

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**“O FUTURO É ORIGINÁRIO”: AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A TESE DO  
MARCO TEMPORAL E O CASO DA TERRA INDÍGENA IBIRAMA-LAKLÃNÕ DO  
POVO LAKLÃNÕ/XOKLENG**

**LUIZA CORRÊA DA SILVA MELLO**

**Rio de Janeiro**

**2021**

**LUIZA CORRÊA DA SILVA MELLO**

**“O FUTURO É ORIGINÁRIO”: AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A TESE DO  
MARCO TEMPORAL E O CASO DA TERRA INDÍGENA IBIRAMA-LAKLÃNÕ DO  
POVO LAKLÃNÕ/XOKLENG**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Mariana Trotta Dallalana Quintans**.

**Rio de Janeiro**

**2021**

*Em memória de  
Dunai Vieira de Mello,  
Eden Lyra Corrêa da Silva  
e Leonardo Terencio.*

## **AGRADECIMENTOS**

Foram muitas perdas nos últimos quase dois anos. A pandemia trouxe a sensação de que estava cercada pela morte. Tinha medo da morte, tinha medo de perder quem amo. Alguns se foram, outros ficaram. Enquanto isso, o Brasil vivia uma profunda crise humanitária e política, acrescentando ao medo da morte, também, a desesperança. Talvez seja este o pior sentimento que pode aflorar no coração da juventude. A desesperança nos tira do eixo, nos coloca em um abismo de impotências e nos faz acreditar que nada nunca será. Iniciei os estudos desta monografia tomada por esses sentimentos. Foi quando conheci a história do Povo LaKlãnõ. De repente, o medo e a desesperança deram lugar à impaciência para resistir, de volta à luta, seguimos em frente. Por isso, dedico este trabalho aos LaKlãnõ e ao movimento indígena brasileiro, com quem tenho aprendido tanto sobre VIDA e justiça.

Para Alessandra, minha mãe. Sempre te vi trabalhar muito, especialmente nos turnos da noite, e não entendia muito bem o porquê de tanto trabalho. Achava que você pilotava aviões, quando me dizia que trabalhava no aeroporto. Na verdade, você era auxiliar no administrativo, e assumiu os turnos da noite, pois foi assim que pôde me dar a educação que tenho hoje. Mais tarde fui entender que as noites que você deixou de dormir foram por mim. Eu te amo, mãe. Espero um dia poder retribuir tudo que fez por nós.

Ao meu pai, César. Obrigada por ter me dado seu nome, que carrego com muito orgulho, e por me amar incondicionalmente. Nós não compartilhamos genética, mas compartilhamos um amor imensurável de pai e filha, o que para mim significa mais que tudo. Você me ensinou tudo que sei sobre amor, pai. Com você aprendi que até para as plantas devemos olhar com amor e respeito. Me espelho em você todos os dias e guardo os valores que você me ensinou como o meu bem mais precioso. Te amo, meu pai!

Daniel, meu irmão e meu melhor amigo, depois que você nasceu, soube que nunca mais estaria sozinha. Para sempre teremos um ao outro. Sou muito grata por isso e não imagino minha vida sem você! Compartilhamos muitas histórias juntos, mas acredito que o amor seja o melhor que dividimos. Me alegra muito ver o homem que você se tornou. Amo você, irmão. Obrigada por ter parado para ouvir o desespero da sua irmã mais velha com o final da graduação, quando você provavelmente tinha coisas melhores para fazer.

Meu amor, meu noivo João: foi por você acreditar tanto em mim que entendi o quão longe posso chegar. Me ouviu pacientemente dissertar sobre cada detalhe dessa monografia – mesmo quando não entendia nada do que eu estava dizendo –, acompanhou todos os meus cronogramas e roteiros ao longo da faculdade, me deu forças nas semanas de prova, não deixou que eu esquecesse o quanto sou amada quando eu encontrava papezinhos com recados seus na mochila, e me disse incansáveis vezes que eu conseguiria. É verdade, eu consegui e estou feliz por isso, mas estou ainda mais feliz por ter você em minha vida. Eu te amo, João. Acho que uma vida inteira com você será muito pouco.

Não posso deixar de agradecer ao ensino público gratuito e de qualidade, que me permitiu acesso à universidade, onde aprendi que a educação pode ser emancipatória e onde conheci o NAJUP Luiza Mahin, a quem também devo muito da minha formação. No NAJUP conheci um outro direito, um direito que caminha ao lado da resistência e dos movimentos sociais. Agradeço aos companheiros do NAJUP e aos najupianos que hoje integram o Núcleo e dão continuidade à Assessoria Jurídica Popular na Faculdade Nacional de Direito.

À minha orientadora, professora Mariana Trotta. Mari, você é luz para as alunas e alunos da Faculdade Nacional de Direito! É na sua militância enquanto professora e enquanto advogada que busquei inspiração. Talvez você não saiba, mas você já vem me orientando há muito tempo. Você foi quem me motivou a ir à Brasília para o Acampamento Terra Livre em 2018. Ali foi quando me aproximei da luta dos povos indígenas e entendi qual era o meu papel como pesquisadora. Você acredita em suas alunas e seus alunos mais do que qualquer um, nossa faculdade deve muito a você. Não poderia escolher outra pessoa para me ajudar nessa complexa tarefa que é escrever sobre a questão indígena no Brasil. Só tenho a te agradecer por todos os ensinamentos, professora.

Aos demais familiares, amigas e amigos: de cada um levo um pouco de aprendizado e guardo enorme gratidão por terem cercado minha vida de amor, especialmente minhas avós Ivone e Marília.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao chão de Bangu! Difícil explicar porque amo tanto esse bairro. É que foi nele onde fui criada e nele que me tornei Luiza. Acredito muito na zona oeste do Rio de Janeiro. Sei que não importa onde esteja, sempre terei esse lugar que chamo de minha casa e que tanto amo por toda história que carrega.

*No chão do meu passado,  
Vejo a nação ecoar  
Um canto de resistência  
Dos espíritos daquele lugar.*

*Cantam do fundo da terra,  
Em meio à cerâmica milenar,  
Cantam sentido a dor,  
Por uma história  
Que teimamos em pisar.*

*Esquecendo que ali está,  
Pedacos do nosso Brasil,  
Dos donos desse lugar,  
Ao relento, exposto ao frio.*

*Nos artefatos o registro,  
De quem por ali passou,  
Os valentes Aikewara,  
Que na terra seu registro enterrou.*

*Pisei no chão da história,  
Toquei num pedaço da memória,  
Da luta de quem caminha,  
No parque das Andorinhas.*

*(Márcia Wayna Kambeba)*

## RESUMO

Ao se debruçar sobre o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal sanou as discussões que permeavam a constitucionalidade da demarcação da terra pertencente aos Povos Inarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana. A declaração de constitucionalidade, no entanto, veio acompanhada da suscitação da tese do marco temporal, tida como fundamentação na ocasião do julgamento. Desde então, a tese vem sendo utilizada para obstaculizar demarcações indígenas, embora o ordenamento jurídico tenha eleito o indigenato como via interpretativa, conforme se demonstrará. Neste trabalho, pretendemos percorrer a história de luta e resistência do Povo LaKlãnõ/Xokleng e como os conflitos que envolvem seu território tradicional desaguaram no Recurso Extraordinário nº 1017365, que teve repercussão geral reconhecida diante dos questionamentos a respeito da incidência da tese do marco temporal. Veremos, ainda, como o movimento indígena brasileiro vem se organizando politicamente frente à aplicação da tese e da agenda anti-indigenista colocada em prática, especialmente na atual gestão federal. Por fim, buscaremos compreender de que modo o Poder Judiciário tem se posicionado diante dessas disputas através do RE nº 1017365, apresentando, ao final, possíveis perspectivas de interpretação para o direito territorial indígena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Territoriais Indígenas; La-Klãnõ; Xokleng; Marco Temporal; Movimento Indígena; Supremo Tribunal Federal.

## RESUMEN

Al examinar el caso Raposa Serra do Sol, el Supremo Tribunal Federal resolvió las discusiones que impregnaron la constitucionalidad de la demarcación de las tierras pertenecientes a los Pueblos Inarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang y Wapichana. La declaración de constitucionalidad, sin embargo, fue acompañada por el planteamiento de la tesis del hito temporal, que fue utilizada como fundamento en el momento de la sentencia. Desde entonces, la tesis ha sido utilizada para obstaculizar las demarcaciones indígenas, a pesar de que el sistema jurídico ha elegido el indigenato como vía interpretativa, como se demostrará. En este trabajo, pretendemos recorrer la historia de la lucha y resistencia del Pueblo LaKlãnõ/Xokleng y cómo los conflictos que involucran su territorio tradicional culminaron en el Recurso Extraordinario 1017365, que tuvo una repercusión general reconocida a la luz de las cuestiones planteadas sobre la incidencia de la tesis de un hito temporal. También veremos cómo el movimiento indígena brasileño se viene organizando políticamente frente a la aplicación de la tesis y la agenda anti-indigenista puesta en práctica, especialmente en la actual administración federal. Finalmente, buscamos entender cómo el Poder Judicial se ha posicionado frente a estas disputas a través de la RE nº 1017365, presentando, al final, posibles perspectivas de interpretación para el derecho territorial indígena.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos territoriales indígenas; La-Klãnõ; Xokleng; Marco temporal; Movimiento indígena; Tribunal Supremo Federal.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

APIB - Articulação Nacional dos Povos Indígenas

ATL - Acampamento Terra Livre

CIMI - Conselho Indigenista Missionário

DNOS - Departamento Nacional de Obras de Saneamento

FATMA - Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

IMA - Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina

ISA - Instituto SocioAmbiental

MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

RSS - Raposa Serra do Sol

Sigef - Sistema de Gestão Fundiária

SPI - Serviço de Proteção ao Índio

TI - Terra Indígena

UCs - Unidades de Conservação

UNI - União das Nações Indígenas

## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 1 - Aldeia Sede

Figura 2 - Aldeia Barragem

Figura 3 - Aldeia Palmeirinha

Figura 4 - Aldeia Figueira



Figura 5 - Aldeia Coqueiro

Figura 6 - Aldeia Toldo

Figura 7 - Aldeia Bugio

Figura 8 - Mapa da região sul do Brasil com destaque em vermelho para o Território Histórico LaKlãnõ/Xokleng

Figura 9 - Mapa da região sul do Brasil com destaque em quadrado do território LaKlãnõ reconhecido pela FUNAI

Figuras 10 e 11 - Povo LaKlãnõ/Xokleng durante mobilização do Acampamento Luta pela Vida

Figura 12 - Delegações acompanhamento o julgamento do RE 1017365

Figura 13 - Delegações se dirigindo ao STF

Figura 14 - Convocação da APIB para as mobilizações da Primavera Indígena

Figura 15 - Vigília em frente ao prédio do STF na noite de 24/08/2021

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. TERRITÓRIO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO, TEORIA DO INDIGENATO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988 .....</b>	<b>6</b>
<b>2. A TESE DO MARCO TEMPORAL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A SUA APLICAÇÃO NO “PÓS-RAPOSA” .....</b>	<b>16</b>
<b>3. RESISTÊNCIA INDÍGENA LAKLÃNÕ E SEU DIREITO TERRITORIAL .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 Do confinamento à denúncia de Brasília Lilí Priprá .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2 Barragem Norte e as “greves” LaKlãnõ .....</b>	<b>39</b>
<b>4. A DISPUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRIMAVERA INDÍGENA .....</b>	<b>46</b>
<b>4.1 Recurso Extraordinário 1.017.365 e Ação Cível Originária 1.100 .....</b>	<b>46</b>
<b>4.2 Primavera Indígena e o Poder Judiciário: o futuro é originário! .....</b>	<b>56</b>
<b>4.3 Os desdobramentos do caso e o pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes .....</b>	<b>63</b>
<b>5. PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO PARA O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA.....</b>	<b>70</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>85</b>
<b>Jurisprudência .....</b>	<b>88</b>
<b>Entrevista.....</b>	<b>89</b>
<b>Legislação .....</b>	<b>89</b>
<b>Documentos .....</b>	<b>91</b>
<b>Notícias.....</b>	<b>91</b>
<b>Links.....</b>	<b>92</b>
<b>ANEXO 1.....</b>	<b>93</b>
<b>ANEXO 2.....</b>	<b>94</b>

## INTRODUÇÃO

Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal definia o desdobramento judicial do território tradicional pertencente aos Povos Inarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana. Ao se debruçar sobre o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol na Petição 3.388/RR1, o Poder Judiciário, materializado na figura do STF, traçava caminhos jurídicos a serem percorridos por todas as esferas do poder público no que tange a garantia do território aos povos indígenas.

O julgamento do caso provocou um impacto na trajetória das terras indígenas que até aquele momento ainda não haviam sido demarcadas. Inicia-se nos processos judiciais e administrativos a aplicação de um critério limitador do direito territorial indígena: a tese de que o reconhecimento das terras indígenas dependeria de um marco temporal de ocupação, qual seja, a data da promulgação da Constituição Federal de 1.988.

Em uma rápida resposta de organização política, por todo o Brasil os movimentos indígenas se articulam através da pauta que ficou conhecida como “nossa história não começa em 1.988!”. Simultaneamente, pesquisadores e juristas, indígenas e não indígenas, buscando frear a difusão da tese, dão ensejo a inúmeras produções acadêmicas sobre o tema e a questão passa a ser controversa, a despeito da aplicação contínua pelo Judiciário.

A história que se tentará retratar nesta pesquisa é mais uma história de luta e resistência política indígena que não se inicia em 1.988. Antes do avanço da colonização, os Povos LaKlãnõ/Xokleng ocupavam a região Sul do país quase que integralmente, desde o Paraná até o Nordeste do Rio Grande do Sul. Atualmente, seu espaço territorial, muito mais reduzido do que o território original, é denominado “Terra Indígena Ibirama-La-Klãnõ” e abrange uma população de aproximadamente 2000 indígenas, majoritariamente da resistência étnica

---

1BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 19/03/2009.

LaKlãnõ/Xokleng, mas também das etnias Guarani (Guarani-Mbya e Gurania-Nãndeva) e Kaingang, estes últimos ocupantes em razão de conflitos coloniais no restante do Brasil.

É a partir de 1.990 que o Povo LaKlãnõ/Xokleng impulsiona substancialmente o processo de retomada do seu território. Diante da reivindicação política, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é suscitada a iniciar um processo de identificação e delimitação da Terra Indígena Ibirama-La-Klãnõ. Em resposta, a discussão sobre a legalidade da retomada territorial é deslocada para o Poder Judiciário, culminando, em 2019, na atribuição de Repercussão Geral ao caso pelo STF.<sup>2</sup>

A disputa judicial vivenciada pelo Povo Xokleng torna-se, então, uma disputa política cujo efeito pode atingir o direito territorial dos demais povos indígenas. Desde o julgamento da TI Raposa Serra do Sol, o marco temporal de ocupação vinha sendo arguido para questionar as ocupações indígenas no Brasil, embora a jurisprudência do STF jamais tenha se posicionado a respeito dos efeitos vinculantes da tese. Nesse contexto, o caso da Terra Indígena Ibirama, também deslegitimada judicialmente sob o viés do marco temporal, chega ao STF enquanto uma possibilidade de reinterpretação do conceito de “terra indígena” e seu respectivo estatuto jurídico na ordem constitucional.

Ainda que a Constituição Federal de 1.988, tratando do tema em seu art. 231, tenha esmiuçado os contornos fundamentais para a conceituação do território indígena e, ao seu turno, a denominada “teoria do indigenato” tenha teorizado sobre o direito territorial indígena enquanto um direito originário, como se verá adiante, o Poder Judiciário continua reproduzindo sistematicamente paradigmas coloniais. Por outro lado, os movimentos indígenas intensificam sua luta política, ocupando esse espaço de disputa e transformando o judiciário brasileiro no que Moreira (2014) chamará de “zona de interferência” entre os povos indígenas e a concretização de seu direito territorial.

---

2BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Relator: Min. Edson Fachin.

Enquanto os movimentos indígenas têm reivindicado a interpretação do conceito de “terra indígena”, dando completude teórica e efetividade a esse direito positivado na CF/88, o campo jurídico tem se limitado a interpretar os direitos territoriais com o “olhar voltado ao retrovisor” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 125). Soma-se a isso o papel que historicamente o Judiciário brasileiro cumpriu para a concentração fundiária no Brasil, conseqüentemente inviabilizando políticas públicas voltadas aos direitos territoriais indígenas.

Portanto, resta ao Poder Judiciário o desafio de desconstruir suas próprias limitações, reconhecendo o direito territorial indígena enquanto o direito originário que o é e, principalmente, à luz da interpretação que o próprio povo indígena realiza. Em síntese, trataremos da demanda judicial do Povo Xokleng que aguarda o julgamento no STF a respeito da demarcação de sua terra, Terra Indígena Ibirama, também denominada “LaKlãnõ”, no idioma Xokleng.

O objetivo é questionar a aplicabilidade da tese do marco temporal a partir do direito territorial do Povo LaKlãnõ e da trajetória de luta política que envolve o seu território. Desde já, salientamos que não se pretende aqui analisar minuciosamente questões processuais e legislativas, haja vista que estamos construindo uma pesquisa no campo da sociologia. Para a abordagem teórica que o tema demanda, nosso eixo será analisar aspectos sociojurídicos que circunscrevem a questão territorial dos Povos Indígenas no Brasil.

Abre-se aqui um parágrafo para registrar e delimitar o meu lugar de fala. É importante que pesquisadoras e pesquisadores transmitam as suas limitações, principalmente quando estamos tratando de movimentos que foram historicamente preteridos nos relatos de suas narrativas. As assimetrias estruturais reforçam esse lugar social que ocupo de mulher socializada como não-indígena. Isso não significa que a questão indígena não possa ser tratada a partir deste *locus* social, pelo contrário. Debater a questão indígena no Brasil é dever da academia, principalmente aos que não experienciam essas vivências do lugar subalternizado. Mas é preciso reconhecer “as hierarquias produzidas a partir desse lugar e como esse lugar impacta diretamente na constituição dos lugares de grupos subalternizados.” (RIBEIRO, 2017, p. 48)

Nesse sentido, remeto o leitor ao Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina<sup>3</sup>, o qual possui um vasto acervo de produção LaKlãnõ, importante fonte bibliográfica desta pesquisa, mas que também nos ajuda a compreender a história Xokleng através da perspectiva dos próprios sujeitos que a vivenciam.

Outrossim, não podemos deixar de ressaltar que as Universidades e as Faculdades de Direito têm um compromisso com as lutas sociais e, nesse sentido, com a efetivação dos direitos originários dos povos indígenas. Logo, a questão indígena e a luta dos movimentos indígenas no Brasil devem integrar o ensino, a pesquisa e a extensão. Aliar-se ao movimento indígena é defender uma sociedade que além do respeito aos povos originários, suas organizações sociais, costumes, línguas e tradições, também compreende a importância de defender os territórios tradicionais.

Também por isso é que o presente trabalho demanda conjugar e interdisciplinar a análise, nos subsidiando de um aporte teórico que trate do direito territorial indígena a partir de diferentes abordagens, para além do direito, tais como a antropologia e a histórica. Para tanto, visitaremos a obra de Araujo Junior (2018), além do recente artigo publicado Eloy Amado e Alfinito (2020) na edição especial da Revista OAB: “direito e povos indígenas”. Também sobre o tema, Moreira (2014), Eloy Amado (2014, 2019), Souza Filho (2012), mais voltados para a análise jurídica e o tratamento dado às terras indígenas. Sobre a luta e direito à terra do Povo LaKlãnõ, Crendo (2015), Uglõ Patté (2015), Ndili (2015) e Ingaclã (2020). Buscando alternativas de interpretação no campo da antropologia e da história, Cruz Conceição (2020), Machado (2016) e Wittmann (2005). Por fim, sobre as perspectivas decoloniais do direito, Fonseca (2016).

Para tratar do julgamento do caso da TI Ibirama-LaLaKlãnõ entrevistamos o advogado Rafael Modesto, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), e que esteve

---

<sup>3</sup>Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/discover>. Acesso em: 29/09/2020.

presente na defesa do Povo LaKlãnõ na assessoria jurídica promovida pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), organização aliada do movimento indígena. A entrevista foi realizada em 16/08/2021, a partir do método de roteiro semiestruturado e alguns trechos foram transcritos ao longo do trabalho. Tentamos realizar entrevistas com lideranças e advogados indígenas, porém, como estávamos em meio ao julgamento do caso e das mobilizações indígenas em Brasília, não conseguimos as entrevistas.

Foram analisados os autos judiciais dos processos RE 1017365 e da ACO 1100, esta última ajuizada antes do recurso, mas que guarda relação com este, pois também trata da TI Ibirama-LaKlãnõ. Por último, utilizamos como fonte de pesquisa as sessões de julgamento ocorrida em setembro/2021, nos atendo às sustentações orais das advogadas/os indígenas, bem como aos votos proferidos antes da suspensão do julgamento em 15/09/2021.

Assim, em um primeiro momento, vamos tratar da teoria do indigenato no ordenamento jurídico brasileiro e a Constituição da República de 1.988, tecendo um breve histórico do tratamento jurídico dado às terras indígenas até a constitucionalização do tema no ordenamento atual. O intuito é apresentar elementos teóricos, há muito consolidados, que são subsídio para compreender no que consiste o direito originário à terra, demonstrando que foi essa a opção feita pela CRFB/88.

Em seguida, vamos tratar da tese do marco temporal, contextualizando a situação específica da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e discorrendo sobre as controvérsias de sua aplicação em caráter vinculante, premissas importantes para compreendermos o momento “Pós-Raposa” no qual o Judiciário se encontra atualmente para o julgamento do caso da TI Ibirama-LaKlãnõ.

No terceiro capítulo, se narra um pouco sobre a luta política e a história do Povo LaKlãnõ, que desde o início da invasão de suas terras, com as políticas de imigração europeia na Região Sul, jamais perdeu a relação intrínseca com seu território, além das reivindicações pela comunidade até hoje através do movimento das “greves”, intensificados na década de 90

(NDILI, 2015), principalmente por conta da construção da Barragem Norte, a qual falaremos também no capítulo. Iremos tratar, ainda, sobre a discussão a respeito dos limites instituídos pelo SPI, em 1.926, para a TI Ibirama-LaKlãnõ, demonstrando que os estudos apontam para uma territorialidade muito mais extensa do que a que foi instituída pelo órgão indigenista.

A partir dessa análise, vamos adentrar na disputa dentro do Poder Judiciário e como o Recurso Extraordinário 1017365 ganhou repercussão geral no STF para se tornar uma possibilidade de revisão das interpretações antes feitas sobre direito territorial indígena. Em seguida, vamos tratar das mobilizações indígenas que movimentaram Brasília durante o julgamento e os desdobramentos do caso que foram acontecendo até o momento em que este trabalho foi escrito.

Por fim, expomos algumas considerações teóricas sobre o direito territorial indígena, propondo alternativas de interpretações que se contrapõem à tese do marco temporal e proporcionam a ressignificação do texto constitucional, sem perder de vista o caráter originário das terras indígenas. Buscaremos demonstrar que a tese do marco temporal é uma escolha política de interpretação, que tem suas raízes na colonialidade na qual se fundou o Estado brasileiro e conseqüentemente o Direito.

## **1. TERRITÓRIO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO, TEORIA DO INDIGENATO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988**

Costuma-se tratar o direito indígena como uma espécie no rol dos direitos enquadrados como “direitos originários”, este gênero. Apesar da classificação, pouco se discute, no campo jurídico, a razão da nomenclatura. Conforme assevera Araujo Junior (2018), ainda que dentro do contexto de concentração fundiária presente no período colonial, estimulado em grande parte pelo sistema das “sesmarias”, a legislação colonial atribuía tratamento protetivo às terras indígenas.



Nesse sentido caminhou o Alvará de 1º de abril de 1.6804 ao estabelecer que a terra, mesmo concedida como sesmaria, desta se reservaria sempre o direito de terceiro e o direito dos índios, que nos termos da lei seriam “primários e naturais senhores dela” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 131).

Ao estabelecer que a posse indígena se caracteriza independente de título, o documento consolida a posição, difundida principalmente por Frei Bartolomé de Las Casas, segundo a qual os povos indígenas possuíam um direito natural, preexistente ao homem e de natureza divina, à terra e à própria jurisdição, mas “tão amplo e tão profundo que mesmo os infiéis, isto é, aqueles que desconheciam a divindade inspiradora, eram por eles regidos” (SOUZA FILHO, 1998, p. 49).

Assim, o mesmo trecho do Alvará de 1º de abril de 1.680 que garantia aos povos indígenas o direito originário à terra será repetido em outras legislações coloniais. É por tal razão que o jurista João Mendes Júnior, conhecido por ser o precursor em desenvolver a teoria do indigenato no direito brasileiro, mencionará o documento como o marco referencial do indigenato:

Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P.J. Proudhon, nos *Essais d'une philos populaire*, que – o *indigenato* é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos afirmavam que o *indigenato* é um título *congenitto*, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Comquanto o *indigenato* não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phase do Alv. De 1º de Abril de 1.680 - um *estado* em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento -. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimam.

(...)

