



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AGRÁRIO

LIA RAQUEL MASCARENHAS LACERDA

**Direito territorial originário e a inconstitucionalidade do
"Marco Temporal": o caso da terra indígena Guarani-Kaiowá
– Guyraroká, Mato Grosso do Sul – Brasil**

GOIÂNIA
2022



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO (TECA) PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES

E DISSERTAÇÕES NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a [Lei 9.610/98](#), o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo das Teses e Dissertações disponibilizado na BDTD/UFG é de responsabilidade exclusiva do autor. Ao encaminhar o produto final, o autor(a) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do material bibliográfico

Dissertação Tese

2. Nome completo do autor

LIA RAQUEL MASCARENHAS LACERDA

3. Título do trabalho

DIREITO TERRITORIAL ORIGINÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO "MARCO TEMPORAL": O CASO DA TERRA INDÍGENA GUARANI-KAIOWÁ - GUYRAROKÁ, MATO GROSSO DO SUL – BRASIL

4. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador)

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante:

a) consulta ao(a) autor(a) e ao(a) orientador(a);

b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo da tese ou dissertação.

O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

Obs. Este termo deverá ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Professor do Magistério Superior**, em 26/08/2022, às 08:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

Documento assinado eletronicamente por **LIA RAQUEL MASCARENHAS LACERDA, Discente**, em 29/08/2022, às 12:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do



[Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.](#)



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2754529** e o código CRC **F7A8C5B5**.

Referência: Processo nº 23070.004368/2022-32

SEI nº 2754529

LIA RAQUEL MASCARENHAS LACERDA

**Direito territorial originário e a inconstitucionalidade do
"Marco Temporal": o caso da terra indígena Guarani-Kaiowá
– Guyraroká, Mato Grosso do Sul – Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Agrário (PPGDA) da Universidade Federal de Goiás (UFG), como requisito para a obtenção do título de Mestra em Direito Agrário.

Área de Concentração: Direito Agrário
Linha de Pesquisa: Direito Agroalimentar, Territorialidades, Subjetividades Constitucionais e Convencionais e Proteção Jurídica

Orientador: Professor Doutor Fernando Antonio de Carvalho Dantas.

GOIÂNIA
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Lacerda, Lia Raquel Mascarenhas

Direito territorial originário e a inconstitucionalidade do "Marco Temporal" [manuscrito] : o caso da terra indígena Guarani-Kaiowá – Guyraroká, Mato Grosso do Sul – Brasil / Lia Raquel Mascarenhas Lacerda. - 2022.

105 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Goiânia, 2022.

Bibliografia. Anexos.

Inclui siglas, fotografias, lista de figuras.

1. Guarani-Kaiowá. 2. Constituição Federal. 3. Marco Temporal. 4. Direito Territorial Originário. I. Dantas, Fernando Antonio de Carvalho, orient. II. Título.

CDU 349.42



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Ata nº 3 da sessão de Defesa de Dissertação de LIA RAQUEL MASCARENHAS LACERDA que confere o título de Mestre em **Direito Agrário** na área de concentração em **Direito Agrário**.

Aos vinte e cinco dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte e dois, a partir das 11h30, por meio de videoconferência, realizou-se a sessão pública de Defesa de Dissertação intitulada “**DIREITO TERRITORIAL ORIGINÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL: O CASO DA TERRA INDÍGENA GUARANI-KAIOWÁ, MATO GROSSO DO SUL**”. Os trabalhos foram instalados pelo Orientador, **Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas (PPGDA/UFG)** com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: **Profa. Dra. Rebecca Forattini Lemos Igreja** (Universidade de Brasília), membra titular externa; **Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho** (Universidade Federal de Goiás) membro titular interno. Durante a arguição os membros da banca **fizeram** sugestão de alteração do título do **trabalho**. A Banca Examinadora reuniu-se em sessão secreta a fim de concluir o julgamento da Dissertação tendo sido a candidata **aprovada** pelos seus membros. Proclamados os resultados pelo **Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas**, Presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos e, para constar, lavrou-se a presente ata que é assinada pelos Membros da Banca Examinadora, aos vinte e cinco dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte e dois.

TÍTULO SUGERIDO PELA BANCA

DIREITO TERRITORIAL ORIGINÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO "MARCO TEMPORAL": O CASO DA TERRA INDÍGENA GUARANI-KAIOWÁ - GUYRAROKÁ, MATO GROSSO DO SUL – BRASIL



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Professor do Magistério Superior**, em 31/08/2022, às 10:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **REBECCA FORATTINI LEMOS IGREJA, Usuário Externo**, em 31/08/2022, às 11:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **CARLOS FREDERICO MARES DE SOUZA FILHO, Usuário Externo**, em 31/08/2022, às 22:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3154736** e o código CRC **B78E438C**.



Referência: Processo nº 23070.004368/2022-32

SEI nº 3154736

*Dedico este trabalho ao povo Guarani-Kaiowá
– pelo amor à mãe Natureza e ao meu
orientador Fernando Dantas – por ter me
ensinado o caminho desse amor*

AGRADECIMENTOS

Já dizia o saudoso Belchior, agora digo eu: viver é melhor do que sonhar.

Por anos, guardei esse sonho numa gaveta especial do meu coração. Chegou o momento de puxá-la e viver tudo isso.

Jesus, obrigada pela bênção do conhecimento e pelo amparo em TODOS os momentos. Tudo o que sou e consegui, devo, primeiramente, a Ti, meu Fiel Amigo, Conselheiro e Redentor. Eu te amo, meu Deus.

Meu amor, João Djane, obrigada por ter segurado minhas mãos quando, muitas vezes, a ansiedade me puxava pelos pés. Obrigada por ter participado ativa e diretamente de todas as fases desse processo e pelo pacote de palavras de incentivo quando eu pensava em desistir. Nós dois sabemos o quão difícil foi, mas o mel da colheita sempre compensa o fel do plantio. Você faz parte dessa vitória. Meu amor é seu.

Agradeço ao meu orientador Fernando Antonio de Carvalho Dantas pela dedicação, parceria, cuidado e paciência em cada ensinamento. Ser orientador durante uma pandemia e ainda de forma *on-line* é um grande desafio e também por isso sou extremamente grata. Ao lado da sua orientação, entendi que a pesquisa é sempre inacabada e que preciso sempre perseverar. Seu direcionamento, conduta e ensino me levaram além da pesquisa. Muito, muito obrigada.

Agradeço ao professor Carlos Marés e à professora Rebecca Igreja por terem aceitado prontamente o convite para compor a minha banca de qualificação e de defesa. Sou muito grata por cada apontamento, cada sugestão e cada crítica. Tudo serviu para a minha aprendizagem e minha caminhada na pesquisa.

Aos meus pais e à minha mana Lorena, por acreditarem em mim e nos meus sonhos.

O caminho da pesquisa é, muitas vezes, cheio de desafios. Se eu tivesse caminhado até aqui sozinha, teria sido tudo muito mais difícil. Agradeço à minha companheira de pesquisas e de lutas. Ela que tanto me apoiou e não deixou que eu desistisse quando tudo parecia mais desafiador. Isadora, a você minha sincera gratidão.

Elenice e Mayron – colegas que a pesquisa me apresentou e desde então permaneceram no meu caminho com palavras de apoio, sustento e esperança.

Se cheguei até aqui foi porque me apoiei no ombro de gigantes – tomo essas palavras de Isaac Newton para agradecer a todos esses gigantes que aqui caminharam comigo. Apoiada por todos vocês, cá estou.

Minha GRATIDÃO já tá no Lattes.

