

# TERRITÓRIO INDÍGENA BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM AS TESES DO INDIGENATO

Marco temporal e renitente esbulho



**Laisa Massarenti Hosoya**

Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil

[lmhosoya@gmail.com](mailto:lmhosoya@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1086-1026>



**Clovis Antonio Brighenti**

Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil

[clovisbrighenti@unila.edu.br](mailto:clovisbrighenti@unila.edu.br)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8782-2239>



**Osmarina de Oliveira**

Cimi Regional Sul / Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil

[osmarina66@gmail.com](mailto:osmarina66@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7092-3036>

## Resumen

Tendo em vista os conflitos jurídicos relacionados a demarcação de terras indígenas no Brasil, o presente artigo objetiva apresentar uma reflexão a respeito da relação entre os territórios indígenas brasileiros e suas territorialidades com as teses do Indigenato e os argumentos do Marco Temporal de Ocupação e Renitente Esbulho. Para tanto adotou-se como metodologia a revisão de literatura no âmbito das ciências sociais, consulta a documentos jurídicos, bem como análise de pareceres e julgados que serão apresentados como elementos para compreender os direitos indígenas sobre as terras e como esses direitos se relacionam com o território, além de tecermos apontamento sobre a resistência indígena em tempos incertos.

### Palavras-chave:

Território Indígena Brasileiro, Indigenato, Marco Temporal, Renitente Esbulho, resistência.

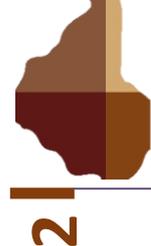
## Resumo

En vista de los conflictos legales relacionados con la demarcación de tierras indígenas en Brasil, el presente artículo tiene como objetivo presentar una reflexión sobre la relación entre los territorios indígenas brasileños y sus territorialidades, a partir de las tesis del indigenismo y de los argumentos del Marco Temporal de la ocupación y del “renitente esbulho”. Para ello se optó por la metodología de la revisión bibliográfica en el campo de las ciencias sociales, la consulta de documentos legales, así como el análisis de opiniones y sentencias, que aportan elementos para comprender los derechos indígenas sobre las tierras, y cómo éstos se relacionan con el territorio. Además, se realizan observaciones sobre la resistencia indígena en tiempos de incertidumbre.

### Palabras Clave:

Território Indígena, Indigenismo, Marco Temporal, Renitente Esbulho, Resistencia.





## 1. Introdução

O Brasil se caracteriza por apresentar contextos de permanentes agressões sobre os territórios indígenas que datam da colonização e que vem se arrastando até os dias atuais. A Constituição Federal de 1988 reafirmou à União a competência de demarcar as terras indígenas. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da mesma, em seu Art. 67 foi estabelecido o prazo de cinco anos para demarcação das terras indígenas, porém o prazo, se esgotou em 1993 e não foi cumprido. Na mesma CF/88 foi conferido aos povos indígenas o reconhecimento de suas subjetividades: sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Também foi reconhecido o direito originário sobre as terras e foi criado, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”.

No campo do Direito Internacional, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e Organização Internacional do Trabalho (OIT) conquistas jurídicas importantes foram realizadas em favor dos povos indígenas. Apesar do expressivo avanço legal e constitucional, atualmente [2022], a se completar 34 anos da promulgação da CF/88, o que ainda temos é omissão e morosidade na resolução dos conflitos envolvendo indígenas no país. Agrava-se o fato de que, a partir da promulgação da CF/88, setores econômicos que mantêm interesses sobre as terras e recursos naturais das Terras Indígenas, vem investindo em larga escala para diminuir o alcance dos direitos conquistados em 1988 e nas legislações internacionais. O investimento desses setores é perceptível nas três esferas do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – bem como campanhas difamatórias e preconceituosas via meios de comunicação, além de ações que afetam diretamente os povos indígenas e suas comunidades, como o arrendamento de terras, violências contra pessoas e coletivos dentre outras ações.

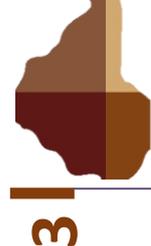
Desde o século XIX a questão indígena deixou de ser um problema de mão de obra e passou a ser uma questão de terras (CARNEIRO DA CUNHA, 1992). Esse processo iniciou-se quando as fronteiras do Império estavam em expansão, objetivando aumentar os espaços para a agropecuária e a liberação de terras para o assentamento de imigrantes europeus e asiáticos. Para tanto, foram criadas as zonas de povoamento, na metade do Séc. XIX, que objetivavam limitar o acesso a propriedade fundiária. Desde o Séc. XV aldeavam-se os indígenas para catequizá-los e usá-los como mão de obra. Quanto mais perto da cidade, de rotas tropeiras ou de instalações militares melhor: “Em todos esses casos os aldeamentos serviam de infraestrutura, fonte de abastecimento e reserva de mão de obra” (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 144). Em 1832 legisla-se sobre a transferência de aldeias para novos estabelecimentos, liberando seus lugares aos não indígenas. É realizada a primeira hasta pública<sup>1</sup> com venda de terra indígena. Inicia-se aí a corrida pelas terras indígenas, tanto das terras dos aldeamentos, como das terras dos “sertões” onde os indígenas encontravam-se livres.

Atualmente discussões jurídicas e políticas embasadas em suposições e hipóteses tentam desqualificar e retirar direitos que foram conquistados com muita luta e resistência. E no centro de todos esses conflitos estão os povos indígenas e seu território.

A seguir serão apresentadas as cosmovisões indígenas e sua importância em relação ao território. Em seguida, como as Constituições brasileiras trataram o direito dos povos originários

<sup>1</sup> A hasta pública era o ato processual pelo qual se vendiam bens penhorados.





ao longo da história para então adentrarmos nas interpretações jurídicas que são objeto de relevantes discussões atuais. Por fim, o processo de resistência perante as tentativas de se institucionalizar argumentos que afrontam os direitos originários.

## 2. POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E SEU RELACIONAMENTO COM O TERRITÓRIO

Em 2010, o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou que a população brasileira soma 190.755.799 de pessoas, dos quais 817.963 mil se declararam indígenas. O critério utilizado por este censo foi a autodeclaração ou autoidentificação. Desse universo foram identificados 305 diferentes povos e 274 línguas indígenas faladas no Brasil. Essa população representa 0,4% da população brasileira (IBGE, 2010). O censo revelou também que, das 896 mil pessoas que se autodeclaravam indígenas, 379 mil, ou 42,3%, vivem na área urbana e 517 mil, ou 57,7%, moram em Terras Indígenas (TIs) oficialmente reconhecidas. Os números apresentados pelo IBGE revelam um crescimento diferenciado de indígenas e não indígenas, uma vez que a cada ano mais comunidades ou povos se autodeclararam pertencentes a uma etnia indígena no processo denominado de etnogênese, portanto o crescimento não seria apenas vegetativo, mas também de autoreconhecimento:

Desde a última década do século passado vem ocorrendo no Brasil um fenômeno conhecido como “**etnogênese**” ou “**reetinização**”. Nele, povos indígenas que, por pressões políticas, econômicas e religiosas ou por terem sido despojados de suas terras e estigmatizados em função dos seus costumes tradicionais, foram forçados a esconder e a negar suas identidades tribais como estratégia de sobrevivência – assim amenizando as agruras do preconceito e da discriminação – estão reassumindo e recriando as suas tradições indígenas (LUCIANO, 2006, p. 28).