Ora, as terras de índios *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por simples *ocupação*, aquilo que lhes é *congenitto* e *primário*, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58/59)

---

4O referido alvará também é mencionado em algumas ocasiões como “Provisão de 1º de abril de 1.680”.

Por outro lado, verifica-se que o reconhecimento territorial previsto aos indígenas em muito se distanciava à territorialidade de fato experienciada por esses povos. Como delimitar geograficamente o espaço territorial correspondente a cada povo indígena quando a noção de território é entendida a partir das mais diversas perspectivas culturais? A territorialidade compreendida na perspectiva dos povos LaKlãnõ/Xokleng de Santa Catarina dificilmente será a mesma para os povos Guarani-Kaiowá em Mato Grosso ou ainda para os Xukuru e Kariri do nordeste brasileiro. A diversidade cultural implica necessariamente em uma diversidade de compreensão e de experiências internas e externas. Logo, o tratamento dado aos povos indígenas pela colônia portuguesa só podia ser limitador, na medida em que jamais teve o condão de respeitar as diferentes territorialidades indígenas.

Não por outra razão é difundido o instituto das “guerras justas” no Brasil, como um contraponto à legitimação do direito originário à terra. Trata-se de outro instituto do período colonial e que pode ser traduzido como a guerra promovida em face dos povos indígenas que não se submetiam à Coroa Portuguesa (ELOY AMADO, 2014). Em outras palavras, se o indígena era o natural senhor de sua própria terra e não havia, assim, título que justificasse a invasão deste território, a ressalva se concretizava a partir de uma “justa causa”. Para aquele que não se relacionava com a colônia do modo desejado, repelia-se a “força com a força”, neutralizando as resistências políticas locais através do uso da violência e deslegitimando o direito territorial delineado através da teoria do indigenato. Conforme esclarece Erika Macedo Moreira:

Com a Lei de 20 de Março de 1570, inaugurou-se oficialmente, a liberdade dos índios, exceto os casos previstos de “guerras justas”, por motivo de antropofagia. A guerra justa, segundo Sepulveda (1987: 18 e ss), deveria ser utilizada como *ultima ratio* e desde que reunisse, conjuntamente, quatro condicionantes: justa causa, autoridade legítima, finalidade justa, correta maneira de fazê-la. Entre as características da justa causa, destaca-se: repelir a força com a força, restituir coisas injustamente arrebatadas, castigar os malfeitores, a luta contra a heresia e a superioridade cultural. (MOREIRA, 2014, p. 35)

O instituto, que aparece pela primeira vez no Brasil através do Regimento de 17 de dezembro de 1548, de Tomé de Souza, caminhou ao lado das políticas de aldeamentos engendradas pelo Estado e pelas missões jesuíticas. Soma-se às violências institucionais, verdadeiras políticas públicas voltadas para a descaracterização de povos indígenas através da delimitação de fronteiras estrategicamente pensadas para conter as resistências indígenas ao sistema colonial:

A política de construção de aldeamentos de índios, que perdurou dos séculos XVI ao XIX, representou a inserção das populações aliadas na ordem colonial. Os aldeamentos eram espaços, organizados no início por missionários religiosos, por meio do qual se exercia o controle espiritual e a dominação sobre o trabalho dos indígenas. Era uma medida que aplacava a hostilidade dos índios e permitia a catequese. Em muitos lugares, havia uma disputa entre missionários e colonos pelos índios de determinado lugar, sendo que os dois projetos podiam provocar a descaracterização e a desintegração de uma comunidade – seja por meio da evangelização, seja por meio de trabalhos forçados. (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 128)

Há uma comunhão de fatores com a finalidade de se chegar à premissa de que o direito à terra indígena é um direito originário desde que nos moldes estabelecidos pelo Estado. Assim, as “guerras justas” e os aldeamentos contribuem para a construção de fronteiras geopolíticas e para a desfragmentação dos territórios indígenas.

Avançando mais no histórico das legislações, tem-se outro importante documento conhecido como o marco legal da concentração fundiária no Brasil: a Lei nº. 601/1850 (Lei de Terras). Dois pontos podem ser observados no referido documento e que serão fundamentais para compreender o direito territorial indígena hoje.

O primeiro deles é a categoria de “terras devolutas” a qual aparece associada à colonização indígena ao prever, no seu art. 12, que: “o Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; (...)”. O que se percebe aqui é uma clara categorização das terras que não estavam inseridas na lógica do mercado formal. Para muitos, a opção legislativa foi de designar aos povos indígenas as terras desocupadas. No entanto, as terras devolutas, na verdade, não eram terras desocupadas, mas terras que não foram destinadas ao domínio público ou à propriedade privada e, portanto, excluídas da regularização.

O segundo ponto é produto da publicação da lei e atinge diretamente os aldeamentos que até então haviam sido constituídos. Refere-se a um ato administrativo de regulamentação da Lei de Terras (Decisão 92 de 21 de outubro de 1850), editado pelo Ministério do Império. Em suma, o ato previa que não haviam “hordas de índios selvagens”, mas apenas “descendentes deles confundidos na massa da população civilizada”, o que justificava a reassunção dos aldeamentos pelos Estados (ARAUJO JUNIOR, p.143).

A teoria do indigenato, posterior à Lei de Terras, constrói um raciocínio oposto no sentido de reafirmar o caráter originário do direito indígena e diferenciar a terra indígena das terras devolutas, entendendo que a ressalva às terras devolutas para colonização de indígenas não abrangia as terras já ocupadas de posse dos indígenas. Dito de outro modo, as terras que já pertenciam a povos indígenas não estavam inseridas na Lei, devido ao seu caráter originário, e tampouco foram declaradas devolutas. O que a lei fez foi destinar terras devolutas a eventuais ocupações indígenas oriundas de deslocamentos promovidos pelo Estado. Tudo isso para se chegar à conclusão de que terras indígenas não são terras devolutas, mas territórios cuja titularidade indígena independe da prova da posse.

Apesar disso, percebe-se o intuito, nos textos legais coloniais e, posteriormente, na legislação imperial, de preservar os aldeamentos indígenas. Ainda que reduzidas às terras aldeadas e reservadas, o respeito à posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas, pontos amplamente defendidos no direito brasileiro através do indigenato, foram as opções feitas pelas Constituições posteriores à 1.934 (ELOY AMADO, 2014, p. 29).

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (BRASIL, 1.934)

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las". (BRASIL, 1.937)

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. (BRASIL, 1.946)

Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes". (BRASIL, 1.967)

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes. (BRASIL, 1.969)

Por outro lado, ao mesmo tempo em que existia a preocupação em constitucionalizar as terras indígenas e estabelecer regramentos específicos sobre o tema, faltavam dispositivos que regulamentassem uma política pública de demarcação. Conforme apurado por Lacerda (2008), em 1.985 a demarcação 7% do total de terras indígenas.

Do ponto de vista cultural, a opção em proteger as terras indígenas também se mostrava insuficiente. Até 1.988, o estado brasileiro manteve uma perspectiva integracionista e assimilacionista, na medida em que o indígena era visto como condição transitória fadada a desaparecer conforme integrado à comunhão nacional. Esse tratamento dado aos povos indígenas é intensificado durante a ditadura empresarial militar, quando o ideal do brasileiro “civilizado” passa a ser o parâmetro esperado para todos os indígenas. Sobre isso, destacamos um trecho da Lei n. 6.001/1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, promulgada durante a ditadura, que traz a concepção que orientava as políticas públicas voltadas aos povos indígenas durante o período da ditadura:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (BRASIL, 1.973)

Aqui é importante explorarmos o histórico de resistência política dos povos indígenas no Brasil. Inegável que a luta indígena antecede a própria formação da República e, desde a colonização, os povos indígenas, cada qual à sua maneira, estabeleceram diferentes estratégias

de oposição, mas é a partir da década de 70 que se inicia no Brasil um movimento de organização nacional com ações direcionadas à reivindicação de políticas indigenistas e ao enfrentamento das violências propugnadas pela ditadura. A mobilização indígena, sempre presente, mas regionalizada às circunstâncias de cada povo, ganha caráter nacional através das chamadas “assembleias locais”:

A partir da primeira assembleia, realizada em abril de 1974, e contando com a presença de 17 representantes indígenas, o número de assembleias e de participantes aumentou a cada ano. Além de possibilitar o encontro entre povos que na maior parte das vezes sequer se conheciam, o grande feito das assembleias foi a tomada de consciência da situação de dominação e discriminação a que estavam sujeitas todas as etnias, o que impulsionou as populações indígenas à busca de formas de organização política e de mobilização em suas disputas e embates com a sociedade brasileira (NEVES, 2003, p. 115).

Mais tarde, em 1.980, é criada a União das Nações Indígenas (UNI) e lideranças indígenas de diversas regiões do Brasil se reúnem e iniciam a tarefa de convocar os povos indígenas a participarem da Assembleia Constituinte de 1.987/88. Através da constante presença indígena nos debates constitucionais, sua proposta ao texto é aceita pelos constituintes quase que na integralidade, e a Constituição Federal de 1.988 ganha os seus contornos para tratar dos povos indígenas em um capítulo específico:

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

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

§ 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.

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

§ 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.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (BRASIL, 1.988)

Sobre as mudanças à proposta original, destacamos o termo “tradicionalmente”, previsto no art. 231 da CRFB, o qual foi um acréscimo, além da a ressalva ao interesse público no art. 231, §6º, também adicionado pelos parlamentares. Por fim, uma importante proposta do movimento indígena era acrescentar o caráter “plurinacional” do Brasil no texto constitucional, em respeito às Nações Indígenas. O termo não foi aceito pelos constituintes, que entenderam que feria a soberania nacional afirmar que o Brasil era composto por outras nações. (LACERDA, 2008)

Partindo da premissa de que os territórios indígenas sempre tiveram um tratamento diferenciado no âmbito jurídico, podemos concluir que o debate sobre o caráter originário das terras indígenas não é novidade no Brasil. Em outras palavras, assim como a história dos povos indígenas não se inicia em 1.988, tampouco a história do direito constitucional indígena começa nesse momento. Logo, a CRFB/88 não inova ao mencionar a expressão “direitos originários”, somente consolida a cadeia legislativa das Constituições anteriores, esmiuçando ainda mais as características do direito territorial indígena.

O ineditismo da Constituição advém do fim do assimilacionismo. Até a CRFB/88 os povos indígenas eram tutelados pelo estado brasileiro; o arranjo político e jurídico impedia a autodeterminação dos povos, reduzindo o indígena à condição jurídica de “incapaz”. É essa perspectiva tutelar que a CRFB põe fim, notadamente no seu art. 232, vez que reconhece a legitimidade dos povos indígenas para ingressar em juízo na defesa dos seus interesses. Assim, o direito indígena não é mais prerrogativa do órgão indigenista, mas da própria comunidade.

Para além de prever expressamente o direito originário, a CRFB possibilita múltiplas interpretações à luz da dinamicidade existente nas relações sociais dos povos indígenas, principalmente porque rompe com a lógica da tutela e inaugura o princípio da autodeterminação dos povos. Sistemáticamente, significa que a Constituição potencializa reconfigurações e, além de reconhecer os direitos originários sobre as terras, também reconhece “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, os quais não são estáticos, principalmente quando se leva em consideração o histórico de violações territoriais vivenciados por esses povos. Uma boa analogia seria dizer que a CF/88 garantiu o passado, o presente e o futuro das terras indígenas, compreendendo a conflituosidade presente nesse direito territorial em face do histórico fundiário do Brasil.

Assim, é preciso dizer que embora a CF/88 tenha sido pioneira em muitos sentidos, o indigenato já estava presente no direito brasileiro muito antes, razão pela qual totalmente incoerente estabelece-la como marco legislativo temporal. Não há compatibilidade histórica, dentro do contexto constitucional brasileiro, em eleger 1.988 como o ano no qual se inicia a construção normativa dos direitos territoriais indígena. Somado a isso, destaca-se toda a mobilização que envolveu a elaboração da Constituição atual e a luta política dos movimentos indígenas da década de 70 e 80 para que fizesse constar no texto essa característica originária das terras indígenas.

Logo, qualquer interpretação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal deve levar em consideração o debate consolidado a respeito do direito de nascença do povo indígena ao seu território, seja o debate que se consolidou no campo jurídico com a teoria do indigenato, seja aquele que é fruto da resistência diária dos povos indígenas.

Dois pontos nos chamam atenção e corroboram com o já apresentado aqui: (i) a Constituição faz menção expressa ao caráter originário das terras indígenas; (ii) o conceito de terra tradicionalmente ocupada é integrado por uma série de elementos que deverão ser compreendidos os usos, costumes e tradições de cada povo. Isso significa que a CF/88 não deixa de atribuir o status jurídico de direito originário ao direito territorial indígena e, ao mesmo



tempo, reconhece que a sua interpretação é dinâmica e deve estar em harmonia com a dimensão cultural da comunidade.

Diante da formulação conceitual apresentada pela CF/88, se reconhece, juridicamente, um território indígena. Reconhecer, no sentido apresentado pela Constituição, é simplesmente declarar o que já é direito. Aquilo que foi consolidado muito antes. Por tal razão, o Ato das Disposições Transitórias (ADCT) assegurou que no prazo de 5 anos, contados a partir de 1.988, a União concluiria demarcação das terras indígenas. Passados mais de 30 anos desde a promulgação da Constituição, dados coletados pelo Instituto Socioambiental (ISA) nos mostram que das 724 terras indígenas atualmente em fase de demarcação, somente 487 foram homologadas e reservadas<sup>5</sup>, sem contar aquelas que sequer tiveram o seu processo demarcatório iniciado. A partir dos dados coletados pelo ISA, montamos um quadro que a situação atual das TI's:

**Quadro 1:** situação das terras indígenas em fase de demarcação

TI's em diferentes fases de procedimento	
demarcatório	724
TI's em identificação	120
TI's identificadas	44
TI's declaradas	73
TI's homologadas e reservadas	487

Fonte: Instituto SocioAmbiental (ISA)

Outro levantamento realizado em 2018 pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) aponta que há aproximadamente 1.290 terras indígenas no Brasil, incluindo, assim, as TIs que ainda não tiveram o processo de demarcação iniciado. Por outro lado, até maio de 2020 a atual gestão federal já tinha certificado, no Sistema de Gestão Fundiária (Sigef), 114 fazendas

---

<sup>5</sup>Instituto Socioambiental. Situação atual das terras indígenas. Terras Indígenas. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/>. Acesso em: 10/03/2021.

sobrepostas em áreas indígenas não homologadas<sup>6</sup>, enquanto, em janeiro de 2021, 74 terras indígenas aguardavam homologação na pasta do Ministério da Justiça.<sup>7</sup>

Os dados demonstram que não demarcar tem sido uma opção política do poder público. Para os territórios tradicionais situados no Brasil, a não demarcação e a consequente irregularidade formal pode acarretar danos irreversíveis à população indígena contrariando o que a Constituição de 88 firmou o compromisso de respeitar.

## 2. A TESE DO MARCO TEMPORAL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A SUA APLICAÇÃO NO “PÓS-RAPOSA”

Se de um lado a Constituição desenhou os caminhos necessários a serem percorridos para o tratamento jurídico de territórios indígena, de outro, a jurisprudência brasileira demonstrou total incerteza no assunto. No âmbito administrativo, porém, o Decreto n. 1.775 de 1.996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação, trouxe maior solidez ao assunto, dispondo sobre o procedimento de demarcação e suas fases.

As soluções institucionais estavam à disposição do Poder Público, mas as terras indígenas eram cada vez mais questionadas no âmbito judicial, dificultando o andamento das demarcações. O direito territorial indígena, agora previsto constitucionalmente, impulsiona STF a se manifestar frequentemente sobre o assunto:

Desde o início, há a fixação de um entendimento claro sobre o histórico da legislação, ressaltando aspectos referentes à titularidade das terras e a garantia de posse dos índios pelo menos desde a Constituição de 1.934. À medida que a questão começou a ganhar contornos mais definidos no âmbito administrativo, diversos questionamentos surgiram. Paralelamente, a rejeição à ideia de ocupação imemorial, que sequer era defendida pelos movimentos indígenas, foi sumulada e passaria a ser utilizada

---

<sup>6</sup>COMITÊ NACIONAL PELA VIDA E MEMÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS. Panorama geral da covid-19, 2021, [S.l.]. Disponível em: [https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados\\_covid19/](https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/). Acesso em: 26/07/2021.

<sup>7</sup>BIASETTO, Daniel. Sob Bolsonaro, Funai e Ministério da Justiça travam demarcação de terras indígenas. **OGlobo**, 3 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/sob-bolsonaro-funai-ministerio-da-justica-travam-demarcacao-de-terras-indigenas-24820597>. Acesso em: 19/07/2021

indevidamente para afastar os direitos territoriais em situações de reivindicação e retomada de terras. A crescente tentativa de definições objetivas sobre o conceito de terra indígena indica um esforço do tribunal em controlar as demarcações e estabelecer parâmetros objetivos para o acesso ao direito territorial. Esse contexto tornou imprescindível uma análise mais abrangente do STF sobre a conformação dos institutos e o alcance do art. 231 da Constituição, o que levou a uma grande expectativa em torno do julgamento do caso Raposa Serra do Sol. (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 228)

A premissa de Araujo Junior (2018) corrobora com a denúncia constante feita pelos movimentos indígenas sobre o contexto de judicialização das terras indígenas; o que se tem visto desde 1.988 é que a judicialização tem representado verdadeiro óbice à efetivação do direito à terra. Vale lembrar que o procedimento de demarcação já é por si só um procedimento moroso que comporta diversas fases. O que acontece muitas vezes é que, ao final do procedimento, o suposto proprietário contesta judicialmente a demarcação e esta acaba sendo paralisada por anos no Judiciário, ainda que a FUNAI já tenha realizado laudo antropológico detalhado sobre aquela área e declarado a terra como território indígena:

(...) o procedimento de demarcação de terra indígena está previsto para tramitar na via administrativa, iniciando-se na FUNAI e concluindo com expediente da presidência da república (atos do poder executivo). No entanto, com as ações intentadas pelos interessados na não-demarcação, tais procedimentos ficam paralisados por força de decisão judicial, decisões estas que são dadas baseando-se apenas em argumentos jurídicos de cunho civilista (Código Civil), enquanto que o direito dos povos indígenas foi tratado com profundidade pelo direito constitucional (Constituição Federal). (ELOY AMADO, 2014, p.83)

A situação descrita pelo autor se assemelha ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388)<sup>8</sup>. Localizada em Roraima, a terra já havia sido identificada e delimitada pelo grupo técnico da FUNAI quando o caso foi levado ao Judiciário. Na ocasião, o STF, além de fixar a data da promulgação da Constituição Federal de 1.988 como um marco temporal de ocupação, estabeleceu, ainda, dezenove condicionantes sobre o tratamento jurídico das terras indígenas.

---

8BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 19/03/2009.

Aqui vamos nos ater somente à questão do marco temporal de ocupação, mas vale uma breve ressalva de que das dezenove condicionantes, cinco inovaram no ordenamento jurídico a pretexto de conciliar interesses indígenas, defesa nacional e preservação do meio ambiente, extrapolando o texto constitucional e atribuindo prevalência a outras questões em detrimento dos povos indígenas, sem respeitar o contraditório, pois apesar do pedido de sustentação oral das lideranças indígenas, o único a votar favoravelmente pela sustentação foi o Min. Joaquim Barbosa.

O caso ganhou repercussão nacional depois dos inúmeros conflitos fundiários insurgentes na região. A terra Raposa Serra do Sol não só é uma terra extensa (1 milhão e 74 mil hectares) como também, na época, abrangia uma população de 19 mil indígenas, número relativamente grande se comparado a outras terras indígenas no Brasil. Conforme observado por Yamada e Villares (2010), o julgamento do caso tirou o STF de sua rotina “fazendo-o acordar mais cedo e dormir mais tarde” além de ter sido presenciado por diversas lideranças indígenas que, como de costume, se faziam presentes em Brasília em um momento decisivo para os demais povos indígenas:

Ainda que acostumados a julgamentos polêmicos e ruidosos, índios de diversas etnias e de todos os lugares do país, que prestam solidariedade aos povos da Raposa Serra do Sol, causam um estranho nervosismo ao STF, como se um enfrentamento real pudesse emergir de uma palavra mau posta. O índio ainda representa o estranho, o selvagem nu (ou de calção e havaianas), com pintura cerimonial colorida, ruidoso, com linguagem direta e aparente falta de hierarquia. Tudo a contrastar e enfrentar a sobriedade e o requinte da Corte, expondo que esses dois mundos dificilmente se conciliam, ao contrário se repelem em uma inquietante discriminação. (YAMADA e VILLARES, 2010, p. 145)

Dentre as principais arguições dos autores da Pet 3.388 - os então senadores Augusto Affonso Botelho Neto (PT) e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB) -, estavam as questões relacionadas à demarcação contínua da TI. Havia um entendimento de que a demarcação contínua prejudicaria os não índios da região e comprometeria o território do Estado de Roraima. Sobre isso, o STF se posicionou favoravelmente ao modelo contíguo de demarcação, reconhecendo sua legitimidade, além de ter reconhecido a constitucionalidade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

É interessante notar que, embora a decisão tenha sido favorável à demarcação específica da TI RSS, o entendimento firmado pela Corte para as demais demarcações teve um impacto desastroso, eis que, somado à decisão do caso, sobrevieram as condicionantes e a tese do marco temporal de ocupação, entendimentos que repercutiram posteriormente em processos judiciais de outras. Nesse sentido, colacionamos um trecho do voto do Ministro Relator, Min. Carlos Ayres Britto, para demonstrar que a fundamentação da decisão trouxe maiores problemas do que o dispositivo em si:

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, atente-se, 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, julg. 19.mar.2009) (Grifou-se)

Se de um lado a constitucionalidade do procedimento demarcatório foi reconhecida, a interpretação adotada pelos Ministros contribuiu para que demais terras indígenas tivessem sua demarcação questionada. Observando o impacto do julgado nos demais casos, Araujo Junior (2018) refere-se à recepção pelo STF com o “pós-Raposa” e destaca que o caso se faz presente até hoje na jurisprudência da Corte: “Não há dúvidas, porém, de que a força do entendimento no caso Raposa ainda se faz presente, seja para corroborá-lo, seja para refutá-lo.” (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 242)

Conforme já havíamos exposto no capítulo anterior, a ideia de que o direito territorial indígena possui caráter originário e a teoria do indigenato como caminho interpretativo são anteriores à CF/88. Entretanto, na ocasião do julgado, o STF abandonou esses preceitos e os substituiu pela teoria do “fato indígena”, fixando como a data de promulgação da Constituição um marco referencial para auferir a ocupação indígena. A teoria, levantada pelo Ministro Ayres Britto e acolhida pelos demais, destrincha a expressão prevista na Constituição “terras que tradicionalmente ocupam” para estabelecer duas premissas básicas necessárias para a

constatação de uma terra indígena: (i) a ocupação como um fato a ser verificado em 05 de outubro de 1.988 e (ii) o modo tradicional que consiste no caráter de perdurabilidade e de continuidade etnográfica da ocupação, com a ressalva, apresentada em ementa, de que havendo “renitente esbulho” o direito à terra estaria garantido mesmo no caso de ausência física em 1.988. (ARAÚJO JUNIOR, 2018)

Vale lembrar que antes da Constituição, enquanto o Brasil vivia a ditadura empresarial militar, os povos indígenas buscavam resistir às violências promovidas pelo antigo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), hoje institucionalizado como a FUNAI. Segundo dados apurados pela Comissão Nacional da Verdade, publicado em 2015, estima-se um total de 8.350 indígenas mortos durante aquele período. As denúncias foram colhidas através do chamado “Relatório Figueiredo”, documento elaborado em 1.967 e que obteve ampla divulgação durante os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade. Além dos relatos de crueldade e violência praticadas pelos próprios agentes do estado, o relatório revelou que terras indígenas estavam sendo arrendadas ou vendidas com o aval da União Federal.

Em paralelo, a instituição das “reservas” se consolidava como a base da política indigenista do SPI. Com o avanço da fronteira econômica, sobretudo da fronteira agrícola, era necessário reservar terras indígenas e assim liberar as demais áreas para a exploração econômica. As reservas indígenas são produto da política ditatorial que delimitava terras indígenas sem respeitar suas reais fronteiras, confinando povos indígenas em áreas muito reduzidas com o intuito de promover a expansão econômica.

Além do confinamento, o período que antecede a década de 80 é marcado pela remoção forçada dos povos indígenas colocada em prática para promoção dos projetos desenvolvimentistas. Sobre isso, Lacerda (2008) cita dois casos emblemáticos de povos que vivenciaram tal contexto: o caso dos Kren-Akrôro que foram removidos devido a construção da rodovia Cuiabá-Santarém e relocados no Parque Nacional do Xingu, onde foram obrigados a conviver com seus inimigos tradicionais, os Txukarramãe; e o caso dos Xavante de Marãewatsede que foram retirados à força por aviões da Força Aérea Brasileira (FAB) para a

expansão do empreendimento “Fazenda Suyá-Missu” e poucos dias depois 83 dos 263 indígenas estavam mortos devido a uma epidemia de sarampo.