*Poderiam ser acrescentados mais mil lugares,
e nos mil lugares haveria de aparecer o
conflito. Índio, quilombola, mico-leão-dourado
ou floresta úmida lutam para se manter vivos
num mundo que é capaz de tentar
transformar em mercadoria o riso franco de
um quilombola e o olhar doce do índio, com a
mesma desfaçatez que vende o couro do
mico-leão-dourado e o cerne poderoso da
madeira arrancada da floresta úmida.
Todavia, não se engane o ingênuo: para uma
boa mercadoria, todos devem estar mortos,
mesmo quando parecem vivos!*

Carlos Frederico Marés de Souza

RESUMO

Os direitos originários sobre as terras que os indígenas tradicionalmente habitam já existiam antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Desconsiderando a norma constitucional, os povos indígenas têm seus direitos violados constantemente pela inobservância dos conceitos constitucionais que se referem a terra em seu usufruto e posse. Dentre esses povos, aqui se destaca a luta dos Guarani-Kaiowá pelos seus territórios originários na região sul do estado do Mato Grosso do Sul. Nesse contexto, a presente dissertação traz como hipótese de trabalho a seguinte afirmação: o Marco Temporal e os institutos de direito civil, utilizados na decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, no caso do povo Guarani-Kaiowá, do estado do Mato Grosso do Sul, são instrumentos que não gozam de autoridade revogatória sobre direitos previstos constitucionalmente, sendo impeditivo o seu uso no contexto ora apresentado por gerar a ineficácia dos direitos territoriais desse povo. A partir disso, a pesquisa traz como objetivo geral: demonstrar que ainda que se tenha um conjunto de garantias constitucionais aos povos indígenas, há decisões judiciais que desconsideram o direito territorial coletivo e aplicam a racionalidade individual privada do direito às relações de direito coletivo. Outrossim, como objetivos específicos têm-se: 1) contextualizar os aspectos socioculturais da comunidade Guarani-Kaiowá, do estado do Mato Grosso do Sul; 2) identificar o avanço das frentes econômicas, a partir de conceitos de território e 3) apontar aspectos que demonstram como o povo Guarani-Kaiowá sofreu por conta da violação permanente em relação à disputa pela ocupação da terra. Diante disso, ressaltamos que a complexidade histórica dos conflitos que envolvem hoje boa parte dos processos de demarcação de terras indígenas, no âmbito do Poder Judiciário, implica intensos debates teóricos-normativos e práticos sobre a relação antagônica no que diz respeito a terra. Por um lado, a terra, ao sustentar os processos coloniais, é vista como mercadoria. Já para os indígenas e tradicionais, dentro de suas cosmovisões territoriais, a terra é como uma mãe. Como aporte metodológico de caráter científico e epistemológico mais amplo, a pesquisa pauta-se pelo método hipotético-dedutivo. No que diz respeito à abordagem, a pesquisa é qualitativa. Partindo para a classificação quanto ao procedimento metodológico – e ao mesmo tempo técnica de coleta de dados – baseamo-nos na pesquisa de documentação indireta que abrange o levantamento documental (de ordem primária) e o levantamento bibliográfico (de ordem secundária).

Palavras-chave: Guarani-Kaiowá; Constituição Federal; Marco Temporal; Direito Territorial Originário.

RESUMEN

Los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente habitan los indígenas ya existían antes de la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil en 1988 (CRFB/88). Desconociendo la norma constitucional, los pueblos indígenas ven constantemente vulnerados sus derechos por la inobservancia de los conceptos constitucionales que se refieren a la tierra en su usufructo y posesión. Entre esos pueblos, se destaca la lucha de los Guaraní-Kaiowá por sus territorios originales en la región sur del estado de Mato Grosso do Sul. Derecho civil, utilizado en la decisión del Recurso Ordinario en Auto de Mandamus n. 29.087, en el caso del pueblo guaraní-kaiowá, en el estado de Mato Grosso do Sul, son instrumentos que no tienen facultad revocatoria sobre derechos constitucionalmente previstos, y su uso en el contexto aquí presentado es un impedimento porque genera la ineficacia de los derechos territoriales de este pueblo. A partir de ello, la investigación tiene como objetivo general: demostrar que si bien existe un conjunto de garantías constitucionales a los pueblos indígenas, existen decisiones judiciales que desconocen el derecho colectivo territorial y aplican la racionalidad privado-individual del derecho a las relaciones de derecho colectivo. Además, los objetivos específicos son: 1) contextualizar los aspectos socioculturales de la comunidad guaraní-kaiowá, en el estado de Mato Grosso do Sul; 2) identificar el avance de los frentes económicos, a partir de conceptos de territorio y 3) señalar aspectos que demuestren cómo el pueblo guaraní-kaiowá sufrió por la vulneración permanente en relación a la disputa por la ocupación del territorio. Ante ello, destacamos que la complejidad histórica de los conflictos que actualmente involucran gran parte de los procesos de demarcación de tierras indígenas, en el seno del Poder Judicial, implica intensos debates teórico-normativos y prácticos sobre la relación antagónica en torno a la tierra. Por un lado, la tierra, al sustentar los procesos coloniales, es vista como una mercancía. Para los pueblos indígenas y tradicionales, dentro de sus cosmovisiones territoriales, la tierra es como una madre. Como aporte metodológico de carácter científico y epistemológico más amplio, la investigación se orienta por el método hipotético-deductivo. En cuanto al enfoque, la investigación es cualitativa. Partiendo de la clasificación en cuanto al procedimiento metodológico – y a la vez la técnica de recolección de datos - nos basamos en la investigación de documentación indirecta que abarca el levantamiento documental (de orden primario) y el levantamiento bibliográfico (de orden secundario).

Palabras clave: Guaraní-Kaiowá; Constitución Federal; Marco Temporal; Ley Territorial Original.

LISTA DE IMAGENS

Imagem 01: Indígenas Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul	27
Imagem 02: Cerimônia religiosa entre os Kaiowá	36
Imagem 03: Casa de reza da terra indígena Jaguapiré, em Tacuru, no Mato Grosso do Sul, poucos anos antes de ser incendiada.....	40
Imagem 04: Líder Guarani-Kaiowá em Paris para denunciar perseguição a seu povo.....	55
Imagem 05: Manifestação dos Guarani Kaiowá contra reintegrações de posse.....	57
Imagem 06: Manifestação Guarani e Kaiowá em frente ao STF	60

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Representação da pesquisa de documentação indireta	24
Figura 02: Território Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul	34

LISTA DE SIGLAS

ACO	Ações Cíveis Originárias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
AR	Ação Rescisória
CAPADR	Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CPT	Comissão Pastoral da Terra
CRB/91	Constituição da República do Brasil de 1891
CREUB/34	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CSN	Conselho de Segurança Nacional
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
Funai	Fundação Nacional do Índio
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIN	Plano de Integração Nacional
PIX	Parque Indígena do Xingu
PL	Projeto de Lei
PPGDA	Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário
SESAI	Secretaria Especial de Saúde Indígena
SPI	Serviço de Proteção aos Índios
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
Objeto de estudo.....	15
Problemática e objetivos.....	19
Aspectos metodológicos	23
Estrutura da dissertação	25
1 OS GUARANI-KAIOWÁ E A LUTA PELA TERRA.....	27
1.1 Origem do povo Guarani-Kaiowá e o cenário contemporâneo	28
1.2 A luta pelo <i>tekoha</i> – os sistemas de vida do <i>teko porã</i> (bem viver)	33
2 FRENTES DE EXPANSÃO ECONÔMICAS E TERRITORIALIDADES – ASPECTOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	40
2.1 Territorialidades e o avanço das frentes econômicas	41
2.2 Capitalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano	48
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL POR VIOLAR OS SISTEMAS DE VIDA DOS GUARANI-KAIOWÁ.....	57
3.1 Do Marco Temporal – as violações permanentes em relação à disputa das terras indígenas dos Guarani-Kaiowá	58
3.2 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 e das consequências para o povo Guarani-Kaiowá	62
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	69
ANEXOS	79

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) reconheceu o direito originário dos povos indígenas a terra em seu artigo 231, *caput*, onde explicita que “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” (BRASIL, 2022, p. 126). Há nesse texto a manifesta posição de que o direito à posse da terra é um direito originário, portanto não depende de titulação e precede os demais direitos. Dessa maneira, a proteção ao direito originário é fundamental para garantia dos direitos dos povos indígenas, principalmente em relação a posse da terra (CUPSINSKI, *et al.*, 2018).

Observamos que a partir da Constituição Brasileira de 1934, a então Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (CREUB/34), precisamente em seu artigo 129, o direito sobre as terras indígenas se sobressai em relação a qualquer outro, pois o referido artigo diz que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934, não paginado).

Ainda nesse contexto, Amado (2021) – popularmente conhecido como Eloy Terena – advogado indígena e coordenador jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), entende que toda uma etnia acaba por ser condenada ao extermínio físico e cultural, quando o reconhecimento territorial é inviabilizado e quando o território é retirado dos povos tradicionais que a ele tem direito.

Dado esse contexto, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente os indígenas brasileiros ocupam já existiam antes da promulgação da atual Constituição, sendo a CRFB/88 o mais importante dispositivo jurídico para garantia do direito originário, mas não o marco inicial que estabelece esse entendimento. Desse modo, a denominada tese do “Marco Temporal” atua como instrumento para a descontinuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, acarretando uma série de violações simbólicas e principalmente relacionadas à perda do direito aos territórios em processo de demarcação. Esta tese defende que os indígenas só possuem direito a terras que por eles já estavam ocupadas até 5 de outubro de 1988, isto é, até a data da promulgação da CRFB/88.

