta a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas; a Instrução Normativa da FUNAI nº 02/2012, que institui a Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias (CPAB) e estabelece o procedimento para indenização das benfeitorias implantadas no interior de terras indígenas; e, por fim, a Portaria nº 682/PRES – FUNAI, de 24 de junho de 2008 (Portaria nº 682/PRES – FUNAI – 24/06/2008), que institui o 'Manual de Demarcação Física de Terras Indígenas' (Manual de Demarcação Física de Terras Indígenas).

Para Terena et al. (2019, p. 115), o conceito de terra indígena, no sentido jurídico, e se expressas estão no rol que a Constituição Federal enumerou é terra indígena, eles chamam de conceito vinculado à constituição e defendem bastante isso, e não é inventado pela CIMI, ou pela FUNAI, e nem por antropólogos, pois está na Constituição.

Portanto, diante do exposto sobre a importância da demarcação de terras indígenas, é indispensável compreender sob o viés constitucional e as lutas dos povos indígenas, a necessidade da demarcação das terras indígenas, o que iremos abordar a seguir.

1.1 PORQUE DEMARCAR TERRAS INDÍGENAS?

A luta dos povos indígenas é pela permanência de seu povo, porém não pela posse individual, não é por qualquer terra, mas a luta pelo seu território, os quais foram expulsos, lugar de existir e estar, uma relação existencial da população que complementa e produz o direito comunitário, que enseje suas práticas cultural e existencial (SOUZA FILHO, 2018, p. 91).

Para Duprat et al. (2018, p. 54 - 55), A terra Indígena, está centrada na sua íntima conexão com a identidade e as características culturais do grupo. Assim ela não é apenas o lugar de moradia, é o conjunto de moradia, trabalho, conservação do meio ambiente e dos essenciais á sua representação física e cultural. A percepção de terra indígena, a partir do objetivo expresso na Constituição e em tratados Internacionais, é mais extensiva do que nos textos das constituições passadas, para que possam ter um ambiente pleno para viver e se desenvolverem de acordo com suas visões de mundo, que cresçam e as condições seja alcançadas e desfrutadas pelas suas futuras gerações.

Em primeiro lugar, é importante desenvolver uma compreensão do conceito técnico da palavra "cultura", que, em suma, é uma das duas maneiras pelas quais uma pessoa transmite suas características aos seus descendentes, a primeira é por meio de um meio biológico (genético) e a outra é uma forma cultural (língua, costumes, crenças, hábitos, tradições, etc.) (MELATTI, 2007, p. 36).

Segundo Júnior (2004, p. 47), este é um conceito amplo, e cada grupo possui características próprias, por isso não é apropriado generalizar os elementos culturais que formam todos os povos indígenas.

Por se tratar de um direito primário, a demarcação de terras indígenas é “meramente um ato declaratório, cuja finalidade é simplesmente determinar a real extensão da posse para assegurar a plena efetividade do dispositivo constitucional que impõe ao Estado o dever de proteger isto”. No entanto, a implementação da demarcação em quase todos os casos é condição necessária para a plena garantia dos territórios e sobrevivência sociocultural das comunidades indígenas, uma vez que a disputa pela posse de suas terras e das riquezas nelas disponíveis é à base da questão dos indígenas no país hoje (LEITÃO, 1993, p. 175).

Evidentemente, para que haja ordem e paz social em qualquer sociedade, são necessárias ações especiais e proteção do Estado para a promoção e diligência das formações familiares, que sustentam a base social, bem como os direitos humanos inerentes, incluindo o direito à cultura, respeito, dignidade e liberdade (NÓBREGA, 2011, p.15).

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal de 1988 e as Leis Federais (Lei n. 10.406/2002 – Código Civil; Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; Lei n. 12.852/2013; etc.), previu o acesso aos direitos e obrigações das famílias e de seus indivíduos (MARÉS, 2016).

Sem dúvida, os povos indígenas, gozam de seu direito de família. Quanto a esse direito, inclui o direito à vida, à saúde, à alimentação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à moradia, à educação, à liberdade e à convivência na família e na comunidade (NÓBREGA, 2011, p. 16).

No que diz respeito à dignidade, testemunham-se inúmeros instrumentos jurídicos existentes que tratam da inviolabilidade de direitos muito pessoais e fundamentais enumerados, por exemplo, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Além de documentos internacionais como a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de setembro de 2007 (MELATTI, 2007).

Assim, e precisamente no artigo 1º do referido diploma, consta que:

Os povos indígenas têm o direito, como povo ou pessoa, à plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo direito internacional no campo dos direitos humanos. (Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas)

Nota-se que todos esses documentos são à base do reconhecimento da igualdade entre as pessoas, da liberdade individual e da busca pela paz, harmonia e justiça no mundo (MELATTI, 2007, p.37).

A demarcação de uma Terra Indígena (TI) tem como objetivo central garantir o direito indígena à terra. Nesse viés Melatti (2007, p. 38) nos ajuda a compreender que a moradia dos povos indígenas está, sem dúvida, vinculada ao seu direito à terra, e eles são os únicos responsáveis pela propriedade. Por exemplo, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas define claramente o direito dos povos indígenas à liberdade de determinar e planejar sua própria saúde e moradia. O mesmo diploma

também reconhece a relação espiritual dos povos indígenas com a terra que possui e enfatiza a necessidade de respeitar e promover os direitos internos dos povos indígenas.

Na sociedade capitalista, o processo histórico da luta e conquista do direito dos povos indígenas a terra, exige uma análise da relação entre instâncias de poder e povos originários e a formação social brasileira. A histórica questão fundiária indígena envolve violências sofridas por indígenas em conflitos diretos com a classe de ruralistas, donos do agronegócio, ainda hoje acarretando consequências nefastas para os povos que vivem no campo. Invasão, ocupação e exploração do solo brasileiro foram e são determinantes para as transformações que os povos originários sofreram, assim como as consequências nefastas ao decorrer de cinco séculos, o que exterminou inúmeras etnias indígenas, especialmente através do rompimento histórico entre os índios e a terra (SILVA, 2018).

