

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

ALFRÊDO FELIX DA SILVA NETO
DÉBORA STEFHANNY GOMES BARBOSA
MARÍLIA TAYNÁ NEVES SILVA

**DIREITO À TERRA INDÍGENA: o direito originário como elemento
fundamental para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas**

CARUARU

2021

ALFRÊDO FELIX DA SILVA NETO

DÉBORA STEFHANNY GOMES BARBOSA

MARÍLIA TAYNÁ NEVES SILVA

DIREITO À TERRA INDÍGENA: o direito originário como elemento fundamental para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Msc. Rogério Cannizzaro Almeida

CARUARU

2021

RESUMO

O presente artigo discorre sobre a constitucionalidade do direito originário e sua fundamentalidade no tocante às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas no território brasileiro. Inicialmente, têm-se definições de índio, indígena e comunidades indígenas, para melhor guiar o trabalho. Após isso, discorre-se sobre as diferenças entre posse indígena e posse civil, institutos diferentes, mas que comumente são confundidos quando direitos indígenas estão em discussão. Então, é apresentado um breve histórico de como a proteção a terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas foi dada ao longo das constituições brasileiras, até a de 1988, que consagrou o direito originário. O trabalho passa a se debruçar sobre o surgimento do direito originário e da tese do marco temporal de demarcação de terras, para então analisar dois casos. O primeiro, o da reserva indígena Raposa Serra do Sol, talvez o mais emblemático da história recente do Brasil, em que dezenove condicionantes foram introduzidas no julgamento, incluindo o marco temporal. Depois, apresenta-se o caso da terra indígena Guyraroká, que foi julgado conforme os preceitos do marco temporal. Por fim, é defendido que o direito originário é elemento jurídico fundamental no ordenamento brasileiro, sendo apresentadas as consequências da sua aplicação. Então, salienta-se que atualmente o Supremo Tribunal Federal vem discutindo o tema, com repercussão geral, mas ainda pendente de posição definitiva. Diante disso, o direito originário é elemento fundamental na discussão de direitos dos povos indígenas a terras que ocupam tradicionalmente, e que o marco temporal carece de constitucionalidade. O objetivo geral é reconhecer o direito originário como elemento fundamental ao direito de povos indígenas às terras que ocupam. Para isso, foram usadas fontes de pesquisas bibliográficas e documentais, além de análises qualitativas.

Palavras-chave: Direito indígena. Direito originário. Marco temporal de demarcação de terras.

ABSTRACT

This article discusses the constitutionality of the original law and its fundamentality regarding the lands traditionally occupied by indigenous peoples in the Brazilian territory. Initially, the definitions of Indian, indigenous, and indigenous communities are presented to better guide the work. Afterwards, we discuss the differences between indigenous ownership and civil ownership, different institutes that are commonly confused when indigenous rights are under discussion. Then, we present a brief history of how the protection of lands traditionally occupied by indigenous peoples was given throughout the Brazilian constitutions, up to the one in 1988, which enshrined the original right. The paper begins to focus on the emergence of the original law and the thesis of the time frame of land demarcation, in order to analyze two cases in sequence. The first, that of the Fox Serra do Sol indigenous reserve, perhaps the most emblematic in the recent history of Brazil, in which nineteen conditions were introduced in the trial, including the time frame. Then, we present the case of the Guyraroká indigenous land, which was judged according to the precepts of the time frame. Finally, it is argued that the original law is a fundamental legal element in the Brazilian system, and the consequences of its application are presented. So, it is emphasized that currently the Supreme Court has been discussing the issue, with general repercussions, but a definitive position is still pending. Given this, the original law is a fundamental element in the discussion of the rights of indigenous peoples to lands they traditionally occupy, and that the time frame lacks constitutionality. The general objective is to recognize the original right as a fundamental element to the right of indigenous peoples to the lands they occupy. For this, sources of bibliographic and documentary research were used, as well as qualitative analysis.

Keywords: Indigenous law. Original law. Time frame of land demarcation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE POVOS INDÍGENAS A TERRAS QUE OCUPAM TRADICIONALMENTE	8
2.1 Definições contemporâneas de “índio”, “indígena”, “comunidades indígenas” e “povos indígenas”	8
2.2 Posse indígena como instituto diferente da posse civil	9
2.3 As abordagens constitucionais ao direito de indígenas a terras que tradicionalmente ocupam	10
2.3.1 Constituições brasileiras de 1824 a 1967	11
2.3.2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	13
3 O DIREITO ORIGINÁRIO E O MARCO TEMPORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	14
3.1 O direito originário e o marco temporal de demarcação de terras	14
3.2 O caso Raposa Serra do Sol e suas consequências	15
3.3 O caso Guyraroká e suas consequências	17
4 O DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS INDÍGENAS E A ATUAL DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	21
4.1 aspectos do direito a terras tradicionalmente ocupadas e sua fundamentalidade no ordenamento jurídico brasileiro	21
4.2 o caso do território ibirama-laklanõ em discussão no supremo tribunal federal	26
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

Antes da colonização, toda a América era Terra Indígena (TI). No continente, habitavam diversos povos, com culturas, rotinas, crenças e tradições distintas. Somente no território brasileiro, estima-se que viviam mais de mil povos, que correspondiam a uma população entre 5 e 6 milhões de habitantes (SANTOS, 2005, p. 74). Quinhentos anos após o contato aniquilador com os invasores europeus, o país destina menos de 15% das terras para abrigar os 896,9 mil indígenas, de acordo com o Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010).

Agora, mais uma vez, o futuro das Terras Indígenas do Brasil está em jogo. A TI Ibirama-Laklãnõ é centro de uma disputa possessória determinante, pois o território ancestral do povo Xokleng é o objeto do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF). Junto ao mérito, o RE decidirá sobre a institucionalização ou não do marco temporal, em oposição à tese do direito originário, defendida neste trabalho.

O estudo presente tem relevância social, pois o reconhecimento do direito originário garante respeito e reparação ao que foi causado durante séculos aos nativos. A Terra Indígena representa um organismo vivo e sagrado; liberá-la para atividade industrial ou extrativista implica, para os povos indígenas, em perder a identidade.

A importância diz respeito também à população mundial em sua totalidade. As Terras Indígenas não garantem apenas a reprodução e subsistência desses povos, mas ajudam a preservar o clima e os biomas do Brasil, impedindo o desmatamento e a destruição das paisagens. Com isso, contribuem para a diminuição do efeito estufa, a preservação do sistema de chuvas e a inibição do aumento das temperaturas no planeta.

Nesse sentido, apresentam-se as teses em debate, alicerce deste trabalho. A primeira é a do direito originário, ou teoria do indigenato, defendida pelos indígenas e está presente na Constituição Federal (CF). Essa é uma tradição legislativa que data do período colonial e reconhece o direito de povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam como um direito anterior à chegada dos europeus ao Brasil e à própria formação do Estado brasileiro.

A segunda é a do marco temporal, que é restritiva e está especialmente ligada a setores ruralistas que propõem reinterpretar a Carta Magna para explorar as terras tradicionais. O marco temporal determina que os povos indígenas só teriam direito à demarcação de terras que estivessem sob sua posse no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da CF, ou que, naquela data, estivessem sob disputa judicial.

Dessa forma, questiona-se: é possível falar que o direito indígena às terras está intrinsecamente ligado ao direito originário?

A hipótese trabalhada considera que sim. Isso porque, como dito, o direito desses povos data de período anterior à invasão dos europeus e à criação do próprio Estado brasileiro. Reconhecê-lo, conforme previsto no art. 231 da CF, é garantir a sobrevivência dos povos indígenas e a proteção de suas culturas da segurança jurídica. A tese do marco temporal afronta a vida humana em geral, uma vez que reforça um cenário de violência histórica ao possibilitar a usurpação de terras ancestrais para fins de desmatamento e extrativismo.