Amado (2021) diz que a tese do Marco Temporal se trata de uma interpretação forçada. Ele explica que a CRFB/88 é um dispositivo extremamente lúcido no que se refere à adoção da teoria do indigenato, a ideia de um direito originário. Conforme o autor, “a Constituição trouxe o conceito de terra tradicionalmente ocupada. Nele, existem quatro elementos que caracterizam a tradicionalidade, e nenhum desses elementos trabalha com a temporalidade” (AMADO, 2021, não paginado).

Os quatro elementos, aos quais o autor se refere estão descritos no parágrafo 1º do artigo 231 da CRFB/88 que diz que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente (primeiro elemento), as utilizadas para suas atividades produtivas (segundo elemento), as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar (terceiro elemento) e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (quarto elemento) (BRASIL, 2022).

Esses quatro elementos estão vinculados aos sistemas de vida indígena, que por sua vez, configurarão os direitos territoriais diferenciados porque são fundados na diversidade. Assim, a formulação interpretativa do Marco Temporal, tese que procura mudar a política de demarcação de terras indígenas no Brasil, notadamente contraria o sistema constitucional estabelecido que promete garantir a proteção aos sistemas de vida indígena. Dito de outro modo, “a tese do marco temporal é uma interpretação forçada da Constituição e ela afronta o direito constitucional” (AMADO, 2021, não paginado).

Objeto de estudo

Tomando como fundamento essas considerações iniciais, o nosso objeto de estudo é o povo indígena Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul, assim conhecidos na literatura antropológica brasileira e constantemente envolvidos em violências simbólicas e físicas pelo direito a suas terras. Eles reivindicam a terra indígena Guyraroká, no município de Caarapó, localizado na Mesorregião do Sudoeste do Mato Grosso do Sul.

A área reivindicada pelos Guarani Kaiowá para a terra indígena Guyraroka, que fica no Mato Grosso do Sul, é de pouco mais de 11 mil hectares – para efeito de comparação, a Fazenda Nova Piratininga, o maior latifúndio do país, tem 135 mil hectares. Mas o processo de

demarcação da terra, que se encontrava em estágio avançado, foi anulado em 2014 pela Segunda Turma do STF. De uma hora para outra, perderam seu chão. Atualmente, eles ocupam uma área de apenas 55 hectares. São 26 famílias. A decisão foi levada a cabo por um mandado de segurança e levou em consideração a tese absurda do “marco temporal”. Há anos a Ação Rescisória (AR) 2686, que reverte aquele veredicto, aguarda sua apreciação final. O principal argumento da AR é que falta consultar os Guarani Kaiowá. Esse direito lhes é garantido pelo artigo 232 da Constituição (AMADO; MODESTO, 2021, não paginado).

Para se ter uma dimensão geral do que consideramos violência, segundo dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil, do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) (2019), obtidos junto à Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) e secretarias estaduais de saúde, houve, só em 2019, a ocorrência de 113 assassinatos de indígenas, sendo destes, 40 somente no Mato Grosso do Sul, já o número de suicídios foi de 133, sendo 34 somente no mesmo estado.

Conforme a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) (2015), para compreender o que envolve a questão do suicídio entre os indígenas, tem-se que voltar o olhar para a taxa de mortalidade deste tipo, pois sistematicamente é mais alta para esses povos tradicionais em relação às pessoas não indígenas.

Esta situação sugere que fatores sócio-históricos que assolam os indígenas, tal como a etnia, pobreza e discriminação, são determinantes para o crescimento gradativo da mortalidade por suicídio, especialmente entre os jovens, pois são fatores envolvidos por uma rede de pressões externas e internas constantes. Além disso, com a crescente “perda dos mecanismos de organização comunitários, as aceleradas mudanças culturais e uma entrada na modernidade sem controle cultural, podemos entender por que e como o suicídio ocorre de forma desproporcional nos jovens indígenas” (CEPAL, 2015, p. 80).

Voltando aos dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil, o crescente e mais significativo agravamento da violência contra os indígenas têm ocorrido posteriormente à posse do então presidente Jair Messias Bolsonaro, em janeiro de 2019:

Observa-se que o desmatamento, as queimadas e as invasões das terras indígenas e das unidades de conservação crescem assustadora e impunemente na Amazônia, estimuladas pela ação e omissão do governo com a finalidade de favorecer a exploração predatória das riquezas naturais da região. Diariamente, os órgãos de fiscalização são desaparelhados para deixar de cumprir sua finalidade

institucional. A Fundação Nacional do Índio (Funai) age, cada vez mais, como uma extensão dos interesses econômicos de terceiros no interior das terras indígenas. Os povos indígenas, as comunidades tradicionais, seus aliados e os defensores do meio ambiente são vistos como inimigos a serem combatidos. Todos os aspectos da política indigenista anterior, com a finalidade de assegurar direitos e beneficiar coletivamente os povos indígenas, passam a ser combatidos abertamente ou solapados para que não se concretizem. Inicia-se uma anti-política indigenista com a intenção de promover uma nova onda de esbulho das terras indígenas, favorecendo a sua apropriação por terceiros e a exploração indiscriminada das suas riquezas naturais (CIMI, 2019, p. 195).

Esta afirmação corrobora com outro relatório recente, o do Centro de Documentação Dom Tomás Balduino da Comissão Pastoral da Terra (CPT), acerca de conflitos no campo no Brasil no ano de 2019. Segundo este documento, publicado em 2020, os conflitos no campo aumentaram e os assassinatos de indígenas bateram recorde durante o primeiro ano do governo Bolsonaro. Por exemplo, para cada quatro conflitos diários que foram registrados no ano de 2018, houve cinco registrados no ano de 2019.

Para Canuto, Cruzeiro, Santos e Siqueira (2020), em texto do relatório conflitos no campo no Brasil no ano de 2019, denominado “Conflitos por Terra em 2019, uma introdução”, esse tipo de estatística está diretamente relacionada à política bolsonarista, uma vez que:

Durante sua campanha, Bolsonaro reiterou inúmeras vezes que “não iria demarcar nem mais um centímetro de terra indígena”. Ele cumpre sua promessa, destinada aos ruralistas, madeireiros, garimpeiros e mineradoras, ávidos por explorar as riquezas dos territórios originários, em sua maioria na Amazônia (98.25% da extensão de todas as TIs do país). O discurso do agora presidente foi o estopim perfeito para avalizar e legitimar ataques contra as Terras Indígenas, de modo que, em 2019, de cada três famílias envolvidas em conflito por terra, uma é indígena. Do total de 144.742 famílias, 49.750 eram indígenas, 34,4%, o que faz da categoria a mais envolvida na luta pela terra. Posseiros vieram em seguida, com 29.257 famílias, 20,2%, e quilombolas com 13.687 famílias, 9,5%. Em relação à quantidade de ocorrências de conflitos por terra, os indígenas foram parte em 244, 19,5% do total e sofreram as seguintes violências: 320 famílias foram expulsas (30,7% do total); 930 despejadas (9%); 26.621 tiveram seus territórios ou casas invadidos (67%) (CANUTO; CRUZEIRO; SANTOS; SIQUEIRA, 2020, p. 104).

Diante desse cenário, buscamos compreender as questões inerentes ao direito originário e a inconstitucionalidade do Marco Temporal, com especificidade ao caso

do povo indígena Guarani-Kaiowá, Mato Grosso do Sul. Isso porque na contramão dos direitos constitucionalizados, no ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão emblemática, interrompeu o processo de demarcação da terra do povo Guarani-Kaiowá pela decisão da Segunda Turma. Os então ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Celso de Mello anularam a Portaria Declaratória do Ministério da Justiça, n. 3.219, emitida em 2009¹, que determinava a colocação de marcos para delimitar a terra indígena Guyraroká (BRASIL, 2009; CALIARI, 2016).

A Portaria é uma das últimas etapas de um processo de demarcação de uma terra indígena, “fase anterior à homologação pela Presidência da República e de seu registro em cartório em nome da União para o usufruto dos índios” (CALIARI, 2016, não paginado). Conforme exposto na decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 (STF, 2014), a reversão pelo Supremo do processo administrativo de demarcação de terra indígena em estágio avançado foi feita com base no Marco Temporal, critério estabelecido pelo próprio STF (2009) no julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima (CALIARI, 2016).