Além disso, deve-se enfatizar que a lei sempre esteve a serviço (e ainda está), e foi elaborada, em sua maior parte, por uma “elite social burguesa faminta de poder”. “A produção normativa tinha como uma de suas funções o exercício do controle social sobre as classes menos favorecidas, camuflado por interesses políticos e econômicos” (CUSTÓDIO; LIMA, 2019).

A constituição Federal de 1988, no entanto, não só proclamou o respeito às diferenças, afirmando a diversidade étnica e cultural nacional, mas também, a partir da clareza dessa diferença, estabeleceu direitos especiais para esses coletivos, importantes para sua vivência de acordo com sua cultura e interesses (SANTOS, 2000, p. 36).

Portanto, é necessário compreender e analisar o direito dos povos indígenas à sua terra, que decorre da norma constitucional, de natureza primária e inviolável. Este direito é reconhecido desde o século XVII pela coroa portuguesa, documentos internacionais e pela própria Constituição (MELATTI, 2007, p. 12).

Assim, no próximo tópico abordaremos esses direitos expressos no texto constitucional, os quais são tema de grande relevância no cenário de conflitos com relação à demarcação de terras indígenas no país.

1.2 DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS RECONHECIDOS NA CONSTITUIÇÃO (ART. 231 DA CF/88)

Os povos indígenas, por meio de intensa mobilização e articulação em torno da Assembleia Nacional Constituinte, conquistaram para si uma seção inteira da Constituição Federal ("Capítulo VIII - Dos índios", inserido no "Título VIII - Da Ordem

Social", que contém os artigos 231 e 232), além de outras disposições comuns em todo o corpo constitucional (SOUZA FILHO, 2002, p. 20).

Entretanto, para Sabóia et al. (2019, pg. 72) é uma renomeação conceitual, político e estratégico do Brasil - atualmente, os direitos dos indígenas estão ameaçados em sua existência, pela autoridade política e econômica dos setores agrícola, mineral e dos meios de comunicação. Em outros tempos, não se aprovaria nada no passado, se tivessem o poder de mobilização que possuem hoje. Porém o STF, nesse embate de forças pode suprimir esses artigos constitucionais.

Aos povos indígenas, foi concedido pela Constituição Federal de 1988, o direito de permanecerem diversos da população brasileira, com sua forma de organização sociocultural, bem como que os direitos universais em relação às terras que ocupam são direitos naturais, visto que são anteriores à própria formação do Estado (DIAS et al., 2019, p.11).

A Constituição, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, traz um capítulo específico sobre os Povos Indígenas, que inclui os artigos 231 e 232 de seu texto. Dentre essas disposições, são reconhecidos aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcar, proteger e garantir o respeito a todos os seus bens (art. 231).

Assim, para Barbosa et al. (2018, p. 126), após a abertura democrática no Brasil, os conflitos acerca do sentido do direito às terras dos povos indígenas emanam da Constituição atual, proclamada em 1988. Tendo o caput do art. 231, em seu início, uma mudança paradigmática, em uma interpretação dogmática constitucional.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 significou superar o paradigma da integração e assimilação e, portanto, aceitar o respeito às diferenças como princípio mediador das relações entre os diversos segmentos étnicos e culturais que formam a identidade nacional. Segundo Araújo:

Ao afirmar o direito dos indígenas americanos à distinção com base na existência de diferenças culturais, o diploma constitucional quebrou o paradigma de integração e assimilação que dominava nosso ordenamento jurídico até então, traçando um novo rumo que garantia aos povos indígenas a permanência, se assim o desejarem, devendo o Estado garantir-lhes as condições para tal. A verdade é que, ao reconhecer os direitos coletivos e permanentes dos povos indígenas, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, lançando as bases para uma sociedade multiétnica e multicultural na qual os povos continuam existindo como povos que são, independentemente do grau de contato ou interação que tenham com outros setores da sociedade (ARAÚJO, 2006, p. 45).

No entanto, a Constituição, não só proclamou o respeito às diferenças, afirmando a diversidade étnica e cultural nacional, mas também, a partir da clareza dessa diferença, estabeleceu direitos especiais para esses coletivos, importantes para sua vivência de acordo com sua cultura e interesses (SANTOS, 2000, p. 36)

A Carta Magna de 1988, no Brasil, modificou a interpretação jurídico-social dos povos indígenas, superando a concepção de proteção, reconhecendo e respeitando a capacidade civil dos índios; abandonando o pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo; reconhece a autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com seus projetos coletivos presentes e futuros; reconhece o direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global (SILVA, 2018).

O Direito no artigo 20 da Constituição/88 é a consagração das terras indígenas como propriedade da União, cristalizando o que foi inicialmente previsto pela Constituição de 1967 e depois pela Constituição de 1969. Tal dispositivo, se bem entendido, deve ser interpretado sistematicamente com o artigo 231 da Constituição Federal, que reconhece os direitos indígenas dos povos indígenas nas terras que tradicionalmente ocupam, e no parágrafo segundo estabelece que essas terras tradicionalmente ocupadas sejam destinadas à posse permanente dos povos indígenas, dando-lhes o usufruto exclusivo de suas riquezas (SILVA, 2008, p. 96) Vejamos:

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.

[...]

§ 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.