A Convenção 169 da OIT no Art.1º, numeral 2 observa que: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. Num esforço didático interpretativo, o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro (2016), observa que “índio<sup>2</sup>” é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal” e a Comunidade indígena seria aquela “fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas”. Como parentesco ou vizinhança, o antropólogo observa que se incluem “as relações de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco ritual ou religioso, e, mais geralmente, definem-se nos termos da concepção dos vínculos interpessoais fundamentais própria da comunidade em questão” (VIVEIROS DE CASTRO, 2016, s/p.). Portanto, nota-se que a autoidentificação e reconhecimento da coletividade são fatores fundamentais e complementares para o reconhecimento enquanto indígena pertencente a um dos 305 povos existentes no território nacional.

<sup>2</sup> Embora utilizado, o termo “índio” é pejorativo por revelar um erro histórico, por esse motivo não recomendamos sua utilização.





Um aspecto relevante que marca a distintividade entre as sociedades ocidentais e os povos indígenas é o comportamento vinculado ao relacionamento com o meio ambiente. Não se trata de pensarmos no conceito moderno de “ambientalismo”, mas de outras formas de conceber humanidade e meio ambiente a partir do universo cosmológico das sociedades. Para os povos indígenas a terra e todos seus entes materiais e espirituais são sujeitos de direitos, assim como os humanos, porque foram concebidos numa relação horizontal, de igualdade. Já para as sociedades ocidentais, o meio ambiente foi concebido para servir a humanidade, por esse motivo não temos que pedir licença para os espíritos dos animais para caçá-los, tampouco pedir licença para os espíritos das florestas para derrumar a mata.

Segundo Acosta (2015, p. 55) a Europa consolidou uma visão que colocou o ser humano figurativamente falando por fora da natureza sem considerar a humanidade como sua parte integral abrindo caminho para dominá-la e manipulá-la. Mas os povos indígenas, ao contrário, encontram na natureza a afirmação de sua identidade étnica e seus etnoconhecimentos (RAZERA, BOCCARDO & PEREIRA, 2006). Por exemplo, para o povo Kaingang o direito ao uso da terra se dá pela relação histórica com o local. É comum ouvir desse povo argumentos para defender o direito a terra como “*onde o umbigo está enterrado*”, ou seja, tempo e forma de uso se conjugam. Para os Guarani, há um território amplo, não contínuo, articulado por redes de relações e usos. Esse povo desenvolveu o conceito *Tekoha* ou *Tekoa*, lugar da vivência do Teko (costumes, cultura, crenças). Segundo Melià (1987) sem *Tekoha* não há Teko, ou seja, sem um lugar apropriado não há cultura, modo de ser. *Tekoha* pode ser traduzido como o lugar de viver a cultura, mas não pode ser qualquer lugar. Ele deve apresentar singularidades, como terras agricultáveis, mata com espécies para uso doméstico, medicinal e contemplativo, além de animais, água corrente, pátio e casas de moradia e de reza.

Na cosmovisão dos povos indígena da região do Xingu (MT) cultura e natureza se integram:

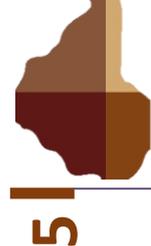
Para os índios do Xingu, o mundo é povoado por muitas espécies de seres, não somente dos reinos animal e vegetal, mas também os minerais, a água, o ar e a própria Terra, que contam com espírito e inteligência próprios – ou *ajayu*, em *aymara*, no Altiplano boliviano. Todos esses seres são dotados de consciência, e cada espécie vê a si mesma, e às outras espécies, a partir de sua perspectiva... e cultura e natureza se fundem em *Cultura Viva* (ACOSTA, 2015, p.15).

Longe de querer idealizar os povos indígenas, as complexas relações entre esses povos e o Estado envolvem uma série de reflexões (muito mais amplas do que as apresentadas aqui), mas que em termos territoriais foram apresentadas de forma a se pensar uma lógica reversa ao mundo ocidental e burocratizado. A relação com a terra e seu campo simbólico e ancestral.

Em termos constitucionais, exemplos de reconhecimento das diversidades são as constituições da Bolívia e Equador, também conhecidas como “o Novo Constitucionalismo Latino-Americano” que procuraram englobar

o espaço estratégico de inspiração e legitimação para impulsionar o desenvolvimento de paradigmas de vanguarda no âmbito das novas sociabilida-





des coletivas (povos originários, indígenas e afrodescendentes) e dos Direitos ao patrimônio comum (recursos naturais e ecossistema equilibrado) e culturais (Estado pluricultural, diversidade e interculturalidade) (WOLKMER, AUGUSTIN, WOLKMER, 2012).

O reconhecimento dos Direitos da Natureza ou *Pacha Mama* liga-se com os ideais (que aos olhos ocidentais e capitalistas parecem tão distantes) do Bem Viver ou *Buen Vivir*<sup>3</sup>, não enquanto uma filosofia, mas como um caminho real e alternativo de viver a vida.

### 3. TERRITÓRIO INDÍGENA E AS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

Ao longo da história imperial e republicana do Estado brasileiro conferiu aos indígenas o caráter colonizado e assimilacionista, ou seja, a condição indígena (depois de questionada sua humanidade)<sup>4</sup> era vista como um estado transitório, passível de mudança, de selvagem à civilizado, de não integrado a integrado e de seres aculturados que necessitavam se integrar a sociedade ocidental. A Constituição Federal de 1934 foi pioneira em reconhecer a existência dos povos indígenas e garantir o acesso às terras. Segundo Zanatta (2017, p. 134) era constituída de um nacionalismo e corporativismo expressivo. A partir dela é dada competência exclusiva à União legislar sobre as questões indígenas e, é a partir desta data que os territórios indígenas entram como matéria constitucional.

Porém, o reconhecimento do direito à terra é anterior a Constituição de 1934. Destaca-se o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que ao tratar das sesmarias reconheceu o direito indígena sobre as terras porque considerou esses sujeitos como “primários e naturais senhores delas”.

Vejamos o preceito da Constituição de 1934:

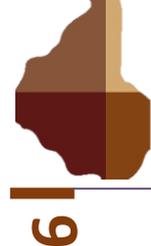
Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (grifo nosso).

Extrai-se da leitura que a posse e a localização permanentes dos indígenas nas terras era pressuposto para se concretizar o direito. Em seguida, a Constituição Federal de 1937 e 1946 não trouxeram grandes mudanças em seus textos, enquanto que a Constituição Federal de 1967 reconheceu o usufruto exclusivo e concedeu à União a titularidade das terras ocupadas pelos povos indígenas, ou seja, elas se tornaram patrimônio da União, vejamos:

<sup>3</sup> Segundo Alberto Acosta (2017) “o Bem Viver é uma filosofia em construção, e universal, que parte da cosmologia e do modo de vida ameríndio, mas que está presente em diversas culturas” (ACOSTA, 2017, p.14). Esse conceito visa mostrar alternativas para se pensar e viver a relação homem e natureza. “O Bem Viver”, em português, também é conhecido em espanhol como “Buen Vivir”, e em kichwa, ou quechua, na Bolívia e Equador como “sumake kawsay”. No Brasil os povos Guarani o chamam de “Teko Porã”. Na África do Sul Ubuntu: “Eu sou porque você é, você é porque eu sou, você eu somos”. Trata-se de viver de maneira equilibrada, sustentável, em menor escala possibilitando vida digna e respeitando os ciclos do planeta, opondo-se ao “viver melhor” ocidental, que acaba por explorar os recursos para se alcançar o desenvolvimento econômico/material ao invés de utilizá-lo de maneira a proporcionar a renovação natural da vida.