No ano de 2009, por ocasião do julgamento da Petição 3.388, também conhecida como “caso Raposa Serra do Sol”, o Supremo Tribunal Federal publicou as denominadas “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, instaurando imediatamente, debate a respeito da aplicabilidade de tais condições às demais terras indígenas do Brasil. Foi neste mesmo julgado, que pela primeira vez, no âmbito no poder judiciário, suscitou-se a tese jurídica denominada “marco temporal”. [...] Dessa decisão proferida, tanto as comunidades indígenas quanto o ministério público federal interpuseram recurso de embargos de declaração, buscando com isso, uma nova manifestação da Corte, para se manifestar que as condicionantes se estendiam automaticamente às outras terras ou não (AMADO, 2019, p. 212).

No entanto, a posse de não-índio sobre as terras indígenas nunca pode ser legitimada, porque nos termos da CRFB/88 é nula, de nenhum efeito. Isso se explica porque essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”, conforme redação do parágrafo 4º, do artigo 231 (BRASIL, 2022, p. 127).

¹ Esta Portaria “foi assinada pelo ex-ministro da Justiça, Tarso Genro, que declarou como de posse permanente do grupo indígena Guarani a Terra Indígena Guyraroká, reconhecendo os seus limites para posterior homologação. Ficariam faltando apenas a colocação de marcos físicos para limitação da área e a homologação pela presidência da república” (MAPA DE CONFLITOS ENVOLVENDO INJUSTIÇA AMBIENTAL E SAÚDE NO BRASIL, 2018, não paginado).

Martins, Nogueira e Dantas (2017) asseveram que o modelo hegemônico de colonialidade advindo da Europa foi aplicado na ocupação das terras brasileiras, impondo aos povos indígenas mudanças marcantes no seu modo de vida. Foram aos poucos sendo subalternizados e suas práticas culturais de proximidade com a natureza ignoradas, no intuito de enfraquecer o sentimento de comunidade e de pertença ao território físico, cultural e político. O território, em todos os seus aspectos, é importante porque através dele “pode-se compreender a identidade coletiva, os saberes, a autonomia cultural dos Guarani e se pode resgatar a perspectiva indígena de vida coletiva na qual se convive em diversidade, harmonia e respeito com a natureza” (MARTINS; NOGUEIRA; DANTAS, 2017, p. 116).

Problemática e objetivos

A relação que se estabelece entre o indígena e suas terras não é regida pelas normas do direito civil. Essa relação extrapola a órbita puramente privada. A apropriação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas “não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato” (SILVA, 2016, p. 15). Os indígenas as ocupam com fundamento no indigenato, ou seja, com base nos direitos originários sobre ela, deste modo, quando o não indígena toma posse dessas terras, ele não retira apenas a posse da terra em si, mas também um conjunto de direitos que estão atrelados ao conceito de indigenato (MENDES JÚNIOR, 1912; SILVA, 2016).

Para melhor compreensão, faz-se necessário recorrer à teoria do indigenato desenvolvida por João Mendes Júnior (1912) no início do século XX, jurista e ex-ministro do STF. Segundo ele, o indigenato não se confunde com a mera posse, pois se trata de um direito congênito, enquanto a mera ocupação é entendida como título adquirido, sendo que o indigenato é legítimo por si (SILVA, 2016).

Para Mendes Júnior (1912), não se concebe que os indígenas tenham conquistado por simples ocupação aquilo que lhes é de ordem primária, uma vez que, relativamente aos indígenas estabelecidos, não há mais simples posse, há um título imediato de domínio:

Conquanto o *indigenato* não seja a *única* verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1.º de

Abril de 1680, «a primaria, naturalmente e virtualmente reservada», ou, na frase de ARISTOTELES (Polit., I, n. 8), – «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 passo que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58, grifos do autor).

A CRFB/88 adotou a teoria do indigenato, reconhecendo e buscando garantir aos indígenas, em seu artigo 231, *caput*, o direito a 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” (BRASIL, 2022, p. 126). Trata-se de uma somatória complementar e indissociável de direitos: identidade, terra, cultura e autonomia. Além disso, em recente julgamento conjunto das Ações Cíveis Originárias (ACO) n. 362 (STF, 2017) e n. 366 (STF, 2017a), depreende-se, nos votos dos ministros, entendimentos importantes que deixam claro que o instituto do indigenato tem respaldo constitucional.

Conforme entendimento do CIMI, em comentário a este julgamento:

O estado de Mato Grosso sustentava que a União havia criado reservas indígenas sobre terras que pertenceriam ao estado e que não seriam de ocupação tradicional dos povos que nelas estão. Assim, a ACO 362 pedia indenização por áreas “devolutas” – ou seja, sem uso – que teriam sido anexadas pelo governo federal ao Parque Indígena do Xingu (PIX), criado em 1961. A ACO 366, bastante semelhante, pedia o mesmo em função da demarcação de terras indígenas dos povos Nambikwara, Pareci e Enawenê-Nauê, na década de 1980. Os ministros do STF julgaram as ações em conjunto e decidiram, por oito votos a zero, que estava fartamente comprovado que as áreas reclamadas pelo estado de Mato Grosso eram de ocupação tradicional indígena e que, portanto, não cabia indenização (CIMI, 2017, não paginado).

A partir disso, defendemos os direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pois não se trata de um direito alcançado por meio da lei estatal, mas sim de um direito anterior à própria lei. A Carta Cidadã, ao reafirmar os direitos originários no tocante às terras indígenas, reconhece que se trata de direitos antecedentes à criação do Estado brasileiro. Independem de legitimação ou outro tipo de reconhecimento formal pelo poder estatal, sendo, portanto, direitos tomados como congênitos e legítimos por si, isto é, não podem ser confundidos com direitos

adquiridos. Entende-se, assim, que a posse atribuída aos indígenas é distinta da posse civil (SANTILLI, 1999).

Tais fundamentos nos leva à seguinte problemática de pesquisa: a aplicação de instrumentos do direito civil, a partir da análise do direito privado, com a utilização da tese do Marco Temporal, viola os direitos constitucionais e coletivos do povo Guarani-Kaiowá no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087?

Assim como Cavalcante (2016) ao abordar o Marco Temporal como ação contrária a-histórica, entendemos que esta tese ignora os processos históricos ocorridos ao longo de cinco séculos de colonização das terras brasileiras, onde os povos indígenas sofreram violências diversas e foram expulsos de suas terras nativas.

[...] essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a alçó dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151-152).

A tese do Marco Temporal “ignora processos históricos que culminaram na constituição de novas comunidades indígenas em datas mais recentes” e embora esta situação atualmente esteja muito mais difícil, “dada a organização fundiária brasileira, não se deve ignorar que situações históricas podem culminar no estabelecimento de novas comunidades, em alguns casos muito distantes de seu último local de origem CAVALCANTE, 2016, p. 22).

Sobre o Marco Temporal, é imperativo destacar que não se trata de uma tese jurídica que nasceu no âmbito do poder judiciário, uma vez que:

Antes do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, esta interpretação jurídica era rotineiramente suscitada nos discursos parlamentares e de juristas que advogam para os interesses do capital. Cito por exemplo, o discurso do deputado federal Gervásio Silva (PFL-SC), proferido no dia 20 de outubro de 2005, intitulado “Acirramento de conflitos fundiários pela política de demarcação de terras indígenas da FUNAI no Estado”, discorreu: “[...] e é bom que se repita: a Constituição Federal de 1988 não fala em posse imemorial, mas em terras tradicionalmente ocupadas no presente e de habitação permanente

[...] à identificação de uma terra indígena, está completamente divorciado do entendimento atual do STF, externado pela Súmula 650-STF, que consolidou a jurisprudência sobre o reconhecimento de terras indígenas [...] como todos sabem, esta súmula não reconhece a doutrina de posse imemorial e consagra o princípio jurídico da ocupação atual e permanente das terras tradicionais de ocupação indígena. Explicando que os supostos direitos da suposta comunidade indígena de Araçá só mereciam o abrigo constitucional se os índios lá estivessem em 05 de outubro de 1988” (AMADO, 2020, não paginado).

Apresentado estes pressupostos em correlação com o problema jurídico da nossa problemática, a nossa pesquisa traz como hipótese de trabalho a seguinte afirmação: o Marco Temporal e os institutos de direito civil, utilizados na decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, no caso do povo Guarani-Kaiowá, do estado do Mato Grosso do Sul, são instrumentos que não gozam de autoridade revogatória sobre direitos previstos constitucionalmente, sendo impeditivo o seu uso no contexto ora apresentado por gerar a ineficácia dos direitos territoriais desse povo.