A propriedade da União de terras indígenas, como se observa, é de natureza muito especial no caso de propriedade associada ou propriedade reservada, criada exclusivamente com a finalidade de garantir maior proteção às terras destinadas à posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas, ou seja, é fundada exclusivamente em benefício da população indígena. Assim, distancia-se completamente do regime de bens do direito civil e, por outro lado, não corresponde ao conceito de bem público associado ao direito administrativo, não se adaptando, por exemplo, à classificação tradicional dos bens públicos, no que respeitam à sua

finalidade, bens de uso geral das pessoas, bens de uso especial (SILVA, 2008, p. 97) e bens de dominicais:

Em contraste com essas três categorias, a terra indígena é inacessível ao poder público, não pode ser usada por eles e é proibida para uso geral de todo o povo brasileiro, mas apenas para uso dos próprios povos indígenas de acordo com seu uso, costume e tradição. Assim, não é uma categoria de terras públicas. Tampouco é terra privada, pública ou indígena. Portanto, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade. Não há propriedade. (SILVA, 2008, p. 856)

Assim, as terras indígenas são constitucionalmente formuladas como propriedade da União, propriedade inteiramente *sui generis*, caracterizada pela vinculação à garantia da posse permanente e coletiva dos povos indígenas que têm direito exclusivo de usufruto (JÚNIOR, 2004, p. 78).

Como avanços significativos, a Constituição determinou que as terras indígenas fossem inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis (art. 231, § 4º). Nesse sentido, o texto constitucional considera nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse dessas terras ou a exploração de suas riquezas (art. 231, § 6).

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil tornou-se um dos primeiros países da América Latina a reconhecer constitucionalmente sua diversidade étnica e cultural, rompendo com a histórica intolerância à diferença. Tal ruptura com o paradigma integracionista, também foi observada, em maior ou menor grau, na Colômbia em 1991, no México e Paraguai em 1992, no Peru em 1993, na Bolívia em 1994 e na Venezuela em 1999, para citar apenas alguns países (SOUZA FILHO, 2002, p. 21).

Assim, a Constituição atual, rompe com o paradigma do integracionismo. Seguida por tantas outras constituições latino-americanas, e outros organismos internacionais tais como: Convenção 169 da OIT (organização internacional do trabalho), Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de dezembro de 2007, e, por fim, pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, refere-se ao reconhecimento como sujeito de direitos coletivos, sujeitos de direito de permanecer no espaço territorial com suas práticas e tradições culturais, continuar os direitos coletivos à sua existência. Enquanto existirem as comunidades, tribos ou povos indígenas, para esses direitos não existe um tempo eles não possuem um prazo, nem de existência ou de decadência (MARÉS, 2018, p. 93).

A proteção conferida aos direitos territoriais da população indígena na Constituição Federal de 1988 pode ser entendida como resultado da adoção do indigenato como instituição reguladora dessa questão, que é tratada principalmente nos §§ 4º, 5º e 6º do artigo 231 da Constituição. Conforme o §4º, as terras dos povos indígenas são inalienáveis e inacessíveis, e os direitos sobre elas não estão sujeitos à prescrição; já de acordo com o § 5º, é vedada a expulsão de grupos indígenas, salvo em casos de calamidade ou epidemia que coloquem em risco a população ou ameacem a soberania nacional, ficando a expulsão condicionada à discussão do Congresso Nacional e garantido o retorno da população tão logo cesse a causa da remoção (SOUZA FILHO, 2002).

A posse permanente reflete não o passado, mas o futuro, no sentido de que as terras indígenas, inalienáveis e inacessíveis, são destinadas para sempre aos povos indígenas habitarem. Quanto ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos existente nas terras dos povos indígenas, deve-se apenas entender que o usufruto “não é transferível a nenhuma apropriação individual e que os resultados de qualquer uso, trabalho ou renda será sempre coletivo, uma comunidade indígena que pode se autogerir coletivamente” (SOUZA FILHO, 2002, p. 89).

Assim, pode-se dizer que o indigenato estabelece o princípio de que o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas será sempre resguardado perante o Estado ou os indivíduos, pois são os proprietários originais e naturais das mesmas. Este princípio deve soar e ser guiado por qualquer aplicação e interpretação do texto da Constituição. Na mesma linha, Luciano Nogueira Nóbrega (2011, p. 50), explicando que o direito territorial indígena como direito originário, afirma que “isso significa que nenhum título ou registro, por mais antigo ou legal, pode se opor ao direito dos índios para a terra”.

Dessa forma, a Constituição de 1988, mais especificamente em seu artigo 231, assegura os direitos dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, em face da ausência de regras expressas, o que acabou gerando diversas inseguranças jurídicas aos interessados. Nesse sentido, é possível notar que mesmo com as garantias e proteções de direitos relacionadas aos povos indígenas pela Constituição, a história social da formação do Estado brasileiro, desde o período colonial, ainda marca nossa sociedade com profundas desigualdades sociais vivenciadas entre sua gente (CUSTÓDIO; LIMA, 2009).

Ainda nesse cenário, existe o enfrentamento da Tese do Marco Temporal e seus impactos nos direitos já consagrados no texto constitucional, bem como o futuro das populações indígenas, sendo o que será objeto de pesquisa a ser considerado no próximo capítulo.

2. A TESE DO MARCO TEMPORAL E O IMPACTO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Essa questão é de fundamental importância, pois falar dos direitos dos povos indígenas significa falar da evolução da humanidade no marco da multidimensionalidade dos direitos humanos. Além disso, é importante ressaltar que a população indígena é de primordial importância porque molda a história do país. No entanto, as questões dos povos indígenas do Brasil, infelizmente, ainda permanecem feridas abertas em nossa sociedade (JÚNIOR, 2004).

Conforme, discorre Fernandes et al. (2018, p.159), há uma violação de direitos dos povos indígenas, pois a tese do marco temporal como uma maneira de abarcar as terras indígenas sem os consultar, violando nesse sentido, também a Convenção 169 da OIT, assim, através de análise judicial, sem auditoria com os indígenas, autoriza tanto a desmarcações já concluídas ou extensões de terras dos povos indígenas.

Embora o direito primário ao território indígena tenha sido reconhecido por uma série de instrumentos internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil, os povos indígenas ainda enfrentam muitas dificuldades para efetivar seus direitos, oscilando entre o reconhecimento e a negação de tais garantias (NÓGREGA, 2011).

