



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Ana Paula Ribeiro de Souza Campos

**A evolução jurídica dos povos indígenas no Brasil e
o marco temporal**

Ana Paula Ribeiro de Souza Campos

A evolução jurídica dos povos indígenas no Brasil e o marco temporal

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, campus Darcy Ribeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues

A evolução jurídica dos povos indígenas no Brasil e o marco temporal

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília do (a) aluno (a):

Ana Paula Ribeiro de Souza Campos

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Ana Karenina Silva Ramalho Duarte (Membro)

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Membro)

Brasília, de de 2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família, já que nada teria sido possível sem o apoio dela ao longo de toda a minha vida.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Guilherme Scotti Rodrigues, pelo acompanhamento e pelas correções, que tornaram possível a conclusão desse estudo.

E por fim, agradeço aos meus amigos que me acompanharam durante o curso, especialmente, a Júlia, a Natália e o Vantuyler. Estivemos sempre nos ajudando e isso foi essencial para mim.

RESUMO

A presente monografia discorre sobre a trajetória dos direitos indígenas na ordem jurídica brasileira e analisa seus elementos em paralelo aos retrocessos de direitos dos povos originários, sobretudo no que se refere à tese do marco temporal, que condiciona a demarcação das terras indígenas à ocupação do local na data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, será apontada a relevância das decisões relacionadas à tese em vista dos efeitos que essas podem causar, além da possibilidade de as mesmas exteriorizarem o sentido em que o Estado passará a reagir sobre esse tema. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de forma qualitativa.

Palavras-chaves: Povos Indígenas. Direitos Originários. Retrocessos. Marco Temporal.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	7
2	Contextualização Histórica	9
2.1	O Brasil Antes dos Brasileiros	9
2.2	Período Pré-Colonial	11
2.2.1	Dos relatos dos colonizadores	11
2.2.2	Da estruturação da sociedade indígena.....	12
2.3	Período Colonial	14
2.3.1	Da catequização e conversão dos povos indígenas	14
2.3.2	Da escravização e desapropriação dos povos indígenas	17
2.3.3	Do genocídio da população indígena.....	18
2.3.4	Da legislação indigenista	19
2.4	Período Imperial	19
2.4.1	Do positivismo.....	20
2.4.2	Da legislação indigenista	21
2.5	República Velha	24
2.5.1	Da criação do SPILTN e do SPI.....	24
2.5.2	Da integração social.....	25
2.5.3	Da Constituição Federal de 1934.....	26
2.6	Era Vargas	27
2.7	Regime Militar.....	28
2.7.1	Da Constituição Federal de 1967.....	28
2.7.2	Da criação da Funai	30
2.7.3	Da legislação indigenista	32
2.8	Constituição Federal de 1988.....	33
3	Marco Temporal	37
3.1	Retrocessos dos direitos indígenas.....	37
3.2	A tese do marco temporal de ocupação	39
4	Conclusão.....	48
5	Referências bibliográficas.....	50

1 Introdução

A definição do tema do presente artigo surgiu quando cheguei ao entendimento de que era inevitável o esquecimento de um fragmento da minha ancestralidade.

Ocorre que parte da minha família descende de uma comunidade indígena do oeste do Estado da Bahia, que em determinado momento sofreu uma intensa migração ao espaço urbano em vista das dificuldades de subsistência. A região era extremamente árida, o que limitava o desenvolvimento produtivo, e o processo de urbanização ao redor agravou ainda mais a conjunção da comunidade, que posteriormente desapareceu.

Minha bisavó foi uma das primeiras da família a sair da comunidade, e acabou passando alguns dos costumes para minha avó, como a produção da farinha de mandioca e seus derivados, assim como o hábito de comer com a mão na cumbuca de barro.

No entanto, só me restaram essas poucas informações sobre esses nativos. Cheguei a procurar mais informações em sítios eletrônicos e nos institutos públicos da região, mas infelizmente não obtive respostas.

E foi desse modo que cheguei à conclusão de que não seria possível ter um maior conhecimento sobre essa parte da minha ancestralidade, como também percebi que seria quase inevitável o esquecimento da cultura desse povo.

Além disso, foi por meio dessa reflexão que compreendi ainda mais o dever do Estado em proteger e efetivar os direitos dos povos originários, principalmente no que se refere à demarcação de terras, visto que a prática e a manutenção da cultura dessas comunidades costumam estar estritamente ligadas a sua terra ancestral.

Nesse sentido, é reconhecido aos indígenas “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”, conforme versa o artigo 231 da Constituição Federal no Capítulo “Dos Índios”.

Entretanto, é nítido que a efetivação desses direitos constitucionais não é a realidade, o que evidencia a essencialidade da discussão acerca dos retrocessos dos direitos indígenas, principalmente no que se refere às implicações da tese do

marco temporal em face dos povos originários e dos processos de demarcação de terras indígenas no país.

A tese do marco temporal sugere justamente a modificação do sistema de demarcação de terras indígenas do país no sentido de que sejam reconhecidas somente as terras que já se encontravam ocupadas pelos nativos na data da promulgação da Constituição Federal.

Sendo essa consolidada através de uma interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) em torno do caso Raposa Serra do Sol, que reconheceu a legalidade do processo administrativo da demarcação da terra indígena, ao mesmo tempo em que criou o estabelecimento de condicionantes para o reconhecimento da demarcação daquela terra específica.

A decisão referida não possui efeitos vinculantes, mas mesmo assim passou a ser utilizada pela tese para questionar o reconhecimento de terras indígenas nos âmbitos do legislativo e do judiciário, o que iniciou os debates sobre os impactos que esse questionamento pode gerar no tocante às potenciais violações de direitos indígenas e ambientais.

Desse modo, no primeiro momento será apresentada uma contextualização histórica dos direitos indígenas e de sua base normativa no Brasil. Nesse sentido, busca-se discorrer sobre a contraposição dessa evolução com os mais recentes retrocessos dos direitos indígenas, sobretudo, com a tese do marco temporal.

Para o desenvolvimento do presente artigo foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, sendo ainda analisada a legislação constitucional e infraconstitucional referente à temática em questão.

2 Contextualização Histórica

Neste primeiro capítulo, propõe-se uma abordagem referente à trajetória histórica dos direitos indígenas na ordem jurídica brasileira, desde o período colonial até o momento presente. No sentido de demonstrar a evolução dos direitos dos povos originários brasileiros que se inicia com a desapropriação de terras e de culturas, e se desenvolve lentamente no que corresponde ao reconhecimento e cumprimento de direitos.

2.1 O Brasil Antes dos Brasileiros¹

Sabe-se pouco do Brasil antes da chegada dos portugueses e, de maneira ainda mais escassa, remanesce o conhecimento acerca da história de seu povo originário, fato este que ainda perpetua estereótipos e informações deturpadas sobre a cultura.

A origem, a estruturação e os números da população se embasam em teses e estimativas. A corrente mais aceita pressupõe que a presença humana no território brasileiro data de pelo menos 12 mil anos². Enquanto estimasse que o número populacional da civilização no período da conquista já alcançava entre um a oito milhões de habitantes³ distribuídos em uma diversificação de grupos, com diferentes etnias, línguas e estruturações.

Ao que tudo indica, os indígenas⁴ desconheciam da escrita, e por isso a generalidade dos seus registros históricos provém da arqueologia, das culturas indígenas remanescentes e dos relatos descritos pelos colonizadores e por outros itinerantes da época, apesar das suas respectivas limitações.

Na obra *Os índios antes do Brasil* (2000), o antropólogo Carlos Fausto aponta as limitações que as áreas tropicais impõem ao estudo da arqueologia

¹ PROUS, André. *O Brasil Antes dos Brasileiros – A pré-história do nosso país*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

² “Quanto à antiguidade do povoamento, as estimativas tradicionais falam de 12 mil anos, mas muitos arqueólogos afirmam a existência de sítios arqueológicos no Novo Mundo anteriores a essas datas” (CUNHA, 1998, p.10).

³ “[...] as estimativas variam de 1 a 8,5 milhões de habitantes para as terras baixas da América do Sul” (CUNHA, 2013, p.17).

⁴ “Índigena” é o termo correto para tratar os povos nativos, uma vez que significa originário. Enquanto a expressão “índio” reforça os estereótipos e oculta a diversidade dos povos indígenas.

Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/587340/Diversidade_indigena.pdf?sequence=6&isAllowed=y.

brasileira. Desse modo, afirma que:

Os sólidos ácidos e a intempéries naturais destroem boa parte dos registros da presença humana. Tudo, exceto a pedra trabalhada e a cerâmica, vira pó: ossos, madeira, palha, resto de alimentos preservam-se mal. Ademais, a floresta densa esconde a maior porção dos sítios ocupados pré-historicamente. Há vastas áreas do continente que são ainda hoje terra ignota do ponto de vista arqueológico.

(FAUSTO, 2000, p. 7).

Nesse contexto, o uso da arqueologia na investigação da história dos povos originários não expressa um retorno suficiente para a restauração da narrativa, o que implica na necessidade de recorrer aos outros registros históricos disponíveis.

As comunidades indígenas remanescentes e seus costumes, por exemplo, representam o retrato mais próximo do que seria o corpo social pré-cabraliano⁵. Ainda que correspondam apenas fragmentos de um tecido social mais amplo e complexo, que abarcava uma população estimada em milhões e posteriormente se reduziu a aproximadamente 900 mil indivíduos, segundo os dados do último Censo realizado pelo IBGE (2010) ⁶.

Ainda há os relatos descritos pelos estrangeiros, a maior parte dos viajantes que não estavam envolvidos diretamente nas atividades de colonização revelava uma abordagem mais aberta e tolerante em relação aos nativos.

Os intinerantes reconheciam a organização social distinta dos nativos, bem como a sua cultura. Além disso, estabeleciam relações comerciais com os nativos, o que evidenciava o reconhecimento das práticas comerciais locais⁷.

Das descrições dos colonizadores, todavia, em virtude do eurocentrismo, da concepção ilusória de primitivismo e da interpretação distorcida acerca do Novo Mundo⁸, emergia um manifesto desinteresse em compreender a civilização recentemente identificada e preservar a cultura nativa da mesma.