A partir disso, a pesquisa traz como objetivo geral: demonstrar que ainda que se tenha um conjunto de garantias constitucionais aos povos indígenas, há decisões judiciais que desconsideram o direito territorial coletivo e aplicam a racionalidade individual privada do direito às relações de direito coletivo.

Outrossim, como objetivos específicos têm-se: 1) contextualizar os aspectos socioculturais da comunidade Guarani-Kaiowá, do estado do Mato Grosso do Sul; 2) identificar o avanço das frentes econômicas, a partir de conceitos de território e 3) apontar aspectos que demonstram como o povo Guarani-Kaiowá sofreu por conta da violação permanente em relação à disputa pela ocupação da terra.

Delimitado os nossos objetivos, explicitamos que sua proposição se vincula à linha de pesquisa em “Direito Agroalimentar, Territórios e Desenvolvimento”. Ao direito agrário, concebido enquanto campo teórico e normativo complexo, cabe, nessa perspectiva, refletir sobre os conceitos de território e os impactos que o Marco Temporal representa para os povos indígenas (PPGDA, 2022).

Em virtude dos fatos mencionados, tem-se que a tese do Marco Temporal é um dos principais motivos para sobrepor direitos individuais, econômicos e políticos sobre direitos fundamentais, coletivos e constitucionais dos povos indígenas e da própria União.

Aspectos metodológicos

Como aporte metodológico de caráter científico e epistemológico mais amplo, a pesquisa pauta-se pelo método hipotético-dedutivo, que consiste na identificação de uma problemática de natureza científica por meio da formulação de hipóteses que precisam ser comprovadas no alcance de objetivos a elas intrínsecos. Desenvolvido pelo austro-britânico Karl Popper, esse método não se preocupa em delimitar uma verdade, uma vez que estabelece que o conhecimento completo é utópico. Primeiro porque sempre poderá surgir um novo conhecimento acerca de determinado tema, segundo porque mesmo os conhecimentos já pré-estabelecidos são passíveis de refutação por outras investigações mais consistentes (BONAT, 2009).

No que diz respeito à abordagem, a pesquisa é qualitativa, na qual a investigação se dá pela reflexão e ação inerente ao próprio pesquisador e onde o Direito não pode ser concebido como entidade abstrata, pois está imerso em um contexto social, cultural e histórico em constante processo de transformação (IGREJA, 2017).

As pesquisas qualitativas buscam expressar as qualidades de um objeto de estudo para identificar uma série de nuances que não estão atreladas diretamente à quantificação e variáveis numéricas, ou seja, lida com dados subjetivos produzidos no “estudo da história, das relações, das representações, das crenças, das percepções e das opiniões, produtos das interpretações que os humanos fazem a respeito de como vivem, constroem seus artefatos e a si mesmos, sentem e pensam” (MINAYO, 2007, p. 57).

Nessa direção, a pesquisa de abordagem qualitativa:

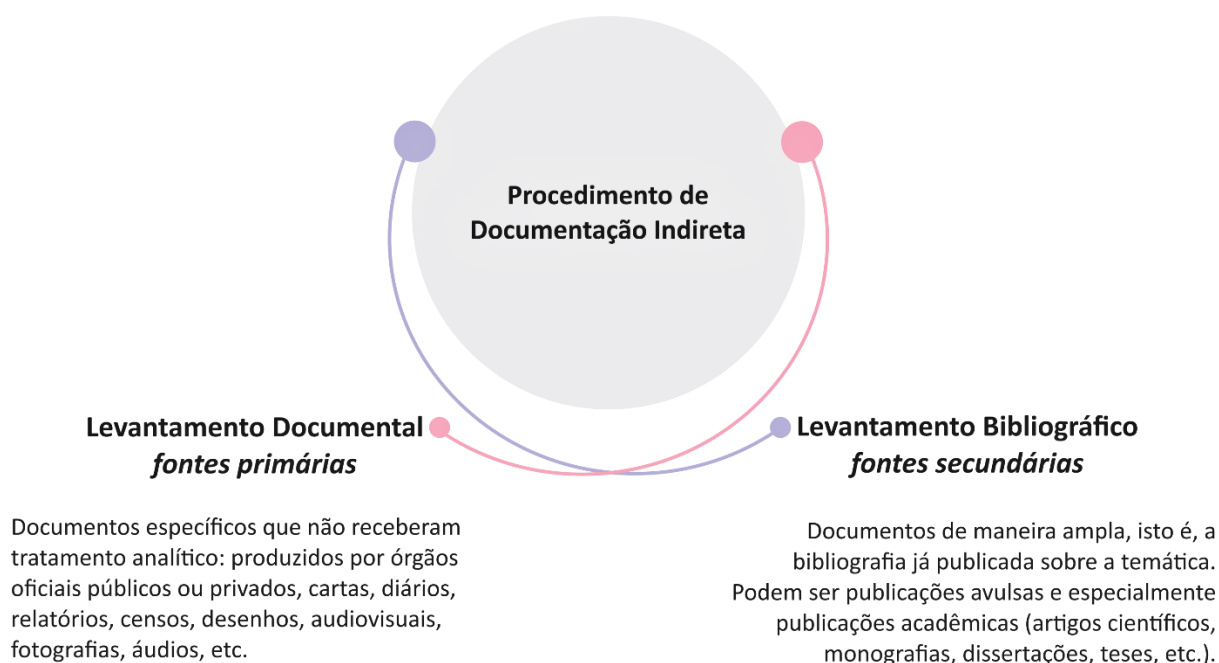
[...] se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações (IGREJA, 2017, p. 14).

Justificamos a escolha da abordagem qualitativa porque a problemática de pesquisa tem como intuito analisar estruturas documentais e levantar dados em processos judiciais para compreender valores culturais, relações entre indivíduos,

instituições e os processos históricos e de implementação de políticas públicas e sociais (MINAYO, 2007). Neste caso, busca-se compreender o contexto em que os documentos foram produzidos, os autores e seus discursos, bem como a qualidade e veracidade das informações (SILVA, 2017).

Partindo para a classificação quanto ao procedimento metodológico – e ao mesmo tempo técnica de coleta de dados – baseamo-nos na pesquisa de documentação indireta que abrange o levantamento documental (de ordem primária) e o levantamento bibliográfico (de ordem secundária) (MARCONI; LAKATOS, 2003). Organizamos este procedimento metodológico na Figura 01, a seguir:

Figura 01: Representação da pesquisa de documentação indireta



Fonte: a autora (2022) com base em Marconi e Lakatos (2003)

O levantamento documental se constitui como uma das principais fontes da pesquisa no campo do Direito (REGINATO, 2017) e o procedimento de estudo com documentos primários diz respeito ao acesso, organização, leitura e análise sintética de materiais que ainda não receberam um tratamento analítico (científico) ou que podem apresentar fontes de informações alinhadas com os objetivos da pesquisa. No nosso estudo, os documentos primários se referem aos processos judiciais e a outros documentos normativos inseridos no contexto do nosso problema jurídico.

O levantamento bibliográfico é mais amplo, abrangendo todos os tipos de publicações que tenham alguma relação com a temática, mas preferencialmente os documentos com reflexões e análises acadêmicas já estabelecidas em investigação anterior. A finalidade é que o pesquisador tenha contato com fontes de dados já compilados e analisados por outros pesquisadores (MARCONI; LAKATOS, 2003; GIL, 2008).

Nos dois casos, a pesquisa é indireta porque não exige que o pesquisador atue *in loco* observando a ocorrência imediata dos fenômenos. Em outras palavras, não exige o levantamento de dados em contato com pessoas, mas com os documentos produzidos pelas diversas relações humanas (BERTOLDI; OLIVEIRA, 2019).

Nesse caso, enquanto técnica de coleta de dados, Flick (2009) explica que a estratégia de seleção ou amostragem para a escolha dos documentos perpassa pela construção de um *corpus* de material, a partir da delimitação do universo da investigação, ou seja, deve está estreitamente relacionado ao problema de pesquisa e aos seus objetivos intrínsecos, portanto não se trata de uma escolha simplesmente aleatória.