<sup>4</sup> No séc. XIX a questão da humanidade dos índios foi colocada pela primeira vez (CANEIRO DA CUNHA, 2012, p.134).





Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:  
IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Para Filho (1986, p. 65) o objetivo de ceder as terras para União foi para “impedir que os estados disponham dessas terras, alienando-as a civilizados em detrimento dos indígenas”, in verbis o preceito da Constituição de 67:

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

Na Constituição Federal de 1969, o governo então militar, em busca de um controle maior das terras indígenas incorporou a inalienabilidade e usufruto exclusivo:

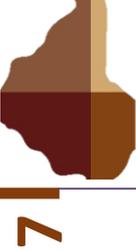
Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

Segundo Little (2004) a partir de 1970 houve um grande crescimento de áreas de preservação ambiental, que faziam parte do movimento de fronteira desenvolvimentista dos governos militares. O que era para gerar proteção territorial e ambiental gerou ainda mais exclusão dos povos indígenas de seu território, produzindo assim:

...um grande impacto fundiário no país em razão do alto índice de sobreposição das novas áreas protegidas com os territórios sociais dos povos indígenas, dos quilombolas e das comunidades extrativistas. No período de quinze anos, de 1975 a 1989, foram criados no Brasil dezessete parques nacionais, 21 estações ecológicas e 22 reservas Biológicas, o que produziu o quadruplicamento da área total de Unidades de Conservação de Uso Indireto no país. Como as Unidades de Conservação de Uso Indireto não permitem a presença de populações humanas dentro de seus territórios - sendo isto uma de suas regras cosmográficas mais firmes -, a solução inicialmente proposta pelos preservacionistas foi a expulsão dos habitantes de “seus” novos territórios, seja por indenização ou por reassentamento compulsório, tal como se fazia com as barragens e os outros grandes projetos de desenvolvimento (LITTLE, 2004, p.273, grifo nosso).

Em 1973, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) foi criado com o propósito exposto no seu art.1º de “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Essa mesma lei define em seu art.4º, graus de integração social, classificando-os em “isolados”, “em via de integração” ou “integrados”. Sendo assim, a incorporação total dos indígenas era esperada, bem como a perda da sua cultura. A referida lei, que continua vigente no país, precisa urgentemente de reformulação, pois expressa uma violência simbólica contra a população indígena e atualmente deve ser interpretada conforme os preceitos da Constituição Federal de 1988, que não recepcionou o seu caráter integracionista. Ainda em 1973 foi atribuída a Funai a competência para demarcação das Terras Indígenas e a homologação no final do processo ao Presidente da República. A Constituição Federal de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã,





devido ao fato de o país ter saído da ditadura militar e ela representar o marco da redemocratização, trouxe importantes conquistas para os indígenas. Importante destacar a participação ativa dos povos indígenas e das organizações indigenistas no processo de elaboração da referida CF.

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia - a realidade dos fatos - de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro (SANTILLI, 2000, p. 29, grifo nosso).

O primeiro ponto a ser destacado é o reconhecimento dos costumes e tradições que envolvem essas comunidades, ou seja, foi consagrada a autodeterminação no artigo 231 da CF/88:

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

Na prática, ela é limitada, pois o processo de reconhecimento efetivo e respeito a identidade cultural e demarcação das terras ainda é lento e possuiu um viés eurocêntrico. Para Bello (2012, p. 95), ainda há uma grande diferença entre o tratamento constitucional brasileiro conferido aos direitos indígenas e o modelo de ‘cidadania indígena’ previsto pela ordenação internacional”.

É importante destacar que os direitos originários, são aqueles que preexistiam antes mesmo da chegada dos colonizadores ao continente e que foram reconhecidos, não apenas outorgados. Outorgar refere-se a consentir, aprovar ou conceder, mas aqui trata-se de direitos coletivos que tem como sujeito de direitos povos e comunidades, e esses direitos precedem o Estado, portanto são reconhecidos. Em se tratando de direito ao território indígena, segundo Silva (2018, p.21), “são direitos naturais, porque coexistem com o próprio ser das comunidades indígenas”. Para Carneiro da Cunha (2009):

Os direitos sobre as terras indígenas foram declarados como sendo ‘originários’, um termo jurídico que implica precedência e que limita o papel do Estado a reconhecer esses direitos, mas não a outorgá-los. Essa formulação tem a virtude de ligar os direitos territoriais às suas raízes históricas (e não a um estágio cultural ou a uma situação de tutela) [...] (CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 283).

Outro importante avanço da Constituição Federal de 1988 foi que ela estabeleceu o conceito para 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 (grifo nosso).

A palavra “tradicional” trata aqui do modo de vida desses povos, que são grupos culturalmente diferenciados e que assim se reconhecem. Uma vez reconhecida sua existência, é preciso reconhecer seus direitos. No entanto, a Constituição não trouxe as cosmovisões indígenas e não prevê formas de participação desses grupos, inviabilizando assim a valorização e apreciação de seus saberes<sup>5</sup>. Para Little (2004), o conceito de povos tradicionais agrega fatores como regimes de propriedade comum, sentimento de pertencimento a um local, procura por autonomia cultural e práticas adaptativas.

No Art. 232 da referida Constituição foi conferido aos povos indígenas o direito de ingressar em juízo por si próprios, sem necessitar de órgãos representantes. Isso significa que, desde 1988, eles foram considerados sujeitos com “capacidade civil plena”, que está definida no art.5º do Código Civil de 2002, como aquela em que a própria pessoa poderá exercer seus direitos e suas obrigações a partir dos 18 anos de idade ou em algumas situações de emancipação.

Vejamos que a partir de 1910, os povos indígenas estavam vinculados ao Serviço de Proteção aos Índios (SPI)<sup>6</sup>. Em 1916, o Código Civil no art.6º, Inciso IV declarou os indígenas relativamente incapazes, ou seja, que para exercer os atos da vida civil o fariam com a devida assistência. A ideia de incapacidade indígena estava ligada ao processo de colonização, ou seja, ao grau de civilização dos povos indígenas. O Decreto Nº 5.484 de 27 de junho de 1928 disciplinava a situação:

Art. 5º A capacidade, de facto, dos indios soffrerá as restricções prescriptas nesta lei, emquanto não se incorporarem elles á sociedade civilizada.

Então, o mesmo Decreto em seu artigo 6º colocou os indígenas sob tutela do Serviço de Proteção aos Índios mantendo o caráter assimilacionista, vejamos:

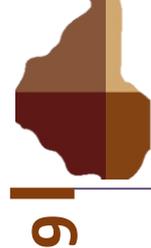
Art. 6º Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grão de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos indios, perante as justicas e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito (grifo nosso).

O SPI foi extinto em 1967 e no mesmo ano foi criada a Fundação Nacional do Índio (Funai), que passou a representá-los judicialmente. Atualmente, mesmo com possibilidade de ingressar diretamente em juízo, o Ministério Público possui atribuição de defender os interesses das

<sup>5</sup> O Decreto n.6.040 de 2007, art.3º, incisos I e II que trata da Política Nacional do Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais traz o conceito de povos e comunidades tradicionais, bem como de território tradicionais.