⁵ Período anterior à chegada do navegador português Pedro Álvares Cabral.

⁶ Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/pt/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/os-indigenas-no-censo-demografico-2010>.

⁷ “Na França, onde os mercadores normandos continuam prosperando com o comércio de pau-brasil obtido por escambo com os Tupinambá, essa carência de letras e de jugos não preocupa, mas, ao contrário, faz sonhar” (CUNHA, 2013, p. 36).

⁸ Termo cunhado pelos europeus para referir-se ao continente americano.

Destarte, constata-se que esses registros históricos padecem, em certa medida, de uma confiabilidade adequada e não se coadunam plenamente com a realidade factual, conforme será exposto a seguir.

2.2 Período Pré-Colonial

Nas primeiras décadas da invasão⁹, o Império Português ainda não chegava a explorar o território brasileiro do mesmo modo como posteriormente passou a fazê-lo, haja vista que ainda se encontravam extasiados pelo fascínio que emanava do Oriente.

Nesse primeiro momento, os indígenas desempenhavam o papel de parceiros comerciais com os europeus por intermédio de um sistema de escambo de matérias-primas, como o pau-brasil. Incumbiam-se da atividade de corte e transporte da madeira para receber em troca utensílios domésticos, como espelhos, facões, perfumes e aguardente.

2.2.1 Dos relatos dos colonizadores

É através de determinadas correspondências que a monarquia foi convencida da viabilidade de subjugar com facilidade aquela região. Entre os autores das cartas, consolidou-se uma espécie de consciência coletiva que transmitia uma representação deturpada acerca da organização social dos povos nativos.

Além de relatarem as inúmeras riquezas do Novo Mundo, os observadores asseveravam a inexistência de sistemas de crenças e de lideranças no seio daquela comunidade primitiva, cuja suposta falta de progresso justificava a necessidade de ser submetida a um processo de domínio.

No livro *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania* (2013), a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha evidencia a distorcida representação presente na missiva do escrivão Pero Vaz de Caminha¹⁰:

⁹ A expressão “descobrimento” é inadequada, visto que não houve efetivamente uma descoberta, mas sim uma invasão, considerando que as terras encontradas pelos portugueses já eram habitadas por populações nativas.

¹⁰ O diligente escrivão da expedição conduzida por Pedro Álvares Cabral e o encarregado de confeccionar uma epístola destinada ao monarca de Portugal, comunicando o ato de “descobrimento” do Brasil.

Gente “bestial” a ser amansada (id. Ibid.: 59, 58, 77, 82), por quem Carminha nutre uma evidente simpatia e sobre a qual inanugura uma série de duradouros e etnograficamente duvidosos lugares-comuns: não tem chefe ou principal (sequer distinguindo o capitão-mor que os recebe em toda a sua pompa) (id. Ibid.: 46, 52, 27); não têm nenhuma idolatria ou adoração (id. Ibid.: 90-91, 80); são uma argila moldável, uma tábula rasa, uma página em branco – “e imprimir-se-á com ligeireza neles qualquer cunho, que lhes quiserem dar (id. Ibid.: 80). Gente, em suma, que não sujeita a si mesma ajugo algum: gente montesa, gente “selvagem”.

(CUNHA, 2013, p. 31).

Nesse ínterim, Manuela Carneiro da Cunha ainda menciona a emblemática descrição de Américo Vespúcio¹¹:

Vespúcio repete Caminha: essa gente não tem lei, nem fé, nem rei, não obedece a ninguém, cada um é senhor de si mesmo. Vive *secundam naturam* e não conhece a imortalidade da alma.

(CUNHA, 2013, p. 32).

Nessa ilusão primitiva, os autores ignoravam a amplitude da população e os procedimentos existentes naquelas sociedades, tais como a prática da agricultura, a construção de edificações, as estruturas hierárquicas, entre outros.

2.2.2 Da estruturação das sociedades indígenas

Como citado anteriormente, os aborígenes americanos eram distribuídos em uma diversificação de grupos, havia grupos de caçadores e coletores, da mesma forma que havia grupos de sedentários e de nômades.

Os grupos de caçadores e coletores dependiam da caça de animais e da coleta de recursos naturais para sua subsistência, sendo altamente móveis e adaptáveis aos diferentes ambientes em que habitavam.

Por sua vez, não possuíam uma residência fixa e se deslocavam em busca de recursos sazonais, como alimentos e água. Esses grupos desenvolveram habilidades de sobrevivência adaptadas à vida em movimento, sendo capazes de

¹¹ Cosmógrafo da segunda expedição despachada por Dom Manuel em 1501.

explorar uma vasta extensão de território.

Já os grupos dos agricultores e sedentários eram caracterizados por estabelecer assentamentos fixos, cultivar a terra e desenvolver técnicas agrícolas para sua sustentação. Eles construíam comunidades mais estáveis, com estruturas sociais complexas e sistemas de organização mais elaborados.

Em algumas dessas comunidades tribais, a presença do cacicado indicava uma transição em direção a um estágio de organização estatal, que poderia resultar na formação de uma estrutura burocrática mais definida e identificável. Essa evolução social e política refletia a progressão das agremiações tribais em direção a uma organização mais centralizada e hierárquica, com papéis e responsabilidades distribuídos entre os líderes e membros da comunidade.

Nesse sentido, a estratificação hierárquica podia ser constatada na própria personificação do cacique enquanto autoridade política da tribo, a qual exercia a prerrogativa de deliberar sobre os assuntos inerentes à comunidade indígena, tal como o cotidiano coletivo, os rituais e as sanções disciplinares. Enquanto a disparidade social se revelava através da discrepância do tratamento funerário entre os indivíduos falecidos.

Essa estratificação social refletia a complexidade das relações e das estruturas sociais nas comunidades indígenas, evidenciando a existência de um sistema hierárquico que influenciava a vida cotidiana e as interações entre os membros da tribo.

Além disso, as crenças desempenhavam um papel significativo nessas comunidades, especialmente no contexto de uma religião politeísta. Embora não houvesse dogmas estabelecidos nem registros sagrados na forma escrita, a orientação espiritual era provida por sacerdotes, como os pajés¹², que desempenhavam um papel fundamental na interpretação e transmissão dos ensinamentos religiosos e nas práticas rituais.

As interações comerciais entre as aldeias indígenas também sugerem a preexistência de uma espécie de arcabouço econômico com redes de integração intertribais.

Por outro lado, entre as interações intertribais, ainda era possível se deparar

¹² Líderes espirituais de profundo conhecimento astral, que exerciam as múltiplas funções de médico, sacerdote e conselheiro psicológico.

com uma trama política baseada em cooperações, divergências e rivalidades, as quais eventualmente desencadeavam conflitos armados.

Ademais, como já citado anteriormente, o número populacional da civilização no período da conquista já alcançava entre um a oito milhões de habitantes. Assim, desvanecem-se as concepções errôneas acerca de um continente escassamente habitado, passível de ser colonizado pelos europeus, o que reforça a assertiva de que a região fora submetida a uma invasão.

Portanto, ainda que se atribua às tribos indígenas a classificação como sociedades simplificadas, é evidente que havia uma organização de caráter mais complexo, cujos moldes são apenas distintos daqueles observados nos aspectos da sociedade do capitalismo mercantil.

2.3 Período Colonial

A colonização propriamente dita teria iniciado na terceira década subsequente à conquista, quando o Império lusitano optou por dividir o território em capitanias devido ao receio de eventuais incursões.

A partir desse momento, as terras são concedidas aos colonos com a finalidade de promover sua produtividade e funcionalidade, enquanto a Coroa adota uma nova perspectiva em relação aos nativos.

2.3.1 Da catequização e conversão dos povos indígenas

Os povos indígenas deixam de ser vistos como parceiros comerciais no sistema de escambo e passam a ser considerados mercadorias passíveis ao trabalho servil nas atividades coloniais.

É nesse contexto histórico que se estabelecem os aldeamentos missionários – modelo convencional de evangelização de nativos – por imposição da Igreja Católica, que exercia influência nas questões políticas e estatais das monarquias católicas.

Ainda na publicação *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania* (2013), Manuela Carneiro da Cunha discorre sobre a fundamentação pela qual a Igreja Católica determina à Coroa a obrigação de incorporar a evangelização em suas

colônias:

Com o Novo Mundo descobre-se também uma Nova Humanidade. Resta o problema crucial de inseri-la na economia divina, o que implica inseri-la na genealogia dos povos. Para isso, não há outra solução senão a da continuidade, senão abri-lhe um espaço na cosmologia europeia. Porque a humanidade é por definição uma só, os habitantes do Novo Mundo descendem necessariamente de Adão e Eva [...].

(CUNHA, 2013, p. 40).

Conseqüentemente, os missionários passaram a se dirigir às aldeias a fim de realizar suas pregações, imputando aos indígenas a prerrogativa de decidir sobre a aceitação ou rejeição da conversão ao catolicismo.

Os indivíduos que aderiam à conversão eram reconhecidos como “índios aliados” e, em virtude disso, eram compelidos a renunciar à posse de suas aldeias e deslocar-se para os povoados portugueses, a fim de se submeterem à catequese e ao processo de civilização.

No processo da catequese, os nativos eram submetidos a uma série de práticas destinadas à conversão ao cristianismo e à assimilação da cultura europeia. Dentre essas práticas, incluía-se a instrução da língua portuguesa, a adoção de hábitos e costumes europeus e a conversão à religião católica.

O propósito da assimilação cultural era justamente transformar os nativos em cidadãos considerados "civilizados" e leais ao domínio português, ao mesmo tempo em que se proporcionava uma relativa liberdade aos indígenas na sociedade colonial.

No entanto, como já foi citado anteriormente, a sociedade indígena não era primitiva a ponto de necessitar de uma assimilação cultural apenas por não se adequar aos padrões da cultura europeia.

Na realidade, esse processo somente resultava em opressões e explorações contínuas, visto que os nativos eram submetidos à expropriação de suas terras, ao trabalho forçado, à discriminação, bem como à disseminação de epidemias para as quais os indígenas não possuíam imunidade devido ao seu isolamento geográfico ou social.