O objetivo geral do trabalho é reconhecer o direito originário como elemento fundamental ao direito de povos indígenas às terras que ocupam. Especificamente, pretende-se conceitualizar o direito originário e da tese do marco temporal, para fins de categoria de análise; então, almeja-se seguir com a compreensão da história dos povos indígenas no Brasil, os diversos direitos a eles negados desde a invasão de seu território e a sua relação com a terra.

O estudo também se debruça sobre a análise de casos concretos, sobretudo os textos de acórdãos que versem sobre questões relacionadas ao direito de povos indígenas às terras, a fim de encontrar elementos que demonstrem o impacto das decisões na vida dessa população; e, por fim, à luz do RE nº 1.017.365 em discussão no STF, parte-se pela defesa ao reconhecimento do direito originário como elemento básico para definir o direito de povos nativos às terras tradicionais.

A pesquisa é exploratória, dado que foi no decorrer das análises que o objeto de pesquisa se definiu e ensejou a construção das categorias de análise. É também dedutiva, porque explora premissas teóricas e análises contextuais para o debate de casos específicos.

A fonte de pesquisa é bibliográfica e documental. São usados doutrinas, casos e documentos que versaram sobre questões que envolvem disputas territoriais dos povos indígenas ao longo da história. A análise é qualitativa, em razão da pretensão de se verificar a necessidade do reconhecimento do direito originário como elemento fundamental no tocante à demarcação de terras indígenas no Brasil, a fim de controlar as ações que atentem contra direitos fundamentais.

2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE POVOS INDÍGENAS A TERRAS QUE OCUPAM TRADICIONALMENTE

O núcleo do presente trabalho é trazer dados histórico-normativos, jurisprudências e textos doutrinários que apontem para a constitucionalidade do direito originário indígena a terras que ocupam tradicionalmente, em oposição à tese do marco temporal. Neste tópico, abordar-se-ão definições semânticas essenciais para o estudo, as diferenças entre posse indígena e posse civil, e as maneiras que normais legais, especialmente constitucionais, trataram do direito a terras indígenas.

Da invasão do território brasileiro à promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas abordaram os direitos de povos indígenas por lentes colonialistas, capitalistas, integracionistas e etnocêntricas; concepções estas que, com frequência, eram sobrepostas à dignidade da população nativa. Embora o cenário atual ainda seja definido por ameaças graves a direitos conquistados e confrontos violentos entre não indígenas e indígenas, é inegável que avanços importantes aconteceram.

2.1 Definições contemporâneas de “índio”, “indígena”, “comunidades indígenas” e “povos indígenas”

Para entender que avanços foram esses e como eles aconteceram, é fundamental, primeiramente, apresentar definições contemporâneas de “índio”, “indígena”, “comunidades indígenas” e “povos indígenas”, para melhor guiar os pontos abordados neste trabalho.

Os principais dicionários da língua portuguesa consideram “índio” e “indígena” como sinônimos entre si. No entanto, dois apontamentos são cabíveis quanto a essa questão: primeiro, observa-se que “índio” traz uma carga pejorativa, ligada a aspectos negativos no imaginário popular ou a uma visão romantizada; segundo, que os termos não refletem a diversidade de culturas e comunidades que compõem os povos indígenas brasileiros. Ainda assim, é preferível a palavra “indígena”, pois significa “natural do lugar que se habita” (FERREIRA; LACERDA, 2021). Neste trabalho, “povos indígenas”, “povos nativos” e “povos originários” serão usados como sinônimos. A palavra “índio” será usada apenas quando estritamente necessário, como em “Estatuto do Índio” e citações diretas.

O Estatuto do Índio traz, no art. 3º, I, uma definição de “índio” com base em três critérios: o biológico, o socioantropológico e o de ordem cultural: “É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo

étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. Todavia, entende-se hoje que o critério socioantropológico é o bastante, como aponta Manoela Carneiro da Cunha (1897, p. 25):

Isso significa que dos três critérios incluídos na definição legal de índio, apenas o da identificação por si mesmo e pelos outros é estritamente correto do ponto de vista antropológico: ele engloba os outros dois, na medida em que são consequência e mecanismos dele e não critérios independentes. A adoção do critério antropológico significa também que só a comunidade indígena pode decidir quem é e quem não é seu membro [...]

Dessa maneira, tem-se que indígena é aquele que assim se vê e assim é reconhecido pelos outros da sua comunidade. Já as comunidades indígenas são coletividades de origem pré-colombiana que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam. O termo “povos indígenas”, por sua vez, refere-se ao conjunto de comunidades indígenas. (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 49-51.)

2.2 Posse indígena como instituto diferente da posse civil

Antes deste trabalho se debruçar sobre a evolução do tratamento constitucional do direito dos povos indígenas sobre as terras que ocupam tradicionalmente, é preciso estabelecer as diferenças entre posse indígena e posse civil. Conforme George Júnior e Danilo Lacerda defendem, a luta por essas terras não diz respeito à propriedade privada, mas à propriedade coletiva. As regras do direito civil não se aplicam; portanto, conceitos como esbulho e demanda possessória são utilizados de maneira equivocada no debate (LINS JÚNIOR; LACERDA, 2017, p. 261 e 267). Essa discussão é — e sempre deverá ser — constitucional.

A posse indígena tem base constitucional e é fundada no instituto do indigenato, por vezes referido como “direito originário”. Esse título é congênito, ou seja, está presente por toda vida desde o início; portanto, não depende do reconhecimento do Estado, nem se anula pelo não reconhecimento (OLIVEIRA, 1987, p. 08). O direito decorre do período pré-colombiano e repousa suas razões na preservação étnica da identidade do povo brasileiro. Explicando as particularidades da posse indígena, escreve José Afonso da Silva:

Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nem nunca foi uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas *base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e*

culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial a relação do índio com as terras que habita (Grifou-se.) (SILVA, 2004, p. 836).

Essa noção de habitat ao lado da cosmovisão desses povos é peça essencial para entender o conceito de terra indígena. O pensador Ailton Krenak diz que a TI faz parte de um universo espiritual; e os rios, montanhas e florestas não são vistos como um recurso, mas como um organismo vivo, sagrado e com personalidade. Assim, liberar esses lugares para atividade industrial ou extrativista significa divorciar-se da mãe Terra, significa tornar-se órfão dela (KRENAK, 2019, p. 26).

Outro ponto importante é o significado de terras ocupadas tradicionalmente, expressão, como se verá, trazida em diversas constituições brasileiras, inclusive na de 1988. A ideia tem pouco a ver com o fator temporal, e mais a ver com o modo como os indígenas lidam com a terra, com seu habitat. Leciona José Afonso da Silva:

O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições. (SILVA, 2004, p. 728)

Dessa maneira, depreende-se que a posse indígena difere da posse civil por sua origem luso-brasileira, enquanto a posse civil tem fundamento no Direito Romano; por se verificar pela ocupação efetiva de uma comunidade, e não se caracterizar pelo exercício de direitos inerentes à propriedade; por não ter conteúdo econômico imediato, embora possa ser o meio de subsistência; pelo sentimento de ligação com a natureza, ancestrais e divindades; e por não se tratar de um direito individual, mas coletivo (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 93-99).

2.3 As abordagens constitucionais ao direito de indígenas a terras que tradicionalmente ocupam

Os indígenas sempre receberam tratamento especial pelas normas jurídicas brasileiras. No período colonial, por exemplo, o reconhecimento dos direitos originários indígenas na legislação era farto. Isso não impediu, entretanto, que diversos meios fossem empregados na tentativa de esbulhar o direito desses povos, como se verá adiante.