Analisando o contexto sociopolítico das nações indígenas, que historicamente foram afastadas de seus territórios, contexto, como vimos, legitimado pelas instituições brasileiras, verifica-se a total incompatibilidade da interpretação atribuída pelo STF. A pretexto de defender a segurança jurídica, atribuindo uma data para a constatação do direito territorial dos povos indígenas, o STF ignorou a história pela qual perpassa esse direito.

Inúmeras opções interpretativas poderiam ter sido feitas, desde as teorias mais clássicas, como é o caso da teoria do indigenato, até as mais modernas, como é o caso da interculturalidade que surge a partir das experiências na América Latina, conforme falaremos no último capítulo. Tais opções, com seus devidos ajustes, teriam sido mais coerentes não só com a realidade na qual se insere as terras indígenas, mas com a própria elaboração da Constituição da República de 1.988. Isso porque, o processo de elaboração da CRFB foi marcado pela mobilização e luta do movimento indígena para que no texto constasse expressamente seu direito territorial, direito este que já naquele momento enfrentava inúmeras dificuldades para sua concretização.

Como exigir a presença física dos povos indígenas na data da promulgação da CF/88 diante de um contexto sociopolítico em que o próprio ente público valida e contribui para que eles não estejam presentes? E mais, até a CF/88, os povos indígenas eram vistos como “incapazes” para exercer os atos da vida civil. Segundo o dispositivo contido no Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001 de 1973), o exercício dos direitos civis do indígena dependeria necessariamente do grau de integração deste à sociedade brasileira, perspectiva integracionista que entendia que ser indígena era uma condição transitória. Assim, para exercer qualquer direito, era necessário que o indígena abonasse sua “condição” e integrasse totalmente a comunhão nacional.

Analisando a situação da terra indígena Taunay-Ipegue, Eloy Amado (2019) elucida a história do povo Terena, no Mato Grosso do Sul, que participaram ativamente da guerra do Paraguai na tentativa de serem resolvidos os conflitos referentes às suas terras e, ao retornarem,

viram seus territórios ocupados pelos *purutuyê*, que na linguagem Terena significa “aquele que fala português”:

(...) Terminada a guerra, as famílias indígenas retornaram para suas aldeias, entretanto, estas já estavam ocupadas pelos *purutuyê*, notadamente militares desmobilizados da guerra que optaram em ficar na região. Os Terena, passaram a vivenciar a situação conhecida na historiografia e na literatura etnológica como “cativeiro” ou “camaradagem” ou “servidão”. A historiadora Vera Lúcia Vargas (2011, p. 65), apontou que “uma nova situação se configurava para os Terena: de senhores do território que ocupavam, passaram a mão-de-obra explorada pelos fazendeiros” (...). (ELOY AMADO, 2019, p. 70)

Ao exigir que os povos indígenas ocupem suas respectivas terras até a data da Constituição de 1.988 ou, caso contrário, que estejam em situação de conflito possessório judicializado, para configuração de um “renitente esbulho”, a tese do marco temporal nega a história, corroborando com o processo de apagamento histórico e ignorando o contexto sociopolítico do Brasil. Assim como a situação narrada por Eloy Amado sobre os Terena, outros povos indígenas no Brasil também vivenciaram situações históricas que inviabilizaram a ocupação dos seus territórios.

A opção interpretativa coadunada no marco temporal se dá pela via gramatical para entender que a Constituição fez uma escolha pelo termo “ocupam” em detrimento de “venham a ocupar”, é uma evidente preocupação com os territórios indígenas reivindicados após 1.988 por todo o Brasil. Faz-se saber que a partir da década de 80, acentua-se no Brasil os movimentos de retomada a partir das territorialidades reconhecidas pelos povos indígenas que surpreendentemente resistem apesar dos esforços de invasão de suas terras. Sobre o direito de retomada nos ensina Luiz Henrique Eloy Amado:

Neste contexto, a experiência de mobilização política por direitos fundamentais levada a cabo pelo movimento indígena brasileiro pode nos dar alguns nortes e nos oferecer uma resposta não-estatal. Em especial, o movimento do Conselho Terena, do povo Terena em Mato Grosso do Sul, que diante da sistêmica omissão estatal em devolver seus territórios, iniciou um processo de reocupação desses espaços, rompendo as cercas das fazendas – questionando o suposto direito sagrado de propriedade dos fazendeiros – e defendendo o direito de retomada. Um direito que não está positivado na lei elaborada pelos não indígenas, mas sim um direito que nasce na aldeia, que irradia do processo de mobilização política e da tomada de decisões dos caciques e lideranças indígenas. Um direito legítimo criado e elaborado por meio de



decisões próprias da comunidade indígena e viabilizado por meio de um processo que questiona o próprio direito estatal. (ELOY AMADO, 2019, p. 231)

Nesse sentido, é possível auferir que a interpretação de um direito territorial delimitado no tempo constitui uma espécie de freio a esse direito de retomada não postulado, mas que nasce dentro das aldeias indígenas através das mobilizações políticas e ganha força após 1.988. O que se observa no julgado que definiu a questão jurídica da TI Raposa Serra do Sol é que os ministros basearam seus votos pelo bem da segurança jurídica, preocupando-se, principalmente, com a ampliação das terras indígenas e supostas fraudes decorrentes da expansão dos povos indígenas. Conforme explica Julio José Araujo Junior, trata-se de uma segurança jurídica seletiva que desconsidera o histórico de políticas assimilacionistas e genocidas do estado brasileiro para privilegiar aqueles que possuem títulos de propriedade em terras indígenas:

Mostra-se compreensível a preocupação dos ministros quanto à segurança jurídica ante as crescentes reivindicações por demarcações após 1988. Trata-se, contudo, de uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos a serem sentidos pelos detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos. A “chapa radiográfica”, a que se refere o voto do Min. Ayres Britto, diz combater as supostas fraudes identitárias, mas silencia sobre os efeitos das políticas assimilacionistas e do genocídio no passado. Diferentemente do compromisso assumido na ACO 323 (Caso Krenak), pede-se agora o esquecimento das violências do passado e recorre-se à acomodação das reivindicações ao estágio e que as ocupações estavam em 1988. (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 248)

É curioso notar que o mesmo argumento da segurança jurídica foi utilizado pelo Poder Legislativo por ocasião da apresentação da Proposta de Emenda Constitucional nº. 215 (PEC 215)9, apresentada pelo Deputado Federal Almir Sá, à época filiado ao Partido Progressista Brasileiro (PPB) e eleito pelo estado de Roraima. Em suma, a proposta pretende acrescentar um inciso ao atual artigo 49 da Constituição Federal para que a demarcação de terras indígenas seja submetida ao crivo do Congresso Nacional e este não só aprove as demarcações que venham a acontecer como também ratifique as que já foram homologadas. Mais uma vez, o argumento da

---

9BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº. 215 de 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 15/04/2021

segurança jurídica aparece na tentativa de proteger aqueles que adquiriram títulos em terras indígenas. Nos termos do autor da proposta:

(...) Ao contrário do que a alguns possa parecer, com tal providência outorga-se um inédito nível de segurança jurídica às demarcações das terras indígenas, na medida em que, tendo-se pronunciado sobre elas o Poder que representa o povo e as unidades federativas, ficarão absolutamente isentas de qualquer questionamento. (BRASIL, 2000)

Além de selecionar qual segurança jurídica preservar, privilegiando a segurança jurídica dos supostamente lesionados com as demarcações das TIs, desconsiderando a situação de insegurança jurídica que se perdura desde o advento das sesmarias sobre terras já ocupadas por povos indígenas, o argumento falha na medida em que não se pode adquirir direito sobre terra indígena. Se considerarmos a teoria do indigenato como parâmetro de justificação, aquele que detém título de propriedade sobre uma TI que venha a ser demarcada, em realidade, detém um nada jurídico, eis que, o ato de demarcação apenas reconhece a área como terra indígena, não passa a constituí-la como tal e tampouco desconstitui direitos de não indígenas detentores de títulos, pois a terra indígena assim o é originariamente. Logo, “se alguém se sentir prejudicado pelo reconhecimento, deve buscar a reparação pelos seus direitos violados não pelos povos indígenas, mas por atos anteriores ao reconhecimento.” (SOUZA FILHO, 2012, p. 153)

Em 2013, no bojo do mesmo processo referente a TI Raposa Serra do Sol, em julgamento de embargos de declaração<sup>10</sup>, o Plenário do STF declarou que a tese do marco temporal bem como as condicionantes ali estabelecidas, não possuíam caráter vinculante e, portanto, não se estenderiam de forma automática a outros processos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros.

---

<sup>10</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julg. 23.mar.2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. 04.fev.2014.

Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos.

2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º).

3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.

4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite a superação de suas razões. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julg. 23.mar.2013) (Grifou-se)

A despeito do declarado pela Corte, o que se tem visto no Brasil é a utilização da tese para paralisar ou até mesmo anular os processos de demarcação, como é o caso do Recurso Extraordinário n. 1017365, tema do presente trabalho. Em suma, o recurso trata da aplicação do marco temporal e de uma das condicionantes proferidas pelo STF na Pet. 3.388/RR. Veja-se que decorridos mais de 6 anos desde o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, a tese ainda repercute. Contudo, a sua aplicação vem sendo cada vez mais indagada pelo movimento indígena, por juristas e por organizações indigenistas.

Em 2018, Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Rodrigues Barbosa lançaram uma coletânea de artigos sob o título “Direito dos povos indígenas em disputa” e que mais tarde deu ensejo a um livro, sendo uma das manifestações parecer jurídico do professor José Afonso da Silva sobre a inconstitucionalidade do marco temporal e da exigência do renitente esbulho para a caracterização da posse indígena. Do mesmo modo outros juristas e pesquisadores têm se manifestado a respeito.

Por sua vez, o movimento indígena tem defendido afincado a pauta “nossa história não começa em 88!”. No dia 9 de agosto de 2017, dia internacional dos povos indígenas, a mobilização indígena ocupou a Avenida São Paulo para fazer frente à tese e lançar uma campanha nacional contra o marco temporal<sup>11</sup>. Já em 2018, durante o Acampamento Terra Livre, mobilização indígena que acontece anualmente, povos indígenas do Brasil todo ocuparam a Esplanada dos Ministérios, em Brasília<sup>12</sup>, em face do Parecer 001/2017, emitido pela Advocacia-Geral da União, que previa a aplicação em caráter vinculante da tese do marco temporal em toda a Administração Pública Federal.

A Articulação Nacional dos Povos Indígenas (APIB), em 5 de outubro de 2020, diante da eminência de julgamento do caso da TI Ibirama, decisivo no tocante ao futuro das demarcações no Brasil, lançou uma nota<sup>13</sup> destacando o grave retrocesso dos direitos previstos na CF/88, principalmente no atual contexto de pandemia que tem favorecido o “passar da boiada”<sup>14</sup> para promover um novo projeto de invasão genocida comandado pela atual gestão federal.

O julgamento acabou sendo adiado e, em 30 de junho de 2021, o processo foi colocado em pauta novamente. Houve intensa mobilização indígena em Brasília, divulgada na página oficial da APIB como “#Levantepelaterra”, além do apoio de figuras midiáticas como Gisele

---

<sup>11</sup>ZUKER, Fábio. Ato indígena “Nossa História não Começa em 1988” toma conta da Avenida Paulista. **Amazônia Real**, 9 de ago. de 2017. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/ato-indigena-nossa-historia-nao-comeca-em-1988-toma-conta-da-avenida-paulista/>. Acesso em: 27/04/2021.

<sup>12</sup>SANTANA, Renato. Contra o genocídio e o Parecer 001 da AGU. **Jornal Porantim**, abril de 2018. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Porantim-404\\_Abr2018.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Porantim-404_Abr2018.pdf). Acesso em: 27/04/2021.

<sup>13</sup>ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Nota Pública sobre os 32 anos da Constituição da República de 1.988. Disponível em: [https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/32\\_anos\\_de\\_reconhecime\\_nno\\_dos\\_direitos\\_dos\\_povos\\_indigenas\\_pela\\_cf\\_rev\\_clarissa\\_0.pdf](https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/32_anos_de_reconhecime_nno_dos_direitos_dos_povos_indigenas_pela_cf_rev_clarissa_0.pdf). Acesso em: 13/04/2021

<sup>14</sup>O termo, utilizado na nota, faz alusão à expressão dita pelo então Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, que durante uma reunião ministerial realizada no dia 22 de abril de 2020 sugeriu que a crise sanitária oriunda da Covid-19 seria uma oportunidade para a desburocratização das legislações ambientais ao que chamou de “passar a boiada”. As imagens foram divulgadas por decisão do ministro do STF Celso de Mello nos autos do inquérito policial que investigava suposta interferência do Presidente da República, Jair Bolsonaro, na Polícia Federal.

Bündchen, Alessandra Negrini, DJ Alok e Laerte Coutinho, que assinaram carta entregue ao STF na ocasião do julgamento. Com o apoio de mais de 100 mil assinaturas, a carta pedia ao Supremo que garantisse a proteção dos direitos constitucionais indígenas.

Em agosto de 2021, o processo retornou à pauta novamente e a mobilização indígena ocupou Brasília com a participação de mais de seis mil indígenas, conforme informações divulgadas pela APIB. A “Primavera Indígena” perdurou até setembro de 2021, com a II Marcha das Mulheres Indígenas, até que em 15 de setembro de 2021, o Min. Alexandre de Moraes pediu vista dos autos e o processo foi suspenso.

Não obstante a tese venha sendo aplicada pela jurisprudência brasileira para fundamentar decisões contrárias aos direitos territoriais indígenas, não é possível afirmar que há um posicionamento pacificado, sobretudo no STF. Há decisões, como no caso da Terra Indígena Limão Verde, dos Terena (MS), que demonstraram um posicionamento favorável à tese. A Segunda Turma do STF entendeu que o laudo antropológico apontava que os últimos indígenas haviam sido expulsos da terra em 1.953, portanto, a terra não se caracterizava como terra indígena, pois seria necessário que eles estivessem na posse na data da promulgação da CF/88 ou em renitente esbulho:

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

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

4. Agravo regimental a que se dá provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No RE com Agravo 803.462/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 09.12.2014) (Grifou-se)

Por outro lado, temos decisão recente no caso da TI Guyraroka, do povo Guarani Kaiowá, em que o STF decidiu por unanimidade que irá reanalisar a ação que anulou a demarcação da referida TI pois não houve a citação do povo indígena e, principalmente, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, que a tese do marco temporal não possui caráter vinculante:

(...) É certo que, no ponto, o i. Relator entendeu aplicável ao caso a Súmula nº 343 desta Corte (Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais).

Contudo, é mister apontar que esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, decidiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas pelo País. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória 2686. Decisão em AgR. Comunidade Indígena Guyraroká e Avelino Antonio Donatti. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 26.3.2021 a 7.4.2021) (Grifou-se)

O atual contexto de pandemia intensificou ainda mais o debate sobre a aplicação da tese diante do risco à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas devido à disseminação do vírus. No momento em que escrevo este trabalho, o Brasil detém a triste estatística de 21.366.395 casos e 594.653 mortes<sup>15</sup>, além dos casos subnotificados. Dentre esses casos, os povos indígenas correspondem à 59.393 dos casos e 1.208 das mortes, totalizando 163 povos afetados.<sup>16</sup>

Nesse contexto, a APIB propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709, em conjunto com outros seis partidos políticos, Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Rede Sustentabilidade (REDE), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista

---

<sup>15</sup>MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel Coronavírus, 2021, [S.l.]. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28/09/2021.

<sup>16</sup>COMITÊ NACIONAL PELA VIDA E MEMÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS. Panorama geral da covid-19, 2021, [S.l.]. Disponível em: [https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados\\_covid19/](https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/). Acesso em: 28/09/2021.

(PDT), buscando medidas urgentes para conter o avanço da covid-19 entre a população indígena.

Em 21 de julho de 2021, o plenário do STF confirmou a decisão liminar proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, determinando: a) a criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da sala de situação; b) criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente; c) inclusão no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato; d) imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas; e) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados quando verificada barreira de acesso ao Sistema Único de Saúde geral; e, por fim, f) elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas.<sup>17</sup>

Os questionamentos são muitos, mas o que podemos afirmar, ante todo o exposto, é que as urgências do momento sociopolítico atual possibilitam mudanças jurisprudenciais; somadas às pressões dos movimentos indígenas, a urgência suscita o STF a estabelecer um posicionamento. O que se percebe é que ainda há controvérsias pendentes sobre o caráter vinculante da tese, isto é, se o marco temporal será o entendimento que o Supremo adotará para reconhecer o direito territorial indígena.

É diante de tais controvérsias que o território indígena denominado Ibirama-La-Klãnõ se torna o centro do debate sobre o estatuto jurídico das terras indígenas no Brasil e chega ao

---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/709 - Referendo em Tutela Provisória Incidental. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

STF a história de mais uma terra indígena questionada à luz da tese do marco temporal. A Corte, então, decide atribuir repercussão geral e a luta dos LaKlãnõ/Xokleng ganha um número: Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, tema 1031 do STF.

### **3. RESISTÊNCIA INDÍGENA LAKLÃNÕ E SEU DIREITO TERRITORIAL**

#### **3.1 Do confinamento à denúncia de Brasília Lili Priprá**

A resistência política do povo LaKlãnõ/Xokleng já se inicia com a denominação atribuída a seu povo ao longo da história. Já foram chamados de Kaingang, Aweikoma, Botocudos e Xokleng, este último tem sido o mais usado por pesquisadores e pelo povo indígena, embora outras denominações também entrem nesse debate, tais como, Aingoiká e Väjěky (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020). Recentemente, um processo de afirmação cultural se intensificou na TI e o nome LaKlãnõ se tornou o símbolo dessa resistência. Assim, neste trabalho, opto pela nomenclatura LaKlãnõ/Xokleng, como têm adotado as pesquisadoras e os pesquisadores indígenas. (INGACLÃ, 2020; CREENDO, 2015; UGLÕ PATTÉ, 2015)

Falantes da família linguística “Jê”, os LaKlãnõ/Xokleng foram por muitas vezes confundidos com os Kaingangs, os quais também são falantes do mesmo tronco linguístico e, apesar de constituírem povos muito distintos, repertório material produzido durante o período pré-colonial aponta semelhanças tecnológicas entre eles (MACHADO, 2016). No entanto, essa similitude foi cada vez mais contestada, especialmente após a invasão de suas terras pelos brancos:

Como os Laklãnõ/Xokleng eram muito diversos dos Kaingang e mais ainda dos outros Jê, se assumiu, de forma mais ou menos explícita que eles estavam culturalmente descaracterizados. Tal categorização com frequência era atribuída a povos que passaram pela “pacificação” governamental ou por outras formas de aldeamento permanente. O contato contínuo com os brancos significou ainda as epidemias e morte de muitas pessoas nos grupos, além das outras formas de violência física, mental e social. (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020, p. 24)

Em outras palavras, no campo da pesquisa antropológica, houve o entendimento de que a descaracterização dos LaKlãnõ, promovida pela invasão dos brancos, e sua aproximação



étnica com os Kaingang e demais povos Jê, deram ensejo a uma desestruturação do povo, o que intensificou ainda mais o debate sobre a sua autonomia étnica:

[...] este grupo, que ajustou seus dons físicos e psicológicos para lidar com o rigor de seu ambiente, ainda assim foram incapazes de resistir às forças internas que estavam abalando sua sociedade, e por não terem recursos padronizados culturalmente para lidar com elas, estavam cometendo suicídio social. (HENRY, 1941, p. 7, *apud* CRUZ CONCEIÇÃO, 2020, p. 24)

Em contraponto a essa visão, Cruz Conceição (2020) destaca que a ausência de arquétipos definidos, em verdade, significou não a perda de estrutura dos LaKlãnõ, mas sim a sua reorganização diante das intensas transformações provocadas em seu território. A ideia de um “suicídio social”, segundo ela, tem mais a ver com a dificuldade de encaixar os LaKlãnõ nas categorias tradicionais pensadas pela antropologia.

O fato é que a despeito do debate travado na academia, os LaKlãnõ se autoafirmam como um Povo, que possui uma história e um contexto bem específico. Localizada em Santa Catarina, a Terra Indígena Ibirama-LaKlãnõ faz fronteira com quatro municípios: José Boiteux, Vitor Meireles, Doutor Pedrinho e Itaiópolis, e abrange hoje uma população de 2.057 indígenas das etnias LaKlãnõ/Xokleng, Kaingang e Guarani, representando os LaKlãnõ a maioria no território, segundo dados do Instituto SocioAmbiental.<sup>18</sup>

A Terra Indígena LaKlãnõ está dividida politicamente em oito aldeias: Sede, Pavão, Barragem, Palmeirinha, Figueira, Coqueiro, Toldo e Bugio. As fotos abaixo foram capturadas por Jair Ghoguin Crendo e divulgadas em seu trabalho de conclusão de curso “O Espaço Tradicional Xokleng/ Laklãnõ”, fonte bibliográfica desta pesquisa:

---

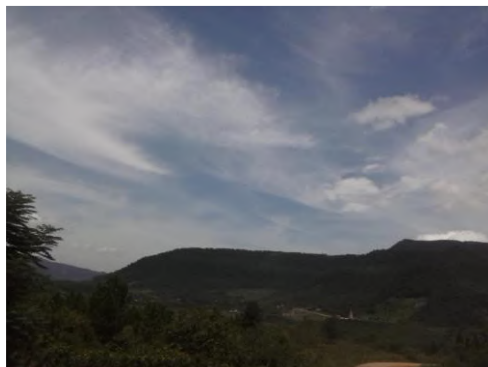
<sup>18</sup>Instituto Socioambiental. Situação atual das terras indígenas. Terras Indígenas. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/>. Acesso em: 12/05/2021.

**Figura 1:** Aldeia Sede



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 2:** Aldeia Barragem



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 3:** Aldeia Palmeirinha



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 4:** Aldeia Figueira



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 5:** Aldeia Coqueiro



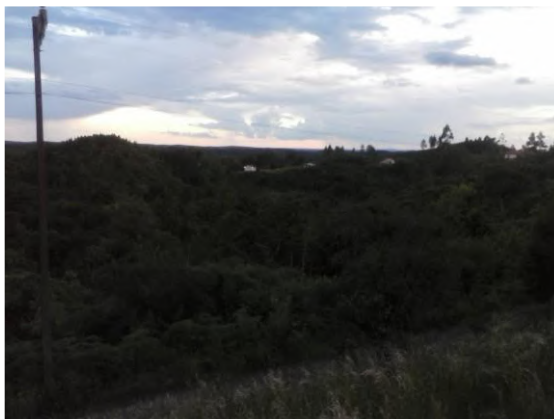
**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 6:** Aldeia Toldo



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

**Figura 7:** Aldeia Bugio



**Fonte:** Jair Ghoguin Crendo

Independentes entre si, as aldeias mantêm uma unidade política através do Cacique Presidente, o qual é eleito a cada três anos, além dos Caciques Regionais de cada aldeia, conforme a lei interna da comunidade, fiscalizada, no período das eleições, por um juiz eleitoral da TI. (UGLÕ PATTÉ, 2015)

O processo de invasão do território tradicional LaKlãnõ teve início com a colonização europeia na região Sul do Brasil, produto de uma política migratória e eugenista do estado brasileiro e que visava atrair imigrantes europeus e promover o embranquecimento da população:

O propósito de branqueamento da população e implementação do trabalho livre seria alcançado através dessas pessoas ideais. No sul do país, estes construíram espaços que, “sob uma perspectiva capitalista, ‘deram certo’. Esta visão transformou o imigrante, em especial o alemão, no desbravador-empREENDEDOR. Os demais grupos são percebidos como personagens coadjuvantes ou então invisibilizados”. O principal sujeito considerado empecilho ao desenvolvimento da capital republicana era o afrodescendente. No Estado de Santa Catarina, representado pela imigração européia, os indesejados eram sobretudo os índios. (WITTMANN, 2005, p. 64)

A partir de então, se estabelecem as bases da situação que ficou conhecida na literatura como “pacificação”, em virtude do suposto primeiro contato entre os brancos - ou os *zug*, na língua LaKlãnõ -, e o povo LaKlãnõ/Xokleng. Em 1.850, na região do Alto Vale do Itajaí, uma expedição de dezessete colonos dá origem à colônia Blumenau, e consolida na região a ocupação europeia já disseminada no restante de Santa Catarina. Posteriormente, em 1.914,

através de uma iniciativa dos líderes indígenas e o agente do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), Eduardo de Lima e Silva Hoerhann, decide-se pôr termo aos embates territoriais na região em prol da “civilização” dos LaKlãnõ.