Ademais, na condição de aliados, os indígenas também foram compelidos a

assumir a responsabilidade de proteger a colônia durante os conflitos contra invasores e tribos indígenas insurgentes, além de prover o sustento da colônia e da metrópole, sobretudo diante do declínio do comércio lusitano com a Índia.

Cabe ressaltar ainda que o entendimento dos missionários em relação ao tratamento dos indígenas não era uniforme, alguns chegavam a defender a liberdade dos nativos, mas acabavam ofuscados pelos interesses da Coroa e dos colonos, que os acusavam de terem apenas a intenção de assegurar o controle total sobre a mão de obra indígena¹³.

Dentre os missionários, destacavam-se os jesuítas, que acabaram sendo expulsos pelo Marquês de Pombal em 1759.

O encerramento da Companhia de Jesus foi decretado em todo o Império Português. E como resultado, o Marquês promoveu alterações nos estatutos dos colégios e das missões jesuíticas, além de estabelecer direções laicas para suas administrações.

O Marquês sustentava a alegação de que os missionários tinham como objetivo a criação de uma entidade política autônoma dentro do Estado português. Essa postura estaria desafiando diretamente o poder real e estimulando a resistência dos povos indígenas contra o domínio português.

De acordo com o Marquês, a Companhia de Jesus havia adquirido uma influência quase equivalente à do próprio Estado, assumindo funções e atribuições de natureza política, em detrimento de suas obrigações religiosas.

Não há registros precisos sobre as ações dos jesuítas em oposição aos colonos durante esse período. No entanto, é perceptível que os jesuítas adotaram uma postura contrária às práticas escravistas contra os nativos¹⁴.

Os conflitos da Guerra Guaranítica e as controvérsias em torno da criação da Colônia do Sacramento e dos Sete Povos das Missões foram exemplos do apoio dos jesuítas aos povos indígenas, uma vez que se engajaram na resistência contra

¹³ “O estopim para o início dos conflitos entre 1640 e 1685 foi a data de 22 de abril de 1639, quando o Papa Urbano VIII promulga a Bula *Commissum Nobis*, sobre a liberdade dos índios da América. O documento papal continha ordens rígidas e expressas: ‘(...) que daqui por diante não ouzem ou presumão cativar os sobreditos Índios, vendellos, compralos, trocalos, dalos, apartalos de suas mulheres e filhos, privalos de seus bens e fazenda, levalos e mandalos para outros lugares, privalos de qualquer modo da liberdade [...]’ (PINHEIRO, 2007, p.10-11).

¹⁴ “Colonos e jesuítas: dois lados de uma mesma moeda. Para os primeiros, o cativo do índio significava a reprodução do sistema em que viviam e até a sua própria sobrevivência (se levamos em conta a situação de penúria em que esses colonos viviam), para os religiosos, a liberdade do gentio deveria ser defendida até as últimas conseqüências” (PINHEIRO, 2007, p. 15).

as tentativas de desapropriação de terras e escravização dos nativos.

Nessa perspectiva, em um estágio posterior, a monarquia opta pela centralização da administração colonial e pela neutralização da influência das ordens religiosas que operavam na colônia sem a supervisão e o controle da Coroa portuguesa.

2.3.2 Da escravização e desapropriação dos povos indígenas

Paralelamente, os indígenas que recusassem a conversão e manifestassem resistência às atividades coloniais eram considerados hostis, podendo ser aplicado a eles o princípio da guerra justa, em conformidade com as normas jurídicas vigentes da época.

Nesse cenário, exigia-se a avaliação do caso e a autorização prévia da Coroa ou dos governadores para a declaração de uma guerra justa contra determinada tribo, com fundamentação na legítima defesa.

No estudo *Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII)* (1998), a cientista social Beatriz Perrone-Moisés elenca as causas que configuravam a aplicação do princípio da guerra justa:

As causas legítimas de guerra justa seriam a recusa à conversão ou o impedimento da propagação da Fé, a prática de hostilidades contra vassallos e aliados dos portugueses (especialmente a violência contra pregadores, ligados à primeira causa) e a quebra de pactos celebrados.

(PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 123)

Durante as guerras justas, a Coroa adotava diversas estratégias para garantir o êxito da conquista das aldeias rebeldes, entre elas a exploração das rivalidades intertribais.

Os colonizadores utilizavam táticas de manipulação e incitação para intensificar os conflitos e as rivalidades e, assim, enfraquecer as comunidades nativas, como também dificultar qualquer tentativa de resistência unificada contra o domínio português.

Como resultado, as aldeias rebeldes eram conquistadas enquanto seus habitantes sobreviventes eram despojados de suas comunidades e submetidos à condição de escravidão legal nas suas próprias terras, ao passo que estas passavam a ser reconhecidas como devolutas, ou seja, desprovidas de qualquer ocupação ou propriedade legítima, em conformidade com o que previa a Carta Régia de 2 de dezembro de 1808.

2.3.3 Do genocídio da população indígena¹⁵

Apesar de ser uma alegação frequente, é essencial destacar que a significativa taxa de mortalidade verificada entre as populações indígenas durante o período colonial não pode ser unicamente atribuída à falta de imunidade dos nativos às epidemias introduzidas pelos colonizadores.

De fato, é preciso reconhecer que fatores históricos, socioeconômicos e jurídicos desempenharam um papel significativo. O contato forçado e violento com os colonizadores, a falta de políticas de saúde adequadas, a discriminação e o preconceito, bem como a falta de acesso a serviços básicos, contribuíram para a vulnerabilidade das comunidades indígenas.

Nesse contexto, destaca-se a política de opressão adotada pela sociedade colonial, que resultou em impactos irreversíveis na sociedade indígena, particularmente no que corresponde à devastação de sua população.

Tratava-se de uma estratégia de limpeza étnica, com respaldo da monarquia portuguesa, em prol da consolidação do domínio colonial e da construção de uma nação suspostamente civilizada.

Os colonizadores desconsideravam e menosprezavam as estruturas de organização e o controle territorial dos povos indígenas, percebendo-os meramente como um entrave à expansão territorial e ao domínio português.

E por isso que eram alvos de uma política de opressão, que resultava em seu extermínio ou na sua submissão à exploração como uma força de trabalho de baixo custo e sem remuneração.

¹⁵ Conceito criado por Raphael Lemkin, em 1943, o qual se deriva das palavras gregas γένος (genos), que significa "família", "tribo" ou "raça", e do sufixo latino -cidium, que se refere à "ação de matar" ou ao "resultado de matar". Em suma, seria o extermínio deliberado de um povo, total ou parcialmente, por causa de divergências étnicas, nacionais, religiosas ou sociopolíticas.

Os aldeamentos religiosos ou civis, por sua vez, não possuíam um processo de reprodução biológica autossustentável. Em vez disso, reproduziam-se de forma predatória, uma vez que os indígenas eram compulsoriamente alistados em expedições para trazer novos grupos indígenas das regiões internas do país, a fim de preencher constantemente as lacunas deixadas pelos seus antecessores (CUNHA, 2013).

Ademais, cabe ressaltar que além do extermínio e da exploração do povo americano aborígine, visava-se igualmente a erradicação sistemática dos pilares essenciais da vida daquela comunidade, incluindo seus costumes e tradições, de forma a impor uma nova ordem cultural e social.

2.3.2 Da legislação indigenista

O Diretório Pombalino, publicado em 1758, foi a principal legislação indigenista durante esse período histórico. Esse documento estabeleceu diretrizes e regulamentações para as práticas coloniais, especialmente no tocante à assimilação cultural dos povos indígenas.

O Diretório tratava, entre outros assuntos, da garantia da liberdade dos indígenas, dos critérios educacionais para sua instrução, da administração da força de trabalho indígena e das relações entre religiosos, indígenas e colonos.

Com essa normatização, o Diretório Pombalino buscava regular a interação entre colonizadores, religiosos e nativos, estabelecendo diretrizes para a assimilação cultural dos indígenas, com o propósito de integrá-los à sociedade colonial.

Em 1798, o ato normativo pombalino foi expressamente revogado pela Carta Régia de 12 de maio de 1798.

2.4 Período Imperial

Durante esse período, com a crescente do tráfico negreiro e a utilização predominante de mão de obra escrava de origem africana, a questão indígena sofreu uma mudança significativa em sua natureza.

Ela deixou de se concentrar exclusivamente no trabalho servil e passou a se

tornar primordialmente uma matéria relacionada às terras, uma vez que a mão de obra indígena tornou-se menos essencial no sistema produtivo vigente.

2.4.1 Do positivismo

Nesse momento, o cientificismo e o evolucionismo reintroduzem o entendimento de que as comunidades indígenas seriam primitivas, assim, ainda não haviam alcançado a maturidade e nem o completo desenvolvimento.

Essas concepções levavam à crença de que tais comunidades estariam destinadas à degeneração da espécie humana naquela região. Tal compreensão é ilustrada pelo discurso proferido pelo senador Dantas Barros Leite:

No Reino animal, há raças perdidas; parece que a raça índia, por um efeito de sua organização física, não podendo progredir no meio da civilização, está condenada a esse fatal desfecho. Há animais que só podem viver e produzir no meio das trevas; e se os levam para a presença da luz, ou morrem ou desaparecem. Da mesma sorte, entre as diversas raças humanas, o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização.

(VARNHAGEN, 1867, p. 55-56).

Em continuidade ao pensamento de primitivismo e animalidade atribuídos aos nativos, estes foram classificados em categorias de "bravos" e "domésticos" ou "mansos".

Os arborígenes classificados como "domésticos" geralmente correspondiam aos indígenas que passaram pelos processos dos aldeamentos. Por sua vez, os considerados "bravos" eram aqueles com os quais o Império travava guerras, sendo-lhes atribuído um caráter perigoso, selvagem e um temperamento indomável.

Essa noção era uma forma de estigmatização e estereotipação, com o intuito de justificar a violência e a dominação exercidas sobre eles. Essa categorização reforçava a ideia de que os indígenas eram considerados inimigos que estariam opondo à civilização e ordem estabelecida pelo Império.

O temperamento indomável, ou seja, indomesticável atribuído aos indígenas "bravos" também era uma construção cultural e discursiva que legitimava as ações repressivas contra eles, como expedições militares, deslocamento forçado e até

mesmo ações de extermínio.