2.3.1 Constituições brasileiras de 1824 a 1967

A Constituição Imperial de 1824 não acrescentou nada quanto à matéria de terras indígenas, mas a legislação herdada do período colonial tratou do assunto. Dessas leis, conforme Manoela Carneiro da Cunha (1985, p. 63), destacam-se: a) as Cartas Régias, promulgadas por Filipe III em 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611, que afirmam o pleno domínio dos indígenas sobre seus territórios e sobre as terras alocadas nos aldeamentos; b) o Alvará de 1º de abril de 1680, que declarou indígenas como “primários e naturais senhores” de suas terras e proibiu a concessão de sesmarias em terras indígenas (MELO, 2018, p. 14-15); c) a Carta Régia de 9 de março de 1718, que declara que os indígenas estavam isentos da jurisdição da Coroa Portuguesa e não podiam ser alvo de coação para retirada de suas terras; d) a lei pombalina de 6 de julho de 1755, que ratificava o Alvará de 1º de abril de 1680; e) a Carta Régia de 1819, que afirmava que as terras indígenas eram alienáveis e nulas as concessões de sesmarias que pudessem ter sido feitas nessas terras.

A Constituição Republicana de 1891 também ignorou a matéria, mas essa omissão não rompeu com a tradição brasileira em reconhecer os direitos de povos indígenas a terras que ocupam tradicionalmente.

A Constituição de 1934 foi a primeira a proteger os direitos de povos indígenas sobre suas terras. A partir dela, as Terras Indígenas passaram a ser consideradas uma categoria jurídica do Direito. Previa o artigo 129 que “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934). De acordo com Pontes de Miranda (1970, p. 436):

Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas ou em que se achem permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. Aquelas mesmas que forem em virtude do art.129 reconhecidas como de posse de tais gentes não podem ser alienadas.

Além disso, o artigo 5º, inciso XIX, alínea “m” da Constituição restringia exclusivamente à União a competência para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional. Anteriormente, essa competência legislativa já esteve a cargo das Assembleias e do Império (Ato Adicional de 1834), e também dos Estados da Federação (Dec. nº 7, parágrafo 12, de 1889, do Governo Provisório), situações em que os povos indígenas foram prejudicados e espoliados em seus direitos.

A Constituição de 1937 recepcionou a orientação do art. 129 da Constituição anterior, realizando apenas uma breve alteração de linguagem. O artigo a respeito da competência para legislar sobre a incorporação dos povos nativos à comunhão nacional foi omitido, retrato da estrutura do poder autoritário vigente à época, em que o governo federal tudo podia, mesmo que a sociedade não concordasse.

A Constituição de 1946 retomou o texto da Constituição de 1934, disciplinando inclusive sobre a competência exclusiva da União para legislar sobre a incorporação dos povos originários à comunhão nacional.

Importante pontuar que as normas jurídicas-indígenas até então, apesar de disciplinar direitos, não reconheciam a identidade e cultura indígena, pois visavam a integração desses povos junto à sociedade, muitas vezes de modo impositivo, através do processo de catequização e exploração.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 garantiam aos indígenas apenas a posse das terras em que se encontravam permanentemente localizados. Portanto, a ênfase estava na habitação permanente; não se pensava em outras áreas necessárias para a sobrevivência e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas. (CARNEIRO DA CUNHA, 1998 apud CAVALCANTE, 2016, p.3).

Esse paradigma integracionista foi claramente herdado do período colonial, fortemente marcado por concepções etnocêntricas que ignoravam as particularidades culturais das diversas comunidades indígenas.

A Constituição de 1967, considerando o texto trazido pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, determinava no art. 198 que as terras indígenas:

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

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Essa era a primeira vez em que pôde-se falar em direito desses povos ao usufruto exclusivo de recursos naturais de suas terras, bem como a inalienabilidade destas. Mais tarde,

esse entendimento seria refletido no Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973).

A “posse permanente” das terras, citada no artigo, diz respeito à garantia do habitat dos povos que ali moravam de modo contínuo, referindo-se a um momento futuro.

2.3.2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A primeira Carta Magna brasileira a tratar em tópico exclusivo dos povos indígenas foi a de 1988, influenciada pela tradição legislativa de proteção a terras que povos indígenas ocupam tradicionalmente. Este texto legal, promulgado após a Ditadura Militar (1964-1985), apresentou uma quebra de paradigmas na relação do Estado com os povos indígenas. Primeiro, por garantir o direito de permanecer indígena, retirando o caráter transitório antes concedido. Segundo, por reconhecer que as terras correspondem ao *habitat* físico, social e cultural dos povos indígenas, indispensáveis à sobrevivência destes.

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

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

Os demais parágrafos do art. 231 determinaram que as terras eram bens dominiais da União, com regime jurídico diferenciado porque se destinam a proteger o direito originário que os indígenas têm sobre elas, sem a possibilidade de estarem à disposição de um serviço ou repartição pública. Também postularam que cabe exclusivamente aos indígenas o usufruto das riquezas dessas terras, gravadas pela inalienabilidade e indisponibilidade. Consagrou igualmente a ideia de não remoção dos grupos indígenas da terra, com poucas exceções listadas.

Se aplicados e interpretados da forma correta, esses direitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 conseguem garantir a proteção devida aos povos indígenas, defendendo seu direito originário a terras que tradicionalmente ocupam e amparando o desenvolvimento de novas gerações.

3 O DIREITO ORIGINÁRIO E O MARCO TEMPORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No tópico anterior, foi desenvolvida uma análise da legislação constitucional brasileira, com o objetivo de apresentar como o direito de povos indígenas a terras que tradicionalmente ocupam foi tratado por diversos textos legais. Neste ponto, abordar-se-ão as noções de direito originário e marco temporal, bem como apresentar-se-ão julgados fundamentais a respeito de terras indígenas e suas consequências.

3.1 O direito originário e o marco temporal de demarcação de terras

No início do século XX, João Mendes Júnior, remetendo-se ao Alvará Régio de 1º de Abril de 1680, introduziu a teoria do indigenato, também conhecida como a tese do direito originário (MASSULO; NOGUEIRA, 2019). Essa teoria representava um argumento importante para as terras tradicionalmente ocupadas, por ser o manancial primário e congênito dessa posse territorial, e foi expressamente consignado pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 231, *caput*.

Nesse sentido, o instituto do indigenato defende a ideia de que o direito de povos indígenas sobre suas terras é um direito originário, “[...] sendo seus direitos inatos, congêntos e preexistentes ao surgimento do Estado” (MELO, 2018, p. 14). A obrigação do Estado, então, seria apenas demarcar e declarar os limites territoriais do espaço, pois o direito da comunidade indígena sobre essas terras existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo (SANTILLI, 1993, p. 67).

O direito originário surgiu como forma de confrontar as leis portuguesas que pretendiam transformar os povos originários em força de trabalho, servindo a seus interesses, para então espoliar suas terras. Os indígenas, então, foram considerados senhores originais de suas terras, seu *habitat*, sem necessidade de legitimação por parte do Estado (FREIRE; OLIVEIRA, 2006, p. 75).

Dessa maneira, as terras indígenas resultam de um direito originário o qual é reconhecido pela constituição brasileira e fundamentado no instituto jurídico do indigenato, o qual deve ser respeitado e acolhido pela sociedade, por ser essencial para a manutenção da diversidade social e cultural, visto que garante o direito de uma vida digna aos indígenas.