O período que antecede o acordo firmado entre Povo LaKlãnõ e Hoerhann foi marcado por uma intensa resistência LaKlãnõ. Não por outra razão, institui-se na região os chamados “bugreiros”, assim denominados pois eram contratados para realizar a caça aos “bugres”, termo pejorativo que fazia menção aos indígenas da região. Com o objetivo de garantir a segurança dos colonos, os “bugreiros” promoviam o extermínio dos indígenas, frente à resistência travada, com o aval das autoridades administrativas locais. (WITTMANN, 2005)

O povo LaKlãnõ/Xokleng, que até o século XIX ocupava tradicionalmente o seu território através do deslocamento sazonal em quase toda a área que hoje corresponde ao Estado de Santa Catarina, viu-se cercado por todos os lados pelo avanço da imigração. Segundo Cruz Conceição (2020), os LaKlãnõ contam que sabiam de antemão da presença dos *zug* através de variadas técnicas divinatórias, sabiam que eram muitos e que sua chance de sobrevivência era pouca. A constatação é corroborada também no trabalho de Ingaclã (2020) que, colhendo o relato dos mais velhos sobre a história do contato, conclui que não restou alternativa ao povo senão o acordo:

De acordo com o que relataram os anciãos sobre o momento que decidiu a vida do grupo, ou seja, o contato, o fato ocorrido em 1914 foi uma questão de sobrevivência, pois os Xokleng estavam cercados por todos os lados. Os anciãos afirmam que não tinham opção; segundo eles os líderes estavam preocupados com a extinção do povo, pois até ali já haviam perdido muitos membros, principalmente os guerreiros que realizavam a segurança do povo. Estavam sobrando somente crianças órfãs e mulheres, poucos adultos. Então os líderes já vinham analisando e discutiam sobre a possibilidade de entrar em contato com o não índio, essa preocupação era discutida com o grupo todo. (INGACLÃ, 2020, p. 23)

Antes desse período, os pesquisadores indígenas relatam que os LaKlãnõ viviam da caça, pesca e da coleta (CRENDO, 2015; UGLÕ PATTÉ, 2015; INGACLÃ, 2020), atividades que dependem do deslocamento para serem desenvolvidas. Esse fator é muito importante para compreendermos a complexidade da territorialidade estabelecida pelos LaKlãnõ na região.

Sobre o primeiro contato dos LaKlãnõ com os brancos, Crendo (2015) traça, também através do relato dos mais velhos, uma linha geográfica de percurso dos LaKlãnõ indicando que teriam vindo da região centro-oeste do Brasil e foram “empurrados” para o Sul do Brasil em busca de melhores condições de sobrevivência. A pesquisa aponta para um conflito territorial entre brancos e indígenas LaKlãnõ anterior ao século XIX, conflito este também presente no trabalho desenvolvido por Machado (2016). No entanto, a maior parte dos trabalhos se refere ao primeiro contato como aquele denominado de “pacificação”, inclusive as próprias narrativas míticas LaKlãnõ delimitam esse momento, mas é importante deixar registrado a possibilidade de o espaço tradicional ter sido ainda mais amplo antes da colonização no centro-sul do Brasil:

Observando todo este contexto dos antropólogos, observando que só é comentado e escrito a estadia deles na região do sul do país. Mas meu maior questionamento era, com os Laklãnõ chegaram em Santa Catarina e Alto Vale? Conforme minha pesquisa, antes dos Xokleng habitarem esses lugares, existia um grupo que viveu ao norte do Mato Grosso, segundo os entrevistados Alfredo Patté de 87 anos e Ivo Clendo de 67 e seu Cuvei Weitscha de 66 anos. Segundo eles, esse grupo começou a planejar a sua caminhada para essa região sul pelo motivo de haver pouca caça para muitos grupos indígenas. Segundo seu Alfredo, os Laklãnõ já tinham informação que nessa região sul havia muita caça e coleta, isso quer dizer que já havia tido grupos por aqui que passaram essa informação. Então se planejou um grupo para fazer esse caminho, posicionou-se uma pessoa que dentro do grupo era conhecido pelo nome Zágbág, um homem dentro do grupo, um coletor de pinhão (Zágbág, homem forte de estatura alta. Então juntou-se algumas pessoas, segundo seu Ivo eram 24 homens, até tinha esquecido seus nomes e começaram a caminhada para essa região sul, segundo seu Alfredo e Cuvei, eles levavam um ano para chegar até em Ponta Grossa, Paraná. (CRENDO, 2015, p. 27-28)

A característica do nomadismo é constantemente atribuída aos LaKlãnõ, contudo, Machado (2016) nos apresenta uma outra hipótese de territorialidade, que é marcada por uma maior permanência, embora não se desassocie da mobilidade, traduzindo verdadeiros “caminhos do andar”, expressão utilizada pela autora. Isso porque, se por um lado a alta mobilidade constituía o modo de vida dos LaKlãnõ, os locais de parada também faziam parte de sua memória:

(...) No caso específico dos Laklãnõ (Xokleng), também as evidências etnohistóricas nos indicam um conhecimento de um amplo território, mas mais do que isto, o seu manejo através de indicadores de redes de caminhos e trilhas abertas e plantas conhecidas. Estes mesmos cronistas nos mostram a mobilidade destes povos, mas também nos relatam diversos indicadores de permanência seja em locais de moradia

(aldeias, acampamentos recorrentes) seja na reutilização de espaços para atividades específicas, de caça, coleta, manejo e plantio. (MACHADO, 2016, p. 184)

Assim, os “caminhos do andar” mostram que o território tradicional desse povo era muito maior do que se pode imaginar, ultrapassando, inclusive, a região do Vale do Itajaí, local onde hoje se localiza a terra indígena Ibirama-LaKlãnõ. Nota-se que apesar da resistência frente à perda de seu território para o avanço da imigração, o que os levou a serem conhecidos na região como “índios ferozes”, os brancos foram bem-sucedidos na tentativa de exterminar os indígenas e na ânsia pelo domínio territorial. Wittmann (2005), citando o trabalho do médico Hugo Gensch (1908), à época um opositor à política de extermínio na região Sul, destaca pesquisa realizada por este em que se apura que quarenta brancos foram mortos pelos índios nos cinquenta e oito anos da existência de Blumenau, enquanto que, entre os povos indígenas, foram várias centenas de mortes.

O resultado dessa disputa territorial contribuiu para que, em 1.914, o SPI estabelecesse o contato oficial com os povos indígenas na região. O interlocutor do SPI para essa política foi Eduardo de Lima e Silva Hoerhann, que posteriormente a esse momento será o responsável por uma série de violências praticadas contra os LaKlãnõ. É importante ressaltar que o período que antecede 1.914 é marcado por intensas disputas entre indígenas e não-indígenas na região. Conforme o trabalho de Ingaclã (2020), o interesse em estabelecer um acordo com os não-indígenas, para os LaKlãnõ, residiu na possibilidade de evitar o extermínio.

Por outro lado, para os não-indígenas da região, cuja população era majoritariamente imigrante europeia, a intervenção do SPI era necessária para garantir o domínio territorial. Exemplo evidente disto é o episódio narrado por Wittmann (2005) ocorrido em 21 de setembro de 1.914, quando os LaKlãnõ invadem um Posto de Atração do SPI e colocam fogo na sede, que havia sido criada para atrair os indígenas. O fato demonstra que a invasão europeia na região não foi recepcionada sem resistência dos povos indígenas que ali ocupavam. Isso, evidentemente, gerava a insatisfação dos colonos. Daí advém a tentativa de estabelecer o acordo, que ficou conhecido na história de Santa Catarina como a “pacificação”.

O termo “pacificação” é consolidado como narrativa através da figura de Eduardo Hoerhann, que ficou conhecido como o “jovem corajoso e abnegado que enfrentou grandes obstáculos, narrados” (WITTMANN, 2005, p. 149). Entretanto, para os LaKlãnõ, esse momento é chamado *Vanhkala*, que na literalidade significa “ligar-se um ao outro” ou “aliança” (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020 *apud* NAMBLÁ, 2015). A ideia de “pacificar”, portanto, surge através da perspectiva dos brancos, visando reduzir os conflitos territoriais na região, mas aquilo que para os não-indígenas seria amansar os indígenas LaKlãnõ, para estes era o acordo para sua sobrevivência cultural.

Ao mesmo tempo, o termo “pacificação” representa uma mudança nas políticas sobre a questão indígena na região Sul, que no início do século XX começaram a ser questionadas pela extrema violência promovida pelos bugreiros:

De perpetrador da morte física, o Estado tornou-se responsável pelo contato pacífico, proteção e assistência dos povos nativos. Essa soberania fragmentada é uma das características da soberania exercida no mundo colonial em geral e na modernidade tornou-se a síntese do massacre com a burocracia quando o (necro)poder passa do extermínio para a “destruição de um povo para salvá-lo dele mesmo” (MBEMBE, 2018: 31-32). Este aspecto se afina com o conceito de “pacificação”. (WITTMANN, 2005, p. 93)

Criado em 1.910, a atuação do SPI era guiada pelo ideal da integração dos povos indígenas à comunhão nacional o que, em termos de política territorial, se materializava no confinamento da população indígena através da instituição de reservas delimitadas pelo próprio órgão sem qualquer tipo de consulta à população ou estudo antropológico, obrigando as populações indígenas a sobreviverem em espaços muito mais reduzidos do que o necessário para sua reprodução física e cultural. No caso dos LaKlãnõ, essa área foi inicialmente denominada “Posto Indígena Duque de Caxias” e mais tarde veio a ser a TI Ibirama-LaKlãnõ através do Decreto nº 15 de 03 de abril de 1926.

Vale lembrar que Duque de Caxias é um dos responsáveis pelo massacre da população negra e indígena no Brasil no século XIX. O seu papel no extermínio durante as revoltas populares ocorridas no Período Imperial (1.822-1.889) esteve muitas vezes associado ao de

“pacificador”, embora tenha sido ele o encabeçador por trás das 10 mil mortes, durante a Revolta da Balaiada no Maranhão (1.838-1.841), dos 800 lanceiros negros assassinados que lutaram na Revolta dos Farrapos no Rio Grande do Sul (1835-1845), além de ter atuado como comandante geral na Guerra do Paraguai (1.864-1.870), que matou cerca de 300 mil paraguaios e mais de 100 mil brasileiros. A denominação da reserva indígena de “Posto Indígena Duque de Caxias” é representativa de um Brasil que não só promove o genocídio, mas homenageia os seus responsáveis.

Além da atuação administrativa, a legislação também legitimava o extermínio cultural dos povos indígenas, a exemplo do Código Civil de 1.916, o qual previa que: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.” (BRASIL, 1.916). A instituição do regime tutelar, somado às políticas de confinamento, marcaram o período da administração do SPI, não só na TI Ibirama, mas em outras terras indígenas. (MOREIRA, 2014; ELOY TERENA, 2014)

Outra estratégia adotada pelo SPI era a instituição do trabalho forçado; era parte do ideal civilizatório transformar indígenas em trabalhadores rurais (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020; ELOY TERENA, 2019; WITTMANN, 2005). Vale lembrar que os LaKlãnõ, antes do contato, não tinham a agricultura como principal atividade de subsistência. Majoritariamente coletores e caçadores, a realização do plantio pressupunha a instalação em determinada área e, como vimos, a mobilidade era uma característica marcante desse povo. Assim, para que fosse concretizada a tão almejada civilização, necessário que os indígenas fossem confinados e aldeados. Esse processo denominado de “pacificação”, portanto, é acompanhado da instalação do Posto Indígena Duque de Caxias, em 1.914, quando se inicia o período de aldeamento na história dos LaKlãnõ.

Ingaclã (2020) narra o relato dos anciãos sobre a denominação atribuída a Eduardo Hoerhann, chamado de “chefe” pelo povo indígena. O tratamento de autoridade e o controle sobre as vidas indígenas marcaram mais um período de abusos. Uma das histórias colacionadas pela autora é a do ancião Edu Priprá:



“Em uma dessas que ele ganhava arma; tinha uma mulher chamada de Mbapla, na beira do rio pescando, ele mirou sua arma bem aonde estava ela com sua filha pequena, atirou bem na cabeça dela, essa arma tinha recém chegado então ele estava testando, ele testou sua arma pra ver se era boa arma, isso ele fazia com frequência quando recebia uma arma de fogo nova, mandada pelo governo, ele atirava nos índios, ou na canoa deles de propósito, só pra testar” (Edu Priprá em relato colhido por INGACLÃ, 2020, p. 27)

O resultado foi devastador para os indígenas, que buscaram no acordo a proteção ao seu povo e em retorno teve a violência, o trabalho forçado e o confinamento. Soma-se a esses episódios as epidemias, que também devastaram a população LaKlãnõ/Xokleng. A estimativa é que de 400 indígenas presentes na ocasião do contato, em 1.914, menos de 150 sobreviveram vinte anos depois. (WITTMANN, 2005)

A resposta do povo LaKlãnõ frente ao SPI foi resistir. Resistência esta que acabou sendo compreendida por Hoerhann como a insubordinação do trabalhador indígena; a visão estigmatizante do índio preguiçoso aparece constantemente em relatórios de Hoerhann para o SPI, mas como bem exposto por Wittmann (2005), o esquivo dos LaKlãnõ se fez presente como verdadeira tática de resistência.

A insatisfação era cada vez mais materializada na forma como cumpriam as ordens do Posto Indígena. Assim é que, 40 anos depois, através de uma denúncia formulada pelo indígena Brasília Lili Priprá, que se dirigiu até a sede do SPI no Rio de Janeiro para denunciar a situação dos LaKlãnõ e acabou sendo assassinado ao mando de Hoerhann, se inicia uma investigação dentro do SPI e Hoerhann é afastado do Posto Indígena Duque de Caxias em 1.954.

### **3. 2 Barragem Norte e as “greves” LaKlãnõ**

O ano era 1.957 quando o estado brasileiro decide desenvolver o projeto de contenção do Rio Itajaí. Mais tarde, na década de 70, a proposta se materializa na maior Barragem já construída no Brasil e parte da Terra Indígena LaKlãnõ é inundada pelas primeiras cheias.

No capítulo anterior, abordamos o processo de confinamento do povo LaKlãnõ através do contato e a instalação de um Posto Indígena pelo SPI. A partir daquele momento, os

indígenas LaKlãnõ, dentro da perspectiva tutelar adotada pelo estado brasileiro, vivenciaram o constante monitoramento do SPI. Por esta razão é que, ao longo das pesquisas bibliográficas sobre a construção da Barragem Norte, surgiu uma questão: como um empreendimento dessa magnitude, que traz consequências muitas vezes irreversíveis, foi construído em uma área que a Administração Pública já reconhecia, desde o contato, em 1.914, como área indígena?

A transposição do curso natural de um rio, por si só, é um processo que acarreta profundas mudanças ambientais. Conforme destacado por Ana Roberta Uglõ Patté em seu trabalho *Barragem Norte na Terra Indígena Laklãnõ*, a despeito da narrativa veiculada no âmbito internacional de que o Brasil adota energia de matriz energética limpa, os reservatórios de barragens: “produzem infinitos e irreparáveis impactos nos principais ecossistemas associados às bacias hidrográficas” (UGLÕ PATTÉ, 2015, p. 16). Acompanhados das mudanças no meio ambiente e no ecossistema, os impactos sociais passam a ser também predominantes, sobretudo em uma população que, até então, extraía a sua subsistência do cultivo da terra.

Vale lembrar que o plantio se inicia como atividade principal dos LaKlãnõ após a chegada do SPI, quando a população é confinada na área estabelecida pelo órgão, sendo um dos objetivos do aldeamento promover o trabalho agrícola entre as populações indígenas. Assim é que, sem nenhum tipo de consulta ou estudo de impacto socioambiental, instala-se a Barragem Norte e toda a área produtiva e fértil da região é destruída pelas enchentes:

A construção da Barragem Norte não apenas inundou as terras agricultáveis dos Laklãnõ como também os impulsionou a buscar uma nova alternativa de sobrevivência, pois quando já estavam se habituando à agricultura e à produção de alimentos no campo, viram suas lavouras e plantações todas inundadas pelas águas das cheias. Iniciou-se então a exploração de outros recursos naturais a começar pelo palmito e mais adiante a extração descontrolada da madeira. (UGLÕ PATTÉ, 2015, p. 25 *apud* FRAGA e KLUEGER, 2010, p.11).

A obra é oficialmente principiada em 1.972 pelo antigo Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS) e concluída vinte anos depois em 1.992. Trata-se de uma estrutura que pretende evitar as cheias nas épocas de intensas chuvas, especialmente nas cidades

de Itajaí e Blumenau, armazenando 357 milhões de metros cúbicos de água. Embora a construção esteja localizada no limite sul da TI LaKlãnõ, o que por si só já representaria um grave dano ao povo LaKlãnõ, quase 80% do lago é formado dentro da Terra Indígena (NDILI, 2015).

Os impactos têm início desde a instalação do canteiro de obras. A partir desse momento, muitos trabalhadores não-indígenas migram para a região e a movimentação no entorno é intensificada, dando ensejo à exploração ilegal dos recursos naturais. Essa interação, entre os trabalhadores e o povo indígena, introduziu, também, o consumo do álcool e do cigarro, além de ter promovido a transmissão de doenças entre a população indígena. A chegada dos não-indígenas foi ainda acompanhada do cristianismo neopentecostal, afetando parte dos costumes e tradições LaKlãnõ.

No que tange a ocupação territorial, diante das cheias, as consequências foram drásticas. Se a política do SPI era o aldeamento e a ocupação sedentária, as enchentes inevitavelmente impuseram a destruição desse modelo de territorialidade. Antes da primeira enchente, o povo LaKlãnõ era reunido às margens do Rio Itajaí-Açu e formava a aldeia Sede. Hoje, no pós-barragem, a comunidade foi fragmentada em dez aldeias. A mobilidade e a divisão espacial, que sempre foram presentes na territorialidade LaKlãnõ, transmudaram-se em divisões políticas dentro do território. Um dos fatores que demonstram essa divisão é a organização política dos caciques, eis que, até 1.979, os LaKlãnõ se organizavam na liderança de um cacique, e após a barragem, surgiram caciques regionais para cada aldeia. (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020 *apud* WERNER, 1985)

Em oposição às consequências danosas do empreendimento, os LaKlãnõ/Xokleng deram início a uma resistência política autodenominada de “greve”. As greves consistem em estratégias de luta que envolvem o deslocamento de todo o povo LaKlãnõ na localidade da barragem em defesa da demarcação da terra e das indenizações associadas aos impactos da Barragem. A movimentação provocada pelas enchentes acaba ganhando um novo significado: ocupar por direitos. Por outro lado, a alta mobilidade é também uma característica da territorialidade do povo LaKlãnõ, como explica Cruz Conceição (2020):

(...) É difícil situar as consequências espaciais do empreendimento sem parecer que a forma de ocupação do território da TI é exclusivamente um efeito da Barragem. Prefiro sugerir que se trata de uma complexa conjunção de fatores internos e externos à comunidade. Ao mesmo tempo, estes movimentos fazem parte da organização espaço-social deste povo e são uma estratégia importante de ocupação no contexto de um contínuo deslocamento territorial imposto mesmo depois do primeiro aldeamento a partir de 1914. (CRUZ CONCEIÇÃO, 2020, p. 59)

A partir dessa breve exposição, nos voltamos à pergunta que inicia este subcapítulo sobre a omissão do poder público frente à construção de um empreendimento em terra indígena. Para responder, precisamos nos situar historicamente no momento em que começam as negociações da obra. Quando o DNOS inicia a execução das obras, a terra é cedida pela FUNAI<sup>19</sup>, que considerou que a área integrava bem da União e poderia, portanto, ser transferida a outro órgão federal.

É característico da ditadura empresarial-militar a implementação de grandes empreendimentos em áreas indígenas e áreas de preservação ambiental. O efeito dessa política genocida, no caso dos LaKlãnõ, estende-se até os dias hoje. Com as enchentes provocadas pela contenção, a TI é atingida pelas cheias de três a quatro vezes no ano. Fora isso, a erosão provocada pelas águas tem cada vez mais colocado em risco as habitações locais. Assim, mais uma vez, o estado brasileiro contribui para a destruição de um território tradicional, desta vez à pretexto de conter as enchentes na região de Santa Catarina.

O órgão que, em tese, deveria defender os interesses dos povos indígenas, não fez qualquer tipo de reivindicação, pelo contrário. Assim, o que se percebe é que o poder público, materializado na figura da FUNAI, aliou-se ao ideal desenvolvimentista e ignorou a posse permanente dos povos indígenas e o usufruto exclusivo de suas terras, direito expressamente previsto na Constituição de 1.967, vigente à época das construções.

---

<sup>19</sup>Em 5 de dezembro 1.967, através da Lei nº 5.371/67, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi extinto e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi instituída.

Outra característica marcante da ditadura é que os projetos desenvolvimentistas são quase sempre acompanhados de uma política ambiental, muito similar à política indigenista, de reservar Unidades de Conservação (UCs) onde o meio ambiente não poderia ser impactado. Dois grandes problemas surgem dessa prática governamental: o primeiro deles é a sobreposição das UCs em terra indígena e o segundo é a perspectiva veiculada por essa política de que todo o Brasil pode ser explorado economicamente, com a ressalva de pequenas frações nas quais o meio ambiente deve manter-se intacto.

No caso do território tradicional LaKlãnõ, foram implementadas duas áreas de preservação ambiental: a Reserva Ecológica Estadual do Sassafrás (Decreto Estadual nº 2.221, de 4 de fevereiro de 1977) e a Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE) Serra da Abelha (Resolução nº 5, de 17 de outubro de 1990, referendada pelo Decreto Federal s/nº de 28 de maio de 1996).

Como se observa, a Reserva do Sassafrás é instituída em 1.977, cinco anos após o início das obras da Barragem. Essa lógica de compensar o que um grande empreendimento está prestes a destruir, às custas do direito territorial de um povo indígena, repercute atualmente na TI LaKlãnõ ao verificarmos, por exemplo, que a ação possessória que deu origem ao RE 1017365, objeto do presente trabalho, foi ajuizada pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA), administradora da reserva supracitada.

Conforme manifesto divulgado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) – Regional do Sul20, entidade ligada à defesa dos direitos indígenas, em 1.980, os LaKlãnõ ocuparam o canteiro de obras da Barragem e pressionaram a FUNAI pelas devidas indenizações. A mobilização política resultou em um Protocolo de Intenções assinado em 17 de julho de 1.981, entre o DNOS e FUNAI (Convênio 029/81) e prevendo uma série de medidas compensatórias. Seis anos depois, diante da inexecução das medidas, os órgãos decidem reiterar o convênio. Posteriormente, em 1.990, os indígenas realizam uma expressiva greve e ocupa

---

20CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Manifesto em defesa da luta do povo Laklãnõ/Xokleng contra os impactos da Barragem Norte. Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://cimi.org.br/2017/06/39642/>. Acesso em: 09/07/2021.

mais uma vez o canteiro de obras até o ano de 1.992, quando é firmado um novo Protocolo de Intenções entre a Secretaria de Desenvolvimento Regional, FUNAI e Governo do Estado de Santa Catarina:

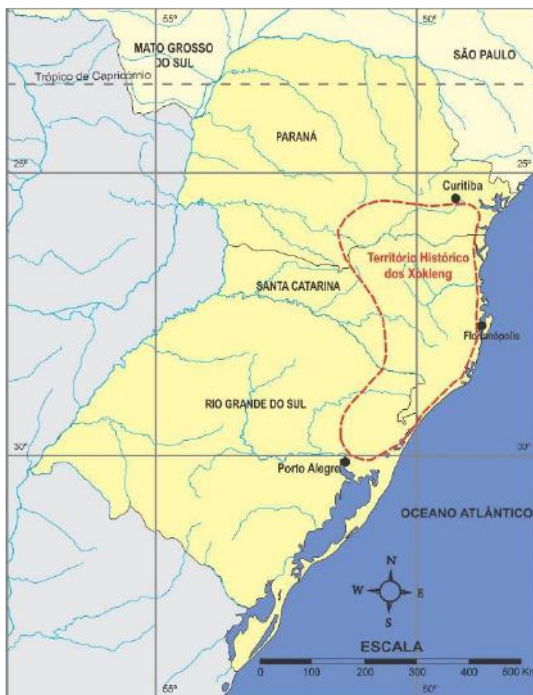
Pouco se cumpriu dos acordos, protocolos e convênios acima, pode-se dizer que apenas algumas casas foram construídas, foi instalada rede elétrica – que é direito de todo cidadão – e uma única ponte foi construída, mas que a qualquer cheia fica submersa. Diante de tamanho descaso, a comunidade indígena ingressou com uma Ação Judicial de n. 2003.72.05.00.6252-5. Em 15 de junho de 2007 a Juíza Federal Rosimar Terezinha Kolm condenou a União, a FUNAI e o Estado de Santa Catarina a cumprir o Protocolo de Intenções, pois considerou que parte das medidas não foram efetivamente cumpridas. O Estado e União recorreram e o processo encontra-se no Supremo Tribunal Federal. (CIMI SUL, 2017)

O povo LaKlãnõ é novamente atingido pelas fortes cheias ocorridas em 2014, quando sete das oito aldeias que compõem seu território ficam alagadas. A estratégia de ocupação por direitos se concretiza, e os LaKlãnõ ocupam a Barragem Norte. É firmado um “Acordo de Negociação” entre os órgãos federal, estadual, municipal e o Povo indígena Laklãnõ/Xokleng. Nove das onze cláusulas do acordo não foram cumpridas.

As greves se intensificam na década de 90 e a FUNAI reconhece a necessidade de estudar a ampliação da terra indígena publicando, então, em 1.988, relatório ampliando a TI LaKlãnõ/Ibirama para uma área de 37.108há. Com base no estudo formulado pelo órgão, é publicada Portaria Declaratória n. 1.128/2003 e a área ampliada pela FUNAI é reconhecida administrativamente. O fim de mais uma luta é, na realidade, o começo, vez que a portaria vira objeto de judicialização e o marco temporal é resgatado para deslegitimar o direito territorial LaKlãnõ.