<sup>6</sup> Em 1967 foi criada uma comissão para apurar as irregularidades do SPI. O documento conhecido como “Relatório Figueiredo” trouxe à tona os casos de corrupção, escravidão, abuso e maus tratos aos indígenas. Além disso crimes como “doação criminosa de terras” e “alteração de documentos oficiais”.





comunidades indígenas. Ainda assim ocorrem problemas múltiplos. Problemas de interpretação por parte do Judiciário e Executivo. Processos judiciais não abertos a participação dos indígenas e que na maioria dos casos não são ouvidos nos processos. Suas cosmovisões são, para os aplicadores do direito, desconhecidas.

Ainda que a Constituição tenha evoluído no reconhecimento material dos direitos indígenas no país, é necessário agora que a prática venha a ser alinhada. Que as esferas institucionais passem a respeitar e a efetivar tais direitos. Como povos originários, eles possuem direitos coletivos além dos individuais. O direito à vida, ou seja, à existência do grupo, que conseqüentemente para existirem necessitam que o território seja reconhecido. Não há como tratar de povos indígenas e dissociá-los de seu território. Portanto, veremos a seguir como o direito brasileiro tem tratado os territórios indígenas e as teses que o envolvem.

#### **4. INDIGENATO X MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO E RENITENTE ESBULHO**

A demarcação de terras indígenas no país tem previsão legal na Carta Magna de 1988 e previa um prazo de 5 anos para o mesmo. O prazo terminou em 1993, e hoje, mais de 29 anos depois os conflitos judiciais e físicos são temas em alta no Brasil. A votação da Proposta de Lei 490, também conhecido como PL 490 quer alterar o “Estatuto do Índio” e traz consigo questões inconstitucionais dentro dela.

A PL 490 foi proposta em 2007 e já sofreu diversas alterações ao longo dos anos, tendo sido desengavetada 3 vezes. Ela é defendida pela bancada ruralista por defender seus interesses. Dentre seu alcance está o “Marco Temporal” (que é tratado no ponto 3.2), a impossibilidade de ampliação das terras que já foram demarcadas e a permissão de exploração das terras indígenas por garimpeiros e hidroelétricas, por exemplo, além de flexibilizar o contato com os povos isolados. Tal proposta de lei é inconstitucional pois, prevê alterações nos direitos já garantidos dentro da CF de 88.

A nota técnica apresentada pela Assessoria Jurídica do Cimi “Análise do PL 490/2007 e seus apensos” explica que o Supremo Tribunal Federal nunca fixou ou pacificou a matéria indígena, isso quer dizer que, não está formado um entendimento majoritário sobre o tema, sendo considerado assim não consolidado<sup>7</sup>. Portanto, quem defende o Marco Temporal como argumento para demarcação das terras indígenas, está se baseando em uma falácia da bancada ruralista.

A seguir serão apresentadas uma tese e duas proposições que se relacionam com o território indígena brasileiro atualmente.

##### **4.1. Do Indigenato**

Quando o renomado jurista Mendes Junior se posicionou na conferência na antiga Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios realizada em 1902 estava em vigor no país a Lei nº 601 de 1850, que conferia ao possessor, ou seja, aquele que tinha a terra em sua posse, o direito de

<sup>7</sup> A “repercussão geral”, dispositivo criado em 2004 pela Emenda Constitucional poderá somente ser aplicada pela corte a recursos extraordinários que discutem matérias pacificadas pelo STF.





legitimar/regularizar sua posse. Ao defender o princípio<sup>8</sup> do Indigenato, ele baseou-se no Alvará de 1º de abril de 1680, defendendo assim o direito originário dos povos indígenas as terras no Brasil. Nas palavras de Silva (2011, p. 860) “os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o Indigenato”.

Tais direitos são originários. Não se trata de direitos adquiridos, pois não pressupõem uma incorporação ao patrimônio (econômico e moral), embora, ressalvadas as peculiaridades constitucionais, devam ser tratados em harmonia com esses. Cabe aqui a mencionada noção de indigenato, entendido por João Mendes Junior como título distinto da ocupação (ob. cit., p. 49) e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Nesse sentido, não é fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior depende de requisitos que o legitime (JUNIOR, 2004, p. 692).

Existe discussão jurídica se o Indigenato trataria apenas das terras que os indígenas ocupam atualmente ou se trata também das terras que foram ocupadas no passado e então esbulhadas<sup>9</sup>. Há quem alegue que o Indigenato não pode tratar de todas as terras ancestrais, porque hoje lhe faltam a presença/posse indígena. Que seria possível apenas aplicá-la ao território indígena que hoje está em posse dos índios. Porém, esse tipo de argumento apenas reitera o caráter assimilacionista adotada por longos anos por parte do Estado e uma postura colonizadora que visa retirar, mais uma vez, os direitos indígenas. As interpretações variam:

Os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, que essa demarcação é um direito dos índios constitucionalmente estabelecidos, que esse direito à demarcação só será totalmente satisfeito quando abranger todas as áreas por onde se estendem aquelas terras... Isso vale também para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação... (SILVA, 2018, p. 41).

Em suma, o Indigenato é a tese que sustenta que povos indígenas têm direito ao território tradicional, uma vez que eles possuem direitos originários sobre o território. Essa tese foi sustentada antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal brasileira.

#### 4.2. Do Marco Temporal de Ocupação

---

<sup>8</sup> Segundo o jurista Miguel Reale (2003) "princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".

<sup>9</sup> Esbulho é a retirada forçada do bem de seu legítimo possuidor, que pode se dar violenta ou clandestinamente.





O Marco Temporal de Ocupação foi apresentado em decisão monocrática, ou seja, somente pelo ministro do STF Menezes Direito, no julgamento do acórdão<sup>10</sup> proferido no processo da Pet.n.3.388/RR<sup>11</sup>, em 2005 relativo a Terra Indígena Raposa da Serra do Sol<sup>12</sup>. Nesse julgamento foi utilizada a data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, como referência para que fosse reconhecido o direito indígena à terra: em outras palavras, que somente as terras ocupadas pelos indígenas nessa data seriam consideradas como território tradicional exceto aquelas em que houve expulsão, ou seja, esbulho. Veja a ementa do acórdão:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (STF, 23 de out de 2013).

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 em momento algum trabalhou com data certa para reconhecimento dos direitos indígenas sobre território, pelo contrário, ela afirma que “são reconhecidos (...) os direitos originários sobre as terras (...)”. O marco temporal foi fruto de interpretação no âmbito desse julgamento. Foram integradas a esse julgamento 19 condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito (que deveriam ter sido aplicadas apenas ao caso em concreto e não serem estendidas para demais julgamentos de territórios indígenas).

Apesar da decisão da PET nº 3.388/RR não ter efeito vinculante, ou seja, não possui força normativa sobre órgãos do poder Judiciário e da administração pública nas esferas federais, estaduais ou municipais, no Governo do presidente Michael Temer, através da Advocacia Geral da União (AGU) editou-se o Parecer nº 001/2017<sup>13</sup>, determinando que toda a administração pública federal adotasse uma série de restrições à demarcação das terras indígenas. Tais restrições se encontram dentro das condicionantes na decisão do STF sobre a TI Raposa da Serra do Sol (RR), de 2009.

Mas quais os efeitos desse parecer? Ele vem sendo usado como argumento para retardar, delongar e tentar reverter decisões a respeito das terras indígenas. Ele é mais um instrumento de negação dos direitos dos povos indígenas e tem sido inserido nos processos judiciais que questionam a demarcação das terras indígenas. Os povos indígenas se referem ao parecer como “parecer

<sup>10</sup> Acórdão é uma decisão final ou sentença de uma instância superior, como o Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Para serem aprovados a maioria deve votar de acordo. Já a sentença é definida apenas por um julgador em instâncias como a justiça estadual, em que a sentença é proferida por um juiz.