Nesse sentido, devido à magnitude e aos impactos gerados desde a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988 no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas, faz-se necessário elencar alguns destaques. Isso porque, a Constituição de 1988 estabeleceu o reconhecimento aos povos indígenas de 'direitos coletivos e permanentes', (...) existem como povos que são independentemente do grau de contato ou interação que tenham com outros setores da sociedade (ARAÚJO, 2006).

Esses direitos coletivos foram extensivos a toda comunidade tradicional, pela Convenção 169 da OIT, a quem denominou de tribais, e a Declaração das Nações Unidas elevou-os à natureza de Direitos humanos devendo ser respeitados por todas as nações e pessoas (SOUZA FILHO, 2018, p. 93).

É nessa perspectiva de avanços, nesses trinta anos de constituinte, que Juruna et al. (2019, pg. 99-100) reflete sobre o que foi estabelecido pela Convenção 169, da organização Internacional do Trabalho (OIT), acerca de toda ação que, de forma expressa ou não, possa colidir com os povos indígenas, devem ser informados e previamente consultados, o que não ocorre, sendo, portanto seus direitos violados.

O texto Constitucional de 1988, principalmente no disposto no artigo 231, reconhece os direitos dos índios quanto à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando que a União seja responsável pela proteção e demarcação das terras indígenas. Os direitos previstos no artigo transcrito podem ser traduzidos em: direitos extrapatrimoniais (como o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, ou seja, de forma mais resumida, o direito à diferença), e, direito patrimonial (que se resume no direito à terra/solo), sendo estes últimos considerados direitos originários, ou seja, direitos que antecedem a criação do próprio Estado (OLIVEIRA; DIAS, 2020).

Dessa forma, a Constituição de 1988, mais especificamente em seu artigo 231, assegura os direitos dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, em face da ausência de regras expressas, o que acabou gerando diversas inseguranças jurídicas aos interessados. Nesse sentido, é possível notar que mesmo com as garantias e proteções de direitos relacionadas aos povos indígenas pela Constituição, a história social da formação do Estado brasileiro, desde o período colonial, ainda marca nossa sociedade com profundas desigualdades sociais vivenciadas entre sua gente (CUSTÓDIO; LIMA, 2009).

A Constituição fala em direitos indígenas, criando uma espécie de justiça de transição, reconhecendo que os povos indígenas foram os primeiros “donos” dessa terra, esses direitos de territorialidade foram criados dentro das possibilidades do projeto colonial. Assim, de acordo com os dispositivos legais discutidos, vemos que o direito a terra é fundamental para a sobrevivência e gozo dos direitos associados aos povos indígenas (ROTH, 2016).

Em relação à teoria temporal utilizada na deliberação da demarcação das terras indígenas das tribos Makuxi, Ingarikó, Taurepang, Wapixana e Patamona, que vivem na Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, após esperar quase três décadas para a devida demarcação de suas terras, finalmente receberam, em março de 2009, o reconhecimento de seu território. O Supremo Tribunal Federal reconheceu que Raposa Serra do Sol pertencia aos povos indígenas que originalmente habitavam a reserva e,

portanto, os garimpeiros, pecuaristas, plantadores de arroz que se recusaram a deixar a terra indígena tiveram que deixá-la (NÓGREGA, 2011, p. 67).

Nessa decisão, o STF argumentou pela primeira vez a tese de Marco Temporal, na qual, o teor da sentença informava que apenas os povos indígenas que ocupavam os territórios em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação que reduziria os direitos dos povos indígenas em geral, pois a Constituição estabelece que o direito dos povos indígenas à terra que tradicionalmente ocupam é um direito primordial, não havendo data como condição para o direito aos territórios indígenas (SOUZA FILHO, 2002).

O fato é que a decisão acima passou a ser utilizada por diversos segmentos que se opunham à demarcação de terras indígenas, como suposto entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da demarcação de territórios privados, como, por exemplo, moradores rurais, que sugeriram a tese do marco temporal como estratégia para impedir a demarcação de terras de povos indígenas, buscando aplicar essa tese a todos os processos demarcatórios em andamento no Brasil (NÓGREGA, 2011, p. 68).

Em 19 de julho de 2017, a Advocacia-Geral da União elaborou Parecer Normativo [001/2017/GABCGU/AGU](#), que obrigou toda a Administração do Estado Federal a cumprir os termos do caso Raposa Serra do Sol e a teoria dos prazos no processo de demarcação (SILVA, 2020).

Conforme Terena et al. (2018, pg. 109), após o caso Raposa Serra do Sol, a tese do marco temporal ganhou importância e foi basilar para que o judiciário deliberasse liminares, anulação de processos demarcatórios já efetivados, determinando também reestabelecimento de propriedades de comunidades indígenas, como parando demarcações em andamento ao longo do Estado brasileiro.

Assim complementa Barbosa et al. (2018, pg.11), acerca da tese do marco temporal, (...) que cada vez mais, o Supremo Tribunal Federal juntamente com o sistema judiciário fazem uma releitura constitucional, como um limite singular, o marco temporal, e negam, pois, a permanência para aproxima geração dos povos indígenas, em sua reinterpretação paradoxal.

A diversidade cultural e o espírito democrático de direito, consagrados na Constituição, em face da negação de direitos originários e existenciais da população indígena acerca de suas terras podem se esvaziar de sentido, visto que o STF não tem conseguido estabilidade, ao solucionar conflitos entre desenvolvimento nacional e o propósito de domínio territorial (GEDIEL et al., 2018, p. 122).

O pedido de suspensão do Marco Provisório foi feito pelo ministro Edson Fachin, em maio de 2020, durante o processo judicial do povo Xokleng (Recurso Extraordinário 1.017.365), que era alvo de um esforço de reintegração de posse, iniciado pelo estado de Santa Catarina. O caso serve de base para outros processos de demarcação no país. A terra em questão foi reconhecida pela Secretaria de Justiça em 2002 e faz parte da área de Ibirama-Laklaño, reduzida em 63% pelo extinto Serviço de Proteção ao Índio ao longo do século XX (SILVA, 2020, p. 48).