Destaque-se que a ampliação ainda se demonstra extremamente reduzida se comparada à área que tradicionalmente era ocupada. Na imagem abaixo vemos dois mapas: o primeiro representa o território tradicional Xokleng no período que antecede o contato e o confinamento promovido pelo SPI, na segunda imagem vê-se o território que foi administrativamente reconhecido pela FUNAI em 2003:

**Figura 8:** Mapa da região sul do Brasil com destaque em vermelho para o Território Histórico LaKlãnõ/Xokleng



**Fonte:** Ndili, 2015, p. 13 *apud* Brighenti, 2012a, p.56

**Figura 9:** Mapa da região sul do Brasil com destaque em quadrado do território LaKlãnõ reconhecido pela FUNAI



**Fonte:** Instituto SocioAmbiental

Todo o exposto até aqui nos mostra que, não fosse a resistência política dos LaKlãnõ, o direito ao seu próprio território teria sido esquecido. O estado brasileiro, mediante reiteradas práticas, promoveu diversas violações que impuseram a esse povo reconfigurações dentro de sua terra.

O confinamento forçado, executado pelo SPI, a instituição de um modelo de subsistência pautado na agricultura e, após, a construção de uma Barragem de contenção de cheias dentro de um território tradicional, que periodicamente inunda moradias indígenas e destrói o solo fértil, todos esses conflitos chegam ao STF quando proprietários decidem contestar a redefinição dos limites da Terra Indígena Ibirama-LaKlãnõ. Veremos adiante como o Supremo tem se posicionado a respeito no Recurso Extraordinário n. 1017365.

#### **4. A DISPUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRIMAVERA INDÍGENA**

##### **4.1 Recurso Extraordinário 1.017.365 e Ação Cível Originária 1.100**

Em 5 de março de 2009, tem início na Seção Judiciária de Mafra, município localizado no sul de Santa Catarina, ação de reintegração de posse proposta pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) em face da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e dos “índios invasores”, qualificação utilizada pela autora da demanda. Nove anos depois, a referida ação transmuda-se no Tema 1031 do STF, através da atribuição de repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 1.017.365, interposto pela FUNAI.

A área em discussão corresponde a 80.006.00m<sup>2</sup> e está inserida na Reserva Biológica do Sassafrás, administrada pelo IMA. Localizada no distrito de Itaió, em Itaiópolis/SC, a área integra território indígena abrangido pelos efeitos da Portaria Declaratória nº 1182/2003, do Ministério da Justiça, que declarou a terra como sendo de posse permanente dos povos LaKlãnõ/Xokleng, Kaingang e Guarani.



Após intensa mobilização indígena, conforme já mencionado no capítulo anterior, o Ministério da Justiça, em 2003, publicou portaria redefinindo os limites da Terra Indígena Ibirama/LaKlãnõ em 37 mil hectares. O ato, no entanto, foi recebido com forte reação dos ruralistas que ajuizaram Ação Cível Originária – ACO 1.100 – com vistas a anular a referida portaria.

Vamos nos ater prioritariamente à ação que chegou ao STF com repercussão geral reconhecida, mas pincelando, ao final, alguns pontos relevantes referentes à ação civil originária, também de suma importância para nossa análise. Feito este adendo, reiteramos que a disputa judicial sobre a Terra Indígena Ibirama/LaKlãnõ se consubstancia em duas ações distintas: a ACO 1.100, que visa anular a Portaria Declaratória nº 1182/2003, e o RE 1.017.365, que na origem é ajuizado como ação de reintegração de posse nº. 2009.72.14.000168-0, na Vara Federal de Mafra/SC.

Sobre o recurso extraordinário, inicialmente, a tese de defesa da FUNAI e da própria União Federal era de que a posse, a qual o IMA pretendia reintegrar estaria, na verdade, incidindo sobre terra indígena abrangida pelos efeitos da portaria. De um lado, se tinha a ocupação dos LaKlãnõ, fundamentada na declaração administrativa da FUNAI de que a área era terra indígena. De outro lado, residia a posse do IMA, esta exercida em função do registro de propriedade anterior à declaração administrativa da FUNAI.

Por esta razão, FUNAI e União Federal, defenderam, em sede de preliminar, a incompetência da justiça federal para julgar o feito, eis que, no momento que a ação de reintegração havia sido proposta, a ACO 1100 – que versava sobre a declaração administrativa da área como terra indígena – já estava tramitando no STF.

Entretanto, a sentença não acolheu a preliminar de incompetência, entendendo que não havia conexão entre a ação de reintegração de posse e a ACO 1100, pois aquela não era dirigida contra os atos de demarcação da TI. No mérito, entendeu que a posse do IMA estaria

comprovada através do Registro de Imóveis e, por conseguinte, a turbação também restaria verificada, pois não haviam elementos que comprovassem a posse dos indígenas:

A competência para julgar o feito é deste juízo e não do Supremo Tribunal Federal, pois inexistente conexão desta demanda, que, como deflui da petição inicial, não é dirigida contra os atos de demarcação da Reserva Indígena Ibirama-LaKlãnõ, com a ação cível ordinária nº 1.100, ajuizada contra a União e a FUNAI para obter anulação da Portaria 1.128/2003 do Ministro da Justiça e demais atos administrativos correlatos que ratificam a nova demarcação de área e os limites da reserva indígena.

(...)

A autora comprovou a propriedade das glebas invadidas pelos silvícolas, por intermédio da certidão de Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC (fls. 11/12), e efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental, fato esse, ademais, não impugnado pelos réus.

(...)

Outrossim, não há elementos que permitam inferir que as terras referidas na petição inicial sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, na forma do art. 231 da Constituição da República, máxime porque quem as vem ocupando, ainda atualmente, para fins de preservação ambiental, como visto, é a parte autora. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin)

Embora a sentença afirme que a ação de reintegração de posse não incidia sobre os atos de demarcação, a área a que o IMA pretendia reintegrar foi declarada como terra indígena. Assim, ainda que a posse indígena fosse questionável, a competência para ilidir o questionamento seria do juízo prevento no qual a legalidade da portaria declaratória estava sendo discutida. Ademais disso, a conclusão de que a propriedade do instituto estaria comprovada através da certidão do RGI ignora importante comando constitucional sobre atos negociais em terras indígenas, a saber:

Art. 231, §6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (BRASIL, 1988)

Logo, a referida certidão, no caso concreto, não atesta propriedade. Seria necessário, antes de tudo, que o autor comprovasse que a área não se tratava de terra indígena. Daí advém a necessidade de prevenção entre a ação de reintegração de posse e a ACO 1100.

Ainda sobre a posse do IMA e a Reserva do Sassafrás, se consideramos que a instituição de Unidades de Conservação em terras indígenas era prática comum durante a ditadura militar e que a posse do instituto sobre a área se dá a partir de 1.977, surge mais um questionamento sobre o registro dessa propriedade, isto é, se é possível conferir legitimidade a um título de propriedade negociado dentro desse contexto.

Outro ponto a ser discutido na sentença é o uso do termo “silvícolas”, que parece perdurar dentro do Poder Judiciária. A despeito do regime tutelar ter sido extinto com a CRFB/88, não raro, encontramos o termo em outras decisões judiciais, fazendo referência ao termo utilizado pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73). Contudo, a expressão é associada ao estigma do “selvagem” “aquele que habita a selva”. Sobre a problemática que carrega o termo, destacamos um trecho de Lacerda (2008):

A expressão “silvícola”, ou seja, “habitante da selva” havia sido introduzida pelo Código Civil de 1916 (Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916), como representação de um conceito de “índio” ainda não assimilado à sociedade envolvente. Na qualidade de “silvícolas”, os índios eram incluídos entre os “incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer”, posição onde também se encontravam os pródigos e os jovens entre 16 e 21 anos (art. 6º).

Na visão do Código Civil de 1916, esta incapacidade cessaria à medida em que os índios fossem se “adaptando à civilização”. Assim, a condição de “silvícola” seria transitória, tendendo a ser substituída por uma nova condição, a de participante da civilização brasileira. (...) (LACERDA, 2008, p. 14)

A sentença, no entanto, foi mantida em sede recursal. FUNAI e União Federal interpuseram recurso de apelação e o TRF4 entendeu por manter a sentença, inclusive o ponto sobre a inexistência de conexão entre as duas ações. É neste momento processual que a ação de reintegração de posse chega ao STF. Momento no qual a FUNAI decide interpor recurso extraordinário em face do acórdão.

Assim que o recurso é distribuído, o Min. Ricardo Lewandowski submete os autos à análise da Presidência do STF, verificando a conexão do feito com a ACO 1100, de relatoria do Min. Edson Fachin. O recurso é, então, redistribuído por dependência, e as duas ações passam a tramitar em conjunto.

Vale dizer que é também neste momento, isto é, quando o recurso é distribuído por dependência, que o Povo LaKlãnõ toma conhecimento da ação de reintegração de posse. Nos autos da ACO 1100, os LaKlãnõ já vinham se manifestando, porém, no que tange a ação de reintegração de posse proposta pelo IMA, não houve a citação dos indígenas.

No âmbito do direito processual civil, a não citação da parte de ré é vício processual grave, que pode ocasionar, inclusive, a nulidade do processo. Para além disso, a CRFB/88 estabelece no art. 232 a legitimidade dos “índios, suas comunidades e organizações” para ingressar em juízo. No entanto, não é incomum encontrarmos decisões que não admitem o ingresso dos povos indígenas. A título de exemplo, destacamos decisão proferida no caso da Terra Indígena Limão Verde/MS dos Terena:

1. Trata-se de petição (fls. 3.157/3.163) protocolada pela Comunidade Terena, representada pelos seus caciques, em que se alega a nulidade do processo, tendo em vista não terem sido citados para integrar o polo passivo da lide. Alega que, na PET 3.388, o Min. Ayres Britto proferiu voto no sentido de que era necessária a citação de entidades representativas das etnias presentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo. No mais, tece considerações acerca dos fundamentos do acórdão que deu provimento ao agravo regimental. Requerem, ao final, em síntese, a declaração de nulidade do processo, em razão da ausência de pressuposto processual relativo à presença da Comunidade Terena no polo passivo da ação.

2. Diversas são as razões hábeis a fundamentar o indeferimento do pedido. Em primeiro lugar, a Comunidade Terena não goza da qualidade de parte no presente processo, uma vez que, em momento algum, requereu seu ingresso na lide, não tendo, portanto, legitimidade para pleitear o reconhecimento de nulidade no processo. De outro lado, o voto citado na petição, no sentido de que seria necessária a citação das comunidades indígenas do território objeto da lide, foi proferido na PET. 3.388 pelo Min. Marco Aurélio, e não pelo relator do processo, Min. Ayres Britto, não representando a solução aplicada ao caso. Com efeito, ao decidir questão de ordem relativa a essa matéria na PET 3.388, o Pleno acolheu a manifestação do relator no sentido de admitir “a Fundação Nacional do Índio – FUNAI (petição n. 62.154), a Comunidade Indígena Socó (petição n. 70.151) e a Comunidade Indígena Barro e outras (petição n. 68.192), na posição de assistentes da ré, que, no caso, é a União. Todos eles recebendo o processo no Estado em que se encontra”. Não há que se falar, portanto, em litisconsórcio passivo necessário. Registre-se que a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001/73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal. É de salientar que ambos os órgãos interpuseram recursos em favor da Comunidade Terena.

3. Diante do exposto, indefiro o pedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição no Agravo Regimental 803.462/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, jul. 19.05.2015) (Grifou-se)

O caso da TI Limão Verde/MS é ainda mais grave quando se leva em consideração que a portaria homologatória de demarcação foi anulada dez anos após sua publicação, com base no marco temporal e sem a citação dos Terena, os mais atingidos pelos efeitos da decisão, representando verdadeira negativa de acesso à justiça após a anulação de uma demarcação há anos consolidada.

Em outro julgado no qual se discutia a demarcação dos Guarani da TI Morro dos Cavalos, o professor José Afonso da Silva ofertou importante parecer sobre a legitimidade processual dos povos indígenas, corroborando com o entendimento de que o interesse processual, nestes casos, advém da Constituição da República, e se for preciso qualificar tal interesse nas categorias processuais, essa categoria é de litisconsórcio necessário:

A decisão do Douto Relativo não atende o comando do art. 232 da Constituição, porque esse dispositivo não está sujeito às qualificações ou determinações da lei processual em que se baseou a decisão. Quer dizer, o ingresso dos índios, suas comunidades e organizações em juízo em defesa de seus direitos e interesses é direito constitucional e não direito processual. Desde que tenham direito ou interesse a defender no processo, o art. 232 da Constituição garante seu ingresso no processo para operar essa defesa sem considerações de qualificações da lei processual, ou seja, sem limitações de qualquer natureza.

(...)

E se chama isso de interesse apenas mediato ou reflexo? O prejuízo é imediato e direto, logo o direito ou interesse em evita-lo é também imediato e direto. Ora, o art. 232 da Constituição, ao conferir legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo na defesa de seus direitos ou interesses, conferiu correlativamente todos os poderes para que essa defesa seja real e eficaz. Se isso precisa ter uma qualificação processual, só pode ser a de litisconsórcio necessário passivo. Fora disso, é desrespeitar a regra constitucional. (SILVA, José Afonso. Parecer ofertado no bojo da Ação Cível Originária 2.323 DF)

No segundo capítulo deste trabalho, citamos recente julgado do STF que, por unanimidade, admitiu ação rescisória, proposta pelos Guyraroká, do Povo Gurani-Kaiowá, em face de decisão que havia negado a demarcação com base no marco temporal. Dentre os argumentos acolhidos, a não citação dos povos nos autos do processo que discutiu a constitucionalidade da demarcação foi um dos fundamentos para admissão da ação rescisória, o que demonstra que a jurisprudência do Supremo foi uníssona em acolher a tese do litisconsórcio passivo necessário dos povos indígenas.

Assim, não surpreende a ausência de citação dos LaKlãnõ nos autos da ação de reintegração de posse, embora a não citação dos povos indígenas no processo – ainda que pendente discussão sobre se tratar de posse indígena ou não – é um retrocesso em relação ao compromisso firmado pelo CRFB/88 de atribuir plena legitimidade aos povos indígenas. É com base nesses entendimentos que os LaKlãnõ, representados por seus caciques, apresentam petição nos autos do RE 1017365 requerendo o seu ingresso no feito na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, e o pedido é deferido pelo Min. Edson Fachin:

(...) 2. Em Petição 22880/2019, a Comunidade Indígena Xokleng, da Terra Indígena Ibirama Laklaño, requer o ingresso no feito, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, na fase em que se encontra o processo.

De fato, da redação do artigo 232 da Constituição Federal, deduz-se que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”.

Isso, em decorrência de todo o arcabouço constitucional, que retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.

No caso em tela, trata-se de recurso extraordinário em face de acórdão que confirmou a sentença de reintegração de posse de área incluída em demarcação administrativa de terra indígena.

Logo, qualquer decisão a ser proferida no presente feito, tem o potencial de atingir a esfera de direitos dos índios da Comunidade Indígena Xokleng, da Terra Indígena Ibirama Laklaño, uma vez que a demarcação administrativa das terras reconhecida pela FUNAI e pela União ocorreu em seu favor.

Sendo assim, defiro o pedido de inclusão da Comunidade Indígena Xokleng no feito, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, como requerido, devendo ser retificada a autuação do processo. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin) (Grifou-se)

Em 2019, uma importante decisão é proferida nos autos do processo: por unanimidade, o Plenário do STF reconhece a repercussão geral do recurso. Em sua fundamentação, o Supremo destacou que a questão a respeito do estatuto jurídico das terras indígenas ainda não havia sido pacificada, e mencionou, expressamente, que a tese não se aplica de maneira automática para as demais demarcações, confirmando o que já vinha sendo dito pelo movimento indígena e seus aliados de que a tese do marco temporal não possui caráter vinculante. A seguir, transcrevemos alguns pontos importantes da decisão:

A questão posta, qual seja, “a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante, apresentando peculiaridades e questões que denotam a importância de sua análise de mérito por esta Corte, depreendendo-se da leitura do acórdão guerreado a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional na presente hipótese.

(...)

De fato, entre os anos de 2008 e 2009, esta Corte debruçou-se sobre o caso Raposa Serra do Sol, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, tentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão étnica e social.

(...)

Contudo, no julgamento dos embargos declaratórios, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, como se depreende da ementa do referido julgado:

(...)

Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País.

Assim, e sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, compreendo ser oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição – e, como já manifestei em oportunidade anterior, na qualidade de direitos fundamentais dos índios – possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5109720>. Acesso em: 16/08/2021) (Grifou-se)

Em relação à ACO 1100, como já dito, o objeto é a anulação do procedimento de demarcação da TI e da consequente Portaria n. 1128/03, que redefiniu os limites do território. A discussão sobre a constitucionalidade da demarcação está sustada, tendo em vista a reunião desta ação com aquela em que o recurso extraordinário teve repercussão geral reconhecida, mas ponto que extrapola a discussão sobre a constitucionalidade da demarcação, embora também com ela se relacione, é sobre as terras que foram titularizadas a pequenos agricultores inseridos na área destinada à demarcação.

FUNAI, União Federal e a Comunidade Indígena Xokleng/LaKlãnõ apresentaram distintas propostas conciliatórias nos autos. A defesa dos LaKlãnõ propôs a possibilidade de reassentamento ou indenização por ato ilícito dos agricultores com títulos de boa-fé, conquanto a União se opôs a indenizar com base no valor da terra nua, propondo o pagamento somente pelas benfeitorias realizada, na forma do art. 231, §6º da CRFB/88. Na mesma esteira, a FUNAI entende serem indenizáveis somente as benfeitorias, e que eventual indenização pelo valor da terra nua seria responsabilidade do Estado de Santa Catarina. A despeito das propostas, não houve acordo, portanto, o tema está pendente de resolução através da decisão do recurso pelo STF.

Extrai-se da ACO 1100 também importantes pontos discutidos pelo Supremo ao decidir sobre pedido de tutela provisória incidental, formulado pelos LaKlãnõ/Xokleng, com vistas a suspender o Parecer n. 001/2017 da AGU, que assim dispôs:

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

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR). (BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer Normativo nº 001/2017/GAB/CGU/AGU. Brasília: Advocacia Geral da União, 20 de jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>. Acesso em: 26/08/2021)

Em tese, os pareceres da AGU aprovados e publicados por despacho presidencial vinculam toda a Administração Federal, é o que dispõe a Lei Complementar nº 75/1993. Nota-se que a pretensão do ato da AGU foi a de aplicar, em caráter vinculante, um entendimento supostamente pacificado pelo STF.

Consoante o que já discutimos neste capítulo, com a repercussão geral reconhecida no RE 1017365, houve a sustação da discussão a respeito do estatuto jurídico das terras indígenas.



Porém, reportagem veiculada pelo jornal Folha de S. Paulo divulgou que o Ministro da Justiça, à época o ex-Juiz Federal Sergio Moro, havia devolvido 17 procedimentos de demarcação à FUNAI com base no Parecer n. 001/201721, ou seja, aplicando as condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol, inclusive a tese a do marco temporal.

A tutela provisória requerida pelos LaKlãnõ foi parcialmente concedida pelo Min. Edson Fachin, que suspendeu a aplicação do parecer somente em relação à TI Ibirama. Em que pese ter sido parcialmente favorável, pois o pedido era sustar a aplicação do ato para todas as demarcações indígenas, a decisão do ministro novamente reiterou que a decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol não está revertida de efeito vinculante e, ainda, afirmou que o perigo do dano estaria caracterizado uma vez que o parecer vinha sendo aplicado pelo Ministério da Justiça para paralisar demarcações.

Com o avanço da pandemia do coronavírus a situação de risco que se avizinhava para as populações indígenas, o Povo Xokleng e seus *amicus curiae*<sup>22</sup> aliados ao movimento indígena, requereram, nos autos do RE 1017365, a suspensão de todos os processos judiciais em curso que versassem sobre anulação de demarcações e o pleito foi deferido pelo Min. Edson Fachin. Dentre as razões da decisão, destacamos os seguintes trechos:

Retornando ao tema ora posto em análise, é notório que os indígenas, desde as primeiras incursões em terras brasileiras, sofreram com as doenças trazidas, e que essas moléstias foram responsáveis, até recentemente, por dizimarem etnias inteiras pelo interior do País, dada a falta de preparo do sistema imunológico dos índios às enfermidades.

(...)

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse agravam a situação dos indígenas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus.

---

<sup>21</sup>VALENTE, Rubens. Moro usa parecer de Temer e trava demarcação de 17 terras indígenas no país. **Folha de S. Paulo**. 28.jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/moro-usa-parecer-de-temer-e-trava-demarcacao-de-17-terras-indigenas-no-pais.shtml>. Acesso em: 26/08/2021.

<sup>22</sup>Lista de *amicus curiae* com ingresso deferido nos autos constante no Anexo 2.

(...)

Assim, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, determino, nos termos do pedido, a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5109720>. Acesso em: 16/08/2021)

A suspensão dos processos judiciais é uma conquista do movimento indígena e o que se espera é que o STF decida definitivamente sobre o caso. O processo já está pronto para ser julgado e já foi incluído e retirado de pauta diversas vezes. A expectativa é grande não só para os LaKlãnõ, que tiveram seu procedimento demarcatório paralisado em virtude da judicialização, mas também para os demais povos indígenas, que também estão vivenciando disputas sobre seus territórios relacionadas à aplicação da tese do marco temporal.

#### **4.2 Primavera Indígena e o Poder Judiciário: o futuro é originário!**

O dia era 23 de agosto de 2021 quando seis mil indígenas ocuparam Brasília na maior mobilização indígena desde a Constituinte de 1.988. O acampamento “Luta Pela Vida”, instalado ao lado da Esplanada dos Ministérios, foi montado para acompanhar o julgamento do RE 1017365, em defesa do direito à demarcação e contra a tese do marco temporal. No final da tarde do dia 26 de agosto, o julgamento é suspenso pela quarta vez.

Neste subcapítulo pretendemos analisar a relação entre o poder de mobilização dos povos indígenas e sua relação com o Poder Judiciário. Sabemos que os movimentos indígenas detêm uma capacidade de organização política histórica, exemplo emblemático disto foi o movimento pela Constituinte em 1.987/88. Nos últimos anos, a luta não tem sido diferente: por todo o Brasil, os povos indígenas têm se movimentado pela efetivação de seus direitos através das mais diversas estratégias de mobilização.

Em paralelo, o Poder Judiciário tem sido o campo no qual se instauram a maioria dos conflitos possessórios envolvendo terras indígenas. A judicialização das demarcações tem o posto em um lugar muito específico. Diante disso, pretendemos investigar possíveis desdobramentos da mobilização indígena nas decisões judiciais, em especial, no STF. Para isso, vamos caminhar pela bibliografia e pela entrevista realizada com o advogado indigenista, Rafael Modesto, sobre quem falaremos mais a seguir.

Em 1.987/88, o movimento indígena ocupou Brasília para garantir que seus direitos estivessem previstos na Constituição da República, o que resultou no atual texto constitucional. Aquele momento nos trouxe importantes reflexões, em especial, como a constitucionalização dos direitos indígenas foi uma conquista dos povos e como a articulação é importante dentro das relações de poder que se perduram no Poder Legislativo. Sobre isso, cito o trecho da fala de Kretã Kaingaing, liderança indígena da TI Mangueirinha, durante uma audiência pública realizada no Senado Federal em 2018:

A todo momento esta Casa muda os artigos pros interesses econômicos, interesses particulares de quem quer usurpar o estado brasileiro. Nós só temos 2 artigos lá dentro, que nossos avós construíram assim como os avós da sociedade brasileira também construiu. Por esses dois artigos nós somos capazes de morrer e dar nossas vidas e vocês tem uma Constituição inteira de direitos e vocês não defendem, mas nós os indígenas somos capazes de dar nossas vidas por dois artigos: o 231 e 232.<sup>23</sup>

Foi através da organização política que os povos indígenas no Brasil e no restante da América Latina trouxeram um novo significado ao constitucionalismo e apresentaram um conceito de república pluriétnica, exigindo o respeito às diferentes formas de organização social existentes. Trinta e três anos depois, o que temos visto são os direitos indígenas serem colocadas em questionamento pelos poderes.

No âmbito do Poder Judiciário, a tese do marco temporal é um desses questionamentos, na medida em que limita temporalmente um direito constitucionalmente previsto e pensado para

---

<sup>23</sup>Transcrição realizada pela autora da fala da liderança Cacique Kretã Kaingaing durante Audiência Pública Pública realizada no dia 23/04/2018 sob o tema de: “Aliança dos povos indígenas, fortalecendo a autonomia” puxada pelo Senador Federal Paulo Paim-PT, na Comissão de Direitos Humanos. A audiência fez parte da programação do Acampamento Terra Livre 2018, evento no qual a autora compareceu.

ser originário. Mas também poderíamos citar outros obstáculos aos direitos indígenas em outros poderes. No âmbito do Poder Legislativo, além de vários outros Projetos de Lei que pretendem alterar os arts. 231 e 232 da CRFB/88, destacamos o PL 490/200724, que pretende instituir o marco temporal no Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73). No Poder Executivo - que tem um importante papel nas demarcações, já que o ato que homologa a demarcação é privativo do Presidente da República - a atual gestão tem uma agenda manifestamente anti-indigenista, seja não demarcando terras indígenas, seja favorecendo o agronegócio destituindo políticas ambientais.