<sup>11</sup> A Pet. 3388 / RR é uma ação popular cujo objeto é a anulação da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, que promoveu a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Pet. significa petição, um pedido por escrito, onde a pessoa apresenta sua causa e argumentos perante a Justiça. A ação popular é uma ação de natureza constitucional, que pode ser ajuizada por *qualquer do povo* (ou seja, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos) perante o Poder Judiciário, para anular qualquer ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural e a petição é o instrumento utilizado.

<sup>12</sup> O processo de reconhecimento territorial que envolve a Terra Indígena Raposa da Serra do Sol, iniciou-se em 1917 e foi concluído administrativamente em 2005. Ainda assim a questão chegou ao STF que reconheceu o direito indígena sobre as terras.

<sup>13</sup> Parecer é um documento jurídico que pode ser facultativo, obrigatório ou vinculante, formulado por juristas, utilizado para expressar uma opinião técnica ou profissional. Diferente do parecer, a nota técnica é elaborada por especialistas no assunto que ela aborda e deve conter elementos legais e históricos.



antidemarcação” ou “parecer do genocídio”. Em fevereiro de 2018, o MPF através da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão – Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, elaborou a Nota Técnica nº 02/2018-6CCR, onde afirma que o parecer é inconstitucional e solicita a anulação do mesmo. Várias entidades da sociedade civil divulgaram uma nota se posicionando contrários a este parecer.

Um exemplo de como os povos indígenas são afetados por esses argumentos é o caso da Ação Cível Originária (ACO) 1100. A demarcação da Terra Indígena (TI) Ibirama Laklãnõ, do povo Xokleng, no Alto Vale do Itajaí (SC) está sendo questionada e há pedido de anulação da Portaria Declaratória por ocupantes não indígenas do território tradicional e uma empresa (Batis-tela Agroflorestal) que explora madeira nessa área. Os indígenas Xokleng, entraram com um pedido de suspensão de todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017 e em fevereiro de 2020, o ministro Edson Fachin acatou em partes o pedido da comunidade indígena, e suspendeu os efeitos do Parecer, até o julgamento final da Ação Cível Originária (ACO) 1100.

As condicionantes são uma afronta aos direitos protegidos e descritos na CF/88 e demais declarações internacionais. Veja o que diz a ONU:

Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas de 13 de setembro de 2007.

Artigo 26 1. Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido (ONU, 2007, grifo nosso).

A Organização dos Estados Americanos (OEA) na Declaração Americana sobre os Direitos do Povos Indígenas reconhece também o território ancestral e todo o ecossistema a ele envolvido, observe:

Declaração Americana sobre os Direitos do Povos Indígenas- OEA

Artigo XVIII

2.Os povos indígenas têm direito a seus próprios sistemas e práticas de saúde, bem como ao uso e à proteção das plantas, animais e minerais de interesse vital, e de outros recursos naturais de uso medicinal em suas terras e territórios ancestrais (OEA, 2016, grifo nosso).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho OIT, que entrou em vigor no Brasil em 25 de julho de 2003, e que trata dos povos indígenas preconiza em seu artigo 14:

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



2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. (BRASIL, 2004).

Joenia Wapichana, advogada, primeira mulher indígena a ser eleita como deputada federal em 2018, ao ser questionada sobre como avalia o marco temporal afirmou que “o Marco Temporal é totalmente inconstitucional. É dessa forma que vou defender com os argumentos já posicionados de forma direta, porque a nossa Constituição assegura os direitos originários dos povos indígenas (CIMI, 2018). Concordamos com Silva (2018, p. 23) que o marco temporal é uma tese questionável e que tenta utilizar um conceito normativo para ser aplicado em todos ou muitos casos de ocupação de terras indígenas. O marco temporal de ocupação é inconstitucional e viola os direitos ancestrais dos povos indígenas no Brasil.

### 4.3. Do Renitente Esbulho

Além de criar a tese do marco temporal de ocupação há o chamado renitente esbulho. Para entendê-lo melhor precisamos analisar a demarcação da Terra Limão Verde do povo Terena, no Mato Grosso do Sul, julgada pelo STF em 2014. Ao analisar o caso, o tribunal unanimemente deu provimento ao recurso extraordinário que pedia a nulidade dos atos administrativos de reconhecimento da TI. O relator Ministro Teori Zavaski entendeu ausentes os pressupostos de ocupação indígena em outubro de 1988 e demonstração de renitente esbulho. No julgado do Agravo no Recurso Extraordinário<sup>14</sup> n. 803/462/MS encontra-se o significado do renitente esbulho:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (STF, 2014, grifo nosso).

Sendo assim, exige-se que os indígenas provem duas circunstâncias: 1ª que havia resistência física em relação ao território ancestral que foi esbulhado ou 2ª que havia resistência através de ação possessória (ação judicial) proposta antes ou na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, conferindo-lhes assim e apenas assim o direito sobre as terras. Dessa forma, se os indígenas perderam a terra, ou seja, se sofreram esbulho, se foram retirados de suas terras forçosamente, mas ainda assim continuaram a lutar por essa terra, caberia a eles o ônus de provar

<sup>14</sup> O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial são destinados a tratar de inconsistências da decisão judicial com o ordenamento jurídico e não com os fatos propriamente ditos. Caso o Tribunal de origem entenda cabível o Recurso Especial ou o Recurso Extraordinário o processo será remetido ao Tribunal *ad quem*. Não é admissível recurso contra essa decisão. Caso seja inadmitido, o recurso é considerado trancado. Contra essa decisão monocrática do Tribunal de origem é cabível o Recurso de Agravo em Recurso Extraordinário ou Agravo em Recurso Especial, a ser interposto no prazo de 15 dias de acordo com o art. 1042 do Código de Processo Civil de 2015.





sua resistência, fosse ela física ou judicial. Destaca-se que “não responde quem praticou o esbulho, mas sim quem o sofreu. Com essa inversão, as violações do passado são potencializadas no presente contra os índios” (BARBOSA, 2018, p.12).

Como será possível preencher os requisitos para comprovação de resistência física ou processual exigidos pela atual justiça brasileira se os mesmos sequer existiam até o julgado da Pet.nº.3.388/RR- Raposa Serra do Sol? Tais requisitos e argumentos são utilizados pelos julgadores, agricultores, ruralistas e demais interessados nessas mesmas terras.

Devido ao fato de serem considerados incapazes de pleitear por seus direitos antes da CF de 88 os povos indígenas precisavam da tutela de órgãos como o SPI (1910-1967) e depois da Funai (que substituiu o SPI em 1967). Porém, o relatório final da Comissão Nacional da Verdade demonstrou que aos indígenas era conferido tratamento cruel, maus-tratos, trabalho escravo, e que houve apropriação e delapidação do patrimônio indígena, adulteração de documentos entre outras violações.

Então, como seria possível apresentar “ação judicial” se os próprios órgãos representantes violavam seus direitos? E quanto ao fato de apresentarem “resistência física”? Seria essa a resistência presente no imaginário comum, de disputa armada e conflitos corporais? Como é possível apresentar resistência física uma vez que a paridade de “armas” e ferramentas de resistência se apresentam de maneira distinta e desigual dentro do território nacional. É possível resistir fisicamente sem o conflito armado? É preciso reconhecer as diversas formas de resistência, que aos olhos coloniais ocidentais podem parecer com pouca ou sem organização, mas que é um processo muitas vezes silencioso, paciente, fragmentado e que evitam o confronto direto.