Já o marco temporal representa, para os povos originários, grande frustração diante de anos de luta e sofrimento. Introduzido em uma das condicionantes no julgamento do caso

Raposa Serra do Sol, explanado adiante, considera que as terras indígenas só podem ser demarcadas caso haja a comprovação, pelos povos indígenas, de conflito pela posse da terra ou da ocupação da área em período anterior ou na data da promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988.

Restritiva, a tese do marco temporal está ligada a setores ruralistas que propõem reinterpretar a Carta Magna, fundamentando-se na “segurança jurídica”, enquanto visam maior exploração econômica. Para os povos indígenas, o marco temporal legitima a violência e invasões em terras ainda não demarcadas, além de viabilizar práticas extrativistas invasivas em terras tradicionalmente indígenas.

Dessa forma, ao admitir a tese do marco temporal, o Estado nega aos indígenas os direitos que possuem sobre suas próprias terras, gerados antes mesmo da necessidade de legitimação de sua posse, em razão de interesses particulares e econômicos.

3.2 O caso Raposa Serra do Sol e suas consequências

Um dos processos de reconhecimento territorial mais relevantes foi o da terra indígena Raposa Serra do Sol, petição nº 3.388/RR, que, apesar de a constituição do primeiro grupo de trabalho para realizar a demarcação ter sido em 1977, teve sua homologação pelo Presidente da República apenas em 2005.

Mesmo com a demarcação homologada, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal devido a interesses contrários que queriam a demarcação apenas nos locais de moradia dos povos indígenas, e não sobre toda a área. A alegação era de que eles se integrariam à sociedade nacional como trabalhadores e deixariam de ser indígenas, devendo as terras serem direcionadas à produção agrícola, dando assim continuidade ao que já ocorria (SOUZA FILHO, 2018, p. 96).

Notam-se as pretensões econômicas do interesse privado, visto que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, em grande parte, estão localizadas em fronteiras agrícolas, o que desperta o interesse de grandes indústrias do agronegócio (FONTES; MARQUES, 2021).

O STF resolveu o assunto entre 2008 e 2009 por dez votos a um, decidindo pela constitucionalidade da demarcação contínua feita pela União e a retirada dos ocupantes não índios. No julgado, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito apresentou em seu voto dezenove condicionantes necessárias ao exercício de direito coletivo dos povos, dentre elas, o marco temporal.

Embora a corte tenha decidido pelo não caráter vinculante do precedente, o marco temporal teve forte impacto em julgados posteriores, sendo aplicado como requisito em diversos outros casos¹. Outrossim, em 16 de julho de 2012, a Advocacia-Geral da União editou a portaria nº 303, determinando a observância das condicionantes da Petição nº 3.388, visando sua aplicação uniforme nos processos de demarcação de terras. No entanto, teve seus efeitos suspensos poucos dias depois, através da Portaria nº 308.

Para Carolina Mota e Bianca Galafassi (2009), assim como para aqueles que defendem os interesses das populações indígenas, essa demarcação simboliza os impasses existentes em torno das garantias constitucionais e da efetivação dos direitos indígenas no Brasil, especialmente nas duas décadas seguintes à Constituição Federal de 1988.

Em outubro de 2019, as lideranças das comunidades pertencentes à terra indígena Raposa Serra do Sol elaboraram o dossiê: “Um projeto de vida para os povos indígenas do Brasil e do mundo”. O documento foi entregue às autoridades políticas em Brasília e aponta diversas conquistas de seus povos após dez anos da homologação integral da terra indígena pelo STF.

A conquista pelos povos indígenas da região tornou viável não só a criação de planos voltados à comunidade, como também parcerias com órgãos e instituições públicas. Diante da diminuição de violência e da organização comunitária, atualmente já se é possível visualizar os frutos dos esforços realizados ao longo dos últimos anos. Escreve o dossiê:

Segundo os dados do Censo Populacional de 2018 do Distrito Sanitário Especial Indígena -DSEI Leste, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol tem nesse ano uma população de 25.635 pessoas, dos povos indígenas Makuxi, Taurepang, Ingarikó, Patamona e Wapichana, distribuídos em 209 comunidades ao longo de todo o território. Se comparados com os dados do Censo de 2012, que apontavam uma

¹ É importante ressaltar que, de maneira similar, foi a demarcação da TI Morro dos Cavalos, processo iniciado em 1993 na Fundação Nacional dos índios (Funai) e restou indubitável que os indígenas alguma vez abandonaram a área. Além do Levantamento Fundiário presente no processo administrativo de demarcação realizado em 2002, diversos foram os estudos técnicos elaborados por especialistas que consentiram que o Morro dos Cavalos é uma terra tradicionalmente ocupada pelos Guarani nos termos da Constituição Federal atualmente vigente. No entanto, apesar da incontestável presença indígena na região, o Estado de Santa Catarina insistiu na imposição da tese do marco temporal. Acontece que é possível afirmar que tal teoria se mostra juridicamente questionável nos mais diversos aspectos, como defende José Afonso da Silva (SILVA, 2018, p. 26) ao afirmar que apesar de a Constituição de 1988 ser de grande importância para a continuidade do reconhecimento constitucional, se há de fato um marco temporal, este deveria ser firmado da data da promulgação da Constituição de 1934, tendo em vista que a mesma consagrou constitucionalmente o direito dos indígenas e garantiu sua proteção efetiva, atentando também para o fato de que tal premissa não significa que seria necessária a presença física dos indígenas na área no momento específico para caracterizar a tradicionalidade da ocupação pois é comumente possível que poderiam estar afastados dela, independentemente do motivo, na data referida.

população de 21.591 pessoas, constatamos que há um crescimento moderado e continuado da população da TI Raposa Serra do Sol (UM PROJETO..., 2019, p. 2).

Atualmente, as comunidades possuem Planos de Gestão Ambiental e Territorial (PGTA) para abordar questões da comunidade junto a seus membros e contam com um fortalecido sistema jurídico indígena, através de escritórios regionais que oferecem atendimento para demandas internas e do programa “formação dos operadores indígenas”, fruto da parceria com o Conselho Indígena de Roraima – CIR. Conforme o dossiê:

Os operadores anualmente se reúnem para avaliar o contexto do estado brasileiro sobre os direitos indígenas. São feitos estudos e análises das medidas que o governo toma sobre a questão territorial e ambiente. Hoje as comunidades estão mais fortalecidas e com autonomia de tomar decisões e reivindicar seus direitos. (UM PROJETO..., 2019, p. 8)

Na saúde e educação, a comunidade indígena conta com agentes de saúde e professores indígenas, não sendo mais obrigados a saírem de sua comunidade para terem acesso a direitos básicos. Ademais, segundo o dossiê, os povos indígenas da região alcançaram um desenvolvimento sustentável através da produção orgânica e da agropecuária, além de mercado solidário anual que impulsiona a agricultura familiar (UM PROJETO..., 2019, p. 9-10).

A homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol se tornou um exemplo da importância do reconhecimento das terras tradicionais dos povos indígenas, possibilitando o pleno desenvolvimento de suas comunidades no âmbito social, ambiental e cultural, provando a relação harmoniosa que esses povos possuem com suas terras, consideradas por eles o elemento primordial de sua identidade cultural.

3.3 O caso Guyraroká e suas consequências

Ao entender que cada caso envolvendo os povos indígenas possuem sua particularidade, o Supremo Tribunal Federal determinou que as condicionantes formuladas na Pet. 3.388 e o marco temporal não tinham força vinculante.

Desta maneira, não foram poucas as vezes em que a tese do marco temporal tem sido utilizada no país para invalidar a demarcação das terras indígenas, especialmente no Mato Grosso do Sul, local que abarca a segunda maior população indígena do Brasil.