É diante de todas essas relações de poder que o Judiciário é colocado como uma zona de interferência entre os interesses dos povos indígenas e a manutenção do *status quo*, da propriedade privada e do conservadorismo hegemônico (MOREIRA, 2014). Esse fenômeno, porém, comporta duas faces distintas: de uma face, os ruralistas e a estratégia de paralisar os procedimentos demarcatórios através das judicializações (ELOY AMADO, 2014). De outra face, os povos indígenas, organizados a partir de suas demandas específicas, mas que junto conseguem mobilizar o Poder Judiciário e a sociedade brasileira, como se tem visto nos últimos dias sobre o julgamento do RE 1017365.

A partir desses pontos, surgiu a necessidade de entrevistarmos pessoas envolvidas na disputa sobre o direito territorial dos LaKlãnõ. Foi quando conseguimos contatar o advogado Rafael Modesto, que nos concedeu uma entrevista. O método utilizado na entrevista foi de roteiro semiestruturado, com perguntas predeterminadas, mas permitindo que o entrevistado pudesse discorrer com maior liberdade sobre os pontos.

O advogado Rafael Modesto é do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra do interior de São Paulo, tendo se formado na primeira turma de direito para beneficiários da Reforma Agrária na Universidade Federal de Goiás, a turma Evandro Lins e Silva. Ele tem

---

24BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 490 de 2007, de 20 de março de 2007. Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>. Acesso em: 02/09/2021.

atuado no Conselho Indigenista Missionário (CIMI) desde o início de 2014. Sua atuação no CIMI é voltada para a assessoria jurídica dos povos indígenas nos casos que a entidade acompanha, sendo um deles o caso dos LaKlãñõ.

Alguns pontos apresentados por ele na entrevista corroboram com a pesquisa bibliográfica e outros trazem novos olhares, especialmente no que tange a relação entre Judiciário e o movimento indígena. Uma das perguntas feitas ao entrevistado era se a resistência e a mobilização indígena frente a disputa judicial sobre a aplicação da tese do marco temporal impactam no posicionamento do Poder Judiciário. Sobre isso, ele respondeu:

Olha, eu acho que o Judiciário às vezes se movimenta com as posições da sociedade e nós vemos que os povos indígenas têm se organizado, estão vindo à Brasília na semana que vem para acompanhar o julgamento, e nós vemos que a sociedade tem se sensibilizado porque quando você sensibiliza a sociedade, você também consegue sensibilizar os julgadores, por mais isentos que sejam. E aí nós temos o movimento indígena organizado, com apoio das organizações indígenas, como o CIMI, por exemplo, e com um vasto apoio da sociedade, de intelectuais, de artistas, de outros atores, do campo científico e das universidades, e estes atores estão presentes dentro do processo judicial também, ou fora do processo judicial, mas dialogando com o Judiciário. E por outro lado, tem as forças econômicas, em especial, o agronegócio tencionando. Nós acreditamos que essas duas forças, também o setor econômico - quem sabe se principalmente muito mais no cenário político de hoje - o poder econômico tem uma influência maior. Mas no caso dos povos indígenas, dada a sua situação de vulnerabilidade e a necessidade de manutenção desses sistemas culturais - também não são só culturais, são jurídicos, econômicos, dos povos, cada um tem os seus sistemas, reconhecido pela Constituição Federal, quando fala de “organização social” que ali está o estado plurinacional, a multiculturalidade - então isso também sensibiliza muito a necessidade de garantir aos povos indígenas sobreviver no seu território de acordo com seus usos e costumes e isso é importante destacar: o impacto das demarcações nos estados é muito pequeno.<sup>25</sup>

De fato, desde que o julgamento do RE 1017365 foi colocado em pauta, vê-se intensa mobilização da sociedade a respeito da tese do marco temporal. O movimento tem conseguido chamar a atenção não só de artistas e pesquisadores, mas também da imprensa. No final de agosto, quando o caso estava previsto para ser julgado pelo STF e os povos indígenas instalaram o acampamento “Luta pela Vida” em Brasília, a imprensa noticiava a mobilização, que ganhou destaque, inclusive, no Jornal Nacional da Rede Globo transmitido em 26 de agosto de 2021.

---

<sup>25</sup>Entrevista concedida de forma remota pelo advogado Rafael Modesto à autora em 16/08/2021.

Outra questão levantada pelo entrevistado foi sobre o arrefecimento gradativo da tese do marco temporal no pós-Raposa Serra do Sol. Analisando as decisões judiciais sobre terras indígenas no Mato Grosso do Sul, estado que concentra a segunda maior população indígena do Brasil, Eloy Amado e Alfinito (2020) demonstram a drástica mudança nas decisões no ano de 2010. Segundo os autores, esse aumento não foi ocasional:

Essa situação mudou drasticamente a partir de 2010. Entre 2010 e 2013, não houve nenhuma decisão validando e nem sequer permitindo o prosseguimento dos procedimentos demarcatórios instruído pela Funai. Das decisões proferidas neste período - uma pelo Ministro Gilmar Mendes, outra pela Primeira Seção do TRF3 e outras três por juízes de primeiro grau – foram todas no sentido de suspender ou anular a demarcação de terras indígenas. Houve ainda uma decisão, do Ministro Marco Aurélio, deferindo liminar em favor dos proprietários da terra disputada para que eles pudessem ficar na posse do imóvel até a decisão final do processo.<sup>12</sup> E não é por acaso que essa tendência surge logo depois do julgamento da Pet. 3.388 e do enunciado do marco temporal. Em cada uma dessas decisões, o marco temporal foi aplicado para impedir o prosseguimento da demarcação das três terras Terena, já que as comunidades Terena alegadamente não ocupavam aquele território na data da promulgação da Constituição Federal de 1988. (ELOY AMADO E ALFINITO, 2020, p. 12)

O estudo demonstra que após o julgamento da TI Raposa Serra do Sol, houve um aumento na aplicação da tese. Contudo, a aplicação da tese não pôs fim à situação de conflito dentro das terras indígenas. Em parte, porque as populações indígenas permaneceram na luta por suas terras, conforme explica o entrevistado:

(...) Eu acompanhei, no pós- raposa, desde os embargos, a aplicação do marco temporal pela Segunda Turma e depois o arrefecimento no STF dessa tese, porque os povos ocuparam literalmente o Supremo. Eu fui muitas vezes, pelo menos uma vez por semana, às vezes duas, ao Supremo, com povos distintos e comunidades distintas, entregar material, documento, memorial, carta, vídeo, foto, e ía para as turmas e pro plenário, sentava lá com seus trajes tradicionais e dizia "estamos aqui".<sup>26</sup>

Ainda sobre o estudo realizado por Eloy Amado e Alfinito (2020), a resistência indígena aparece como fator de influência na mudança do posicionamento do Judiciário, corroborando com a perspectiva apresentada pelo entrevistado:

---

<sup>26</sup>Entrevista concedida de forma remota pelo advogado Rafael Modesto à autora em 16/08/2021.

Essa situação de resistência e luta indígena, aliada à escalada e difusão de conflitos fundiários, contribuiu para um segundo processo mudança de posicionamento do Poder Judiciário no âmbito das ações possessórias. Tal mudança não ocorreu imediatamente depois dos eventos de 2013, mas em 2014 e, principalmente em 2015, notamos uma modificação sistemática da tomada de decisão no âmbito do judiciário, principalmente na Primeira Instância. A partir desse ano a Justiça Federal se torna mais cautelosa ao aplicar o marco temporal e ordenar a reintegração de posse contra os indígenas. Ela se torna também mais sensível quanto às causas do conflito sobre o qual se está decidindo e sobre as necessidades dos atores nele envolvidos. (ELOY AMADO E ALFINITO, 2020, p. 23)

Mais uma vez, a capacidade de organização política do movimento indígena se faz presente. Tais conclusões nos levam para um segundo questionamento: quais seriam os rumos do julgamento da Pet. 3.388 se os povos indígenas não tivessem ocupado o plenário do STF em 2008? Ou, ainda, em que situação estariam as terras indígenas hoje se o movimento não tivesse respondido à aplicação da tese após o julgamento do caso? Nunca saberemos a resposta exata, mas o que podemos concluir até aqui é que a luta e a resistência indígena sem dúvidas puseram freios ao projeto político de extermínio que visava a tese do marco temporal.

Nesse sentido, a pandemia do coronavírus e a demora na vacinação da população brasileira, acabou por prejudicar os movimentos sociais no aspecto da mobilização. No caso do movimento indígena, a agenda anti-indígena ia sendo colocada em prática, enquanto as articulações presenciais eram impossibilitadas devido ao risco de contágio:

Retirou dos povos a capacidade, por um bom tempo, de mobilização. O central na luta dos povos é a mobilização, a sensibilização dos julgadores, e aí amarrou o povo, engessou o povo nas suas terras, aí com a vacinação prioritária a esses grupos, aos povos indígenas, eles conseguiram um pouco mais de mobilidade, inclusive voltar à Brasília, porque um grande trunfo dos povos é a mobilização, tá presente e conseguir tá presente nos espaços. (...) Agora que eles estão conseguindo, com a vacinação, com a segunda dose, a se organizar e poder voltar à Brasília para dizer sobre seus direitos e dizer não para o marco temporal, mas a pandemia trouxe um prejuízo político muito grande aos povos, com certeza.<sup>27</sup>

Com o aumento da vacinação e a eminência do julgamento do caso, cresciam as mobilizações pelo Brasil. Além da mobilização nas ruas, os povos indígenas também buscavam

---

<sup>27</sup>Entrevista concedida de forma remota pelo advogado Rafael Modesto à autora em 16/08/2021.

mobilizar as redes sociais, buscando apoio de artistas, pesquisadores, parlamentares etc. A hashtag “#Marcotemporalnao” ocupou as redes sociais, enquanto os povos ocupavam as ruas.

Foram quatro adiamentos até o início do julgamento em 2 de setembro de 2021. Acompanhando atentamente às movimentações do STF, os últimos dias do mês de agosto foram marcados por uma intensa mobilização em Brasília do movimento indígena e seus aliados. A “Primavera Indígena”, conforme veiculado pelo site oficial da APIB, permanecerá por todo o ano de 2021. Após as mobilizações para o julgamento, foi dado início à II Marcha das Mulheres Indígenas de 7 a 11 de setembro de 2021. Colaciono abaixo algumas imagens do Acampamento Luta Pela Vida 2021, extraídas da página oficial da APIB:

**Figuras 10 e 11:** Povo LaKlãnõ/Xokleng durante mobilização do Acampamento Luta pela Vida



**Fonte:** Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)

**Figura 12:** Delegações acompanhando o julgamento do RE 1017365



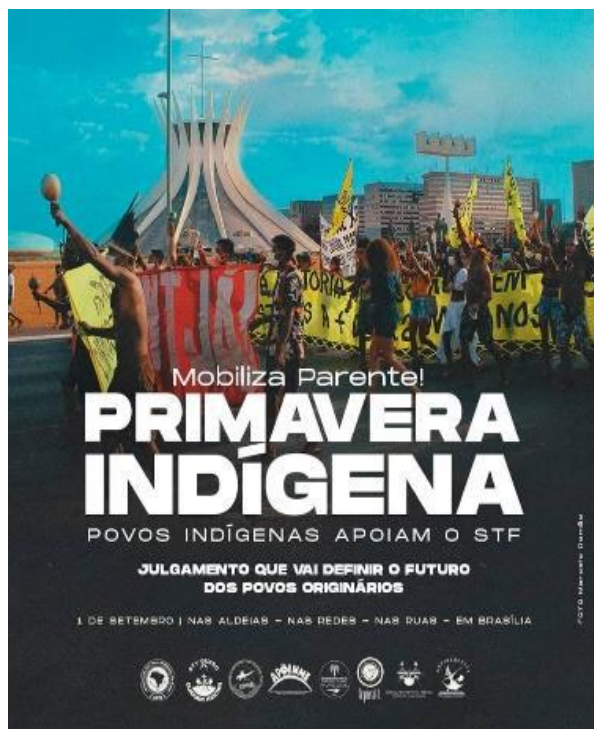
**Figura 13:** Delegações se dirigindo ao STF



**Fonte:** Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)

**Figura 14:** Convocação da APIB para as mobilizações da Primavera Indígena





**Fonte:** Articulação dos Povos Indígenas (APIB)

Em meio a esse cenário de intensa mobilização dos povos indígenas e seus apoiadores nas redes e nas ruas que foi dado início ao julgamento do RE 1017365. Assim, enquanto o movimento indígena coloria as ruas de Brasília e sensibilizava a sociedade através das suas reivindicações, o Supremo Tribunal Federal se preparava para sanar a discussão sobre a tese do marco temporal no Poder Judiciário.

#### **4.3 Os desdobramentos do caso e o pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes**

As sessões de julgamento tiveram início no STF em setembro de 2021. As atenções estavam voltadas ao Supremo, prestes a votar um caso decisivo na vida dos mais de 300 povos indígenas do Brasil. O primeiro a votar foi o Ministro Relator, Edson Fachin. Em seguida, o recém nomeado Ministro Nunes Marques. Até que, em 15 de setembro de 2021, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos e o julgamento foi suspenso, sem previsão de retorno.

Para as terras indígenas que estão com seus procedimentos demarcatórios paralisados devido à decisão do Min. Fachin de suspender os processos judiciais que tratassem de demarcação indígena, o adiamento do processo mantém a situação de irregularidade na qual tais terras se encontram. Até o término do julgamento ou da pandemia da covid-19, nos termos

da decisão do relator, os processos que versam sobre demarcação estão paralisados, conforme mencionamos em capítulo anterior.

Por outro lado, os desdobramentos do caso até aqui trazem alguns indícios, notadamente quanto ao posicionamento do Min. Relator Edson Fachin e da Procuradoria-Geral da República, de que a decisão final do STF pode vir a não acolher a tese do marco temporal, razão pela qual vale a pena mencioná-los aqui.

Antes, porém, destacamos as sustentações orais, apresentadas na sessão de julgamento do RE 1017365, dos representantes dos povos originários, os advogados indígenas Luiz Henrique Eloy Amado, do Povo Terena, representando a APIB, Samara Carvalho Santos, do Povo Pataxó, representando o Movimento Unido dos Povos e Organizações Indígenas da Bahia (Mupoiba), Cristiane Soares, do Povo Baré, representando a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) e Ivo Cípio Aureliano, do Povo Macuxi, representando o Conselho Indígena de Roraima (CIR).

O recurso foi chamado para julgamento de maneira remota em razão da pandemia. Com exceção do Min. Presidente Luiz Fux, que estava presencialmente em Plenário, os demais Ministros proferiram voto fora do recinto da Corte Constitucional. Assim também as sustentações orais foram apresentadas virtualmente e transmitidas ao-vivo de maneira remota.

No capítulo anterior, falamos sobre o movimento indígena nas ruas, mas é importante salientar que a organização política dos povos indígenas, além das mobilizações, também se dá através da formação de acadêmicos e acadêmicas indígenas e a consequente presença destes dentro das instituições.

Esse processo se intensifica após as políticas afirmativas, que possibilitaram o ingresso de mais indígenas nas universidades. Dentro das aldeias, a aproximação entre as lideranças e os acadêmicos também tem sido muito importante para fortalecer as mobilizações:

Esta participação tende a qualificar a luta, especialmente em relação à mobilização e visibilidade dessas demandas por meio de notas, vídeos e redes sociais. Segundo relato das lideranças da Terra Indígena Buriti a participação dos professores e acadêmicos na luta pela terra garante também uma proteção aos caciques e líderes de

retomadas, pois estes fazem uma espécie de proteção de suas lideranças. (ELOY AMADO, 2019, p. 141)

Há 13 anos atrás, em 27 de agosto de 2008, no julgamento da TI Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal recebeu a primeira sustentação oral indígena, apresentada pela advogada Joenia Wapichana, atualmente Deputada Federal pelo partido Rede Sustentabilidade. De lá para cá, o que se tem visto é o aumento da presença indígena nas instâncias judiciárias, inclusive com a inclusão dos povos indígenas como parte integrante da lide.

A presença das advogadas e advogados indígenas é uma conquista não só para os povos indígenas, mas para a advocacia como um todo. O direito é e sempre foi extremamente branco. Com isso, a preocupação no âmbito jurídico esteve sempre voltada à defesa dos valores que historicamente foram reservados somente à população branca. A propriedade privada, por exemplo, está dentro deste conjunto.

A formação dos advogados e advogadas indígenas fortalece o movimento e também propicia, dentro do direito, questionamentos, na medida em que agrega novas perspectivas de saberes, cosmovisões e epistemologias à ciência jurídica. O advogado ou a advogada indígena não está apenas realizando a representação processual dos povos indígenas, mas também defendendo a sua própria existência.

Em sua sustentação, o advogado Ivo Cípio Aureliano, do Povo Macuxi, ressaltou que: “é um julgamento histórico para nós, povos indígenas, e para a advocacia indígena que pela primeira vez ocupa espaços no Poder Judiciário para defender o seu próprio povo”<sup>28 29</sup>. Este aspecto é perceptível nas sustentações orais dos demais patronos indígenas quando se incluem na fala como parte dos povos originários. Nesse sentido é a fala da advogada da advogada Samara Carvalho dos Santos, do Povo Pataxó:

Os vinte e sete povos indígenas da Bahia se somam aos demais povos indígenas do Brasil que aguardam com muita esperança que para além de decidir uma tese que

---

<sup>28</sup>Trecho transcrito pela autora de sustentação oral apresentada na sessão de julgamento ocorrida no dia 08/09/2021 referente ao RE 1017365.

<sup>29</sup>Há 13 anos atrás, em 27 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal recebeu a primeira sustentação oral indígena, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, apresentada pela advogada Joenia Wapichana, atualmente Deputada Federal (Rede Sustentabilidade).

norteará o futuro das demarcações de nossas terras, também decidirá sobre o futuro das nossas vidas e da nossa continuidade existencial enquanto povos originários desse país, pois não há como falar de terras, construir uma tese sobre terras indígenas, sem considerar as vidas dos povos indígenas, e não há como falar de vida, sem a proteção dos nossos territórios.<sup>30</sup>

Destacamos, também, a defesa do advogado Luiz Henrique Eloy Amado, do Povo Terena, que trouxe a provocação a respeito das políticas anti-indigenistas promovidas pelo Estado e como isso influencia na determinação de um marco temporal de ocupação:

É preciso perguntar: se determinada comunidade não estava em sua terra na data de 5 de outubro, onde elas estavam? Quem as despojou ali? Basta lembrar que estávamos saindo do período da ditadura, onde muitas comunidades foram despejadas de suas terras, ora com o apoio, ora com o aval do próprio Estado e seus agentes. Portanto, adotar o marco temporal é ignorar todas as violações que os povos indígenas foram e estão submetidos. O momento é oportuno para esta Corte reafirmar os direitos dos povos indígenas do Estado brasileiro.<sup>31</sup>

Já a advogada Cristiane Soares, do Povo Baré, em sua sustentação, ressaltou os aspectos socioambientais que estão sob risco no caso de aplicação da tese do marco temporal, lembrando, ainda, que:

A convicção dos povos indígenas de que plantas, animais, águas e minerais têm espírito donos que se veem a si mesmos como pessoa e, nesse sentido, também constituem sujeito históricos e políticos, faz eles reconhecerem com mais facilidade que é preciso tentar conviver em harmonia com os outros grupos.<sup>32</sup>

É notório que há um movimento político bastante significativo no caso em questão, pois não só há participação da advocacia indígena, mas também a quantidade de *amicus curiae* demonstra um processo de politização dentro do Poder Judiciário, um movimento de ocupar essas instâncias e disputa-las. Não é à toa que no Caso Xokleng peticionam nos autos mais de 70 (setenta) *amicus curiae*, dentre eles aliados dos povos indígenas, mas também os apoiadores do agronegócio<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup>Trecho transcrito pela autora de sustentação oral apresentada na sessão de julgamento ocorrida no dia 01/09/2021 referente ao RE 1017365.

<sup>31</sup>Idem.

<sup>32</sup>Idem.

<sup>33</sup>Lista de *amicus curiae* deferidos encontra-se no Anexo 2 do presente trabalho.

Após as sustentações, deu-se início à manifestação da Procuradoria-Geral da República, que representou uma primeira sinalização ao posicionamento do Supremo. Como se sabe, não é incomum que o Poder Judiciário acompanhe a manifestação do Ministério Público quando este intervém no feito na qualidade de *custos legis*, ou seja, fiscal do ordenamento jurídico. Logo, o posicionamento da PGR desfavorável ao marco temporal significaria uma vitória para a defesa dos povos indígenas no processo.

Assim, no dia 2 de agosto de 2021, os indígenas que assistiam à sessão de julgamento na Praça dos Três Poderes, em Brasília, comemoraram a manifestação oral do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, que se posicionou contrário à tese do marco temporal e a favor do instituto do indigenato:

A Assembleia Nacional Constituinte registrou a importância do reconhecimento de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil. Pelo tratado de Tordesilhas, repartiram-se terras além-mar e acrescento, as capitanias hereditárias, tais como demarcadas pela Coroa Portuguesa, também representaram o esbulho de terras indígenas, e há registros de que os índios se opuseram e resistiram ao estabelecimento de alguns donatários. Senhores Ministros, Senhoras Ministras, o Brasil não foi descoberto. O Brasil não tem 521 anos. Não se pode invisibilizar os nossos ancestrais que nos legaram este país.<sup>34</sup>

E prosseguiu a sustentação elucidando a escolha do constituinte pela teoria do indigenato:

Baseando-se nesse marco teórico que o constituinte deu continuidade à tradição das Constituições Republicanas anteriores para assegurar aos índios o direito à terra, é que a nossa Constituição Federal no caput. do art. 231 reconheceu direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Adotou-se o instituto do indigenato, cuja origem radica-se das Ordenações Portuguesas, pelo qual os índios seriam e são senhores e naturais de suas terras e titulares da posse sobre elas.<sup>35</sup>

Veja-se que a manifestação ressalta que não só a CRFB/88 optou pelo indigenato para consagrar a posse indígena, como também as Constituições Republicanas anteriores e as Ordenações Portuguesas também o fizeram.

---

<sup>34</sup>Trecho transcrito pela autora da sustentação oral do Procurador-Geral da República apresentada na sessão de julgamento do referente ao RE 1017365 em 02/09/2021.

<sup>35</sup>Idem.

Após a fala do PGR, a sessão foi encerrada, e o julgamento foi retomado no dia 9 de setembro de 2021, com o voto do Min. Relator, Edson Fachin, o qual, além de asseverar o caráter não vinculante dos fundamentos adotados pelo Supremo na ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, também se posicionou contrário à tese do marco temporal. A respeito do caráter não vinculante da tese, ele diz:

Respeitar um precedente só faz sentido se as situações assim recomendarem. Dizer que Raposa Serra do Sol é um precedente para toda a questão indígena, é inviabilizar as demais etnias indígenas. É dizer que a solução dada para os Macuxis, é a mesma dada para Guaranis. Para os Xoklengs, seria a mesma dada para os Pataxós. Só faz esta ordem de compreensão, com todo respeito, quem chama todos de índios, esquecendo das mais de 270 línguas que formam a cultura brasileira, e somente quem parifica os diferentes e os distintos e as distintas etnias, pode dizer que a solução tem que ser a mesma sempre. Quem não vê a diferença, não promove a igualdade.<sup>36</sup>

Sobre os direitos territoriais indígenas, o Ministro expôs o entendimento de que o art. 231 trouxe em sua previsão verdadeiros direitos fundamentais e que, por isto, quatro consequências daí decorreram: (i) os direitos indígenas constituem cláusula pétrea; (ii) os direitos indígenas estão imunes às decisões com potencial de retirar esses direitos, pois são compromissos firmados pelo constituinte originário e pelos dispositivos internacionais dos quais o Brasil é signatário; (iii) aplica-se aos direitos indígenas os princípios da vedação ao retrocesso e da proibição da proteção deficiente e (iv) aplica-se, também, o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.

O Ministro prossegue a sua decisão manifestando-se sobre a natureza jurídica do direito indígena sobre as terras que ocupam e profere o seguinte entendimento:

A demarcação não constitui a terra indígena, mas a declara: declara que a área é de ocupação pelo modo de viver indígena. Portanto, a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe, para esse fim, da conclusão ou mesmo realização da demarcação administrativa dessas terras, pois é direito originário das comunidades indígenas, sendo apenas reconhecidas, mas não constituídas pelas normas recentes incidentes na matéria.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>Trecho transcrito pela autora do voto do Min. Edson Fachin na sessão de julgamento referente ao RE 1017365, proferido em 09/09/2021.

<sup>37</sup>Idem.

Por fim, a decisão do Min. Relator foi contundente ao asseverar explicitamente que a proteção constitucional ao direito à terra indígena “independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 e independe da configuração de renitente esbulho.”<sup>38</sup>

O saldo, portanto, foi positivo para os povos indígenas, que obtiveram parecer favorável do MPF, através da manifestação do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, e decisão do Ministro Relator, Edson Fachin, também favorável pois contrária à aplicação da tese do marco temporal.