A justiça brasileira tem considerado apenas a construção do direito civil brasileiro para definir o que é esbulho nas terras indígenas sem considerar as mazelas sofridas pela população indígena. Observe que “as circunstâncias de fato” citadas no julgado da Terra Limão Verde seriam a própria resistência e falar em resistência e exigir as mesmas condições de luta, processual e de luta física entre índios e brancos é mais uma vez exigir algo injustamente. São exigências inconstitucionais. Sabemos que somente o Estado pode utilizar-se de meios coercitivos e que exigir que até a data de 05 de outubro de 1988, houvesse ação judicial versando sobre a posse de terras não é possível, uma vez que os indígenas eram tutelados e não possuíam legitimidade processual. Quijano (2002) explica que a força e violência são elementos presentes no processo de dominação e que são encobertas pelas estruturas institucionalizadas de autoridade coletiva ou pública. Frisa-se que da colonização até os dias atuais milhares de indígenas foram mortos, expulsos de suas terras, escravizados e são minoria. Sabemos que muitas das violações de seus direitos partiram justamente dos órgãos que eram então responsáveis por tutelá-los.

**Tabela 1.** Resumo geral dos argumentos jurídicos e suas implicações

Projeto de Lei 490 – PL 490	Tese do Indígena	Marco Temporal de Ocupação	19 condicionantes para demarcação de terras indígenas	Parecer n. 001/2017 também chamado de Parecer anti-demarcação ou Parecer Genocida	Renitente Esbulho	Repercussão Geral
Procura alterar o “Es-	Afirma que os	A tese do Marco Temporal foi resultado de interpretação	Proposta pelo Ministro Menezes Di-	Durante o Governo do Presidente Michael Temer	Apresentado durante a demarcação da	Em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o julgamento





<p>tatuto do Índio". Este Projeto de Lei foi criado em 2007, já sofreu diversas alterações ao longo dos últimos anos e foi postp para votação três vezes.</p>	<p>povos indígenas têm direito ao território tradicional, uma vez que eles possuem direitos originários sobre o território.</p>	<p>durante sentença referente à Terra Indígena Raposa da Serra do Sol (Processo Pet.n.3.388/RR).</p>	<p>reito durante o julgamento da Terra Indígena Raposa da Serra do Sol (Processo Pet.n.3.388/RR).</p>	<p>(2016-2018, que assumiu a presidência após o golpe contra a primeira presidente mulher Dilma Rousseff), por meio da Advocacia Geral da União (AGU) foi emitido um documento denominado "Parecer n. 001/2017" determinando que toda a administração pública federal adote uma série de restrições à demarcação de terras indígenas, sendo elas as mesmas 19 condicionantes.</p>	<p>Terra Limão Verde dos povos Terena no Mato Grosso do Sul em 2014.</p>	<p>do processo de Recurso Extraordinário (RE) n.1.017.365 que discute um pedido de reintegração de posse impetrado pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina contra os povos Xokleng e a Funai terá "direito geral repercussão", o que significa que a decisão ali proferida, bem como as eventuais condicionantes impostas ao caso, servirá de base para futuras decisões sobre os territórios indígenas no Brasil.</p>
<p>Os pontos principais é a questão territorial: o Marco Temporal de Ocupação, a impossibilidade de expansão das terras já demarcadas e a permissão para exploração de terras indígenas por garimpeiros e hidrelétricas, além do contato com comunidades isoladas se tornarem mais flexíveis.</p>	<p>Essa tese foi sustentada antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal brasileira.</p>	<p>Nesse julgamento, a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, foi tomada como referência para o reconhecimento do direito à terra.</p> <p>Ou seja, somente as terras ocupadas pelos indígenas a partir de 05 de outubro de 1988 seriam consideradas território tradicional, exceto aqueles indígenas, que poderiam comprovar que sofreram despejo (desapropriação).</p>	<p>As 19 condições deveriam ter sido aplicadas apenas ao caso concreto e não estendidas a julgamentos de outros territórios indígenas.</p> <p>A decisão aqui proferida não tem efeito vinculante, o que significa que não tem força normativa sobre o judiciário e a administração pública nas esferas federal, estadual ou municipal.</p>	<p>Dessa forma, se os indígenas perderam a terra, ou seja, se sofreram esbulho, se foram retirados de suas terras forçosamente, mas ainda assim continuaram a lutar por essa terra, caberia a eles <b>o ônus de provar</b> sua resistência fosse ela física ou judicial. Destaca-se que não responde quem praticou o esbulho, mas sim quem o sofreu.</p>	<p>O julgamento foi adiado pela terceira vez em 5 de junho de 2022, pelo STF.</p>	

Fonte: os autores (2022).

## 5. RESISTÊNCIA INDÍGENA

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), lançou a campanha “Nossa história não começa em 1988 #MarcoTemporalNão” em 2017, quando estavam em pauta no STF os julgamentos das Ações Cíveis Ordinárias (ACOs) 362, 366 e 469. A campanha tinha dois focos: primeiro garantir que o STF rejeitasse o argumento jurídico do marco temporal e que a Advocacia Geral da União (AGU) revogasse o Parecer nº 001/2017.

As ACOs 362 e 366, que foram movidas pelo estado de Mato Grosso contra a União Federal e Funai, por conta da criação do Parque do Xingu e a demarcação das terras indígenas Nambikwára e Pareci e áreas a elas acrescidas. No julgamento das ACOs 362 e 366, oito ministros do Supremo julgaram improcedentes ação do estado do Mato Grosso e com isso reafirmaram o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais.

A ACO 469, tratava-se de uma ação movida pela Fundação Nacional do Índio (Funai) contra o estado do Rio Grande do Sul, pedindo a nulidade de títulos de não indígenas ocupantes da Terra Indígena (TI) Ventarra, do povo Kaingang. Por ser a única que tratava de demarcação de



terras após a Carta Magna de 1988, havia grande expectativa sobre a discussão do Marco Temporal nesse caso. Ocorreu que, o ministro Alexandre de Moraes retirou ela da pauta a pedido da Funai e do estado do Rio Grande do Sul. No mesmo ano, em dezembro o processo foi extinto sem resolução do mérito pois foi restituída a posse permanente e o usufruto exclusivo dos Kaingang e os colonos foram indenizados pelo estado do Rio Grande do Sul.

As tensões em relações a demarcações de terra se estendem. Em 2019 o STF decidiu que o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 que discute um pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina contra o povo Xokleng Laklãnõ e contra a Funai terá “repercussão geral”, ou seja, servirá como base para decisões futuras sobre os territórios indígenas no Brasil. O julgamento foi adiado pela terceira vez em 05 de junho de 2022 pelo STF.

Segundo ainda dados do CIMI (2019), as situações das terras em geral no Brasil encontram-se da seguinte maneira:

**Tabela 2.** Situação das terras indígenas no Brasil

Situação	Quantidade %
A identificar	13,42
Declarada	4,63
Dominial	1,62
Homologada	1,23
Identificada	3,86
Portaria de Restrição	0,46
Registrada	30,92
Reservada	2,93
Sem providências	40,86

Fonte: Tabela adaptado do CIMI (2019).