Em seu voto, o ministro Fachin destacou que o processo demarcatório realizado pelo Estado não cria terras indígenas. “A demarcação não constitui a terra indígena, apenas a declara: declara que a área é ocupada pelo modo de vida indígena. Portanto, a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe, para tanto, da conclusão ou mesmo efetivação da demarcação administrativa dessas terras, por se tratar de um direito originário das comunidades indígenas”, enfatizou.

Quanto à demarcação de terras indígenas, de acordo com a Lei nº 6.001 de 1973 - Estatuto do Índio e do Decreto nº 1.775 de 1996, art. 2º, as demarcações são, portanto, de responsabilidade administrativa da Fundação Nacional do Índio (FUNAI):

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

De acordo com os últimos dados do referido órgão federal, existem 736 terras indígenas no Brasil, que se dividem nas seguintes modalidades:

Terras indígenas tradicionalmente habitadas: são terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96.

Reservas Indígenas: São terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também fazem parte do patrimônio da União, mas não devem ser confundidas com terras de povoamento tradicional. No entanto, existem terras indígenas que foram reservadas pelos Estados membros, principalmente na primeira metade do século XX, que são reconhecidas como tradicionalmente ocupadas.

Terras de domínio: são terras pertencentes a comunidades indígenas, detidas por qualquer forma de aquisição de domínio nos termos da lei civil.

Interditadas: São áreas proibidas pela Funai para proteção de povos e grupos indígenas isolados, com restrições à entrada e trânsito de terceiros na área. A interdição do território pode ser realizada simultaneamente ao processo de demarcação, que é regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96, ou sem ele.

Vale a pena mencionar as disposições da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Art. 26. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios, e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.

Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Portanto, para Gediel et al. (2018, p. 120), o STF, ao utilizar o termo Marco temporal, que não consta na Constituição de 1988, necessita dizer que os indígenas precisam confirmar que ocupavam seus territórios na data da promulgação da CF de 1988, ou resistiram nessa ocupação mediante processos judiciais (...). Tão pouco, fundamentado em uma leitura gramatical do teor do art. 231, não pode ser levado o tempo verbal “ocupam”, no sentido de agora, visto que sua complementação, “tradicionalmente”, remete para um longo tempo anterior, e contínuo até os dias atuais, e que para uma configuração de uso da terra, se diferencie da ocupação e posse civil considerada pelas nomenclaturas dos dias de hoje.

Assim, fixar uma data em que esses direitos possam ou não ser exercidos, acaba por privar os índios da oportunidade de usufruir da identidade e do direito de permanecerem índios, ensejando a violação de diversos direitos e da garantia fundamental dos índios em relação às suas terras (SILVA, 2020).

Passaremos para o estudo do RE. 1.017.365, que trata da tese do marco temporal, na decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com algumas reflexões acerca de sua constitucionalidade.

2.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 1.017.365 EM ANÁLISE COM A CF/88

A Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Farma) ajuizou um pedido de retomada de território, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o povo Xokleng que ocupam como terra tradicional, já reconhecida, as quais nunca deixaram de ser reivindicada pelos indígenas, sendo reconhecida pela FUNAI em levantamento feito por antropologistas e o Ministério Público, como terra

tradicionalmente ocupada. O território do conflito sofreu redução no decorrer do século XX, sendo parte da área Ibirama-Laklanõ (CIMI).

O Supremo Tribunal Federal emitirá em breve o acórdão do Recurso Extraordinário 1.017.365 com repercussão geral, discutindo o parecer normativo vinculante nº 001/2017/GAB/CGU/AGU (GMF-05) da Advocacia-Geral da União, se aprovado pelo Presidente da República, tem por objetivo conferir efeitos vinculantes às chamadas “salvaguardas institucionais” do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), tornando obrigatório o seu cumprimento pela Administração Pública Federal, direta e indireta, em todos os processos de demarcação . [O relator do caso, Ministro Edson Fachin, argumentou:](#)

“(…) Questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração da posse indígena e sua vinculação com o procedimento administrativo de demarcação, apesar dos enormes esforços do tribunal na Petição 3.388, não é regulamentada nem na sociedade nem mesmo no Poder Judiciário”.

Portanto, caso aprovada pelo Presidente da República, a FUNAI fará o levantamento geral de todas as terras demarcadas, e também interromperá a demarcação de quaisquer áreas onde não havia indícios de ocupação indígena em 5 de outubro de 1988 - o que representam um verdadeiro desastre para toda a comunidade indígena (ISA, 2018).

Ao tratar da nova política indigenista, o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para os artigos 231 e 232 da CRFB de 1988, são os Tratados Internacionais, em especial a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais e a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A questão foi discutida no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, inspirado nas condições criadas pela Petição nº 3.388/STF, criticando o contraponto à legislação nacional e tratados internacionais que deveriam ter sido observados e considerados e manifestações de outros organismos em resposta ao parecer (ISA, 2018).

A nova regra anistia indiretamente os responsáveis por práticas violentas que resultaram em remoções e deslocamentos forçados de indígenas nas décadas anteriores à década de 1980; além disso, não há previsão de qualquer limitação de prazo na própria Constituição de 1988. É importante notar que a Constituição de 1988 visava proteger, em abstrato, os povos indígenas, suas terras, tradições e costumes, a fim de preservar a cultura dos povos indígenas do país, em detrimento do processo de colonização. Essa

proteção corresponde ao contexto de redemocratização e garantia de direitos (ISA, 2018, p. 55).

Assim, verifica-se que a proteção constitucional concedida aos povos indígenas foi ampla, relacionada à sua organização social, cultural e linguística, mas baseada em seu direito de possuir as terras que tradicionalmente ocupam, permitindo-lhes inclusive o uso de seus frutos e riquezas (ISA, 2018).