2.4.2 Da legislação indigenista

Após a revogação do Diretório Pombalino, uma lacuna legislativa foi criada no campo do direito indigenista.

O político e conselheiro do Imperador Dom Pedro I, José Bonifácio, chegou a apresentar propostas relacionadas à questão indígena¹⁶, que incluíam a defesa da abolição da escravidão, a catequese dos indígenas e sua integração na sociedade civil.

Além disso, o político reconhece o legítimo direito territorial dos indígenas e pleiteia por justiça ao solicitar que cessem as ações de esbulho, ou seja, a tomada forçada e ilegal, das terras que ainda pertenciam a essas comunidades¹⁷.

No entanto, essas sugestões não foram incorporadas ao projeto constitucional, que se contentou em declarar a competência das províncias para promover missões e catequese de nativos, em conformidade com Lei de 12 de Agosto de 1834 (Ato adicional).

Como resultado, as províncias passaram a adotar medidas extremas contra os aborígenes, como expedições ofensivas e ações de extermínio.

Somente em 1845, foi promulgado o Regulamento das Missões – único normativo indigenista geral desse período¹⁸ – que possuía predominantemente um caráter administrativo.

O referido regulamento estabelecia a continuidade do sistema de aldeamentos e o considerava como uma etapa de transição para a assimilação dos indígenas (CUNHA, 2013).

Nesse sentido, o ato normativo também previa a nomeação de um Diretor Geral de Índios e de um Diretor de Aldeia.

Ao Diretor de Aldeia desempenhava um papel fundamental na relação com os

¹⁶ José Bonifácio apresenta o documento intitulado "Apontamentos para a civilização dos Índios bravos do Império do Brazil".

¹⁷ "José Bonifácio, em 1823, começa sua proposta para a 'civilização dos índios bravos' pedindo 'justiça, não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lh'as deu'" (CUNHA, 2013, p. 111).

¹⁸ "O Regulamento das Missões, promulgado em 1845, é o único documento indigenista geral do Império" (CUNHA, 2013, p. 68).

nativos, sendo responsável pela catequese e educação, bem como pela promoção da produtividade e manutenção da ordem. Isso envolvia incentivar a agricultura, organizar o trabalho e zelar pelo bom funcionamento das atividades inseridas nas aldeias.

Ademais, o regulamento conferia ao diretor a competência de demarcar as terras daquele perímetro. A atuação do diretor, por sua vez, assentou a desapropriação das terras dos povos originários.

Nesse momento, o impedimento para a expansão territorial são as regiões ocupadas pelos nativos de grupos remanescentes, aos quais o Império não declarou guerra justa.

Dessa forma, por não terem sofrido as sanções da guerra justa, essas áreas seriam consideradas inalienáveis e não poderiam ser reconhecidas como terras devolutas.

Não obstante, a realidade apresentava um cenário distinto. A concepção de que os indígenas eram destituídos da capacidade de administração de seus próprios bens ressurgiu, o que fundamentava, assim, a necessidade de uma tutela que apenas seria cessada quando estes fossem considerados plenamente "civilizados".

Sustentava-se que os indígenas eram nômades indolentes e desprovidos de qualquer noção de posse, desconsiderando-se o fato de que eles mantinham a memória histórica e o vínculo ancestral com seus territórios tradicionais.

Em decorrência disso, o Estado reforçava a presença de colonos nas aldeias, que instruiriam os indígenas no trabalho agrícola, nas habilidades técnicas e na doutrinação católica.

Posteriormente, em 1850, o imperador dom Pedro II assina a "Lei de Terras":

Cinco anos após o Regulamento das Missões, a Lei das Terras (Lei 601 de 18/9/1850) reafirma a conveniência de assentarem "hordas selvagens". Para seu aldeamento, serão reservadas áreas dentre terras devolutas, áreas que serão inalienáveis e destinadas a seu usufruto. A situação é entendida como transitória: permitindo-o seu "estado de civilização", o governo imperial, por ato especial, cederá ao pleno gozo das terras (Decreto 1318 que regulamenta a Lei das Terras, de 30/1/1854, art. 75). Essa disposição, conforme veremos, será consistentemente burlada. (CUNHA, 2013, p. 79).

A Lei de 601/1850 preservava o propósito de promover a civilização dos nativos, mas também buscava regularizar a posse da terra no Brasil para aqueles que efetivamente tornavam as terras produtivas.

Na prática, a aplicação desse ato normativo gerou uma política agressiva sobre as terras indígenas, devido à interpretação tendenciosa da lei por parte dos colonos, que consideravam como terras devolutas aquelas ocupadas pelas aldeias indígenas.

O próprio Império e as capitânicas desrespeitavam os preceitos da lei ao incorporar às propriedades nacionais as terras de aldeias em que supostamente não era possível identificar os nativos. Isso porque a convivência dos colonos nessas aldeias estaria dificultando a identificação dos indígenas em meio à população “civilizada”.

Porém, é evidente que essa justificativa se tratava apenas de uma manobra para tomar posse do que ainda restava dos territórios indígenas. Afinal, como mencionado anteriormente, foi o próprio Estado que incentivou a presença de colonos nas aldeias.

Antes as políticas incentivavam a miscigenação como forma de criar uma população livre e homogênea. A legislação pombalina, por exemplo, estimulava o casamento entre brancos e indígenas e oferecia até benefícios para incentivar a união. Além disso, a própria política de aldeamento promovia a convivência entre diferentes grupos étnicos, o que contribuía para miscigenação.

No entanto, é a partir da promulgação da "Lei de Terras" que houve essa mudança de perspectiva. A lei, que estabelecia as regras para a posse da terra, foi utilizada como instrumento para descaracterizar os indígenas e facilitar a apropriação de suas terras. Sob o pretexto da miscigenação, os indígenas passaram a ser alvo de uma tentativa de deslegitimação de sua identidade e direitos territoriais.

Além disso, apesar da proibição expressa da escravidão dos indígenas no Regulamento de Missões, os nativos ainda eram submetidos a essa condição. Isso evidencia a discrepância entre a legislação estabelecida e a realidade vivenciada pelos indígenas.

A despeito das supostas proteções legais, a prática da escravidão e da desapropriação das terras indígenas demonstra que a verdadeira legislação

indigenista estava fundamentada no poder dos mais fortes e no interesse econômico dos colonos e dos latifundiários.

2.5 República Velha

A definição das terras devolutas dentro das propriedades indígenas permaneceu indefinida, o que incentivou a ocupação ilegal dessas terras por meio do aforamento. Essa situação continuou a violar os direitos dos povos indígenas, resultando em contínuas agressões a esses direitos.

Nesse sentido, a ineficácia das políticas implementadas gerou uma conscientização e mobilização expressiva da sociedade, tanto nacional quanto internacional, em relação à questão indígena.

Esse contexto expôs as violências e vulnerabilidades enfrentadas pelos indígenas, o que gerou um debate e uma pressão crescente por ações mais efetivas na proteção de seus direitos e na preservação de suas culturas e territórios.

2.5.1 Da criação do SPILTN e do SPI

Em resposta à pressão popular e com a falta de uma política indigenista constitucional, o Estado estabelece, em 1910, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) – “primeiro aparelho de poder governamentalizado instituído para gerir a relação entre os povos indígenas” (SOUZA LIMA, 1998).

O SPILTN foi instituído e regulamentado pelo Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, como um órgão integrante do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC). Sua atribuição principal consistia na integração e na proteção dos direitos dos indígenas, bem como na realização de atividades relacionadas à localização de trabalhadores nacionais.

Em 1914, o órgão passou por uma reformulação e foi renomeado como Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Posteriormente, em 1918, o SPI deixou de ser responsável pelas tarefas de localização de trabalhadores nacionais e concentrou-se nas questões indígenas.

A partir do art. Art. 6º, inciso IV Código Civil de 1916, o órgão assume a função de tutelar os indígenas, que teriam capacidade civil relativa. Essa tutela

buscava assegurar a proteção dos direitos desses povos, considerados juridicamente vulneráveis, e promover sua integração social, cultural e econômica¹⁹.

2.5.2 Da integração social

O Serviço de Proteção ao Índio (SPI), composto principalmente por militares positivistas, discordava da abordagem de integração adotada pela Igreja, que impunha a religião e a cultura aos povos indígenas, bem como adotava métodos extremos de assimilação.

O órgão defendia uma abordagem humanitária e sistematizada na integração dos indígenas. Assim, implementou medidas de proteção, como a demarcação de terras indígenas, a promoção de atividades produtivas e a oferta de assistência médica e educacional²⁰.

A visão do SPI baseava-se no entendimento de que os povos indígenas deveriam ser respeitados em sua diversidade e autonomia, e que a integração forçada não era a melhor maneira de lidar com eles. Em vez disso, o órgão buscava estabelecer uma relação colaborativa com as comunidades indígenas e o reconhecimento seus direitos e sua autodeterminação.

Apesar de o SPI não ter adotado medidas tão extremas como a política da Igreja, suas ações são consideradas paternalistas e pouco efetivas na prática. O órgão estava inserido em um contexto de políticas de assimilação e exploração das terras indígenas, o que continuou a impactar negativamente as comunidades ao longo do tempo.

Havia vestígios dessas práticas, especialmente no que diz respeito à supressão dos direitos originários dos indígenas e à restrição de sua expressão como indivíduos nativos, mesmo que em menor grau em comparação com a política

¹⁹ “[...] proposta de um regime jurídico especial para os índios, que se materializaria no Código Civil e, particularmente, na lei nº 5484, de 27/6/1928. A noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios, apoiava-se em noções correntes no período [...]. O resultado seria a instituição da tutela do Estado sobre o status de índio, legalmente exercida pelo SPILTN” (SOUZA LIMA, 1998, p. 160).

²⁰ “Este seria componente fundamental da pacificação, estratégia de conquista supostamente inventada por Cândido Rondon, grande trunfo de sua indicação como inplementador do SPILTN: tratava-se de atrair e pacificar conquistar terras sem destruir os ocupantes indígenas, obtendo, assim, a mão-de-obra necessária à execução dos ideais de Couto de Magalhães, de desbravamento e preparação ds terras não colonizadas (para uma posterior ocupação definitiva por brancos), por meio de populações ‘aclimatadas’ aos trópicos” (SOUZA LIMA, 1998, p.160-161).

da Igreja.