Ocorre que nessa região ocorreu a suspensão da demarcação das terras indígenas Panambi Lagoa-Rica, Limão Verde, Guyraroká e Buriti com base no marco temporal, assim como a terra Taunay-Ipegue e áreas de Cachoeirinha, que aguardam as providências do Poder Judiciário, o qual impõe o argumento que os indígenas não estavam no território em disputa no ano de 1988 e não foi comprovado o renitente esbulho, o qual supostamente impediria essa ocupação (VIEIRA; ELOY AMADO, 2018, p.4).

Levando em consideração a demarcação da Terra Indígena Guyrároka, foi interposto o Recurso Ordinário RMS 29.087/STF contra uma decisão proferida pela Suprema Corte, que estabelecia a posse permanente da Terra Indígena Guyrároka aos Guarani-Kaiowá em sua portaria 3.219 de 2009, pelo agricultor Avelino Antonio Donatti, o qual teve seu mandado de segurança impetrado anteriormente denegado.

Neste caso, o agricultor alegava que as terras indígenas em questão se encontravam dentro de seu imóvel rural, do qual era titularizado e sobre o qual exercia a posse com exclusividade desde, pelo menos, 1940, o que violava seu direito líquido e certo. Posteriormente, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal declarou a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação de tal território, assim como a anulação da Portaria 3.219, sob o argumento de que a tese do marco temporal não havia sido atendida.

O relator da demanda, o Ministro Lewandowski, ter se retirado do caso ao afirmar que a matéria não poderia ser discutida em sede de mandado de segurança visto que era necessária a dilação probatória em decisão que tratasse de posse de terra submetidas a processo demarcatório e declarar a inexistência de efeito *erga omnes* em relação ao caso Raposa Serra do Sol. Apesar disso, o Ministro Gilmar Mendes entendeu de forma diferente ao alegar que a comunidade indígena Guarani-Kaiowá não residia na área há mais de 70 anos, se tornando o novo relator do caso. Aplicou, então, as ressalvas institucionais proferidas no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em especial a tese do marco temporal, além da aplicação da Súmula 650 do STF².

Embora interpostos Embargos de Declaração pela Procuradoria da União, assim como pelos representantes dos indígenas, sob argumentos de que não teriam sido ouvidos no processo, além da falta de dilação probatória, o recurso foi negado pelo Ministro relator ao afirmar que os recorrentes buscavam alterar o resultado do processo rediscutindo questões anteriormente já analisadas.

² Súmula 650/STF: Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

Após a análise do caso, é notório que, apesar de não terem abandonado suas terras de forma voluntária e mesmo tendo mantido esforços para preservar o vínculo com elas, os indígenas do caso Guyrároka não obtiveram sucesso em sua pretensão, o que torna bastante questionável a decisão proferida como afirma Vivian Lara Caceres Dan e Flavia Benedita Sousa de Assis:

Outro ponto bastante questionável nas decisões proferidas pela 2ª Turma do STF é a interpretação da ocupação tradicional das terras indígenas aliadas à tese do Marco Temporal. A Suprema Corte, quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, criou o marco da tradicionalidade de ocupação das terras indígenas, que segundo o voto do relator do caso, acaba por estruturar-se na tese do Marco Temporal. Entretanto, a crítica que se faz em torno dos julgados do STF, acerca das terras tradicionalmente ocupadas, é a respeito da interpretação restritiva do artigo 231 da Constituição, pois, segundo Cavalcante,²⁸ embora haja uma definição no texto constitucional, a tradicionalidade não é conceito autoexplicativo (DAN; DE ASSIS, 2020, p. 277).

O caso em questão reflete a realidade de diversas outras comunidades indígenas que foram expulsas de suas terras devido a uma série de fatores, como a introdução de doenças desconhecidas, violência física e simbólica por parte dos fazendeiros e a impossibilidade de lutar pelo direito de ao menos participar das decisões que lhe afetam, como bem exemplificado na expulsão dos Kaiowá de Guyraroká.

Em pesquisa realizada pelo colunista Rubens Valente (VALENTE, 2021), o professor Neimar Machado de Souza afirmou que só no estado do Mato Grosso do Sul mais de 38 terras seriam diretamente afetadas pelo marco temporal. Apesar de algumas famílias residirem nesses espaços há mais de 30 anos, elas perderiam automaticamente seus direitos visto que inúmeras áreas são compostas por acampamentos e poucas possuem documentação, as quais seriam extintas com a tese discutida.

De acordo com o professor indígena guarani-kaiowá Voninho Benites, ainda no mesmo estudo (VALENTE, 2021), da organização indígena Aty Guasú, a possibilidade de a Suprema Corte aprovar a tese do marco temporal, atualmente corrente, representaria não somente a perda de seus territórios, mas também de todas as pequenas conquistas que já possuem, alegando que preferia a morte a deixar seu território.

Dessa maneira, levando em consideração o caso Guyrároka, é evidente que as decisões que vêm sendo tomadas pela Suprema Corte brasileira neste sentido atacam diretamente os povos indígenas de maneira a deixá-los em situações críticas, quando dificilmente possuem o

direito de serem devidamente representados, deixando as populações em situação de alta vulnerabilidade.

4 O DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS INDÍGENAS E A ATUAL DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos pontos anteriores, foram apresentadas definições essenciais para o início do debate sobre questões indígenas. Após isso, foi feita a diferenciação entre posse indígena e posse civil, institutos que não devem ser confundidos por terem aplicações em momentos diferentes. Então, partiu-se para evolução normativa da proteção ao direito de povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam nas constituições brasileiras. Por fim, mostraram-se os conceitos de direito originário, marco temporal de demarcação de terras e dois distintos casos em que cada um desses foram aplicados.

Nesse ponto, pretende-se discorrer sobre o direito originário como elemento fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências de sua aplicação para além da seara jurídica. Além disso, busca-se provar a inconstitucionalidade do marco temporal de demarcação de terras. Finalmente, pintar-se-á um breve quadro da atual discussão no STF com repercussão geral, que definirá o futuro das terras indígenas ao aceitar, ou não, a tese do marco temporal.

4.1 ASPECTOS DO DIREITO A TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS E SUA FUNDAMENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como demonstrado no ponto 2.3, as constituições brasileiras, bem como as normas jurídicas do período colonial, têm tratado da questão de terras ocupadas tradicionalmente pelos povos nativos pelo viés do instituto do indigenato, também chamado de direito originário. É esse histórico de proteção de séculos, ainda que ainda insuficientemente posto em prática, que está em jogo no Brasil. Pede-se, então, uma análise mais robusta do direito originário para entender o porquê de sua fundamentalidade.

Primeiro, é importante interpretar a expressão "direitos originários", trazida pelo Art. 231, *caput*, da Constituição de 1988. A maioria dos juristas defende que o Poder Constituinte Originário usou tal termo para elucidar que o direito dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam "antecede qualquer ato administrativo do Governo que objetive seu reconhecimento, logo, esse direito seria natural, posto que antecederia ao Direito Positivo, evocando, para tanto, o instituto do Indigenato" (LOPES; MATTOS; 2006, p. 227). Desse modo, compreende-se que cabe ao Estado apenas demarcar estas terras a fim de proteger esses povos, pois a discussão não diz respeito à análise do direito.

Além disso, foi dito, em tópicos anteriores, que a posse indígena é um instituto diferente da posse civil. Nesse sentido, contribui Dailor Sartori Junior:

Neste ciclo constitucional, a forma tradicional de ocupação espacial dos povos indígenas e também das comunidades tradicionais não pode ser analisada através da noção moderna e capitalista de apropriação do espaço como propriedade privada. Para se compreender como os povos indígenas se apropriam do território e nele se organizam, é preciso se desprender de categorias de representação territorial eurocêntricas (SARTORI JUNIOR, 2016, p. 91).