A Constituição de 1988, no entanto, buscou estabelecer, de forma específica e por meio de certos requisitos, a definição do que seriam as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, com base, nesse sentido, no seu uso pelos povos indígenas para sua sobrevivência. Esses requisitos dizem respeito ao seu uso, costumes e tradições. Assim, "(...) não tentaremos definir o que é uma habitação permanente, um modo de uso, uma atividade produtiva, ou quaisquer condições ou termos que os constituam, segundo a visão civilizada", mas sim "(...) de acordo com seu modo de existência, sua cultura" (SILVA, 2020, p. 784).

Assim, os direitos e interesses dos índios têm a natureza de um direito coletivo da comunidade, pois dizem respeito a toda a comunidade e a cada índio em particular, ideia que leva a "(...) a propriedade da tribo pertencendo conjuntamente a todos os não índios" (SILVA, 2020, p. 835).

O recorte temporal da Constituição Federal de 1988 é questionável porque "(...) viola o reconhecimento constitucional do direito à terra dos povos indígenas", ignorando assim "(...) os requisitos técnicos e legais que garantem a propriedade da terra e os recursos de usufruto pelos índios" (ROTH, 2016, p. 69).

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o problema fundiário em Mato Grosso do Sul "(...) tem gerado grande insegurança e instabilidade entre os habitantes da região, mesmo com o aumento da situação de violência entre os envolvidos", declarando o procedimento necessário para a demarcação do território da população indígena Guarani-Kaiowá (GOMES; MAZZUOLI, 2013).

No entanto, esse não é um entendimento isolado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque em outros casos, Excelso Pretório relativizou a aplicação da teoria dos prazos, e também argumentou que a decisão sobre a terra da população indígena de Raposa Serra do Sol não seria vinculante (GOMES; MAZZUOLI, 2013).

A decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que consagra a teoria temporal, foi (e continua sendo) objeto de severas críticas da doutrina, especialmente de alguns constitucionalistas e indígenas de direita,

afirmando que sim, se tal entendimento fosse inconsistente com a melhor interpretação da Constituição de 1988 (NÓBREGA, 2011).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, em 16 de agosto de 2017, negou provimento a duas ações cíveis originárias (ACOs 362 e 366) movidas pelo Estado de Mato Grosso contra a União e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela demarcação de terras indígenas (SILVA, 2020).

Devido à semelhança das reivindicações retiradas, elas foram resolvidas em conjunto. O autor pretendia receber uma indenização pela delimitação das terras indígenas. A ACO 362 buscou indenização por terras "desocupadas" anexas ao Parque Indígena Xingu, estabelecido em 1961 (SILVA, 2020).

A ACO 366 buscou a demarcação de terras indígenas para os povos Nambikwara, Paresí e Enawenê-Nauê, o que ocorreu na década de 1980. O STF decidiu que o Estado não deveria receber indenização porque essas terras eram tradicionalmente ocupadas por povos indígenas:

(...) Questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, apesar do esforço hercúleo da corte na Petição 3.388, não se encontram pacificadas, nem na sociedade, nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário". Em 2010, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a questão fundiária em Mato Grosso do Sul "(...) tem criado grande insegurança e instabilidade entre os moradores da região, até com o aumento do quadro de violência entre os interessados", afirmando ser necessário o procedimento demarcatório do território indígena Guarani-Kaiowá. Por unanimidade, o plenário do STF determinou que o Estado não deveria ser indenizado, pois referidas terras eram de ocupação tradicional dos povos indígenas (MARTINS; MARTINS, 2020).

Portanto, teriam direitos originários sobre seus territórios tradicionais. Julgar por referência à tese sobre prazos. Embora a tese não fosse o objeto central da ação, os ministros do STF refletiram sobre ela e criticaram a obrigatoriedade do uso dos termos do caso Raposa Serra do Sol (SILVA, 2020).

Dessarte espera-se que o STF, analisando o RE 1.017.365, interprete efetivamente a Constituição Federal com a maior amplitude possível dos direitos fundamentais indígenas, afastando-se da tese dos prazos e adotando a tese do indigenato, pois mais de 500 anos de violência, sofrimento, necropolítica não podem ser ignorados, o genocídio e destruição sofridos por esses povos, que foram claramente expulsos de suas terras tradicionais até 5 de outubro de 1988, sob a ameaça de punição

por negar a essas comunidades os direitos mais importantes consagrados na Constituição da República e diversos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte (SILVA, 2020).

2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL NA INTERPRETAÇÃO DOGMÁTICA DO ART. 231.

Considerando, os povos indígenas e seus direitos territoriais, estes foram reconhecidos pelas normas constitucionais ao longo dos tempos. A CF de 1934 foi o marco inicial, a qual outorgou a União propriedade para decretar no tratamento dados aos indígenas salvaguardando a posse de seus territórios e sua integração a nação brasileira, seguindo nessa linha as constituições seguintes, 1937, 1946, e mesmo na ditadura de 1967 (art. 8º, XVII,) e a EC nº 1. 1969, o modelo assimilacionista se perpetuou. O que no Sec. XX, com a economia crescente das nações colonizadas, os conflitos fundiários fizeram renascer as disputas acerca dos direitos originários desses povos e dos não indígenas (GEDIEL et al., 2018, p.11).

A Lei nº 6.001, de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, no art. 2º, IX, contém disposição expressa para "garantir aos índios e comunidades indígenas, observadas as disposições da Constituição, a posse permanente das terras em que habitam". No mesmo sentido, o art. 25 afirma que "o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras em que habitam, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal, independe de sua demarcação", afirmando claramente que o direito dos povos indígenas às suas terras é inato e original e só deve ser proclamado – não criado – pelo Estado (ROTH, 2016, p. 70).

De fato, deve-se dizer que a chamada Constituição Civil, embora não inicie a proteção legal das terras ocupadas por índios, reflete uma mudança decisiva de paradigma na política do Estado brasileiro em relação aos povos indígenas. Até a sua criação, o direito indígena carregava uma visão assimilacionista de “civilizar” o índio, considerando-o culturalmente atrasado. A ideia era facilitar a integração do índio na sociedade envolvente para que ele também pudesse participar e contribuir para o chamado progresso (SILVA, 2018).