Sob a perspectiva positivista, o SPI reintroduzia a ideia de que as comunidades indígenas ainda não haviam alcançado pleno desenvolvimento, e, portanto, impunha o que considerava como o verdadeiro progresso em uma sociedade.

Essas abordagens, apesar de apresentarem uma visão paterna e presumivelmente benevolente, perpetuavam a subjugação e a imposição de valores externos sobre os povos indígenas. Isso resultava em uma negação da autodeterminação e da valorização de suas próprias culturas, o que causou uma marginalização contínua das comunidades indígenas.

Além disso, cabe ressaltar que o órgão em questão estava vinculado a um ministério de desenvolvimento, o que revela uma concepção desenvolvimentista que colidia com a preservação dos direitos e da cultura dos povos indígenas²¹.

Essa associação institucional suscitava questionamentos e críticas, uma vez que colocava um órgão encarregado de defender os direitos dos indígenas sob a autoridade de um ministério que priorizava a exploração dos recursos naturais e o crescimento econômico. Essa contradição evidencia a tensão entre os interesses econômicos e as demandas de proteção e preservação dos povos indígenas.

Ademais, ao longo do tempo, o órgão enfrentou acusações de corrupção, o que agravou ainda mais a desconfiança em relação à sua atuação. Essas acusações levantaram dúvidas sobre a eficácia das políticas implementadas e colocaram em dúvida a capacidade do órgão de promover a defesa dos direitos indígenas de forma justa e imparcial.

2.5.3 Da Constituição Federal de 1934

Nesse período ainda houve a promulgação da Constituição Federal de 1934, que marcou um avanço no reconhecimento dos direitos indígenas ao abordar, ainda que de maneira tímida, a questão da terra e dos direitos dos povos indígenas.

Pela primeira vez na história constitucional do Brasil, foram inseridos dispositivos que buscavam garantir a proteção dessas comunidades e sua

²¹ “Como Dalmo Dallari enfatiza à época, era uma contradição flagrante colocar um órgão que devia defender os direitos dos índios sob a autoridade de um ministério cuja missão era o ‘desenvolvimento’, entendido da forma mais predatória possível” (CUNHA, 2013, p.100).

incorporação à sociedade nacional.

No artigo 5º, inciso XIX, alínea "m", a Constituição de 1934 reconheceu o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupavam, buscando assegurar-lhes a posse e a propriedade coletiva dessas áreas.

No entanto, é importante ressaltar que a abordagem foi limitada e ainda refletia uma visão de integração dos indígenas à sociedade majoritária, sem considerar suas especificidades culturais e a importância da preservação de suas terras e modos de vida.

Apesar das limitações, a inclusão dessas disposições constitucionais representou um marco histórico no reconhecimento dos direitos indígenas no Brasil. Elas abriram espaço para debates e lutas posteriores, visando uma maior proteção dos povos indígenas e a promoção de políticas públicas mais efetivas em relação à demarcação e proteção de suas terras, respeitando sua autonomia e diversidade cultural.

2.6 Era Vargas

Com a instauração do regime ditatorial do Estado Novo por Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 foi revogada e foi promulgada a Constituição de 1937, conhecida como a Constituição Polaca.

A nova constituição representou uma regressão no tocante ao reconhecimento e proteção dos direitos indígenas. Diferentemente da constituição anterior, a Constituição de 1937 não continha dispositivos específicos sobre a temática indígena. Isso implicou na ausência de garantias constitucionais para a preservação da cultura, dos territórios e dos direitos dessas comunidades.

Ainda é imperativo ressaltar que a promulgação da Constituição de 1937 ocorreu em um contexto autoritário, no qual as liberdades individuais e os direitos sociais foram restringidos. Nesse contexto, os direitos indígenas foram relegados a um plano secundário, o que evidenciou uma perspectiva assimilacionista e excludente.

Em relação ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI), este passou a ser subordinado ao Ministério da Agricultura, conforme estabelecido pelo decreto-lei nº 1736, de 03 de novembro de 1939.

Nesse sentido, foi ressaltado “que o problema da proteção aos índios se acha

intimamente ligado à questão de colonização, pois se trata, no ponto de vista material, de orientar e interessar os indígenas no cultivo do solo, para que se tornem úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas²².

Inicia-se também a concepção do Parque Xingu, um projeto que buscava conciliar a preservação ambiental com a proteção e respeito aos povos indígenas.

Porém, para ser considerado um projeto legítimo e não suscitar questionamentos, seria importante que sua origem não fosse atribuída aos estamentos militares, mas sim aos cientistas que conduziram pesquisas na área naquele período.

Na realidade, as concepções de preservação e assimilação gradual das culturas indígenas, baseadas em determinados elementos da antropologia culturalista da época, foram incorporadas apenas de forma limitada no âmbito das políticas de proteção (SOUZA LIMA, 1998).

Em 1963, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi submetido a uma nova regulamentação através do decreto nº 52.668 de 11 de outubro de 1963, em resposta às acusações de genocídio realizadas por parte da comunidade internacional. É nesse momento que ocorreu a introdução do termo “terras indígenas”, que passou a ser parte integrante de um novo Estatuto do Índio, efetivado somente em 1973 (SOUZA LIMA, 1998).

2.7 Regime Militar

Em 1964, ocorreu o Golpe Militar que resultou na destituição do presidente João Goulart. Posteriormente, foi outorgada a Constituição de 1967, a qual substituiu a Constituição anterior de 1946. Essa nova Constituição refletia o período autoritário e repressivo vivido pelo Brasil durante o regime militar.

2.7.1 Da Constituição Federal de 1967

A Constituição Federal de 1967 mantinha a concentração de poder nos

²² Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1736-3novembro-1939-411705-publicacaooriginal-1-pe.html>

militares e estabelecia um sistema político controlado e centralizado. O regime militar impôs restrições às liberdades individuais e limitou os direitos políticos dos cidadãos brasileiros.

Sob essa constituição, foram impostas restrições à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e aos direitos de reunião e associação. Além disso, foram implementadas medidas de censura e perseguição política para reprimir qualquer forma de oposição ao regime.

Por outro lado, no que se refere aos direitos indígenas, essa constituição foi considerada uma das mais progressistas sobre a temática. Essa abordagem se reflete na atribuição do status de bens da União Federal às terras ocupadas pelos silvícolas²³, conforme estabelecido no artigo 4º, inciso IV. Essa disposição legal garantia a proteção e a preservação dessas terras como patrimônio nacional.

Ademais, o artigo 186 reafirmava o direito dos indígenas à posse permanente das terras que habitam ao assegurar o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades presentes nessas terras. Essa posse permanente representava uma salvaguarda jurídica que assegurava a estabilidade e a segurança territorial para as comunidades indígenas.

Entretanto, o texto constitucional manteve a disposição anterior em relação à integração dos povos indígenas à comunhão nacional, o que gerou insatisfação e resistência por parte das comunidades indígenas.

As políticas implementadas pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) durante esse período mostraram-se limitadas em termos de garantir a autonomia e a autodeterminação dos povos indígenas. Embora algumas medidas de proteção e demarcação de terras tenham sido adotadas, estas não foram suficientes para assegurar a plena preservação dos territórios indígenas.

Como resultado, as comunidades indígenas enfrentaram desafios contínuos e violações de seus direitos, incluindo a perda de territórios tradicionais, a degradação ambiental, a violência e a discriminação.

A falta de uma abordagem adequada para lidar com as demandas indígenas gerou um cenário de dominação e subjugação:

A década de 1970 foi tenebrosa para os índios da Amazônia. Conforme

²³ “entendidos como índios que viviam segundo suas ‘tradições’” (CUNHA, 2018, p. 430).

escrevemos no documento da Comissão da Verdade, foi então que o governo militar tomou as rédeas da política indigenista, que ficou inteiramente dependente dos projetos do que se chamou à época de “desenvolvimento”.

(CUNHA, 2018, p. 430).

Ademais, o regime militar repetiu a manobra do pretexto da miscigenação para a deslegitimação da identidade e dos direitos territoriais com a proposta do Decreto da Emancipação.

Esse decreto estabelecia uma categorização entre os silvícolas e os aculturados, baseada na alegação de que estes últimos estavam se integrando aos costumes predominantes da sociedade brasileira, o que justificaria sua emancipação.

A emancipação dos indígenas da tutela estatal frequentemente era interpretada pelos juízes como uma forma de negar-lhes sua condição indígena e, conseqüentemente, seus direitos sobre as terras que ocupavam. Essa medida, em suma, mascarava a intenção de desocupar as terras indígenas e libera-las para outros interesses (CUNHA, 2018).

2.7.2 Da criação da Funai

Em 1967, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi encerrado em decorrência das contínuas críticas direcionadas a suas práticas abusivas e coercitivas. Tais práticas incluíam o contato forçado com os povos indígenas, a remoção compulsória de comunidades de suas terras tradicionais e a imposição de padrões culturais ocidentais.

Em substituição ao SPI, foi instituída a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai) por intermédio da Lei nº 5.371/1967, sob a gestão do regime militar.

A Funai assumiu a responsabilidade de tutelar os povos indígenas e garantir-lhes a posse permanente dos territórios tradicionais e o usufruto exclusivo dos seus recursos naturais.

Essa iniciativa visou melhorar a reputação dos órgãos estatais brasileiros no cenário internacional, bem como demonstrar o compromisso do Estado brasileiro

com a preservação e o respeito às culturas e territórios indígenas (SOUZA LIMA, 1998).

No entanto, apesar dessa mudança institucional, não foi observada uma transformação significativa no tratamento dispensado aos indígenas, como destaca Araújo *et alii* (2006, p. 31):

No final da década de 60, o SPI enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas. Em função disso, o governo federal prometeu esclarecer as denúncias, punir os culpados e criar um novo órgão que faria tudo de modo diferente. De concreto, porém, fez muito pouco. Acabou por extinguir o SPI em 1967, anunciando a criação de um novo órgão para centralizar a prestação de serviços aos povos indígenas. É aí que surge a Fundação Nacional do Índio (Funai), com competência para exercer o papel de tutor dos índios e, dentro outras funções, “garantir a posse permanente” das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes.