Flick (2009) destaca quatro critérios que referendam o emprego ou não de um determinado documento ou conjunto de documentos para uma investigação científica:

- 1) Autenticidade – se o documento é genuíno e de origem inquestionável;
- 2) Credibilidade – se o documento não contém erros ou distorções;
- 3) Representatividade – se o documento é típico de seu tipo, e, se não for, é conhecida a extensão dessa não tipicidade;
- 4) Significação – se o documento é claro e compreensível.

Por fim, cabe ressaltar que os documentos devem ser explorados e analisados, jamais produzidos intencionalmente pelo próprio autor da pesquisa, colocando um princípio ético como norteador do procedimento científico.

Estrutura da dissertação

Além desta introdução – onde se apresenta sinteticamente o objeto e a problemática e objetivos a ele intrínsecos, a menção ao caminho teórico-metodológico e aos principais conceitos e categorias de análise – a dissertação está dividida em três capítulos centrais e as nossas conclusões.

O primeiro capítulo apresenta uma discussão acerca dos Guarani-Kaiowá e a luta pelo seu território, físico e simbólico. São abordadas de forma específica a origem do povo Guarani-Kaiowá e o cenário contemporâneo, a ocupação do território no Mato Grosso do Sul e a luta pelo direito a terra e a manutenção da herança cultural indígena.

O segundo capítulo apresenta reflexões relacionadas ao avanço das frentes de expansão econômicas e os processos de territorialidades, além de pontuar aspectos centrais sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como movimento que valoriza as lutas dos povos indígenas.

No terceiro capítulo busca-se aprofundar o debate acerca do Marco Temporal e as violações permanentes em relação à disputa das terras indígenas Guarani-Kaiowá. Trazemos para o debate a decisão, proferida pelo STF, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 e como, a partir disso, o povo Guarani-Kaiowá foi afetado.

Por fim, a nossa dissertação traz as conclusões onde apontamos o alcance dos nossos objetivos. Em síntese, ressaltamos, que a invasão das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não é simples posse regulada pelo direito civil. Os indígenas as habitam com fundamento no Indigenato (MENDES JÚNIOR, 1912). Todavia, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, a reversão pelo STF do processo administrativo de demarcação da terra indígena em estágio avançado foi feita com base na tese do Marco Temporal, critério que consideramos inconstitucional, mas estabelecido pelo próprio STF no julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

1 OS GUARANI-KAIOWÁ E A LUTA PELA TERRA

Neste capítulo fazemos uma discussão acerca dos Guarani-Kaiowá e a luta pelo seu território, físico e simbólico. São abordadas de forma específica a origem do povo Guarani-Kaiowá e o cenário contemporâneo, a ocupação do território no Mato Grosso do Sul e a luta pelo *tekoha* – os sistemas de vida do *teko porã* (bem viver).

Imagem 01: Indígenas Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul



Fonte: Assessoria de Comunicação do MPF/MS publicado em CIMI (2018)

Na língua indígena Guarani, a palavra *tekoha* significa “o lugar onde somos o que somos”. Seus *tekoha* originários, isto é, o lugar físico que habitam e que por eles é constituído essencialmente pela “terra, mato, campo, águas, animais, plantas, remédios etc.” e onde se realiza o *teko*, o “modo de ser, o estado de vida e comportamento em sociedade, sustentado em arsenal mítico e ideológico” pela cultura Guarani (ALMEIDA; MURA, 2003, não paginado). Destaca-se o *ka’aguy* (mato) que é a fonte de alimentação e moradia, além de elemento central na construção da cosmologia desse povo (ALMEIDA; MURA, 2003).

1.1 Origem do povo Guarani-Kaiowá e o cenário contemporâneo

*“Todo mundo que anda conhece.
Quem não anda, não conhece.”
(Kaiowá Nãnderu Admiro)².*

Registros arqueológicos datam que a origem da cultura Guarani foram as florestas tropicais das duas pontas do Alto Paraná, da Bacia do Alto Uruguai e do planalto meridional do Brasil. Acredita-se que por volta do século V, nos anos 400 depois de Cristo, a cultura Guarani começa a ser distinguida da Tupi e passa a apresentar suas próprias características, observáveis desde o século XVI (ALMEIDA; MURA, 2003).

Os povos da etnia Guarani então passam a basear seus costumes culturais em três aspectos que são responsáveis por expressar suas identidades e um “modo exclusivamente guarani de ser”:

a) o *ava ñe'ë* (*ava*: homem, pessoa guarani; *ñe'ë*: palavra que se confunde com “alma”) ou fala, linguagem, que define identidade na comunicação verbal; b) o *tamõi* (avô) ou ancestrais míticos comuns e c) o *ava reko* (*teko*: “ser, estado de vida, condição, estar, costume, lei, hábito”) ou comportamento em sociedade, sustentado em arsenal mítico e ideológico. Estes aspectos informam ao *ava* (homem guarani) como entender as situações vividas e o mundo que o cerca, fornecendo pautas e referências para sua conduta social (ALMEIDA; MURA, 2003, não paginado).

Todavia, é preciso explicitar que há os subgrupos Guarani que, apesar de compartilharem uma expressão mais geral dos três aspectos acima mencionados, possuem “diferenças nas formas linguísticas, costumes, práticas rituais, organização política e social, orientação religiosa, assim como formas específicas de interpretar a realidade vivida e de interagir segundo as situações em sua história e em sua atualidade” (ALMEIDA; MURA, 2003, não paginado). No Brasil os três grandes grupos são os Guarani-Ñandeva, Guarani-Kaiowa e Guarani-Mbya.

As investigações arqueológicas sugerem que os ancestrais dos Guaranis contemporâneos são uma cultura milenar, inicialmente parte da população “Proto-Tupi”, enquanto língua ancestral de todas as línguas atualmente incluídas no tronco Tupi, e depois a população “Proto-Guarani”, aquela que teve o primeiro contato com

² Citação retirada de Mota (2019, p. 263).

os europeus na América do Sul. A história dos Guaranis “é marcada por intensos movimentos de traslados dentro dos espaços por eles considerados apropriados como territórios de ocupação” (ALMEIDA; MURA, 2003, não paginado).

Os Guarani-Kaiowá são, portanto, um povo pertencente ao tronco linguístico dos Tupis e à família linguística dos Tupi-Guarani, que, no Brasil de hoje, habitam principalmente a região sul do estado do Mato Grosso do Sul, mas que possuem algumas famílias em pequenas aldeias no litoral dos estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro.

Com a invasão de portugueses e espanhóis entre os séculos XVI e até o XVIII, a história dos Guarani passa a ser marcada pela missão jesuítica de catequização dos indígenas, a escravização sob disfarce de “proteção” com a desculpa formal da “encomienda” dos espanhóis e a escravização propriamente dita dos bandeirantes portugueses (ALMEIDA; MURA, 2003). A dominação europeia transformou os territórios ocupados pelos indígenas em disputas violentas, que se valendo de massacres, gradativamente iam consolidando suas ambições estratégicas comerciais e de geopolítica no geral, mesmo que a custo do sangue nativo.

Esse processo histórico, embasado em ações coloniais, coloca as comunidades Kaiowá e Guarani em um contexto de negação de seus direitos. A atual situação desses povos é alarmante, tendo como principal fator dessa degradação a falta de terras acarretada pela condução ideológica das políticas do Estado a favor dos colonos, que migraram para a região ao longo do século XX. As demarcações seccionaram e fragmentaram o território tradicional, desmobilizando e desorientando muito os padrões de organização social, principalmente pelo cerceio do acesso a vínculos com a terra, relacionados a tradição e ao “nosso modo de ser” (*ñande reko*) (URQUIZA; PRADO, 2015, p. 55).

Urquiza e Prado (2015) explicam que parte do território que hoje está sob gerência dos atuais Estados nacionais da Argentina, Brasil, Bolívia e Paraguai, são historicamente considerados como espaços tradicionais que outrora eram ocupados pelos povos Guarani. No Brasil, a diminuição do espaço que se deu ao longo do tempo, decorrente principalmente da adequação aos modos de organização de uma sociedade de base territorial fixa e do processo de territorialização, em reservas, promovido pelo Estado brasileiro, separou os povos em grupos distintos. “Desse modo, fragmentando politicamente diversas comunidades, comprometendo a reprodução física e cultural de diversas parentelas Kaiowá e Guarani e criando uma

série de problemas no interior das comunidades confinadas nas reservas” (URQUIZA; PRADO, 2015, p. 51).