A partir de uma visão etnocêntrica, os próprios direitos dos povos indígenas eram vistos sob a ótica dos não índios, perpetuando enormes distorções em sua necessária proteção. Com a Constituição Federal de 1988, após longa luta dos movimentos indígenas e da sociedade civil, o cenário jurídico foi transformado,

quebrando o paradigma assimilacionista, integrador, em prol da diversidade cultural e do protagonismo dos povos indígenas na defesa de seus direitos, que devem ser lidos do seu próprio ponto de vista. Vale lembrar a lição de Vitorelli (2013, p. 30-32):

Segundo o princípio da integração, os índios são indivíduos subdesenvolvidos, integrantes de populações em nível menos desenvolvido do que o alcançado por outros setores da comunidade nacional (art. 1º da OIT/53), ou seja, são o nível inicial do processo evolutivo em relação à sociedade não-índia, de modo que o Estado tem a responsabilidade de integrá-los a ela para que possam se desenvolver.

O novo ordenamento jurídico introduzido pela Constituição da República de 1988 acolheu a relatividade das culturas, como demonstra a leitura do art. 231 CF/88 que reconhece e valoriza a diversidade cultural, bem como a pluralidade de grupos étnicos. A ordem constitucional não busca assimilar os índios à cultura dominante entre os não-índios, significando que o art. 1º do Estatuto do Índio deve ser considerado inexecutável (VITORELLI, 2013, p. 148).

O texto da constituição estabelece uma seção dedicada à proteção dos índios, explicitando a importância desse tema para a nova ordem democrática. Como não poderia ser de outra forma, a proteção das terras dos povos indígenas adquire especial importância, reconhecendo-a no art. 231 CF/88. Por sua vez, reconhecendo também a dívida histórica e imensurável do Estado para com os povos indígenas, o legislador fundador também definiu no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que a União deverá concluir a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Infelizmente, o prazo estava longe de ser cumprido, mas isso não impediu que o Estado Constituinte demonstrasse forte preocupação no sentido de que as terras dos povos indígenas fossem demarcadas e protegidas a tempo (VITORELLI, 2013).

Essa nova posição significa uma relação diferenciada com as terras indígenas. Se antes prevalecia na política da população indígena a visão de assimilação, então a própria proteção do território se dava com o objetivo de integrar os índios à sociedade envolvente. Assim, após a colonização, vigorava a figura da aldeia (Perrone-Moisés, 1998, p. 120), na qual os índios se fixavam em locais fixos determinados pela cultura do colonizador, em territórios muito menores que os originais:

A aldeia é a concretização do projeto colonial, pois garante a transformação, ocupação do território, sua defesa e uma reserva permanente de mão de obra para o desenvolvimento econômico da colônia. Conforme consta no regulamento da missão de 1686, é necessário "que haja índios nas referidas

aldeias, que possam ser suficientes tanto para a segurança do Estado e para a defesa das cidades, como para o tratamento e serviço dos habitantes, e as entradas do coração."

Pode-se dizer que esse legado das aldeias foi preservado em relação às terras nativas antes da superação da política de assimilação indígena. No passado, as demarcações aconteciam sem levar em conta o modo de vida dos povos indígenas, que demandavam grandes áreas de caça para a sustentabilidade ambiental, prejudicando sua reprodução física e cultural em pequenos territórios ou fazendas. Muitos povos não podiam viver de acordo com seus costumes devido à impossibilidade física. Com a nova política sobre os povos indígenas, a situação tende a mudar (VITORELLI, 2013).

Superada essa visão etnocêntrica, a Constituição Federal de 1988, em pleno cumprimento dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, consolidou a proteção das terras dos povos indígenas, direito que já havia sido reconhecido como base legal anterior, fundamentada na perspectiva dos próprios índios. Sem dúvida, isso representa uma importante mudança de paradigma ao sepultar a visão integracionista, mas não pode ser chamado de indigenato inaugurador, visto que as terras indígenas são protegidas pela Constituição a partir do texto de 1934 (GOMES; MAZZUOLI, 2013).

Essa mudança de paradigma está em consonância com o ordenamento jurídico internacional, como na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), adotada no Brasil em 2004, cujo artigo 13 prevê que "o uso do termo terra" nos artigos 15 e 16 inclui o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente de vida das regiões ocupadas ou de outra forma utilizadas pelos povos interessados". Assim, pela Constituição de 1988, as terras indígenas devem ser consideradas de acordo com o modo de vida dos próprios indígenas, e não de acordo com padrões culturais não indígenas.

O sistema regional de proteção dos direitos humanos, que o Brasil assinou ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969), ratificado e integrado ao ordenamento jurídico em 1992, não ficou indiferente aos povos indígenas na questão fundiária (Gomes; Mazzuoli, 2013, p. 16). O Pacto de San José da Costa Rica dispõe: "Art. 21. Direito à propriedade privada - 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de sua propriedade. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social".

O alcance desta disposição, segundo a interpretação autêntica da Corte Interamericana, estendeu o asilo supranacional a grupos indígenas coletivos, de modo que "tanto a propriedade privada de indivíduos como a propriedade da comunidade de membros de comunidades indígenas gozem da proteção convencional previsto no artigo 21 da Convenção Americana" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2005, p. 80). Nesse detalhamento, entende-se isso como garantia fundamental do entendimento de que a propriedade privada se estenderá à proteção da "relação especial que esses povos mantêm com o território e da necessidade de preservá-lo para fins de sobrevivência física e cultural" (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 201).

A diversidade cultural e o espírito democrático de direito, consagrados na Constituição, em face da negação de direitos originários e existenciais da população indígena acerca de suas terras podem se esvaziar de sentido, visto que o STF não tem conseguido estabilidade, ao solucionar conflitos entre desenvolvimento nacional e o propósito de domínio territorial (GEDIEL et al., 2018, p. 122).