Embora concebida como uma forma de proteção jurídica para os povos indígenas, a tutela foi frequentemente interpretada de maneira equivocada por alguns juízes, que viam essa tutela como um obstáculo para que os indígenas pudessem apresentar ações diretamente, sem a intervenção da Funai.

Porém, como “a Funai era justamente o órgão de que os índios tinham abundantes motivos para se queixar, o resultado, na prática, era que os índios não conseguiam entrar na justiça” (CUNHA, 2018, p. 432). Desse modo, Cunha (2018, p. 431) relata:

[...] os contratos de índios, enquanto relativamente capazes, eram válidos, embora invalidáveis se os prejudicassem [...] Nos outros casos de tutela, um curador tinha a incumbência de examinar a lisura da conduta do tutor. Nenhum órgão, porém, examinava a lisura do SPI ou da Funai no trato dos interesses dos índios. A Funai interpretava a figura da tutela como um poder que se sobrepunha à vontade dos índios. E nos anos 1970, como órgão do Ministério do Interior, que comandava a política de ocupação da Amazônia, ficou inteiramente caudatária dessa política.

2.7.3 Da legislação indigenista

Nesse período, foi promulgado o Estatuto do Índio através da Lei 6.001/1973, que teve um impacto significativo nas relações entre o Estado brasileiro e os povos indígenas. Não obstante muitas das disposições desse estatuto revelaram-se problemáticas e prejudiciais aos direitos e à autonomia dos indígenas.

Dentre os retrocessos, estava a reintrodução da aplicação da lei comum aos povos indígenas, que desconsiderava a diversidade cultural e os sistemas normativos próprios dessas comunidades, ao impor um arcabouço jurídico que nem sempre refletia suas realidades e necessidades específicas.

O art. 20 do Estatuto permitia a intervenção nas terras indígenas em nome do "desenvolvimento" e da "segurança nacional". Essa disposição possibilitou a exploração de recursos naturais e a implementação de projetos sem o consentimento e a participação efetiva das comunidades indígenas afetadas.

A possibilidade de transferência das terras indígenas também representou uma ameaça direta à sua integridade territorial e ao direito desses povos à posse e usufruto exclusivo de suas terras ancestrais.

No que diz respeito aos bens e renda do patrimônio indígena, o Estatuto do Índio adotou uma perspectiva empresarial por meio do reaproveitamento da renda em atividades lucrativas, como a exploração do subsolo e o corte de madeira (LOPES, 2014). Essa abordagem priorizava interesses econômicos em detrimento dos direitos territoriais e da sustentabilidade ambiental das comunidades indígenas.

Em relação à demarcação de terras indígenas, o art. 65 do Estatuto do Índio estabeleceu a obrigação do Estado de demarcar todas as terras indígenas em um prazo de cinco anos, mas essa disposição não foi devidamente implementada. A Funai até demarcava os territórios, mas suas ações estavam voltadas para o controle e exploração do território nacional.

Ademais, a falta de demarcação adequada continuou expondo as comunidades indígenas à violência, à invasão de terras e ao desrespeito aos seus direitos territoriais, como também resultou em conflitos constantes com interesses econômicos e setores poderosos da sociedade, que muitas vezes buscavam explorar ilegalmente os recursos naturais presentes nas terras indígenas.

Durante esse período, também foi promulgado o Decreto nº 88.118 em 23 de

fevereiro de 1983, o qual estabeleceu um processo mais complexo para a demarcação das terras indígenas.

Essa medida introduziu um novo nível de controle e burocracia no processo de demarcação, os estudos de identificação das terras realizados pelos técnicos da Funai passaram a ser submetidos à prévia aprovação de um grupo de representantes governamentais antes de serem encaminhados para homologação.

Apesar do objetivo de tornar o processo de demarcação mais transparente e eficiente, o Decreto nº 88.118 acabou por gerar controvérsias e questionamentos sobre a autonomia da Funai e a imparcialidade do processo de demarcação das terras indígenas.

2.8 Constituição Federal de 1988

Após o término do regime militar, foi restaurada a ordem democrática e, subsequentemente, promulgada a nova Constituição, popularmente denominada "Constituição Cidadã", em 1988, cujo objetivo primordial estava na promoção da igualdade e da justiça social.

A "Constituição Cidadã" foi resultado de um processo constituinte aberto e participativo, no qual diversos setores da sociedade desempenharam um papel ativo na sua elaboração. Houve uma significativa contribuição de representantes provenientes de diferentes segmentos sociais, tais como parlamentares, juristas, movimentos sociais, sindicatos, organizações não governamentais e a população em geral. A ampla diversidade de vozes e perspectivas enriqueceu os debates e contribuiu para a formulação de um documento normativo mais inclusivo.

No âmbito dessa nova Constituição, destacam-se a consolidação dos princípios democráticos, o estabelecimento de direitos e garantias individuais e coletivas, bem como a promoção de direitos sociais, econômicos e culturais. Tais avanços visaram promover uma sociedade justa, equânime e solidária, pautada na valorização da dignidade humana e no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a "Constituição Cidadã" também dedicou-se a promover os direitos e garantias dos povos originários devido às demandas e manifestações do movimento indígena. Para tanto, estabeleceu um capítulo específico, intitulado Capítulo VIII - Dos Índios, voltado para a proteção e promoção dos direitos indígenas.

No artigo 231 da Constituição Federal, foram estabelecidas múltiplas disposições com o propósito de assegurar os direitos dos povos indígenas. Dentre essas disposições, destacam-se a demarcação e proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, como também o reconhecimento do direito originário sobre esses territórios.

O artigo reconheceu a diversidade cultural e a organização social dos povos indígenas. Isso implica no respeito aos seus costumes, línguas, crenças e tradições como parte fundamental de sua identidade cultural.

A Constituição ainda assegurou aos povos indígenas o direito de preservar sua identidade e cultura, bem como sua forma de organização política e social. Dessa forma, foi rejeitado o conceito de assimilação forçada dos povos indígenas, que historicamente buscava impor uma cultura dominante sobre eles.

Ademais, constava a obrigação do Estado em proteger e promover os direitos dos povos indígenas, tal como a responsabilidade de demarcar as terras indígenas de acordo com os critérios estabelecidos.

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.

(CF, 1998).

No parágrafo primeiro do artigo mencionado, a Constituição Federal estabeleceu uma definição de terras ocupadas pelos indígenas, que vai além do espaço físico onde eles habitam, se considera também as áreas utilizadas para suas atividades sociais e culturais.

Por conseguinte, o texto constitucional assegurou aos povos indígenas a posse permanente e exclusiva sobre essas terras, conferindo-lhes o direito de utilizar, administrar e proteger esses territórios de acordo com suas próprias normas e práticas tradicionais.

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 suas tradições.

(CF, 1998).

Nos parágrafos segundo e terceiro, o artigo previu o direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras. Essa disposição busca garantir aos povos indígenas o controle e a gestão desses recursos naturais de acordo com suas próprias práticas e necessidades.

Art. 231

§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.

§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

(CF, 1998).

No parágrafo quarto, entende-se que os direitos dos indígenas são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis²⁴. Assim, “estes não se extinguem, como se procurou argumentar desde o século XIX, com a assimilação cultural dos índios ‘à massa da população’” (CUNHA, 2018, p. 439).

Art. 231, § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

(CF, 1998).

No parágrafo quinto, foi vedada a remoção dos indígenas de suas terras, salvo em situações previstas na Constituição. Essa disposição visa proteger os povos indígenas contra a retirada compulsória de suas terras e busca garantir a estabilidade e a continuidade de suas comunidades, tal como os laços históricos,

²⁴ “O indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si” (SILVA, 1984, p. 4).

sociais e culturais com o local onde tradicionalmente habitam.

Art. 231, § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

(CF, 1998).

Por fim, o artigo 232 estabeleceu a capacidade jurídica dos indígenas e de suas formas de organização. Além disso, conferiu ao Ministério Público o papel de curador/representante legal.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

(CF, 1998).

Desse modo, deve se reconhecer que a Constituição de 1988 foi um marco significativo para os direitos dos povos indígenas no Brasil, visto que apresentou uma legislação mais favorável e abrangente em relação a essa temática, assim como conferiu maior espaço e visibilidade aos povos indígenas na sociedade brasileira.

Entretanto, apesar dos avanços proporcionados pela Constituição de 1988, os desafios ainda persistem. Os povos indígenas continuam a enfrentar ameaças à sua integridade territorial, conflitos por recursos naturais, discriminação e violações de direitos, como será exposto a seguir.

3 Marco Temporal

Neste segundo capítulo, será analisada a questão dos retrocessos de direitos dos povos originários, sobretudo no que se refere à tese do marco temporal. Por conseguinte, será acentuada a relevância das decisões relacionadas a essa tese, tal como os potenciais impactos à temática indígena.

3.1 Retrocessos dos direitos indígenas

Nos desdobramentos mais recentes, constata-se uma sucessão de iniciativas contrárias aos direitos originários dos povos indígenas, as quais suscitam indagações quanto à sua legitimidade e representam um risco iminente à continuidade e à subsistência dessas comunidades.

No âmbito do Poder Executivo, os últimos detentores do cargo de chefia – mediante sua ação ou omissão – demonstraram condescendência e até mesmo respaldo aos questionamentos concernentes aos direitos originários dos povos indígenas, sobretudo em prol dos interesses do setor agroindustrial²⁵.

Essas ações governamentais, quando apoiadas pelos chefes do Executivo, acabam por enfraquecer a proteção legal e os mecanismos de salvaguarda dos direitos indígenas, além de desconsiderar as obrigações assumidas pelo Estado em âmbito nacional e internacional.

No âmbito do Judiciário, destaca-se a consolidação da tese do marco temporal através de uma interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) que estabeleceu condicionantes para o reconhecimento da demarcação do caso Raposa Serra do Sol.

A referida decisão não possui caráter vinculante, porém, tem sido invocada como fundamento pela tese para contestar o reconhecimento de terras indígenas nos âmbitos do legislativo e do judiciário.