De acordo com Almeida e Mura (2003), no Mato Grosso do Sul, que é onde se concentra de forma expressiva o povo Guarani-Kaiowá no Brasil, as aldeias estão dispostas na extensão dos rios Apa, Dourados e Ivinhema, ao norte, ao sul até a Serra de Maracaju e os afluentes do rio Jejui, no território do Paraguai, onde sua extensão leste-oeste alcança cerca de 100 Km, indo também cerca de 100 Km de ambos os lados da cordilheira do Amambaí, linha de fronteira entre Paraguai e Brasil.

A maioria das reservas foi criada no início do século XX, mas a demarcação, homologação e ocupação se deram após meados do século passado, principalmente ao longo do Governo Militar. Muitas das reservas inicialmente criadas com área de uma milha quadrada (cerca de 3.600 ha) tiveram seus territórios reduzidos. Outra característica peculiar é a ocupação de reservas com mais de uma etnia. É o caso, por exemplo, da Reserva de Dourados, que é formada por três etnias: Caiuás (Kaiowá), Guarani (Ñandeva) e Terena. E, a propósito, lembramos que as relações entre os Terena e os Guarani nunca foram muito amistosas. Além dos problemas causados pela convivência forçada de diferentes etnias, as reservas encontram-se em um intenso processo de degradação dos recursos naturais que, a partir de seus costumes tradicionais, são a fonte de sobrevivência indígena (BRASIL, 2013, p. 8).

Foi após a Guerra do Paraguai ou Guerra da Tríplice Aliança (1864-1870) que os Guarani-Kaiowá começaram a ser gradualmente expulsos dos seus territórios tradicionais, consequência da frente pioneira de colonização iniciada durante o período da exploração da erva mate, principalmente pela Companhia Matte Laranjeira, empresa brasileira fundada por Thomaz Laranjeira que obteve 1.902.800 hectares em terras paraguaias. Cabe destacar que quando falamos em frente pioneira nos referimos a uma concepção que “não leva em conta os índios e tem como referência o empresário, o fazendeiro, o comerciante e o pequeno agricultor moderno e empreendedor”, diferente da frente de expansão, que trata da ocupação do espaço em relação às populações indígenas e seus territórios (MARTINS, 1997, p. 152).

Com a Proclamação da República do Brasil, em 1888, foi possível que as terras devolutas, originalmente de posse da União, passassem para a responsabilidade dos estados. Como consequência disso, o Decreto n. 520, de 23 de junho de 1890, deu poder à Cia. Mate Laranjeira para possuir monopólio na exploração da erva-mate em

toda a região do então estado de Mato Grosso, território originário de ocupação dos Guarani-Kaiowá (MELIÀ, 2008).

A mão de obra utilizada pela Cia. Matte Laranjeira eram os camponeses paraguaios e os Guarani-Kaiowá, que eram proibidos de sair do local onde se formavam os ervais e recebiam como pagamento apenas mercadorias da própria companhia. “Essa condição análoga à escravidão gravou marcas profundas na história da fronteira entre Paraguai e do atual estado do Mato Grosso do Sul. A ponto de estar na raiz do atual genocídio impetrado contra os Guarani-Kaiowá” (BASSI, 2017, não paginado).

Logo após a Guerra do Paraguai:

[...] inicia-se a ocupação sistemática do território guarani no sul do então Estado de Mato Grosso, por diversas frentes de exploração econômica. Podemos afirmar que a partir dessa data a história dos Guarani e Kaiowá nessa região vem fortemente marcada pelos rumos dessa exploração econômica: inicialmente, da erva-mate, a seguir a implantação dos projetos agropecuários e de colonização, a soja e correspondente mecanização, na década de 1970, e, finalmente, a cana-de-açúcar, a partir da década de 1980. Ao mesmo tempo em que viram suas terras de ocupação tradicional sendo transformadas e as matas derrubadas, os Guarani são percebidos pelos novos colonizadores como importante reserva de mão-de-obra nas diversas etapas dessa exploração regional (MELIÀ, 2008, p. 13).

Souza Filho (2012) explica que quando as terras devolutas foram transferidas pela Constituição da República do Brasil de 1891 (CRB/91) aos estados, as oligarquias locais atropelaram os direitos dos possuidores que aguardavam a burocracia do Império para legitimar a posse e distribuíram as terras entre si, o que promoveu a incidência de conflitos violentos. “Muitas terras indígenas foram consideradas devolutas e tituladas a favor de aventureiros, grileiros ou simplesmente políticos gananciosos que logo as transferiram para grileiros e aventureiros” (SOUZA FILHO, 2012, p. 133).

A frente agropecuária ficou mais forte a partir da década de 1950, quando o desmatamento aumentou de forma significativa no território Guarani-Kaiowá. Os empreendimentos agrícolas forçaram muitas famílias indígenas a abandonarem seus *tekoha* originários e a se deslocarem para oito reservas de terra demarcadas entre 1915 a 1928 pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI), fundado por meio do Decreto n. 8.072 de 20 de junho de 1910 (MELIÀ, 2008).

O SPI, entre 1915 e 1928, delimitou oito reservas, “inicialmente com 3.600 hectares cada uma, a fim de concentrar uma imensa população dispersa na região sul do estado” [...] para os Kaiowá e Guarani: Dourados (Dourados), Caarapó (Caarapó), Amambai e Limão Verde (Amambai), Taquaperi (Coronel Sapucaia), Sassoró (Ponta Porã), Pirajuí (Sete Quedas) e Porto Lindo (Japorã); o restante é resultado de demarcações realizadas pela FUNAI, a partir da década de 1980, fruto de mobilizações dos próprios Kaiowá e Guarani em busca da retomada dos locais de ocupação tradicional (*tekoha*) esbulhados no decorrer do processo de colonização do sul do antigo Mato Grosso (URQUIZA; PRADO, 2015, p. 52-53).

As reservas de Dourados, Caarapó, Amambai, Limão Verde, Taquaperi, Sassoró, Pirajuí e Porto Lindo também servem para controle político da população e tentativa de assimilação, fazendo com que os Guarani-Kaiowá se tornem “importante contingente de mão de obra na formação dos empreendimentos agropecuários em diversas regiões, muitas vezes trabalhando na implantação de fazendas no espaço de suas antigas aldeias” (MELIÀ, 2008, p. 14).

Em 1967, o SPI se transforma em Funai, em razão de corrupção pela exploração de madeira e arrendamentos e introdução da racionalidade privatística. A Funai era, originariamente, uma fundação de direito privado criada para gerir o patrimônio indígena – terras, recursos madeireiros e minerais, por exemplo. A mudança se deu em decorrência da Lei 5.371 de 5 de dezembro de 1967, tornando-se a Funai o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, atualmente vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (CUNHA, 2018).

Com a promulgação da CRFB/88, as teorias do pluralismo jurídico, para as quais o direito produzido pelo Estado não é o único, foram fortalecidas (ALMEIDA, 2012). A Carta Magna se tornou um marco constitucional na garantia dos direitos territoriais dos povos indígenas, ao reconhecer a posse de suas terras tradicionais, entendidas como aquelas ocupadas em caráter permanente, bem como as utilizadas para as suas atividades produtivas e as imprescindíveis à proteção dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (SILVA, 2019).

Todavia, no decorrer das mudanças legislativas, os conflitos entre particulares, Estado e povos indígenas se acirraram. Não há mais dúvidas quanto à diferenciação conceitual entre terras indígenas e terras devolutas. No entanto, na prática, verificamos que as mudanças constitucionais e legislativas, somadas à ideia de

desenvolvimento e de terras enquanto objeto de capital, geraram violações dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil (SILVA, 2019).

Isso vem se agravando cada vez mais desde o governo de Michel Temer (2016-2019), pois a Funai está sendo pouco a pouco sucateada, em decorrência do aparelhamento estatal conduzido por uma base político-administrativa que implicitamente é omissa às questões indigenistas, ou como no governo de Jair Bolsonaro (2018-atual) que explicitamente prega o extermínio dos indígenas brasileiros.

1.2 A luta pelo *tekoha* – os sistemas de vida do *teko porã* (bem viver)

“Assim, fica evidente para nós que a própria ação da Justiça Federal gera e aumenta as violências contra as nossas vidas, ignorando os nossos direitos de sobreviver à margem do rio Hovy e próximo de nosso território tradicional Pyelito Kue/Mbarakay.”
(Trecho de carta de comunidade Guarani-Kaiowá para o Governo e Justiça do Brasil)³.

Quando falamos em território indígena no Brasil, de acordo com o Censo Demográfico de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que nesse referido ano incorporou em suas pesquisas o recorte geográfico da localização do domicílio indígena (dentro ou fora de Terras Indígenas já reconhecidas pelo Governo Federal), a população Guarani no Brasil, até então, somava cerca de 43.401 habitantes.