Os dados acima precisam ser compreendidos em seus contextos para evitar interpretações errôneas da realidade. Atualmente existem no Brasil 462 terras indígenas regularizada que representam cerca de 12,2% do território nacional, segundo a Funai (2019). As maiores Terras Indígenas (TIs) no Brasil encontram-se na região Amazônica e estão todas elas regularizadas. A última terra com tamanho expressivo que necessitava demarcar foi a TI Raposa Serra do Sol (RR). Apesar de que, cerca de 50% das terras indígenas não estarem demarcadas, elas representam menos de 01% em termos territoriais do que já está regularizado, ou seja, após concluir todas as demarcações, os indígenas ocuparão cerca de 13% a 14% do Território Nacional.

Na região amazônica concentra-se 55% da população indígena e, no entanto, ocupam 98,5% dos territórios indígenas. Os outros 45% da população, que vivem no Nordeste, Sudeste, Sul e parte do Centro Oeste, ocupam menos de 1,5%, ou seja, quase a metade da população indígena está em menos de 2% do território demarcado. Em números totais, a região não amazônica concentra o maior número de terras indígenas, mas elas representam menos de 2% em hectares. Esses dados são importantes para compreender os desafios de demarcar terras indígenas fora da Amazônia Legal.



Na região amazônica as demarcações ocorreram em tempos em que a pressão econômica era menos incisiva, por esse motivo não tiveram a mesma resistência que encontramos nas demais regiões. No estado do Paraná, o povo Avá-Guarani na terra indígena de Guasu Guavirá, nos municípios de Guaíra e Terra Roxa o juiz Gustavo Chies Cignachi, da primeira instância da Justiça Federal, determinou a suspensão de atos de demarcação de terras indígenas com base no Marco Temporal. O presidente da Funai, Marcelo Augusto Xavier da Silva, acatou a decisão do juiz e a TI foi inclusive retirada da listagem de terras do órgão. Em ofício, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) da Câmara dos deputados, o advogado da Funai afirmou que o órgão não iria recorrer da decisão do juiz.

Semelhante ao que ocorreu na TI Raposa Serra do Sol de 1.747.464,7832 hectares, ocorre para demarcar um hectare de terra fora da Amazônia, ou seja, mobiliza mais gente e interesses econômicos e políticos. Fora da Amazônia é também o local onde há mais terras esbulhadas pelo Estado tutor ou por particulares. É, portanto, a região onde mais se faz uso do discurso do Marco Temporal.

A conjuntura política do país tem acentuado o quadro de violência contra os povos indígenas que ganham força em discursos de intolerância. O panorama geral atual é de vários ataques aos seus territórios, aos povos indígenas e aos seus aliados. A Deputada Federal por Roraima, Joênia Wapichana, afirmou em 2019 que as mudanças do então novo governo colocavam em risco direitos já consolidados pelos indígenas. “Não são apenas declarações de ataque aos indígenas como também atos administrativos que o presidente (Bolsonaro) tem feito desde 1º de janeiro. Eles vão desde o desmonte dos ministérios até o da própria Funai, o único órgão indigenista federal que agora foi entregue aos ruralistas” (WAPICHANA, 2019). Em vista dessas ameaças e ataques, as lideranças indígenas têm buscado cada vez mais seu fortalecimento interno para continuar a luta pelo seu território.

Realizada em Brasília desde 2003, o Acampamento Terra Livre (ATL) é a maior Assembleia dos Povos e Organizações Indígenas no Brasil. Nesses encontros anuais as organizações indígenas regionais se encontram para uma série de discussões, palestras e trocas de saberes com outros povos, apoiadores e diferentes lideranças. Na assembleia de 2022 foi divulgada uma nota afirmando que “nossa luta é pela terra, pela vida, pelos nossos bens naturais e pela soberania do povo brasileiro!”. A PL 940 e a interpretação dos julgamentos para demarcação das terras indígenas são uma tentativa de se institucionalizar o Marco Temporal, bem como o renitente esbulho.

O cenário político de 2022 foi marcado também pelo maior número de candidatos indígenas a cargos eletivos na história do Brasil, bem como o maior número de eleitos (até então haviam sido eleitos apenas dois indígenas deputados federais, Mario Juruna em 1982 e Joênia Wapichana em 2018). Dos cinco eleitos em 2022, nomes como Sonia Guajajara e Célia Xakriabá são marcos vitoriosos dentro da luta dos povos indígenas, bem como da proposta de criação do Ministério dos Povos Originários, já divulgada pelo futuro governo do também reeleito presidente Luís Inácio Lula da Silva.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Território, terra, cosmovisão e tradições estão alinhados com os povos indígenas. São fatores necessários para a sobrevivência desses povos. A proposta de aprovar o marco temporal e o



renitente esbulho na Suprema Corte brasileira representa um retrocesso no reconhecimento e efetivação dos direitos indígenas. Essas propostas comprometem a história ancestral, o presente e o futuro dos povos indígenas no país.

O debate sobre o marco temporal e o renitente esbulho, não se configura como uma tese jurídica, mas como um argumento político que deseja se converter numa tese. Não há embasamento legal para sua aprovação, mas em se tratando de disputas que envolvem territórios, a história tem demonstrado que nem sempre o regramento jurídico sai vitorioso. Em momento algum se pode esquecer que estamos vivendo em uma sociedade de classes, altamente hierarquizadas, com amplos vieses racistas e preconceituosos contra afro-descentes e indígenas, de modo que esses pensamentos refletem também na formação dos magistrados. O judiciário é parte da sociedade, não está imune ou alheio aos acontecimentos e disputadas, apesar de seu compromisso com a justiça.

As decisões e/ou os processos em andamento que envolvem disputas de terras demonstram como o judiciário brasileiro tem se posicionado em relação aos direitos indígenas. O argumento do marco temporal tem sido utilizado largamente pelas instâncias da justiça em primeiro grau ou nos tribunais regionais. As ações que o próprio Estado brasileiro comete para dificultar, diminuir e até mesmo extinguir os povos indígenas são inúmeras. Os interesses políticos em detrimento da busca efetiva por resolver a demarcação das terras prolonga o tempo de duração dos processos. No país apenas a partir de 1988 foi reconhecido o direito aos costumes e tradições. O que ocorreu foi a conquista material do direito, mas a luta pela efetivação continua.

## REFERENCIAS

- ACOSTA, A. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. 2a. ed. Quito: Elefante, 2015.
- APIB. Articulação dos Povos Indígenas no Brasil, 2019. Disponível em: <http://apib.info/2019/01/03/apib-aciona-pgr-contr-a-transferencia-para-a-agricultura-da-demarcacao-de-terras-indigenas/> Acesso em: 02 fev 2019.
- APIB. APIB aciona PGR contra a transferência para a Agricultura da demarcação de terras indígenas. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, 2019. Disponível em: <http://apib.info/2019/01/03/apib-aciona-pgr-contr-a-transferencia-para-a-agricultura-da-demarcacao-de-terras-indigenas/> Acesso em: 02 fev 2019.
- APIB. Articulação dos Povos Indígenas no Brasil, 2022. Disponível em: < <https://apiboficial.org/2022/03/17/retomando-o-brasil-demarc-territorios-e-aldear-a-politica/> >. Acesso em: 15 nov 2022.
- BARBOSA, S. Introdução. In: CUNHA, M. C. D.; BARBOSA, S. Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. 1a. ed. São Paulo: Unesp, v. 1, 2018. p. 11-15.
- BELLO, E. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.
- BRASIL. Constituição dos Estado Unidos do Brasil, de 10 de nov. de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de set. de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) Acesso em: 28 jan 2019.



- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de jul de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de out. de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Decreto no 5.484 de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional, 1928. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html> Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Estatuto do Índio. Lei n.6001 de 19 de dez de 1973, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm) Acesso em: 03 fev 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Decreto n.5.051 de 19 de abril de 2004. Convenção n.169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Medida Provisória 870 de 01 de jan de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRASIL. Decreto n. 6.040 de 7 de fevereiro de 2007. Institui sobre a política Nacional do Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm) Acesso em: 28 jan 2019.
- BRIGHENTI, C. A. Integração e Desintegração - Análise do Tratamento Dispensado Pelos Estados Brasileiro e Argentino ao Povo Guarani de Santa Catarina e da Província de Misiones. Dissertação. 165f. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolan/USP). São Paulo, 2001.
- BRIGHENTI, C. A. Estrangeiros na própria terra: presença Guarani e Estados nacionais. Florianópolis: UFSC, 2009.
- CIMI. Joenia Wapichana: a primeira mulher indígena eleita Deputada Federal. Conselho Missionário Indigenista, 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/10/joenia-wapichana-a-primeira-mulher-indigena-deputada-federal-em-190-anos-de-parlamento/> Acesso em: 02 fev 2019.
- CIMI. Em meio a ataques e agressões contra indígenas, juiz anula demarcação em Guaira e Terra Roxa. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/em-meio-ataques-agressoes-juiz-anula-demarcacao-guaira-terra-roxa/> Acesso em: 09 mar 2020.
- CIMI. Medidas do governo Bolsonaro aniquilam direitos dos povos indígenas e afrontam a Constituição, 2019. Disponível em: <https://www.viomundo.com.br/denuncias/cimi-medidas-do-governo-bolsonaro-aniquilam-direitos-dos-povos-indigenas-e-afrontam-a-constituicao.html> Acesso em: 28 jan 2019.



- CIMI. Conselho Missionário Indigenista. Terras Indígenas, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/terras-indigenas/> Acesso em: 28 jan 2019.
- CIMI. Conselho Missionário Indigenista. Associações indígenas unem-se à APIB e pedem providências contra a transferência de demarcações de terras para o MAPA, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/01/associacoes-indigenas-unem-se-a-apib-e-pedem-providencias-contr-a-transferencia-de-demarcacoes-de-terras-para-o-mapa/> Acesso em: 02 fev 2019.
- CLASTRES, H. De que falam os índios. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 25, p. 366-379, 2016.
- CONTINENTAL, M. G. Guarani Continental, 2016. Disponível em: <http://campanhaguarani.org/guaranicontinental/downloads/caderno-guarani-portugues-baixa.pdf> Acesso em: 28 jan 2019.
- CUNHA, M. C. D. Cultura com aspas. 1a. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- CUNHA, M. C. D.; BARBOSA, S. Direitos dos povos indígenas em disputa. 1. ed. São Paulo: Unesp, v. 1, 2018.
- FILHO, M. G. F. Comentários à Constituição Brasileira. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1986.
- FUNAI. Fundação Nacional do Índio, 2019. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/> Acesso em: 28 jan 2019.
- GUANES, S. A. O Estado Nacional e as políticas desenvolvimentistas: o “cerco articulado” contra os Guaranis na tríplice fronteira Sul. Tessituras, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 307-333, 2015.
- IBGE. Os indígenas no censo demográfico. Primeiras considerações com base no quesito cor e raça, 2010. Disponível em: [https://ww2.ibge.gov.br/indigenas/indigena\\_censo2010.pdf](https://ww2.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf) Acesso em: 28 jan 2019.
- INFORMAÇÕES, A. N. E. Amazônia Notícias e Informações. Início de ano tem oito terras indígenas sob ataque, 2019. Disponível em: <http://amazonia.org.br/2019/01/inicio-de-ano-tem-oito-terras-indigenas-sob-ataque/> Acesso em: 02 fev 2019.
- JUNIOR, T. S. F. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, p. 659-699, jan/un 2004.
- LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 14a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LITTLE, P. E. Anuário Antropológico 2002-2003. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade, Brasília, p. 251-290, 2004. Disponível em: [http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario\\_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003\\_paullittle.pdf](http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003_paullittle.pdf) Acesso em: 28 jan 2019.
- LUCIANO, G. D. S. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. 1a. ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.
- MELIÁ, B. La tierra sin mal de los guaraní economía y profecía. Suplemento antropológico, p. 81-97, 1987.
- OEA. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf) Acesso em: 28 jan 2019.
- OLIVEIRA, J. P. D. Ensaios em antropologia histórica. 1a. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/DECLARACAO\\_DAS\\_NACOES\\_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDIGENAS.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDIGENAS.pdf) Acesso em: 28 jan 2019.



- QUIJANO, A. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Novos Rumos*, v. 17, n. 37, p. 4-28, 2002.
- QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. *Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur*, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, p.227-278, 2005.
- RAZERA, J. C. C.; BOCCARDO, L.; PEREIRA, J. P. R. Percepções sobre a fauna em estudantes indígenas de uma tribo tupinambá no Brasil: um caso de etnozootologia. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, v. 5, n. 3, p. 466-480, 2006.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.
- SANTILLI, M. *Os brasileiros e os índios*. 1. ed. São Paulo: Senac, v. 1, 2000.
- SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34a. ed. [S.l.]: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- SILVA, J. A. D. Parecer. In: CUNHA, M. C. D.; BARBOSA, S. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. 1. ed. São Paulo: Unesp, v. 1, 2018. p. 11-42.
- STF. A G.REG. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso do Sul, 09 dez 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834> Acesso em: 28 jan 2019.
- STF. Ação Cível Originária 2.323 Distrito Federal, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4520772> Acesso em: 08 mai 2019.
- STF. Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR), 23 de out de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423> Acesso em: 28 jan 2019.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Povos Indígenas: os involuntários da Pátria. ARACÊ, *Direitos Humanos em Revista*. Ano 4, n.5, p.187-193, 2017.
- WAPICHANA, Joênia. Entrevista. G1. Globo. Índios rechaçam mudanças na Funai e preparam carta para Bolsonaro na Raposa Serra do Sol, em RR, 2019. Disponível em: [https://g1.globo.com/rr/ro-raima/noticia/2019/01/22/na-raposa-serra-do-sol-em-rr-indios-rechacam-mudancas-na-funai-e-preparam-carta-para-bolsonaro.ghtml?fbclid=IwAR3N2FzzQF1iTM3-evQvk-MLFcN1G\\_v\\_cVNe7DIcSZCTU9Hyxo7cq8MGi6h0](https://g1.globo.com/rr/ro-raima/noticia/2019/01/22/na-raposa-serra-do-sol-em-rr-indios-rechacam-mudancas-na-funai-e-preparam-carta-para-bolsonaro.ghtml?fbclid=IwAR3N2FzzQF1iTM3-evQvk-MLFcN1G_v_cVNe7DIcSZCTU9Hyxo7cq8MGi6h0) Acesso em: 02 fev 2019.
- WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; & WOLKMER, Maria de Fatima S. O “novo” Direito à água no constitucionalismo da América Latina. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2012. P. 67
- ZANATTA, L. *Uma breve história da América Latina*. 1a. ed. São Paulo: Cultrix, v. 1, 2017.