É imprescindível ter isso em mente ao discutir direito originário, pois a discussão deve girar em torno da terra indígena enquanto habitat. O que está em jogo nessa discussão é a manutenção da unidade sociocultural existente, dos mecanismos políticos, do controle social sobre os recursos ambientes e da cultura (PACHECO DE OLIVEIRA, 1999, p. 54-55). Forçar um povo a migrar para outra terra e se reorganizar significa desmantelar uma sociedade e, por consequência, perder uma parcela importante da cultura nativa brasileira.

Posse não é o único conceito que deve ser interpretado tendo em vista a vivência de povos nativos, mas “desenvolvimento” também. De acordo com o *Dicionário Michaelis* (2021), o conceito de desenvolvimento diz respeito à “passagem gradual (da capacidade ou possibilidade) de um estágio inferior a um estágio maior, superior, mais aperfeiçoado etc.; adiantamento, aumento, crescimento, expansão, progresso.” Esse “progresso”, na atualidade, costuma ser visto por lentes capitalistas, que visam o lucro e o máximo de exploração econômica.

Com isso em mente, ao abordar o mito de que povos indígenas atrapalhariam o desenvolvimento, Luiz Henrique Eloy Amado introduz o conceito de “etnodesenvolvimento”:

Se por um lado o “desenvolvimento” é visto como sinônimo de “progresso”, de “industrialização” e oposto a “pobreza”; o etnodesenvolvimento emerge como contraponto ao desenvolvimento visto apenas pelo viés econômico. O “etno” no “desenvolvimento” atribui um adjetivo ao processo que respeita as experiências históricas e os potenciais tradicionais e ambientais de cada povo e/ou comunidade indígena. Se por um lado as comunidades indígenas são vistas como empecilho ao desenvolvimento, o etnodesenvolvimento se apresenta como avesso do desenvolvimento pelo viés puramente econômico. (AMADO, 2014, p. 49)

O etnodesenvolvimento, então, pensa em um modelo de desenvolvimento fora do modelo ocidental, que não seja destruidor da natureza. Esse desenvolvimento leva em conta costumes e tradições, valores espirituais, a importância da terra para além de patrimônio

econômico, a multiculturalidade, entre outros fatores. No entanto, ele só pode ser aplicado quando as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são protegidas com a devida demarcação, como aconteceu na terra Raposa Serra do Sol.

Esses conceitos — “direito originário”, “posse indígena” e “etnodesenvolvimento” — são trazidos ao debate como meros exemplos da necessidade em pensar a questão da demarcação de terras por fora das lentes do Direito Romano ou até mesmo ocidentais. As diferentes vivências, culturas e espiritualidades devem compor a linha de argumentos do jurista quando se trata de direito a terras. Isso nada mais é que o princípio da igualdade material encontrado na Constituição de 1988: conceder tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações diferentes. Nessa linha, aborda Luiz Henrique Eloy Amado:

Os elementos que marcam a territorialidade indígena são os vínculos afetivos com o seu território, esse sentimento de pertença de um com o outro (relação índio e terra mãe) explica o sentido de dar a sua vida pela sua terra. O uso social que dá ao território numa lógica contrária do sentido capitalista que vê o território como mercadoria. E a forma de proteger seu território. O sentimento de retomar o que é seu ante a constante exploração ilimitada de sua “mãe terra”. Essas estratégias de territorialização indígena é reforçada pela memória coletiva que guarda a histórica (des)territorialização promovida pela “conduta territorial” estatal. (AMADO, 2014, p. 67)

Isso posto, aborda-se como a demarcação de territórios indígenas está também ligada a direitos fundamentais. Apesar de não estar listada entre o rol do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, a fundamentalidade pode ser justificada tanto por consequência de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário; quanto por decorrência do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna (SARLET apud FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 110).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989 é um ato internacional que detém de caráter de supralegalidade no Ordenamento brasileiro. Isso porque versa sobre direitos humanos e, conseqüentemente, pode modificar a aplicação da Constituição Federal, conduzindo dispositivos considerados direitos fundamentais (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 114).

Um dos principais instrumentos jurídicos sobre direito indígena a nível internacional, a Convenção 169 da OIT

[...] gera obrigações estatais em favor dos índios (proteção dos direitos em favor de um sujeito, qual seja, os índios) e se configura como um parâmetro para avaliar as normas e a atuação (definir metas para as políticas públicas,

acordos entre estados e comunidades e avaliar as normas e atuação dos poderes do Estado) (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 38).

A referida Convenção defende em seus artigos, entre outras coisas, o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelos povos indígenas; o reconhecimento e a proteção de valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais; o reconhecimento aos povos interessados do direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como a proibição de que os povos sejam trasladados das terras que ocupam. Destaca-se então:

Art. 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.

Além da proteção supralegal que a Convenção 169 da OIT confere aos povos indígenas e às terras tradicionalmente ocupadas por eles, é possível argumentar que a posse indígena decorre de direitos fundamentais adotados pela Constituição Federal. Ressalta-se também que, de acordo com o Art. 5º, § 2º, da CF de 1988, que um direito pode ser considerado fundamental se decorrer “[...] do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O primeiro direito que pode ser entendido como uma defesa da posse indígena é o da dignidade da pessoa humana, do qual, inclusive, decorrem outros que reforçam a fundamentalidade do direito originário, como: os direitos à alimentação, saúde, liberdade, igualdade, vida etc. A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas facilita a efetiva realização destes direitos, porque é por meio dela que podem viver dignamente em seu *habitat*, cultivar alimentos, plantar ervas essenciais ao cuidado da saúde e viver conforme suas tradições.

Outro exemplo é o regime democrático. Ora, um estado realmente democrático se preocupa com o povo que o legitima, fazendo parte disso os povos indígenas. Destacam-se as palavras que Marcel Linhares:

É característica dos Estados efetivamente democráticos a tutela dos interesses relativos aos diversos segmentos sociais que o compõem. Por isso, os ordenamentos jurídicos inerentes às sociedades pluralistas não se resumem ao reconhecimento apenas de valores defendidos apenas por um determinado grupo de interesses: ao revés, refletem a complexidade das mais diversas aspirações do todo corpo social. (LINHARES, 2001, p. 219)

Nessa linha, é possível afirmar que os direitos fundamentais permitem que o cidadão se identifique como destinatário da norma jurídica e se veja como coautor desta, criando a ideia de pertencimento ao sistema (CANOTILHO, 1998, p. 539). Dessa lógica, infere-se a importância de consultar os povos indígenas no momento de elaboração e discussão de seus direitos e deveres.

Tendo em vista o ideário consagrado no Ordenamento jurídico nacional, a proteção a terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários pode ser consagrada como um princípio jurídico dentre as constituições do Brasil desde 1934. É isso que explica Luís de Freitas Júnior, ao falar do Art. 231 da CF de 1988, que traz fundamento e parâmetro interpretativo para as regras previstas no parágrafo, como:

[...] os dispositivos que especificam sobre a impossibilidade de remoção dos índios dessas terras, art. 231, § 5º, CF; sobre a nulidade dos títulos particulares sobre essas terras, art. 231, § 6º, primeira parte, CF; sobre as indenizações pelas benfeitorias dos particulares de boa-fé, art. 231, § 6º, última parte, CF; dentre outras. E ainda justifica as regras previstas na legislação infraconstitucional, v.g., o Estatuto do Índio estabelecido pela Lei 6.001/73, naquilo que foi recepcionado pela CF 88 (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 122).