No entanto, após voto do Min. Relator, o recém nomeado Min. Nunes Marques abriu divergência ao votar contrariamente à decisão do relator. A decisão do Min. Nunes Marques fez uma interpretação gramatical do texto constitucional para entender que a CRFB/88, ao prever que aos índios são garantidas as terras que tradicionalmente “ocupam”, fez uma escolha pelo verbo no presente para preservar tão somente as terras que já estavam ocupadas na data da promulgação da Constituição.

Em seu voto, o Ministro defendeu a aplicação da tese do marco temporal e foi além ao reconhecer em sua decisão que acolher a tese representaria anistiar as violações territoriais ocorridas antes de 1.988:

Por um lado, admite-se que os índios remanescentes em 1988 e suas gerações posteriores têm direito à posse de suas terras tradicionais, para que possam desenvolver livremente seu modo de vida. Por outro, procura-se anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, e já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica.<sup>39</sup>

A preocupação do Min. Nunes Marques em defender o mercado imobiliário é inegável, pois há menção expressa disto na decisão. Segundo ele, as posses posteriores à CRFB/88 representam um risco ao mercado: “posses posteriores não podem ser consideradas tradicionais, porque implicaria não apenas no reconhecimento dos indígenas a suas terras, como no direito

---

38Idem.

39Trecho transcrito pela autora do voto do Min. Nunes Marques na sessão de julgamento referente ao RE 1017365, proferido em 09/09/2021.

de expandi-las ilimitadamente para outras áreas já incorporadas ao mercado imobiliário nacional.”<sup>40</sup>

O voto parece não ter sido surpresa para o movimento indígena. O Ministro Nunes Marques foi nomeado pela atual gestão do governo federal de Jair Bolsonaro, cuja campanha esteve sempre atrelada à não demarcação, como já mencionado inúmeras vezes pelo próprio Presidente da República. Logo, a decisão atrelada aos interesses do agronegócio já era aguardada pelo movimento, conforme se extrai de reportagem veiculada pela APIB.<sup>41</sup>

Após o voto divergente, conforme antes mencionado, o Min. Alexandre de Moraes solicitou vista dos autos e o julgamento encontra-se sem previsão de retorno. De acordo com o Regimento Interno do STF, há um prazo de 30 dias para vista, prorrogável por mais 30 dias. Após esse período, o processo deve ser colocado em pauta novamente pelo Min. Presidente. Assim, mais uma vez, a decisão é protelada, e os povos indígenas permanecem no aguardo da decisão sobre o futuro de suas terras.

Solicitando urgência no julgamento do caso, 150 lideranças indígenas protocolaram uma carta ao Min. Alexandre de Moraes para que este devolva com brevidade o voto de vista para prosseguimento do julgamento do caso.<sup>42</sup> Na carta, as lideranças mencionam o PL 490/2007, que visa institucionalizar a tese do marco temporal, reforçando a urgência que a decisão venha a ser tomada logo.

## **5. PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO PARA O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA**

---

<sup>40</sup>Idem.

<sup>41</sup>ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. 15 set. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/09/15/julgamento-no-stf-suspenso-apos-nunes-marques-votar-por-anistiar-invasoes-de-terras-indigenas-no-passado-moraes-pede-vista/>. Acesso em: 20/09/2021.

<sup>42</sup>Íntegra da carta entregue ao Min. Alexandre de Moraes para que este dê celeridade à devolução dos autos: <https://apiboficial.org/2021/09/16/liderancas-indigenas-protocolam-carta-ao-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes/>. Acesso em: 20/09/2021.



Vamos apresentar aqui algumas perspectivas de interpretação para o direito territorial indígena, todas elas elementos de fundamentação para se demonstrar a incompatibilidade da tese do marco temporal. A escolha do termo “perspectivas” não é por acaso. Não estamos preocupados em destrinchar institutos jurídicos, mas em convergir perspectivas teóricas, apresentadas por diferentes autores, que nos dão embasamento para questionar a opção pela tese do marco temporal e, ao mesmo tempo, questionar as bases coloniais nas quais estão fincadas o direito.

Dentro do contexto histórico no qual o estado brasileiro se insere, exigir que os LaKlãnõ/Xokleng ou qualquer povo indígena estivesse ocupando o seu território tradicional em 1.988, mais do que uma escolha jurídica, é uma escolha política, porque opta por ignorar as inúmeras violências que fizeram com que os povos indígenas não estivessem em seus territórios naquela data. No caso dos LaKlãnõ, é ignorar, por exemplo, o histórico de violência promovido pelos bugreiros e financiado pelo próprio Estado, o confinamento da população realizado pelo SPI ou, ainda, a construção da Barragem Norte, que trouxe a inundação e a infertilidade do solo, empurrando e dividindo o povo, que não foi sequer consultado sobre a obra, além de outros episódios que marcaram a história e a luta dos LaKlãnõ/Xokleng.

Por isso é que entendemos que interpretar os direitos territoriais indígenas a partir da tese do marco temporal parte de uma perspectiva específica: a colonialidade. É o sistema-mundo colonial que insere os povos colonizados no lugar do “outro” e consagra um discurso de inferiorização sobre esses sujeitos, questionando a sua racionalidade e, assim, justificando as relações de poder que os coloca como subalternos. Assim sintetiza Costa e Grosfoguel (2016):

A partir do século XVI iniciou-se, portanto, a formação do eurocentrismo ou, como nomeia Coronil (1996), do ocidentalismo, entendido como o imaginário dominante do mundo moderno/colonial que permitiu legitimar a dominação e a exploração imperial. Com base nesse imaginário, o outro (sem religião certa, sem escrita, sem história, sem desenvolvimento, sem democracia) foi visto como atrasado em relação à Europa. Sob esse outro é que se exerceu o “mito da modernidade” em que a civilização moderna se autodescreveu como a mais desenvolvida e superior e, por isso, com a obrigação moral de desenvolver os primitivos, a despeito da vontade daqueles que são nomeados como primitivos e atrasados (Dussel, 2005). Esse imaginário dominante esteve presente nos discursos coloniais e posteriormente na constituição das humanidades e das ciências sociais. Essas não somente descreveram

um mundo, como o “inventaram” ao efetuarem as classificações moderno/coloniais. Ao lado desse sistema de classificações dos povos do mundo houve também um processo de dissimulação, esquecimento e silenciamento de outras formas de conhecimento que dinamizavam outros povos e sociedades. (COSTA e GROSGUÉL, 2016, p. 17-18)

Em contrapartida, ao elencar o direito à terra indígena como um direito que preexiste a formação do Estado e que antecede a própria colônia, a teoria do indigenato representa, em certo grau, uma disruptiva da lógica da conquista, culminada pelo colonialismo. A ideia de que os povos indígenas eram os senhores naturais e primários da terra (MENDES JÚNIOR, 1912), independência da concessão de sesmarias pela colônia, tampouco se confundiria com o título adquirido através da ocupação, pois a titulação se dá pelo indigenato, isto é, o direito é originário porque os povos são originários.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o indigenato passou a ser fonte primária e congênita dos direitos territoriais indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987). Conforme apresentado no primeiro capítulo, essa foi a opção interpretativa feita pela Constituição de 1988, notadamente quando institui que são reconhecidos aos índios os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988). Defender o direito originário é uma constante nas pautas dos movimentos indígenas e nos debates dos acadêmicos indígenas e indigenistas. Por tais razões, conclui-se que o desenvolvimento de perspectivas interpretativas para o direito territorial dos povos indígenas deve, necessariamente, passar pelo indigenato.

Isso não significa, porém, que o instituto não possa sofrer ressignificações. Ao mesmo tempo em que o indigenato reafirma a história de invasão a que estiveram sujeitas as terras indígenas, também pressupõe que os povos indígenas possuam uma relação de essencialidade com a terra, que se perdura desde o passado. O texto constitucional, como afirma Araujo Junior (2018), permite caminhos interpretativos que vão além dessa interpretação. Para o autor:

Pensar em uma precedência (o direito originário) como algo cronológico anterior ao Estado (direito natural) representa uma leitura estática do texto, que desconsidera a potencialidade desses movimentos reivindicatórios. Com isso, corrobora-se a ideia de que os grupos indígenas são obrigados a contar uma história e um vínculo com a terra que remonta a séculos passados, de modo essencialista. Fica impossível, assim,

a afirmação da identidade de “novas etnias”, justamente aquelas que “emergem” por conta da previsão constitucional. (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 266-267)

Os povos indígenas, enquanto sujeitos de sua própria história, já tem ressignificado o instituto, atribuindo novos elementos e ampliando a noção de territorialidade. As ações de retomada, que povos indígenas pelo Brasil inteiro têm adotado, representam essa ressignificação. Não se nega a ideia de que o direito é originário, mas se acrescenta a ela novos aspectos advindos da dinâmica de reivindicações e mobilizações. Esse processo é muito bem elucidado por Eloy Amado (2019) ao dissertar sobre as retomadas Terena:

A vivência na retomada propicia a recuperação em bases contemporâneas do modo de vida tradicional, como o uso assíduo da língua materna, processos próprios de ensino aprendizagem (caça, pesca, cultivo de roças, resgate e transmissão da história e da cultura terena), e atividades que antes eram mais presentes no cotidiano dos Terena. Uma das coisas que foi possível observar foi o retorno de famílias Terena para as aldeias. É possível constatar tanto o retorno de famílias que haviam se mudado para as cidades em busca de trabalho e/ou de escolarização, quanto também de família que viviam nas fazendas mais distantes, mas que retornaram pois viram na oportunidade do aumento de espaço da terra, uma oportunidade para garantir novamente a subsistência de sua família. (ELOY AMADO, 2019, p. 187-188)

A terra indígena torna-se não só espaço de reprodução física e cultural dos povos originários, mas de interação espiritual, de retomada da Mãe-Terra, do *Tekoha*, “onde somos o que somos”, no idioma Guarani. Torna-se, ainda, um espaço fundamental para a recuperação das matas e florestas, como retrata o documentário “Tupinambá – O Retorno da Terra”.<sup>43</sup> O filme, ao tratar da luta dos Tupinambás pela retomada de seu território, mostra outros elementos desse movimento, tais como, a relação entre as entidades de sua cosmologia e a terra, e o processo de restauração da natureza que acontece com o retorno da Nação Tupinambá.

Não é por acaso que estudos recentes vêm revelando cada vez mais a participação dos povos indígenas na recuperação ambiental. Segundo estudos realizados por Resources Initiatives (RRI), Woods Hole Research Center (WHRC) e World Resources Institut (WRI), os territórios ocupados pelas comunidades tradicionais guardam cerca de 24% do carbono

---

43TUPINAMBÁ – O RETORNO DA TERRA. Direção: Daniela Alarcon. Produção de Repórter Brasil com apoio de financiamento coletivo. Bahia, 2015. Disponível em: <https://retornodaterra.reporterbrasil.org.br/>. Acesso em: 14/09/2021.

estocado.<sup>44</sup> Outro estudo realizado pela World Resources Institut mostrou que, no Brasil, as terras indígenas podem evitar a emissão de 31,8 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub> por ano, o que equivale a tirar de circulação 6,7 milhões de carros por ano.<sup>45</sup>

A dimensão intangível dos territórios indígenas, aquela que constitui um universo simbólico e que abrange elementos como a língua materna, as rezas e as receitas tradicionais (ELOY AMADO, 2014) não pode ser compreendida como um produto, embora seja esta a leitura que o direito tem feito ao tratar a terra como propriedade privada. Essa dimensão também não precisa estar unicamente atrelada à primariedade e à originariedade, já que os movimentos reivindicatórios possibilitam a construção de territorialidades no presente.

Enquanto atreladas às concepções hegemônicas da propriedade, as bases clássicas do direito serão insuficientes para abranger a complexidade de significados que os territórios indígenas demandam. Seja o caráter originário do direito territorial indígena, seja o seu aspecto dinâmico que se perfaz nos processos recentes de retomada e autodemarcação.

No Brasil, o agronegócio tem sido o maior obstáculo para a regularização das terras indígenas. Fundado na sua essência pela concentração fundiária, a demarcação dos territórios indígenas tem incomodado ao atual modelo econômico. Os últimos dados do Censo Agropecuário do IBGE, referentes à 2017, apontam que 1% das propriedades agrícolas detém mais da metade da área rural do Brasil.<sup>46</sup> Em contrapartida, dados divulgados por relatório

---

<sup>44</sup>Rights and Resources Initiative, Woods Hole Research Center e World Resources Institute. An Updated Analysis of Indigenous Peoples' and Local Communities' Contributions to Climate Change Mitigation. 2 Nov. 2016. Disponível em: <https://rightsandresources.org/en/publication/global-baseline-carbon-storage-collective-lands/#.Xxc--p5KjIU>. Acesso em: 07/09/2021.

<sup>45</sup>World Resources Institute. Climate Benefits, Tenure Costs: The Economic Case For Securing Indigenous Land Rights in the Amazon. Out. 2016. Disponível em: <https://www.wri.org/publication/climate-benefits-tenure-costs>. Acesso em: 07/09/2020.

<sup>46</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Agropecuário 2017. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/resultados-censo-agro-2017.html>. Acesso em: 14/09/2021.

anual realizado pelo CIMI mostram que 63% das terras indígenas apresentam alguma pendência para finalização do seu processo demarcatório.<sup>47</sup>

No Poder Legislativo, os representantes da bancada ruralista se unem para aprovar aquilo que é de seu interesse e obstaculizar a aprovação daquilo que não o é. Fora do Congresso, a violência contra a população indígena, financiada pelos grandes latifundiários, é cada vez maior. O mesmo relatório do CIMI supracitado registrou aumento de casos de violência em 16 das 19 categorias sistematizadas, dentre elas, a categoria “invasões possessórias, exploração ilegal de recursos e danos ao patrimônio” foi de 109 em 2019 para 256 casos em 2019.<sup>48</sup>

Apesar disso, permanece no imaginário social a ideia de que há “muita terra para pouco índio”. Isso porque a disputa sobre as terras no Brasil torna-se também uma disputa de teses, na medida que os setores econômicos constroem a narrativa de que os povos indígenas representam o atraso e de que a regularização significa perda de desenvolvimento econômico. Esse discurso é questionado por Eloy Amado (2014) que trabalha com a categoria do “etnodesenvolvimento” como contraponto à ideia de “desenvolvimento”, disseminada pelo poder econômico:

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

O autor provoca o debate para que o desenvolvimento seja compreendido a partir de outros aspectos, tais como o social, ambiental, cultural e político, e observado a partir das

---

47CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO - CIMI. Relatório Violência contra os povos indígenas - Dados de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 14/09/2021.

48Ibidem.

experiências locais de cada povo. “Desenvolver para quem? Com quem? E, a custo do quê?” (ELOY AMADO, 2014, p. 50), são os questionamentos que permeiam o trabalho do autor, nos levando a concluir que o desenvolvimento econômico privilegia setores muito específicos, embora seja estabelecido como um ideal comum de toda a sociedade.

Em seu livro “Ideias para adiar o fim do mundo”, Ailton Krenak faz um alerta à humanidade sobre como ela vem se descolando do organismo “terra”. Ele contesta as supostas verdades nas quais os brancos europeus justificaram as invasões e contextualiza para os dias de hoje ao dizer que a organicidade que guardam os povos tradicionais com a terra é algo que incomoda:

Os únicos núcleos que ainda consideram que precisam ficar agarrados nessa terra são aqueles que ficaram meio esquecidos pelas boras do planeta, nas margens dos rios, nas beiras dos oceanos, na África, na Ásia ou na América Latina. São caiçaras, índios, quilombolas, aborígenes – a sub-humanidade. Porque tem uma humanidade, vamos dizer, bacana. E tem uma camada mais bruta, rústica, orgânica, uma sub-humanidade, uma gente que fica agarrada na terra, envoltos na terra. Parece que eles querem comer a terra, mamar na terra, dormir deitados sobre a terra, envoltos na terra. A organicidade dessa gente é uma coisa que incomoda, tanto que as corporações têm criado cada vez mais mecanismos para separar esses filhotes da terra de sua mãe. (...)

A ideia de nós, os humanos, nos descolarmos da terra, vivendo numa abstração civilizatória, é absurda. Ela suprime a diversidade, nega a pluralidade das formas de vida, de existência e de hábitos. Oferece o mesmo cardápio, mesmo figurino e, se possível, a mesma língua para todo mundo. (KRENAK, 2020, p. 22-23)

A partir da década de 80, especialmente na América Latina, inicia-se um processo de transformação constitucional questionador do modelo de Estado moderno que até então vinha sendo propagado pela tradição constitucional. Aos poucos, a ideia de que há uma unidade de identidade, de que o Estado é como um ente homogêneo de um só povo, uma só língua e uma só religião vai sendo contestada para dar atenção à diversidade cultural. (FONSECA, 2016)

As correntes de pensamento que dão origem ao processo mencionado, a despeito de estarem preocupadas com a questão da diversidade, apresentam diferentes modelos: os da multi, da pluri e das interculturalidades. (FONSECA, 2016 *apud* WALSH, 2009)

O multiculturalismo enfatiza a diferença, descrevendo a multiplicidade de culturas e prevendo direito de grupos específicos, garantindo tolerância e convivência entre as diversas culturas. Contudo, questiona pouco as razões dessa construção do “outro” (ARAÚJO JUNIOR, 2018), apenas separa ou segrega culturas, sem o aspecto relacional entre elas. Essa corrente estará presente nas Constituições do Canadá (1982), da Guatemala (1985), da Nicaraguá (1987) e do Brasil (1988). (FAJARDO, 2015)

Por outro lado, a corrente pluralista busca reconhecer nas “autoridades indígenas, suas próprias normas e procedimentos ou seu direito consuetudinário e funções jurisdicionais ou de justiça” (FAJARDO, 2015). Nasceram, em consonância com esse pensamento, as Constituições da Colômbia (1991), do México (1992), do Paraguai (1992), do Peru (1993), da Bolívia (1994), da Argentina (1994), do Equador (1996 e 1998) e da Venezuela (1999). Para além de reconhecer os direitos indígenas, o constitucionalismo pluralista buscou internalizar as cosmovisões no processo de construção desses direitos, especialmente nos casos da Bolívia e do Equador.

Por fim, a perspectiva intercultural propõe o diálogo entre distintas concepções do conceito de “dignidade humana”. Aqui não se trata apenas de atribuir espaços aos subalternos, mas identificar “as condições de funcionamento da mediação e a forma de acesso aos canais disponíveis” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 82). Trata-se de um processo dinâmico de constante tensão em face das desigualdades estruturais, porque a diferença não é naturalizada, e as assimetrias são entendidas como produto da colonialidade.

A proposta intercultural de interpretação de Araujo Junior (2018) mantém-se atenta aos processos políticos de ressignificação das perspectivas indígenas, sem perder de vista a unidade necessária da Constituição e seus institutos, possibilitando, assim, “ativar as brechas da colonialidade, permitindo uma desobediência epistêmica cotidiana” (ARAÚJO JUNIOR, 2018 *apud* SANTOS, 2001).

Nesse sentido, o autor propõe três diretrizes para uma interpretação intercultural dos direitos territoriais indígenas: (i) todas as normas que tratam do direito de propriedade devem

estar sujeitas a uma leitura que incorpore também o direito territorial indígena, pois o art. 5º, XXII da CRFB abrange diversas propriedades, e não somente a propriedade privada; (ii) a garantia dos direitos territoriais indígena deve ser entendida como mecanismo de efetivação intercultural do princípio da igualdade, em combinação com as ferramentas do reconhecimento e da redistribuição e (iii) deve ser conferida visibilidade ao protagonismo indígena nos processos políticos que contribuem para ressignificar conceitos. Sobre esta última diretriz, desenvolve o autor:

(...) A garantia de voz e de escuta deve ser pautada pela crítica dos arranjos existentes e pela viabilização de formas de participação ativa na definição de assuntos atinentes aos indígenas e na contribuição para a definição dos projetos interculturais. Procura-se neste trabalho avaliar os impactos da participação no reconhecimento de direitos territoriais, mas este tema pode ser alargado para diversos outros campos. A consideração de conceitos e propostas indígenas, nos moldes do “vivir bien/buen vivir” são autorizados pela Constituição e devem ser estimuladas, em constante diálogo. (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 275)

É evidente que a participação dos povos indígenas no arranjo institucional é necessária. Por outro lado, as raízes profundas do colonialismo no Brasil muitas vezes dificultam que a participação dos movimentos sociais possa ressignificar e trazer as suas próprias perspectivas. Se de um lado a organização do movimento indígena se faz presente, o poder econômico busca a todo tempo a manutenção do *status quo*, da propriedade privada e de seus institutos.

O desafio para os povos indígenas é constante. A luta do movimento indígena no Brasil na década de 80 tornou possível que os direitos indígenas e, em especial, o direito territorial indígena estivesse presente na Constituição. Entretanto, a constitucionalização desses direitos não tem impedido que políticas anti-indigenistas sejam colocadas em pauta. O PL 490/200749 é um exemplo dessa intentada anti-indigenista promovida pelo setor econômico. O projeto pretende legislar a tese do marco temporal, regulamentando o art. 232 da CRFB/88, para assim dispor: “Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente:”. O projeto, que ficou parado desde 2019, reiniciou seu andamento em 2021, conforme o julgamento da TI Ibirama-LaKlãnõ já avançando.

---

49Loc. Cit.



O projeto desconsidera o entendimento de constitucionalistas como o do professor Daniel Sarmento, que entende serem os arts. 231 e 232 da CRFB/88 cláusulas pétreas, dotadas de imutabilidade. Segundo Sarmento, o STF já se manifestou em outros precedentes pela imutabilidade de direitos constitucionais que estão fora do Título II da Constituição da República, como é o caso dos direitos indígenas, e vai além ao acrescentar que:

Pode-se invocar ainda outra razão adicional para considerar o direito a terras indígenas como cláusula pétrea. É que a interpretação constitucional deve dialogar com o Direito Internacional, especialmente no campo dos Direitos Humanos. O diálogo entre fontes normativas e entre cortes contribui para aperfeiçoar o Direito Constitucional, abrindo-o a novos argumentos e horizontes, e aproximando-o dos ideais emancipatórios que são comuns ao constitucionalismo democrático e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta postura de "cosmopolitismo ético" é demandada pela própria Constituição, que contempla relevantes aberturas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em preceitos como o seu art. 5º, §§2º e 3º. (6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, Nota Técnica: A PEC 215/00 e as cláusulas pétreas, 3 set. 2013, p. 21 – Petição nº 43.343/2013).

O PL 490/2007 esbarra em inconstitucionalidade ainda maior por se tratar de um projeto de lei infraconstitucional que busca reformar norma constitucional, já que o direito originário à terra indígena está previsto na Constituição e, ainda que se pretendesse estabelecer um marco temporal, essa previsão deveria constar do próprio texto constitucional.

Veja-se que a todo momento surgem projetos de lei e de emendas constitucionais com o intuito de retroceder às conquistas do movimento indígena e limitar ao máximo o direito territorial indígena. Do mesmo modo, a estratégia dos ruralistas de judicializar os procedimentos demarcatórios, disputando os atos e etapas através de inúmeras ações judiciais, tornam o Poder Judiciário em uma arena de disputa potencializadora da insurgência de teses como a tese do marco temporal.

O movimento indígena, nesse sentido, tem empenhado todos os esforços, ocupando o Judiciário e os demais Poderes, apresentando a sua perspectiva do que representa um direito territorial indígena e qual é o significado de "terra" para os povos originários, mas a tarefa de decolonizar o direito é do próprio direito. O direito é parte integrante das estruturas assimétricas

que estiveram presentes no Brasil desde a colonização e “não é possível decolonizar o Estado sem decolonizar o Direito”. (FONSECA, 2016, p. 171)

A interpretação dos direitos territoriais indígenas a partir da perspectiva indígena é uma possibilidade de decolonização. É, também, uma possibilidade de se desprender das bases teóricas clássicas – que são extremamente limitantes, vale dizer – para integrar os processos de ressignificação do direito que os movimentos sociais têm realizado. Nas palavras de Sônia Guajajara:

A visão que você tem de terra é muito diferente da visão que a gente têm. Não dá para você olhar para nós, povos indígenas, e pensar que a gente têm o mesmo entendimento de território como o seu, que é de exploração, destruição, pensando em lucro, pensando em dinheiro. Não é esse o entendimento nosso. Para nós o território é sagrado, nós precisamos dele para nós existir. E vocês olham para a terra indígena e chamam de terra improdutiva, nós chamamos isso de vida.<sup>50</sup>

Os povos indígenas estão apresentando uma outra concepção de “terra” que deve ser recepcionada pelo direito. A terra como vida e não como mercadoria é um preceito que exige do intérprete entender que ao estabelecer um marco temporal de ocupação não se está privilegiando a segurança jurídica da vida, mas a segurança jurídica do lucro, violando, principalmente, os direitos originários dos povos indígenas.

## CONCLUSÃO

**Figura 15:** Vigília em frente ao prédio do STF na noite de 24/08/2021.

---

<sup>50</sup>Transcrição feita pela autora da fala da líder Sônia Guajajara durante Audiência Pública da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal sobre saúde indígena, realizada em 11/04/2019.