A questão acerca da constitucionalidade da tese do marco temporal está sob análise no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). O processo chegou a ser incluído na pauta da corte, porém, encontra-se atualmente suspenso devido a um pedido de vista.

²⁵ “Tiveram uma especial bonança no governo Temer, cujas rédeas eram detidas pelo agronegócio: o mesmo agronegócio aposta em Bolsonaro para continuar nessa toada” (CUNHA, 2018, p. 441).

Nesse sentido, no âmbito do Poder Legislativo, encontra-se em discussão o Projeto de Lei (PL) 490/2007, que versa sobre o marco temporal para a demarcação de terras indígenas. O referido projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados ao final de maio deste ano e, no momento, tramita como PL 2.903/2023 no Senado Federal.

O PL em questão tem por objetivo transferir do Poder Executivo para o Poder Legislativo a competência de realizar demarcações de terras indígenas. Para tanto, prevê que a demarcação será efetuada mediante aprovação de lei tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado.

A versão atualizada do texto introduziu flexibilizações no processo de licenciamento ambiental e estabeleceu que tais procedimentos sejam realizados independentemente de consulta prévia às comunidades indígenas das respectivas regiões ou à Fundação Nacional do Índio (Funai).

A Procuradoria-Geral da República como representante legal dos povos indígenas – em conformidade ao artigo 232 da Constituição Federal – reafirma a inconstitucionalidade do projeto de lei.

A proposta em questão seria frontalmente inconstitucional haja vista que os direitos dos povos indígenas – notadamente no que tange à ocupação de seus territórios tradicionais – constituem cláusula pétrea e por isso não poderia ser objeto sequer de emenda constitucional, assim como não pode ser suprimido ou alterado de forma contrária à sua proteção.

Além disso, a possibilidade prevista no referido texto de impor o contato forçado com populações em isolamento voluntário para a realização de ações estatais de utilidade pública seria flagrantemente inconstitucional, uma vez que contraria o princípio da autodeterminação dos povos, consagrado no artigo 231 da Constituição Federal, bem como as disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ambos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, a PGR acentua que o projeto de lei em apreço não foi submetido a um processo de consulta prévia, livre e informada junto aos povos indígenas, o que seria um manifesto desrespeito aos preceitos estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ademais, deve-se ressaltar a crescente ocorrência de episódios de violência contra os povos indígenas e seus defensores.

São inúmeros os casos de invasões a terras indígenas por parte de proprietários de terras e garimpeiros ilegais, os quais resultam em conflitos armados, homicídios, sequestros e ataques contra as lideranças indígenas. Nesse contexto, merecem destaque os casos notáveis envolvendo o povo Yanomami e as mortes de Bruno Pereira e Dom Phillips.

Segundo o relatório ‘Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo’ da Hutukara Associação Yanomami, constatou-se um aumento significativo da área ocupada pela atividade de garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami.

Em 2021, estima-se que o crescimento de 46% da área ocupada pelo garimpo ilegal em relação ao ano anterior – equivalente a 1.038 hectares de floresta amazônica.

A análise abrangente do período de monitoramento, iniciado em 2018, revela que a área ocupada mais que dobrou ao longo desse período – de aproximadamente mil hectares para 3,2 mil hectares.

A atividade garimpeira ilegal na Terra Indígena Yanomami tem desencadeado conflitos, violência e mortes na região²⁶, além do desmatamento, da contaminação dos rios e da disseminação de doenças infectocontagiosas – como a malária – devido ao uso de mercúrio. A precariedade das condições de saúde e a falta de estrutura dos serviços de assistência médica nas áreas afetadas agravam ainda mais essa situação.

3.2 A tese do marco temporal de ocupação

No período compreendido entre 2008 e 2009, ocorreu o julgamento da Ação Popular nº 3388 perante o Supremo Tribunal Federal, cujo objeto era a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A referida ação pleiteava a anulação da Portaria nº 53.421, emitida pelo

²⁶ No relatório Conflitos no Campo Brasil 2021 da Comissão Pastoral da Terra (CPT), foram registradas cento e nove mortes no ano de 2021, um aumento de 1.110% em relação ao ano anterior. Sendo que cento e uma dessas mortes foram de indígenas Yanomamis. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2022/04/18/garimpo-ilegal-provocou-90-das-mortes-por-conflitos-no-campo-em-2021-aponta-cpt>.

Ministério da Justiça e homologada pela Presidência da República em 15 de abril de 2005, a qual estabelecia a demarcação da mencionada terra indígena.

Na decisão, a Segunda Turma reafirmou a constitucionalidade da demarcação, entretanto, definiu condicionantes para o reconhecimento da demarcação.

Embora a decisão não possua efeitos vinculantes, mesmo assim passou a ser utilizada como base de argumentação para questionar o reconhecimento de terras indígenas nos âmbitos do legislativo e do judiciário, e, assim, surgiu a tese do marco temporal de ocupação ou tese do fato indígena, a qual foi exemplificada pelo pronunciamento do ministro relator Carlos Ayres Britto:

I – o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atentese, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX do art. 20 da CF).

(BRASIL, 2010, p. 137-138).

Como já explicitado previamente, a Constituição Federal de 1988 foi um marco na temática indígena ao estabelecer a demarcação e proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, assim como o reconhecimento do direito originário sobre esses territórios.

Apesar disso, “o Judiciário, a começar pelo STF, também reinterpreta a Constituição como um marco específico, o chamado marco temporal. No entanto, essa interpretação, paradoxalmente, proíbe o direito de muitos povos ao futuro” (CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 11).

Na tese do marco temporal de ocupação, o enfoque recai não sobre a garantia constitucional à continuidade e sobrevivência dos povos indígenas, mas sim sobre a restrição do reconhecimento dos territórios tradicionais.

Nesse sentido, entende-se que os territórios tradicionais foram constitucionalmente reconhecidos de forma inerente, e não concedidos de forma arbitrária, o que confere à demarcação um caráter declaratório, e não estritamente constitutivo (CUNHA; BARBOSA, 2018).

Assim, as terras indígenas demarcadas passaram a ser objeto de reanálise, e as comunidades indígenas assumiram a responsabilidade de comprovar a ocupação tradicional de seus territórios na data da promulgação da Constituição de 1988, salvo nas hipóteses de esbulho, mais precisamente no caso de renitente esbulho²⁷ por resistência física ou ação judicial protocolada.

A exigência acarreta um ônus probatório para as comunidades indígenas, que precisam reunir evidências históricas e documentais para comprovar sua ocupação ancestral das terras.

Essa demanda, por sua vez, pode apresentar-se como um desafio substancial, haja vista que muitos povos indígenas têm uma relação milenar com seus territórios, baseada em tradições orais e práticas culturais com dimensões cosmológicas, ecológicas e sócio-históricas que nem sempre estão registradas de acordo com os requisitos formais estabelecidos pelo sistema jurídico.

Ademais, tal imposição pode acarretar prejuízos aos povos indígenas, na medida em que restringe seu direito de reivindicar terras que foram historicamente ocupadas, mas que não se encontravam ocupadas no exato momento da

²⁷ Conflito possessório efetivo, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988.

promulgação da Constituição.

A abordagem desconsidera a dinâmica histórica e cultural das comunidades indígenas, as quais comumente sofreram a ocupação e os impactos decorrentes de processos históricos, como a colonização, o avanço da fronteira agrícola e a exploração de recursos naturais.

Esses fatores poderiam ter ensejado deslocamentos compulsórios e perdas territoriais ao longo do tempo, o que torna desafiadora a comprovação de uma ocupação ininterrupta até a data específica estabelecida.

Nessa perspectiva, tal circunstância pode acarretar a negação do reconhecimento e proteção dos territórios indígenas, o que contradiz o princípio fundamental estabelecido na Constituição de 1988, o qual reconhece e protege os direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais.

Ao impor uma interpretação restritiva e rigorosa do marco temporal de ocupação, ocorre uma contradição em relação à intenção original da Constituição de reparar as injustiças históricas e assegurar a reprodução física e cultural das comunidades indígenas.

A interpretação também se distancia dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais dos quais é signatário.

Dentre esses, destaca-se a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, que reconhece os direitos dos povos indígenas à terra, aos recursos naturais, à participação nas decisões que os afetam e à preservação de suas culturas. Assim como estabelece a obrigação dos Estados de consultar e obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas em relação a medidas que possam afetar seus direitos.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também reconhece e protege uma ampla gama de direitos dos povos indígenas, tal como seu direito à autodeterminação, à preservação de sua cultura, à participação política, à terra, aos recursos naturais e ao consentimento prévio, livre e informado.

No contexto regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, reconhece o direito à propriedade coletiva das terras indígenas e o direito à preservação de sua identidade cultural.

Conforme o jurista Pádua Fernandes sustenta:

A própria ideia de que a Constituição, seja de 1934, seja de 1988, possa ser considerada um marco para o direito desses povos fere o Direito Internacional. O Sistema Interamericano tem reiterado que a ocupação tradicional das terras é o que fundamenta o direito originário, e não o reconhecimento formal dos Estados, mesmo em um suposto marco temporal.

(CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 151).

A decisão proferida pela Segunda Turma, conforme manifestado pelo pronunciamento do relator, teve como objetivo principal estabelecer segurança jurídica e encerrar as discussões relacionadas a outras possíveis referências temporais de ocupação indígena. A intenção subjacente era proporcionar clareza e estabilidade no reconhecimento das terras indígenas.

Contudo, cumpre salientar que essa abordagem restritiva do marco temporal de ocupação suscita efeitos adversos no exercício dos direitos originários dos povos indígenas e na salvaguarda de seu futuro:

O primeiro caso é da Terra Indígena Guyaroká, no Município de Caarapó, Mato Grosso do Sul, território de 11 mil hectares declarado em 2009 para posse de 525 Guaranis Kaiowá, cuja anulação ocorreu em 2014. Após, em 2015, veio a anulação da Terra Indígena Limão Verde, de 1.335 índios Terena, localizada no Município de Aquidauana, também no Mato Grosso do Sul.