O referido autor também destaca que a Constituição traz direcionamentos para guiar momentos de colisão entre o direito dos indígenas e o direito dos particulares sobre propriedade na mesma área, tal como acontece nos conflitos entre os princípios (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 122-123). O art. 231, § 6º, da CF de 1988, por exemplo, trata sobre a indenização pelas benfeitorias de boa-fé. Já o Art. 25 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), declara que, no momento de demarcação das terras indígenas, leve-se em consideração a “situação atual e o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação”. De modo semelhante, pede-se a utilização do princípio da proporcionalidade para casos extremos.

Assim sendo, essa linha de pensamento consolida a posse indígena como um princípio jurídico por si só, elemento essencial para a discussão, pois só dessa maneira é possível ultrapassar o campo privado e patrimonial, sempre citado em discussões sobre direito originário e marco temporal. Ao considerar que a posse de terras é um direito fundamental do qual os demais direitos indígenas emanam, é viável buscar, de fato, a proteção aos direitos dos povos nativos.

Portanto, tendo em vista o histórico normativo constitucional de aplicação do direito originário, a diferenciação necessária entre posse indígena e posse civil, a coesão da aplicação do direito originário aos princípios e normas jurídicas, as particularidades e a fundamentalidade do direito originário tendo em vista os princípios constitucionais, afirma-se que o direito originário é elemento fundamental elevado à categoria de princípio jurídico na questão de terras indígenas. Apenas com a devida aplicação do direito originário que será possível defender, de fato, o *habitat* dos povos que habitavam no território brasileiro antes da colonização e, com isso, reparar uma verdadeira injustiça histórica.

4.2 O CASO DO TERRITÓRIO IBIRAMA-LAKLANÕ EM DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tramita, no momento de escrita deste trabalho, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 no Supremo Tribunal Federal. O processo se debruça sobre o pedido de reintegração de posse pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) em face da Fundação Nacional do Índio (Funai) e do povo indígena Xokleng. A terra objeto da lide é parte do território Ibirama-Laklanõ, já reconhecido como território tradicional do povo Xokleng, onde também vivem indígenas dos povos Guarani e Kaingang.

O “juízo do século”, assim denominado por diversos veículos midiáticos, pode definir o futuro dos povos indígenas do Brasil, uma vez que o processo teve repercussão geral reconhecida pelo STF em decisão publicada no dia 11 de abril de 2019, definindo de vez a aplicação do direito originário ou do marco temporal e passando a possuir o condão de solucionar definitivamente os conflitos futuros envolvendo terras indígenas, bem como os que estejam atualmente estagnados. T tamanha importância que, no início do julgamento em 26 de agosto de 2021, mais de seis mil indígenas, de 176 povos diferentes, acompanharam o julgamento em frente ao Supremo Tribunal Federal. Esta foi considerada a maior mobilização indígena em 30 anos (PRETE, 2021).

O ministro Edson Fachin, relator do caso, concluiu seu voto no dia 09 de setembro se posicionando contra a tese do marco temporal e reafirmar que os direitos indígenas são originários. Em seu pronunciamento, o ministro também afastou a tese do renitente esbulho, afirmando que o que os indígenas têm com a terra é uma relação de identidade, espiritualidade e existência, não se igualando à posse civil já que não é tida no sentido privado da posse, enfatizando que os direitos territoriais dos indígenas são reconhecidos pela Constituição e preexistem a promulgação da Carta.

Kassio Nunes Marques abriu divergência com o voto do relator. O ministro, conforme escreve Rubens Valente (2021), expôs involuntariamente um dos problemas da teoria do marco temporal quando “[...] reconheceu que indígenas foram massacrados e tiveram suas terras roubadas, mas logo adiante alegou segurança jurídica para a aplicação do marco”, já que as comunidades não ocupavam as áreas reivindicadas em 1988. Marques também defendeu a aplicação do marco temporal como maneira de conciliar interesses e a vedação da ampliação de terras indígenas, posicionamento este que restringe os direitos territoriais das comunidades que tiveram suas terras demarcadas fora dos parâmetros estabelecidos pela CF de 1988.

Após o voto, o ministro Alexandre de Moraes, próximo na ordem de votação, pediu vista, e o julgamento foi suspenso sem data prevista para retorno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem se observa no decorrer do presente trabalho, é notória a necessidade do reconhecimento do direito originário como elemento fundamental no processo de demarcação de terras tradicionalmente indígenas, tendo em vista as constantes violações sofridas pelos povos originários que vão em contraposição aos históricos direitos adquiridos.

Inicialmente, sabe-se que a evolução legislativa dos textos constitucionais do Brasil foi marcada pela longa e constante luta dos povos indígenas por seus direitos à identidade, cultura e, em especial, à posse de suas terras tradicionais. Embora este fora legalmente previsto, como aqui demonstrado, as constituições anteriores à de 1988 desrespeitaram a história e identidade dos povos tradicionais, tendo em vista o caráter civilizatório da época, o que viabilizou, muitas vezes de forma impositiva e violenta, a expulsão desses povos de suas terras tradicionais.

Ademais, apenas com a Constituição da República de 1988 os povos indígenas tiveram reconhecidos os seus costumes, formas de vida e, principalmente, a ligação com suas terras tradicionais, corroborando com a tese do indigenato. A conquista, embora um avanço para os direitos indígenas, ainda enfrenta a dura dificuldade de aplicação, demasiadamente evidenciada pela tentativa de distorção na reinterpretação da Carta Magna, defendida pela tese do marco temporal.

É certo que os fatos narrados nos casos anteriormente citados, e trazidos à baila no bojo do presente artigo, apenas demonstram a barbaridade ainda cometida contra os povos indígenas em todo território brasileiro, apesar das supostas garantias legislativas que lhe são asseguradas.

Mesmo tendo sido inaugurada pela Constituição brasileira de 1934 e repetida pelas seguintes, a proteção aos direitos desses povos nunca ocorreu de forma plena e efetiva, de forma que grande parte dos procedimentos demarcatórios estão judicializados e, conseqüentemente, estáticos, resultando na retardação deles e até mesmo na violação do princípio da razoabilidade de duração do processo disposto no Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF de 1988, o que gera uma angústia que só quem possui não somente seu lar, mas sua forma de vida, em jogo, sente.

A morosidade desses processos também acarreta a falta de compromisso com os direitos fundamentais dos povos indígenas. De acordo com Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito inerentes ao Brasil e, segundo o Art. 5º, § 2º, da CF de 1988, um direito tem potencial para ser apontado como fundamental caso tenha origem dos regimes e princípios adotados pelo texto constitucional ou de tratados internacionais que República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, tendo em vista que a posse das terras tradicionalmente ocupada pelos indígenas gera a eles alimentação, moradia, liberdade, saúde e outros meios que fortalecem a essencialidade do direito originário, é possível considerar que tal direito pode ser considerado como princípio por si só, por decorrer da dignidade da pessoa humana e cumprir todos os requisitos. Além disso, sua ausência gera inúmeros prejuízos irreversíveis para o povo indígena.

Acontece que, ao deixar de lado tais garantias, o judiciário está negando uma forma de autodeterminação desses povos, visto que eles estão ligados às suas terras de maneira a estarem dispostos a morrer para não as perder. Outrossim, vale ressaltar novamente que a defesa de tais direitos também se faz presente no âmbito internacional, onde a proteção das práticas culturais, sociais, religiosas e espirituais, diretamente correlacionadas às terras, deve ser garantida por meio da Convenção 169 da OIT, a qual o Brasil adota como norma supralegal.