Igualmente, assevera Fernandes et al. (2018, p.150), que os direitos originários dos indígenas à terra estão ligados inerentemente a sua permanência existencial e cultural como povos organizados e a tese do marco temporal submete esses direitos territoriais à propriedade privada.

Portanto, para Souza et al. (2018, p. 76) na imposição do marco temporal como princípio do direito de um povo, o judiciário brasileiro seguramente cometerá equívocos e injustiças, pois certo que está utilizando noções de direito próprio a direitos celebrados como coletivos.

Conclui-se assim, que a tese do Marco Temporal, é um tema que causa muita polêmica e conflitos no âmbito da demarcação de terras indígenas, pois poderá restringir os direitos dos povos indígenas já consagrados pela própria Constituição de 1988, bem como é de controvérsia a sua constitucionalidade, com os preceitos e garantias fundamentais, em relação aos direitos originários dos povos indígenas as terras que tradicionalmente ocupam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa que foi realizada, podemos na questão primária, sobre a demarcação de terras indígenas no Brasil, enquanto o prazo, que seria de 05 anos após a promulgação da CF de 88 não for cumprido, inferir que haverá muitos conflitos e violência no país ainda entre a população indígena e não indígena. A demarcação de

terras representa o reconhecimento cultural, os direitos conquistados e a própria existência das populações indígenas, visto que para o indígena, o território é sua liberdade de ser e existir, de poder usufruir o meio ambiente, com seus usos, costumes e tradições conforme sua concepção de mundo.

Porque demarcar terra indígena? O passado foi construído em um cenário de violência e extermínio contra a população indígena. Para além de uma reparação histórica, é o reconhecimento expresso na constituição no art. 231, aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ou seja, antes mesmo a própria constituição e a formação do Estado brasileiro.

Nesse viés, temos outros direitos garantidos, em um capítulo dedicado somente aos índios, que traduz toda uma luta para serem consagrados na Constituição Federal como um povo diverso, mas parte de uma nação. E por garantia constitucional, os direitos originários sobre seus territórios para a manutenção e transmissão de sua cultura.

Cabe ressaltar, que o estabelecimento de um Marco Temporal é contrário aos instrumentos internacionais, com os quais o Estado brasileiro é signatário, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considerou diversos casos relacionados às terras e os direitos coletivos dos povos indígenas, elevando esses direitos à condição de direitos humanos, portanto devendo ser respeitado por todos os países.

Entretanto, devemos refletir na inconstitucionalidade da tese do Marco temporal por desconsiderar preceitos e garantias expressas na Constituição de 1988, o que representa uma subversão de seus valores fundamentais. O Marco temporal é quase uma sentença de morte aos povos indígenas por ele atingidos, e uma violação aos seus direitos coletivos, esses direitos, que com a supracitada tese encontram-se ameaçados e podem ser relativizados.

Podemos concluir que sob o pretexto da segurança jurídica, o sistema legislativo, executivo e judiciário pode mitigar ainda mais a efetivação dos direitos dos povos indígenas no país, comprometendo sua integridade física e cultural, como consequência obscurecer a própria identidade nacional.

Analisar o tema proposto é de suma importância. Uma proposta de plebiscito para conhecer o que a população brasileira compreende e pensa sobre a tese do Marco temporal, se impactará os direitos originários destes povos sobre as terras que tradicionalmente ocupam? Que direitos são esses? Essa tese não foge a constitucionalidade do art. 231 da constituição Federal de 1988? Muitos

questionamentos, pelo quais se faz necessário o diálogo com a sociedade para que direitos não sejam suprimidos, garantias não sejam violadas e a Constituição respeitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Valéria; et al. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 mai. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>>. Acesso em: 08 out. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Entenda o que é o “Parecer Antidemarcação” e o que está em jogo no STF**. 2020. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2020/05/entenda-parecer-antidemarcacao-stf/#parecer00>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Assinada na Conferencia Especializada Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. São José da Costa Rica, 2001. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana; LIMA, Fernanda da Silva. O direito fundamental à titulação de terras das comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 275-298, 2019.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS POVOS INDÍGENAS. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2007.

DIAS, Camila Loureiro; SABÓIA, José Carlos; JURUNA, Samantha Ro’ Otsitsina de C; TERENA, Eloy Henrique Luiz. “A luta indígena é todo dia: Os índios na Constituição” **In: Os índios na Constituição**. Organizado por Camila Loureiro Dias e Artionka Capiberibe. São Paulo: Ateliê Editorial, p. 11-115, 2019.

DUPRAT, Deborah; MARÉS, Carlos Frederico; GEDIEL, José Antônio Peres; FERNANDES, Paduá; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. Organizado por Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa. São Paulo: Editora Unesp, p. 11- 159, 2018.

FUNAI. **Manual de procedimentos: acesso à documentação civil para indígenas**. Brasília: Funai, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/outras-publicacoes/manual-acesso-documentacao-civil/manual-acesso-doc-civil-dezembro-2018-20-12-2018-final.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2022.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. 4. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **De olho nas terras indígenas no Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://ti.socioambiental.org/pt-br/>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 3, n. 1, p. 689-699, 2004. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/92/91>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. **Natureza jurídica do ato administrativo de demarcação de terras indígenas: a demarcação em juízo**. In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2016.

MELATTI, Júlio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennes, 1912.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe”**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 300 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, M. A. de; DIAS, A. A. Violação aos Direitos Indígenas. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 8, n. 1, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**. Genebra, 7 jun. 1989. Disponível em:

<<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%Adgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 07 de out. 2022.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)**. In: Cunha, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Schwarcz, p. 115-132, 1998.

ROTH, Isabel. Genocídios invisíveis do Brasil: reflexão sobre o extermínio dos povos indígenas. **Liberdades**, n 22, p. 56-76, 2016.

SANTILLI, Márcio. **Os Brasileiros e os Índios**. São Paulo: Editora Senac, 2000.

SANTOS, Silvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC: Movimento, 1989.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. *Serviço Social & Sociedade*, n° 133, p. 480-500, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora da Unesp, 2018, pp. 17-42.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

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