(JUNIOR, 2018, p. 93)

O mesmo ocorreu com os Canela Apanjekra, no Caso da Terra Indígena Porquinhos, todos julgados pelo STF. No começo outubro de 2016, a tese do marco temporal atingiu novamente os Guaranis Kaiowa que vivem na Terra Indígena Panambi-Lagoa Rica, MS29. O mesmo aconteceu com os Gamela por conta de uma decisão da Comarca Estadual de Matinha (MA).

(PEGORARI, 2017, p. 253)

Trata-se, portanto, de mais uma manobra histórica que visa minar e deslegitimar os direitos originários dos povos indígenas, com o intuito de apropriar-se dos territórios que ainda lhes restam e de justificar a apropriação indevida de suas terras.

A disposição acaba por conferir legitimidade aos esbulhos territoriais perpetrados no passado, uma vez que permite que aqueles que realizaram tais esbulhos permaneçam na posse das terras, a menos que os indígenas comprovem resistência física contínua ou tenham interposto ação judicial. Ademais, amplifica as violações aos direitos dos povos indígenas no presente, ao dificultar o reconhecimento e a proteção de seus territórios tradicionais.

Além desse aspecto, há de se salientar que a resistência indígena abrange uma ampla gama de manifestações que transcendem a mera resistência física (CUNHA; BARBOSA, 2018). Essas formas de resistência incluem a preservação e expressão da cultura indígena, a valorização de tradições ancestrais, a luta pelos direitos territoriais, o envolvimento em processos políticos e a busca pela autonomia.

Nessa perspectiva, deve-se compreender que a resistência física foi consistentemente desestimulada e sujeita a sanções no contexto da relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas (CUNHA; BARBOSA, 2018).

Ao longo da história, o Estado brasileiro adotou políticas que visavam assimilar e subjugar os povos indígenas. Assim, a resistência física era reprimida e considerada uma ameaça ao projeto de colonização e exploração dos territórios indígenas.

A negação da resistência física não significa, no entanto, que os povos indígenas tenham permanecido passivos diante das violações de seus direitos. Pelo contrário, eles encontraram outras formas de resistência que se revelaram fundamentais para a preservação de suas identidades e reivindicação de seus direitos.

A manifestação cultural, por exemplo, tornou-se uma ferramenta de fortalecimento e resistência, transmitindo conhecimentos ancestrais, fortalecendo o senso de comunidade e afirmando a existência e importância dos povos indígenas.

Cumprir destacar ainda que as comunidades indígenas, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, se deparavam com um conjunto de restrições e desvantagens jurídicas que acarretavam limitações em seu acesso ao sistema de justiça.

Em particular, um aspecto a ser considerado reside no fato de que os indígenas não detinham autorização para intentar ações judiciais com o objetivo de defender seus direitos. Tal limitação colocava-os em uma situação de

vulnerabilidade e desproteção legal diante de violações.

A ausência de acesso ao sistema judiciário obstaculizava os povos indígenas de utilizarem os meios legais para buscar reparação diante de violações sofridas, tais como a usurpação de suas terras e a negação de seus direitos fundamentais.

No caso dos Guarani-Kaiowá, por exemplo, que almejam a reintegração de suas terras ancestrais que foram usurpadas desde a década de 1940, a sua pretensão não foi acolhida em virtude da não comprovação da resistência física contínua ou da interposição de ação judicial, porém, “como supor que os Guarani-Kaiowá, acudados e tutelados na época por uma Funai que não os representava, mas se arrogava a única a poder entrar em juízo em seu favor, pudessem realmente resistir pela força ou através do Judiciário?” (CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 7).

No caso da Terra Indígena Limão Verde, mesmo diante da sua expulsão em 1953, houve a homologação da terra indígena em 2003. Contudo, em decorrência da aplicação da tese do marco temporal, a demarcação da Terra Indígena Limão Verde foi revertida devido à ausência da configuração da hipótese de esbulho renitente, conforme explanado no voto proferido pelo ministro relator Teori Zavascki:

Dessa forma, sendo incontroverso que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”, a conclusão que se impõe é a de que o indispensável requisito do marco temporal de ocupação indígena, fixado por esta Corte no julgamento da Pet 3.388 não foi cumprido no presente caso.

(BRASIL, 2014, p. 11-12)

Ademais, convém salientar que a própria determinação da data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como um marco temporal é controversa e arbitrária, pois o texto constitucional não faz referência explícita ou implícita a essa delimitação. Conforme o parecer do jurista José Afonso da Silva:

Se são “reconhecidos [...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: “são conferidos etc.”, então, sim, estaria

fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos.¹⁴ Mas não foi isso que a Constituição estabeleceu. Já disse e reafirmo: A Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios.

(CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 24)

Na verdade, o marco inicial do tratamento jurídico dos direitos dos indígenas sobre suas terras remonta à Carta Régia de 30 de julho de 1611, uma vez que no dispositivo já se encontrava o reconhecimento jurídico e formal dos direitos originários dos indígenas sobre suas terras.

Enquanto no contexto constitucional, o marco temporal ocorreu com a promulgação da Constituinte de 1934, por meio da qual foram reconhecidos os direitos originários dos indígenas sobre suas terras, assim como foi assegurada sua proteção.

Diante de tantas incongruências e contradições, manifesta-se de forma inequívoca a inconstitucionalidade latente dessa tese. Trata-se de mais uma manobra histórica com o intuito de subverter e deslegitimar os direitos originários dos povos indígenas.

Evidencia-se, nesse contexto, uma clara tentativa de apropriação indevida dos territórios que ainda lhes pertencem, respaldada por uma argumentação falaciosa e destituída de fundamento jurídico consistente.

A referida tese confronta diretamente com a intenção primordial da Constituição de remediar as injustiças históricas e garantir a preservação física e cultural das comunidades indígenas, assim como contraria os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais dos quais é signatário.

Como resultado, a tese prejudica a efetivação dos direitos indígenas consagrados na Constituição e compromete a aplicação de outras disposições legais que visam assegurar a proteção e o respeito aos povos indígenas.

O texto constitucional é claro quanto os direitos e garantias dos povos indígenas, portanto, cabe ao Estado reafirmar, através de suas decisões, a proteção e o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais.

Nesse viés, torna-se imperativo implementar políticas e medidas concretas,

tais como a demarcação das terras indígenas, o estímulo à autonomia e ao autogoverno das comunidades, bem como assegurar a participação dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão que lhes impactam com mecanismos eficazes de consulta e consentimento prévio, livre e informado.

4 Conclusão

Em consideração ao que foi desenvolvido ao longo desse estudo e ao que foi proposto de início, após a abordagem sobre a evolução jurídica dos povos indígenas e os retrocessos dos direitos indígenas, sobretudo, a tese do marco temporal, observa-se a recorrência constante de estratégias voltadas para a violação dos direitos indígenas, as quais remontam ao período colonial.

A despeito dos séculos de resistência, do reconhecimento constitucional de direitos e das pressões internacionais voltadas à salvaguarda dos povos indígenas, constata-se um preocupante retrocesso nas decisões recentes no que tange aos direitos territoriais dessas comunidades e à segurança de sua própria existência.

As decisões desfavoráveis aos povos indígenas, especialmente aquelas que fundamentam a tese do marco temporal de ocupação, parecem desconsiderar a historicidade e as percepções das populações indígenas sobre suas próprias identidades e sobre seus territórios.

Por conseguinte, são contrárias à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, visto que estes instrumentos jurídicos reconhecem a importância da preservação dos direitos indígenas, da valorização de suas culturas e da proteção dos seus territórios como fundamentais para a garantia de sua existência e bem-estar.

Assim, ao desconsiderar esses aspectos fundamentais, as decisões desfavoráveis afetam a efetivação dos direitos indígenas consagrados na lei maior, bem como a aplicação dos demais dispositivos legais que garantem a proteção e o respeito aos povos indígenas.

Desse modo, o Estado possui o dever de reafirmar, através de suas decisões, o texto constitucional e o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras como um princípio fundamental em respaldo ao direito à autodeterminação e à existência coletiva das comunidades originárias.

Nesse sentido, a proteção e o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas devem ser assegurados como um direito congênito. Trata-se de uma demanda indispensável para garantir a continuidade e a sobrevivência dessas comunidades.

Ademais, faz-se imprescindível a co-participação ativa da sociedade brasileira

nas discussões e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas para um maior entendimento da história e cultura desses povos originários, mas também para desmentir estereótipos e preconceitos arraigados no consciente coletivo.

A transformação do país requer uma transição não apenas nos arcabouços políticos e jurídicos, mas, também, das perspectivas conceituais encampadas pela sociedade como um todo.

Assim, é imperativo impulsionar a conscientização e o respeito à diversidade cultural – em plena consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito – de modo que os direitos dos povos indígenas sejam plenamente reconhecidos e respeitados.

5 Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a Lei dos " Brancos": o direito à diferença.** Ministério da Educação, 2006.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro/RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro/RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília/DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Brasília/DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 1.775, DE 08 DE JANEIRO DE 1996.** Brasília/DF, jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro/RJ, jan. 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **LEI nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973**. Brasília. 1975. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 24566**. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 22 de março de 2004. Publicado em 28 de maio de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388 – RR**, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário da Justiça Eletrônico.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo; Companhia das Letras; 2 ed; 1998.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios na Constituição**. Novos estudos CEBRAP, v. 37, 2018.

FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023.

LOPES, Danielle Bastos. **O direito dos índios no Brasil: a trajetória dos grupos**

índigenas nas constituições do país. Espaço Ameríndio. Porto Alegre, v.8, n. 1, p. 95, jan/jun. 2014.

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

PINHEIRO, Joely Aparecida Ungaretti. **Conflitos entre jesuítas e colonos na América Portuguesa: 1640-1700.** Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. 2007.

PROUS, André. **O Brasil antes dos brasileiros: a pré-história do nosso país.** Rio de Janeiro; Zahar, 2006.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. **O governo dos índios sob a gestão do SPI.** História dos índios no Brasil. Tradução. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VARNHAGEN, Francisco Adolpho. **Os Índios bravos e o Sr. Lisboa, Timon 3.** Imprensa liberal, 1867.

YANOMAMI, Hutukara Associação; YE'KWANA, Associação Wanasseduume. **Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo.** Roraima: Autores, 2022.