Nota-se que, ao estabelecer uma data como “condição” a um direito constitucional fundamental duramente conquistado após anos de injustiças, a tese do marco temporal acaba viabilizando um retrocesso no âmbito normativo e social, corroborando, inclusive, com a volta do acultramento dos povos indígenas que veem as terras como elemento fundamental de sua identidade, enquanto reforça um cenário de violência ao possibilitar abertura de terras tradicionais para fins de desmatamento e extrativismo.

Para os indígenas, a discussão vai muito além de uma questão possessória, pois a terra não é apenas o lugar onde vivem, mas também o elemento central de sua cultura, religião e história, e com a aplicação do marco temporal podem automaticamente perdê-las, mesmo aquelas onde moram por décadas, como ocorreu com a Terra Indígena Guyrároka. É de fundamental importância o reconhecimento da capacidade que as terras e a natureza possuem de proporcionar o desenvolvimento e continuidade da existência dos povos indígenas do Brasil, a exemplo dos povos pertencentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que hoje conseguem ter um modelo de vida seguro, consciente e sustentável.

Durante o momento da escrita deste trabalho, o STF discute o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 que aborda a restituição da posse do território Ibirama-Laklanõ pelo Instituto do Meio Ambiente (IMA) perante o povo indígena Xokleng e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). A repercussão geral do julgamento implicará em todos os processos ainda sem definição sobre terras indígenas, com a aplicação ou não do marco temporal. Por tudo que foi argumentado até aqui, espera-se que os ministros votem a favor da aplicação do direito originário e, por consequência, contra o marco temporal. Apenas dessa maneira será possível reparar uma injustiça e violência histórica, garantindo que os princípios constitucionais sejam

seguidos e que o país, de fato, honre o multiculturalismo e a diversidade de povos do seu território.

Dessa forma, reconhecer o direito originário dos povos indígenas como elemento fundamental é não só respeitar os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, é garantir sua sobrevivência através da devida segurança jurídica e da devida reparação às violações históricas sofridas. Trata-se de uma questão social e humanitária, de permitir que o próximo possa usufruir plenamente de seus direitos após anos de luta e resistência.

REFERÊNCIAS

ALVARÁ de 1º de abril de 1680. **Transcrições de fontes**. out. 2010. Transcrito por Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/alvara-de-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Poké'exa ûti: O território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local**. Campo Grande, MS. 2014. Disponível em: <https://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/15059-dissertacao-eloy-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Emenda Constitucional 1**, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. **Lei nº 5.051, de 05 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

_____. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. D.O.U., Brasília, DF, 21 dez. 1973a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388.** Ministro Relator Carlos Ayres Britto, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.017.365.** Relator Ministro Edson Fachin, Brasília, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Terra indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. 2015. Artigo. UFGD, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-90742016000100501&script=sci_arttext. Acesso em: 15 de maio de 2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (Org.). **Sociedades indígenas e o direito:** uma questão de direitos humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.

_____. Os índios no direito brasileiro hoje. In: CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio, ensaios e documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

DAN, Vivian Lara Caceres; DE ASSIS, Flavia Benedita Sousa. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 5, n. 2, p. 263-285.

DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Marco Temporal e Direitos Coletivos. CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direito dos povos indígenas em disputa.** São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 96, 99.

DICIONÁRIO MICHAELIS. **Desenvolvimento.** Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=eOy>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 dez. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

FERREIRA, Lenne; LACERDA, Victor. Resistência Indígena: Entenda porquê o termo "índio" é considerado pejorativo. In: **Alma Preta**. [S. l.], 19 abr. 2021. Disponível em: <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/resistencia-indigena-entenda-porque-o-termo-indio-e-considerado-pejorativo>. Acesso em: 14 nov. 2021.

FONTES, Ingrid Tereza de Moura; MARQUES, Clarissa. Povos originários e territorialidade: Intersecções entre a Tese do Marco Temporal e a efetivação da posse tradicional indígena. **Revista Hum@nae**, v. 15, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revistas.esuda.edu.br/index.php/humanae/article/view/791/285>. Acesso em: 26 de set. 2021.

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

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A Posse Das Terras Tradicionalmente Ocupadas Pelos Índios Como Um Instituto Diverso Da Posse Civil E Sua Qualificação Como Um Direito Constitucional Fundamental**. Dissertação. Pós-Graduação. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066342793/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

GALAFASSI, Bianca; MOTA, Carolina. A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais IN J. T. Miras et al. (orgs.), **Macunaíma grita!** Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil, Rio de Janeiro, Beco do Azougue.

ÍNDICE, por Ordem Alfabética (Decretos, Alvarás, Cartas Régias, etc. das Ordenações Vicentinas, Coleção Novíssima, e Códigos e Regimentos Diversos) de Leis que constituem o Repertório Administrativo Português, sobre os mais diversos assuntos (séculos XV a XVIII). 6 volumes [Lata 169, docs.1-3 e Lata 170, docs.1-3]

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001.

LINS JÚNIOR; George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito da propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da

posse indígena criada do STF, no caso “Raposa Serra do Sol”. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, v. 2, n. 37, p. 253-272, dezembro de 2017.

LOPES Ana Maria D’Ávila; MATTOS Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, n. 170, abr/jun, 2006.

MASSULO, Carolina Barbosa Contente; NOGUEIRA, Débora Silva. **A Teoria Do Indigenato Vs Teoria Do Fato Indígena (Marco Temporal): Breve Análise Desde A Perspectiva Do Colonialismo Interno**. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-do-indigenato-vs-teoria-do-fato-indigena-marco-temporal-breve-analise-desde-a-perspectiva-do-colonialismo-interno>. Acesso em: 3 de novembro de 2021.

MELO, Cristina. Terras indígenas: Identidade, reconhecimento e marco temporal. 1. ed. [S. l.]: Lumen Juris, 2018.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. In: **Terras Indígenas do Brasil**. Rio de Janeiro: (PETI), CEDI (Centro Ecumênico de Documentos e informação) /Museu Nacional, 1987. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/15AiCEwiHbaeR_8vVCLDk8vJ0W1ZznXCJ/view. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 169**. 1989. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/513>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

PACHECO DE OLIVEIRA, J.. **Ensaaios em Antropologia Histórica**. Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 1999.

PRETE, Renata Lo. O Assunto #527: Os indígenas acampados em Brasília. G1. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2021/08/30/o-assunto-527-os-indigenas-acampados-em-brasilia.ghtml>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

PONTES DE MIRANDA, F. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1970. t. VI.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Direitos Humanos e o direito dos povos indígenas no Brasil. **Ilha Revista de Antropologia**, Florianópolis: UFSC, 2005.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SARTORI JUNIOR, Dailor. Colonialidade e o marco temporal da ocupação de terras indígenas: uma crítica à posição do Supremo Tribunal Federal. *Hendu*, v. 7, n. 1. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Parecer. CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 26.

VALENTE, Rubens. Em terra anulada com base no marco temporal, a tese “é uma mentira”. UOL, São Paulo, 05 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2021/09/05/marco-temporal-terra-indigena-mato-grosso-do-sul.htm>>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

VALENTE, Rubens. Sem querer, voto de Kassio expõe um problema lógico do marco temporal. UOL: 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2021/09/15/ministros-stf-marco-temporal-julgamento-direitos-humanos.htm>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; ELOY AMADO, Luiz Henrique. Aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. In: ALCÂNTARA, Gustavo K.; TINÔCO, Livia N.; MAIA, Luciano M. (Org.). **Índios, direitos territoriais e territorialidade**. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018. p. 227-64. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

UM PROJETO de vida para os povos indígenas do Brasil e do mundo. 2019. Dossiê elaborado pelas lideranças das comunidades pertencentes à terra indígena Raposa Serra do Sol. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/10/DOSSIE-RSS-NOVO-2019.pdf>. Acesso em: 25 de novembro 2021.