**Fonte:** Scarlett Rocha

“Brasil. Terra Indígena”. A frase foi escrita através de luzes de Led que de cima carimbavam Brasília durante as mobilizações para o julgamento do RE 1017365, lembrando a todos de que o solo que pisamos carrega muitas histórias que não podem ser apagadas, devem ser lembradas e relembradas a todo momento.

Neste trabalho, vimos que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou, desde muito cedo, em atribuir às terras indígenas tratamento distinto daquele dado ao restante das terras no Brasil. As razões para essa distinção nem estavam atreladas à proteção dos povos indígenas, mas à proteção do restante das terras, estas sim, destinadas ao mercado e objeto da proteção e da segurança jurídica. A distinção, outrossim, não impediu que os povos originários fossem alvos de inúmeras violências, inclusive a invasão das poucas terras que lhes foram reservadas.

Vimos, também, que a teoria do indigenato caminhou lado a lado ao instituto das “guerras justas”, na medida que se atribuía o direito originário, desde que os povos indígenas se submetessem à Coroa (ELOY AMADO, 2014). Caso contrário, a violência era justificada e não havia mais razão para respeitar as terras e aqueles que nela habitavam.

O fim da colonização representou o fim do instituto das “guerras justas” e permaneceu no ordenamento a previsão legal de respeito à posse indígena, que acompanhou as Constituições brasileiras desde 1.934. Assim é que se chega à conclusão de que o indigenato foi, e sempre tem sido, a base teórica que fundamenta o direito territorial indígena.

Entretanto, a opção não significou a demarcação das terras indígenas. A despeito da proteção de suas terras, a perspectiva assimilacionista pretendia integrá-los à civilização brasileira, propugnando a ideia de que indígena seria condição transitória, entendido como o “silvícola”, “aquele que vem da selva” (LACERDA, 2008). O objetivo era sua extinção, o que se intensificou durante a ditadura empresarial-militar, conforme demonstrado o Relatório Figueiredo, divulgado na Comissão Nacional da Verdade.

Por outro lado, sempre é preciso lembrar que o atual texto constitucional é fruto da intensa participação dos povos indígenas na Constituinte de 1988, que reivindicaram o seu capítulo e o seus direitos territoriais na Constituição da República. É a partir da luta dos povos originários que a CRFB/88 passou a mencionar expressamente o direito originário das comunidades indígenas aos seus respectivos territórios. As políticas indigenistas idealizadas em 88, no entanto, não foram colocadas em prática pelo estado brasileiro, que manteve inerte diante das violências praticadas contra as populações indígenas e suas terras pelo setor econômico.

Todo esse histórico desemboca em 2014, ano em que o STF decide o caso da TI Raposa Serra do Sol, sem que houvesse a contestação dos caminhos traçados pelas políticas indigenistas no Brasil. As condicionantes que ali foram estabelecidas e a tese do marco temporal suscitada retratavam um outro Brasil, com uma outra história. No Brasil do agronegócio, entender que terra indígena só pode ser demarcada se estiver ocupada pelos Povos em 88 é contribuir para o genocídio indígena contrariando o próprio sistema constitucional, que não dá terra aos índios, mas “reconhece” o direito originário sobre suas terras, é eleger uma opção interpretativa que favorece aos sempre favorecidos na história.

Nesse sentido, a história do Povo LaKlãnõ nos demonstra a capacidade dos povos indígenas de se mobilizar e de se organizar politicamente em defesa de seus territórios. Se o projeto político pensado pelo estado brasileiro para os LaKlãnõ/Xokleng era o confinamento em um pequeno pedaço de terra e, em última instância, o seu desaparecimento, esse projeto falhou. Seja porque não contou com histórias como a de Basílio Lili Priprá, que se dirigiu até o Rio de Janeiro para denunciar a situação dos LaKlãnõ, seja porque não previu que o povo

ocuparia o canteiro de obras da Barragem Norte e faria as autodenominadas “greves” pelo território que é seu por direito.

As sucessivas políticas anti-indigenistas do estado brasileiro não foram suficientes para que os LaKlãnõ abandonassem seu território e esquecessem os seus “caminhos do andar” (MACHADO, 2016), os quais permanecem vivos na memória e na resistência desse Povo. Ao ocuparem o território que foi declarado terra indígena pela FUNAI, os LaKlãnõ foram alvo de uma reintegração de posse ajuizada por um instituto ambiental pensado e criado pela ditadura, mas que detém um título de propriedade. Esse conflito entre a posse indígena e a posse oriunda do título de propriedade chega ao Supremo para que este decida se, afinal, é possível falar em terra indígena antes de 1.988.

O Recurso Extraordinário 1017365, que originalmente se iniciou sem a citação dos próprios LaKlãnõs, chegou ao conhecimento dos povos originários de todo o país. O efeito jurídico da atribuição de repercussão geral ao recurso gerou também o efeito político de mobilizar em peso contra o marco temporal, o que há muito tempo não se via em Brasília devido à pandemia da covid-19. Mobilizados, os povos indígenas do Brasil reafirmaram o que já vinha sendo dito desde o julgamento do caso Raposa Serra do Sol: “nossa história não começa em 1.988”.

Por isso é que se chega à conclusão de que o arrefecimento da tese do marco temporal no STF é em grande parte devido à resistência política dos povos indígenas e de sua presença constante e ativa em Brasília desde que a tese começou a ser suscitada como sendo de caráter vinculante. Agora, em 2021, os povos indígenas disputam o futuro do Brasil, e acrescentam que não só o passado é indígena, mas o “futuro é originário”. As mobilizações indígenas de agosto e setembro de 2021 sinalizam aos setores econômicos, principalmente o do agronegócio, que a disputa pelo futuro do Brasil contará, como sempre contou, com a organização política do movimento indígena brasileiro.

Mas a tarefa de decolonizar o direito é precipuamente do próprio direito. Aos juristas e às juristas incumbe o desafio de se desassociar das raízes da colonização, aprendendo com a decolonização colocada diariamente em prática pelos movimentos sociais. Como vimos, o sistema-mundo colonial está presente no Poder Judiciário e suas funções auxiliares, quando estes escolhem interpretar o direito territorial indígena ignorando o contexto histórico e sociopolítico no qual se inserem os territórios tradicionais.

Determinar uma reintegração de posse em face dos “índios invasores”, conforme a decisão proferida nos autos no RE 1017365 é incidir em uma análise equivocada do direito, é uma interpretação colonial, é reproduzir a colonialidade. A CRFB/88 nos deu respaldo suficiente para a desconstrução de ideias colonizadoras.

Foi esse arcabouço constitucional que se utilizou o Min. Edson Fachin ao afirmar o que os povos indígenas já estão há muito dizendo: “o Brasil não foi descoberto”. O teor do voto do Ministro Edson Fachin demonstra que o direito, enquanto objeto de disputa das forças políticas, tem sido ocupado pela interpretação dos povos originários, os quais, aliás, têm também ingressado no Poder Judiciário, seja como parte, seja como profissionais do direito.

Em contrapartida, enquanto o voto do Min. Edson Fachin demonstra o avanço na interpretação constitucional dos direitos territoriais indígenas, o voto do Min. Nunes Marques reforça a necessidade de se disputar o Poder Judiciário. O Ministro defende a aplicação da tese do marco temporal e fundamenta sua divergência com o Relator, Min. Edson Fachin, de maneira rasa, ao realizar uma interpretação puramente gramatical da Constituição. Em seu voto vê-se muito do sistema-mundo colonial, principalmente quando o Ministro fala em anistiar esbulhos sobre terras indígenas, os quais, nas palavras dele, já estariam acomodados pelo tempo e pela história.

Inobstante, algumas propostas de interpretação têm surgido para contestar a colonialidade presente no direito. Vimos que a interculturalidade é uma alternativa de interpretação que se constitui a partir das perspectivas indígenas que subsidiam não só a leitura

dos direitos territoriais indígenas, como também das concepções do “vivir bien/bien vivir” (ARAÚJO JUNIOR, 2018). Soma-se à esta perspectiva, o conceito de “etnodesenvolvimento” que está atrelado às potências socioambientais de cada povo (ELOI AMADO, 2014)

No campo do direito constitucional, alguns constitucionalistas também têm ressaltado aspectos importantes sobre os direitos indígenas, como a incidência da cláusula pétrea sobre os direitos indígenas (SARMENTO, 2013), ponto retomado pelo voto do Min. Relator Edson Fachin na sessão do julgamento do caso da TI LaKlãnõ/Xokleng, e da consagração do instituto do indigenato pela CRFB/88 (SILVA, 2016). Tais concepções são incorporadas às lutas do movimento indígena, como é o caso dos processos de retomada, que reafirmam o caráter originário das terras indígenas e agregam a esse conceito novos elementos oriundos de sua vivência e de sua territorialidade.

A concentração fundiária no Brasil e suas origens é fator que não pode ser ignorado pelo intérprete. Há, na verdade, uma disputa política e econômica sobre a regularização das terras indígenas. Portanto, interpretar o texto constitucional demanda, no caso concreto, mais do que a simples interpretação gramatical de um verbo. Pouco importa se no texto do art. 231 da CRFB o verbo está no presente. A Constituição não foi escrita só para 1.988, ela foi pensada enquanto um projeto de sociedade para o futuro.

É preciso entender que efetivar os direitos territoriais dos povos indígenas é um ato necessário que garante a sobrevivência dos povos originários e o futuro do Brasil; um Brasil que respeite as diversas cosmovisões que aqui nasceram, que respeite as suas florestas e seus animais e que preserve os valores que foram consignados na Constituição da República de 1.988. O futuro precisa ser originário, como tem nos mostrado o movimento indígena brasileiro. É nisto que acredito e é isto que tentei demonstrar no presente trabalho.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALFINITO, Ana Carolina; ELOY AMADO, Luiz Henrique. *A aplicação do marco temporal pelo poder judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo terena*. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil. 2019. Disponível em: [http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?page\\_id=2034](http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?page_id=2034). Acesso em: 16/16/2020.

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

COSTA, J. B.; GROSGOUEL, R. *Decolonialidade e perspectiva negra*. Sociedade e Estado, [S. l.], v. 31, n. 1, p. 15–24, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6077>. Acesso em: 20/09/2021.

CRENDO, Jair Ghoduin Crendo. *O espaço territorial Xokleng/LaKlãnõ*, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso Acadêmico (Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://licenciaturaindigena.paginas.ufsc.br/files/2015/04/Jair-Crendo.pdf>. Acesso em: 09/10/2020.

CRUZ CONCEIÇÃO, Lays. *Memórias Laklãnõ-Xokleng: conhecimentos, silêncios e temporalidades*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. *POKÉ'EXA ÚTI: O território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*. Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local. Campo Grande. 124f + anexos. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local) – Universidade Católica Dom Bosco, 2014. Disponível em: <https://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/15059-dissertacao-eloy-versao-final.pdf>. Acesso em: 21/09/2021.

\_\_\_\_\_. *VUKÁPANAVO - O despertar do Povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://apib.info/files/2019/09/Tese-Doutorado-Eloy-Terena.pdf>. Acesso em: 21/09/2021.

FONSECA, Livia Gimenes Dias da. *Despatriarcalizar e decolonizar o estado brasileiro - Um olhar pelas políticas públicas para mulheres indígenas*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22132/1/2016\\_L%3%ADviaGimenesDiasdaFonseca.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22132/1/2016_L%3%ADviaGimenesDiasdaFonseca.pdf). Acesso em: 21/09/2021.



INGACLÃ, Youo Maurina. *Formação da Aldeia Plipatol – Resistência Xokleng*. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2020, Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/204950/TCC%20Youo%20Maurina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/09/2021.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo – 2ª ed – São Paulo: Companhia das Letras, 2020.*

LACERDA, Rosane. *Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988*. Brasília (DF): CIMI-Conselho Indigenista Missionário, 2008.

MACHADO, Juliana Salles. *Caminhos e paradas: perspectivas sobre o território Laklãnõ (Xokleng)*. Revista do Museu Arqueologia e Etnologia, 27: 179-196, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revmae/article/view/137298/133042>. Acesso em: 06/07/2021.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos*. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912.

MOREIRA, Érika Macedo Moreira. *Oinhemoirõ: O Judiciário frente aos direitos indígenas. Programa de Pós-Graduação em Direito*. Brasília. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15760/1/2014\\_ErikaMacedoMoreira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15760/1/2014_ErikaMacedoMoreira.pdf). Acesso em: 21/09/2021.

NDILI, Neuton Calebe Vaipão. *Mudanças socioambientais na comunidade Xokleng Laklãnõ a partir da construção da Barragem Norte*. Trabalho de Conclusão de Curso Acadêmico (Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://licenciaturaindigena.ufsc.br/files/2015/06/TCC-Neuton-Banca.-Pos-defesa.pdf>. Acesso em: 14/09/2021.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, 2017.

NEVES, Lino João de Oliveira. *Olhos Mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil*. In. SANTOS, B. de S. (org.) (2003) Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 113-151.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

UGLÔ PATTÉ, Ana Roberta. *Barragem Norte na Terra Indígena Laklãnõ*. Trabalho de Conclusão de Curso Acadêmico (Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://licenciaturaindigena.paginas.ufsc.br/files/2015/04/Ana-Roberta-Uglo-Patt%C3%A9.pdf>. Acesso em: 23/08/2020.

WITTMANN, Luisa Tombini. *Atos do contato: histórias do povo indígena Xokleng no Alto Vale do Itajaí (1850-1926)*. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2005. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/281423/1/Wittmann\\_LuisaTombini\\_M.pdf](http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/281423/1/Wittmann_LuisaTombini_M.pdf). Acesso em: 21/09/2021.

YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. *Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio*. Rev. Direito GV, 2010, vol. 6, n. 1, p. 145-157. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213/22986>. Acesso em: 20/09/2021.

## **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Ação Popular. demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União Federal. Relator: Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. Embargos de Declaração. Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra Do Sol. Embargante: Augusto Affonso Botelho Neto e Outro(a/s). Embargado: União Federal e Outro(a/s). Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1017365. Constitucional. Administrativo. Posse Indígena. Terra Ocupada Tradicionalmente por Comunidade Indígena [...]. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 17/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462/MS. Constitucional e Administrativo. Terra Indígena “Limão Verde” [...]. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União Federal e Outro(a/s). Relator: Min. Teori Zavascki, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4548671>. Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno na Ação Rescisória 2686. Alegação de violação a literal disposição de norma jurídica, ocorrência de erro de fato e ofensa à coisa julgada. [...] Agravante: Comunidade Indígena Guyraroká. Agravado: Avelino Antonio Donatti. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de abril de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5444941>. Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 709. Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela Provisória incidental. Conflitos violentos, presença de invasores, garimpo ilegal e contágio por COVID-19 nas TIs Yanomami e Munduruku. [...] Requerente: APIB e Outros(a/s). Requerido: União Federal e Outros(a/s). Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de junho de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 05/02/2021.

### **Entrevista**

MODESTO, Rafael. Entrevista realizada com assessor jurídico do CIMI, o advogado Rafael Modesto. Realizada virtualmente em 16/08/2021.

### **Legislação**

PORTUGAL. Provisão. 01-04-1680, in: Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão, vol. 66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 51-56.

BRASIL. Actos do Poder Legislativo. Lei n. 601, de 18 de setembro de 1.850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm). Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Constituição (1.934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1.934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Constituição (1.937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1.937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Constituição (1.946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1.946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 21/09/2021.

BRASIL. Constituição (1.967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Constituição (1.967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1.969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez. de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 22/08/2021.

BRASIL. LEI nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1.916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19/09/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº. 215 de 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o §4º e acrescenta o §8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 15/04/2021.

SANTA CATARINA. Decreto Estadual nº 2.221, de 4 de fevereiro de 1.977. Cria a Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, no município de Benedito Novo. Disponível em: [https://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1977/dec\\_2221\\_1977\\_criareservabiologicaestadualsassafras\\_sc.pdf](https://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1977/dec_2221_1977_criareservabiologicaestadualsassafras_sc.pdf). Acesso em: 20/09/2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Declaratória, nº 1182 de 2003. Diário Oficial da União, [S. l.], 30 jun. 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 490 de 2007, de 20 de março de 2007. Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>. Acesso em: 02/09/2021.

## **Documentos**

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Nota Pública sobre os 32 anos da Constituição da República de 1.988. Disponível em: [https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/32\\_anos\\_de\\_reconhecimenno\\_dos\\_direitos\\_dos\\_povos\\_indigenas\\_pela\\_cf\\_rev\\_clarissa\\_0.pdf](https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/32_anos_de_reconhecimenno_dos_direitos_dos_povos_indigenas_pela_cf_rev_clarissa_0.pdf). Acesso em: 13/04/2021

COMITÊ NACIONAL PELA VIDA E MEMÓRIA INDÍGENA. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). Relatório. 2020. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/relatorio/>. Acesso em: 16/07/2021

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO - CIMI. Relatório Violência contra os povos indígenas - Dados de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contr-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 14/09/2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Manifesto em defesa da luta do povo Laklãnõ/Xokleng contra os impactos da Barragem Norte. Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://cimi.org.br/2017/06/39642/>. Acesso em: 09/07/2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel Coronavírus, 2021, [S.l.]. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 26/07/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Agropecuário 2017. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/resultados-censo-agro-2017.html>. Acesso em: 14/09/2021.

## **Notícias**

ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Julgamento no STF suspenso: após Nunes Marques votar por anistiar invasões de terras indígenas no passado, Moraes pede vista. 15 set. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/09/15/julgamento-no-stf-suspenso-apos-nunes-marques-votar-por-anistiar-invasoes-de-terras-indigenas-no-passado-moraes-pede-vista/>. Acesso em: 20/09/2021.

BIASETTO, Daniel. Sob Bolsonaro, Funai e Ministério da Justiça travam demarcação de terras indígenas. O Globo, 3 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/sob-bolsonaro-funai-ministerio-da-justica-travam-demarcacao-de-terras-indigenas-24820597>. Acesso em: 19/07/2021.

SANTANA, Renato. Contra o genocídio e o Parecer 001 da AGU. Jornal Porantim, abril de 2018. Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Porantim-404\\_Abr2018.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Porantim-404_Abr2018.pdf). Acesso em: 27/04/2021.

VALENTE, Rubens. Moro usa parecer de Temer e trava demarcação de 17 terras indígenas no país. Folha de S. Paulo. 28.jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/moro-usa-parecer-de-temer-e-trava-demarcacao-de-17-terras-indigenas-no-pais.shtml>. Acesso em: 26/08/2021.

ZUKER, Fábio. Ato indígena “Nossa História não Começa em 1988” toma conta da Avenida Paulista. Amazônia Real, 9 de ago. de 2017. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/ato-indigena-nossa-historia-nao-comeca-em-1988-toma-conta-da-avenida-paulista/>. Acesso em: 27/04/2021.

## **Links**

Instituto Socioambiental. Situação atual das terras indígenas. Terras Indígenas. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/>. Acesso em: 10/03/2021

Íntegra da carta entregue ao Min. Alexandre de Moraes para que este dê celeridade à devolução dos autos: <https://apiboficial.org/2021/09/16/liderancas-indigenas-protocolam-carta-ao-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes/>. Acesso em: 20/09/2021.

Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/discover>. Acesso em: 29/09/2020.

Rights and Resources Initiative, Woods Hole Research Center e World Resources Institute. An Updated Analysis of Indigenous Peoples' and Local Communities' Contributions to Climate

Change Mitigation. 2 Nov. 2016. Disponível em: <https://rightsandresources.org/en/publication/global-baseline-carbon-storage-collective-lands/#.Xxc--p5KjIU>. Acesso em: 07/09/2021.

World Resources Institute. Climate Benefits, Tenure Costs: The Economic Case For Securing Indigenous Land Rights in the Amazon. Out. 2016. Disponível em: <https://www.wri.org/publication/climate-benefits-tenure-costs>. Acesso em: 07/09/2020.

## ANEXO 1

### **Roteiro da entrevista realizada com Rafael Modesto (assessor jurídico do CIMI)**

- 1) Fale um pouco sobre a sua trajetória como advogado aliado do movimento indígena;
- 2) Comente sobre os pontos que você entende serem mais importantes para compreender a disputa judicial que envolve o território LaKlãnõ, considerando as duas ações judiciais;
- 3) Quando a Barragem foi instituída, o território já era reconhecido pela FUNAI como terra indígena. No seu entendimento, como você acha que um empreendimento de tamanha magnitude pode ter sido construído dentro de uma área indígena sem anuência dos LaKlãnõ? A FUNAI autorizou a construção da Barragem?
- 4) Se a tese do marco temporal tivesse caráter vinculante, quais seriam os maiores prejuízos na incidência desta tese para o território LaKlãnõ?
- 5) Como você entende que o direito territorial indígena deve ser interpretado?
- 6) A resistência e a mobilização indígena frente a disputa judicial sobre a aplicação da tese impactam no posicionamento do Poder Judiciário?
- 7) Sobre os reiterados adiamentos das sessões de julgamento do RE 1017365, você acredita que a morosidade em julgar o caso tem sido uma estratégia política do STF?
- 8) Além da disputa pela terra no âmbito do Poder Judiciário, quais são os maiores desafios hoje para efetivação do direito à terra aos povos indígenas?
- 9) Como você interpreta o posicionamento do STF frente a essas disputas? O Poder Judiciário tem algum papel importante?

- 10) Quais são os maiores desafios que você tem enfrentado no exercício da advocacia como aliado dos povos indígenas?
- 11) Quais foram os impactos da pandemia para os direitos territoriais indígenas e, em especial, para o direito territorial dos LaKlãnõ?
- 12) Em que medida o estado brasileiro contribuiu e tem contribuído para o genocídio indígena?

## **ANEXO 2**

### **Lista dos *amicus curiae* com ingresso deferido nos autos do RE 1017365**

Conselho Indigenista Missionário - CIMI

Conselho Nacional De Direitos Humanos - CNDH

Fian Brasil - Organização pelo Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas

Instituto Socioambiental - ISA

Indigenistas Associados - INA

Fundação Luterana de Diaconia - FLD

Conselho Indígena De Roraima - CIR

Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia

Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA

Movimento Unido dos Povos e Organizações Indígenas da Bahia - Mupoiba

Aty Guasu Kaiowa Guarani

Conselho do Povo Terena

Centro de Trabalho Indigenista - CTI

Estado de Santa Catarina

Comunidade Indígena Xukuru Do Ororubá

Defensoria Pública Da União

Povo da Terra Indígena Passo Grande do Rio Forquilha



Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - Apib  
Rede Sustentabilidade  
Joenia Batista De Carvalho  
Comissão Guarani Yvyrupa - CGY  
Rede Eclesial Pan-Amazônica - Repam - Brasil  
Associação Brasileira dos Produtores de Soja - Aprosoja  
Sociedade Rural Brasileira - SRB  
Greenpeace - Brasil  
Associação Brasileira de Antropologia - ABA  
Famasul - Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Mato Grosso do Sul  
Sindicato Rural de Antônio João/Ms  
Associação do Indígena Krahô-Kanela Apoinkk  
Povo Krahô Takaywrá  
União das Aldeias Apinajé Pempxá  
Povo Tapuia  
Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB  
Comunidade Indígena Apãnjekra Canela  
Comunidade Indígena Memortumré Canela  
Comunidade Indígena Akroá-Gamella  
Organização Nacional de Garantia ao Direito de Propriedade - ONGDIP  
Povo Indígena Xavante, da Terra Indígena Marãiwatsédé  
Comunidade Indígena do Povo Xakriabá  
Acrimat - Associação dos Criadores De Mato Grosso  
Conectas Direitos Humanos  
UFPE - Universidade Federal De Pernambuco  
Federação do Povo Huni Kui do Estado Do Acre - Fephac, Nukun Hunikuinen Beya Xarabu  
Tsumashun Ewawa  
Estado de Mato Grosso do Sul  
Sindicato Rural de Caarapó

Estado do Amazonas  
Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade - Dpd  
Município de Cunha Pora  
Município de Saudades  
Federação da Agricultura do Estado do Paraná  
Associação Juízes para a Democracia - AJD  
Sindicato Rural de Porto Seguro  
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB  
Associação dos Pequenos Produtores Rurais da Gleba Porto Velho  
Associação dos Produtores Rurais da Suia Missu - Aprosum  
Associação dos Pequenos Agricultores Rurais do Projeto Paredão  
Sindicato Rural de Bela Vista  
Sindicato Rural de Itapetinga  
Sindicato Rural de Aquidauana  
Sindicato Rural de Amambai  
Sindicato Rural de Terra Roxa  
Sindicato Rural de Ponta Pora  
Sindicato Rural de Porto Murtinho/MS  
Sindicato Rural de Anastácio/MS  
Sindicato Rural de Juti/MS  
Sindicato Rural de Maracaju  
Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais De Cáceres-MT  
Sindicato Rural de Miranda e Bodoquena  
Associação Rural do Vale do Rio Miranda  
Sindicato Rural de Abelardo Luz  
Sindicato Rural de Itamaraju  
Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Barretos-SP  
Sindicato dos Produtores Rurais de Anaurilândia-MS  
Sindicato Rural de Tacuru/MS

Federação da Agricultura e Pecuária do Estado Da Bahia

Associação dos Pequenos Produtores Rurais do Assentamento Terra Nova

Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul - Farsul