Em dados mais recentes, como os do “Dimensionamento emergencial de população residente em áreas indígenas e quilombolas para ações de enfrentamento à pandemia provocada pelo novo coronavírus”, o IBGE estima que no ano de 2020 eram 1.108.970 pessoas residentes em localidades indígenas no Brasil. Para chegar a estes dados, o IBGE utilizou uma combinação de dados do último Censo, o de 2010, com a versão mais atualizada da Base Territorial. Desse modo, o cálculo para o número de domicílios ocupados, levou em consideração áreas já mapeadas no planejamento para o próximo Censo⁴ (IBGE, 2021).

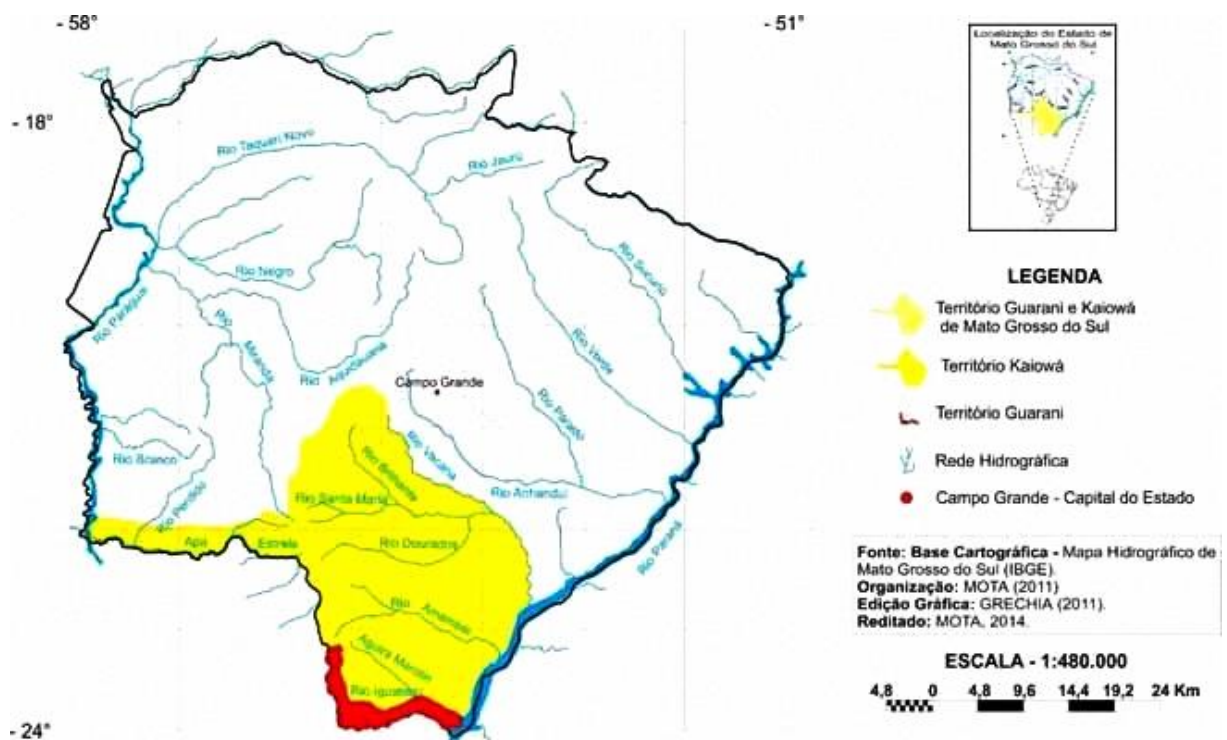
³ Citação retirada de Brasil (2012, não paginado).

⁴ Ressalta-se que as “estatísticas apresentadas são experimentais, isto é, devem ser usadas com cautela, pois são estatísticas novas que ainda estão em fase de teste e sob avaliação” (IBGE, 2021, p. 17).

Desse montante, especificamente em relação à população Guarani, atualmente estima-se que no Brasil vivem cerca de 51.000 indígenas, o que faz dessa etnia a mais numerosa do país (SURVIVAL, 2020).

Em termos geográficos, a organização do território Guarani-Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul é compreendida conforme o mapa da Figura 02, a seguir:

Figura 02: Território Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul



Fonte: Mota (2015, p. 119)

Todavia, é preciso destacar que para além dos números oficiais, há um grande contingente de indígenas que vivem fora das terras demarcadas, residindo em locais marginalizados e em situação de risco, como:

[...] em acampamentos, em barracos precários feitos de sucata e lona plástica, em vagões de trem abandonados, sem acesso à maior parte dos benefícios previstos para as comunidades indígenas nos programas governamentais. Os acampamentos estão na margem de rodovias, na periferia das cidades e das reservas ou terras indígenas e nas proximidades de terras reivindicadas como indígenas. [...] Os moradores desses acampamentos, unidos por laços de parentesco e afinidade, são um grupo organizado em prol da recuperação de suas terras. [...] Outros acampamentos são considerados “de beira de estrada”. Estes são integrados por grupos que já reocuparam suas

antigas terras e foram expulsos diretamente pelos proprietários das terras ou por ordem judicial (CHAMORRO, 2015, p. 308).

Nesse cenário, os Guarani-Kaiowá lutam por seus territórios originários na região sul do Estado do Mato Grosso do Sul, buscando progressivamente a frente de expansão das suas áreas ocupadas e, que assim como os acampamentos, são extremamente carentes de serviços básicos de saúde, saneamento e alimentação. A “expansão da fronteira mostrou isso de maneira muito clara. Práticas de violência nas relações de trabalho, como a escravidão por dívidas próprias da história da frente de expansão, são adotadas sem dificuldade por modernas empresas da frente pioneira” (MARTINS, 1997, p. 174).

Como bem alerta Monteiro (2020, não paginado):

Pode-se afirmar que existe no estado um etnocídio guarani, sendo a cultura e o povo perseguidos e a destruição dos seus modos de vida e pensamentos ameaçados constantemente. Segundo os dados oficiais da SESAI, contidos no relatório do CIMI, o número absoluto de indígenas assassinados entre 2003 e 2018 é de 499 óbitos no estado de Mato Grosso do Sul, ou seja, 39,8% dos indígenas assassinados em todo Brasil neste período, mostrando o foco de tensão e da real situação no estado em relação às políticas públicas de segurança voltadas para estes povos. A expansão do capitalismo e, principalmente, da fronteira agrícola para o interior do Brasil, gerou espoliações e destruições das culturas e povos que ali viviam. Atualmente, o agronegócio, força atuante e ideológica em todo país, se articula nas investidas contra os povos indígenas com a finalidade de ocupar suas terras e extrair lucro dos bens naturais ali existentes.

A reivindicação de seus territórios ancestrais promove constantes lutas contra os ataques de pistoleiros contratados por fazendeiros, posseiros (sujeitos que invadem ilegalmente uma determinada propriedade) e grileiros (sujeitos que se apoderam de terras mediante falsas escrituras de propriedade). Além dos massacres armados, os invasores sujeitam os povos indígenas à contaminação por agrotóxicos, hoje utilizados principalmente na produção e no armazenamento industrial de soja, milho ou cana-de-açúcar.

Para os Guarani-Kaiowá, é uma luta constante, pois o *tekoha* é a essência da vida, aquilo que lhes alimenta fisicamente e espiritualmente. Isso “porque o povo Guarani é profundamente espiritual. A maioria das comunidades possui um espaço para oração e um líder religioso, cuja autoridade é baseada em prestígio, em vez de poder formal” (SURVIVAL, 2020, não paginado).

Imagem 02: Cerimônia religiosa entre os Kaiowá



Fonte: Registro de Egon Shaden em 1949 e publicado por Almeida e Mura (2003)

O processo colonizador ainda acontece e está enraizado na população brasileira, pois desde a invasão do Brasil foram impostos a estes povos a integração forçada de costumes culturais como língua e religião. O processo colonizador os forçou a falar, a vestir e a rezar, atitudes impositivas ao seu *teko porã*.

A incorporação de tão diversas e heterogêneas histórias culturais a um único mundo dominado pela Europa, significou para esse mundo uma configuração cultural, intelectual, em sua intersubjetividade, equivalente à articulação de todas as formas de controle do trabalho em torno do capital, para estabelecer o capitalismo mundial. Com efeito, todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais terminaram também articulados numa só ordem cultural global em torno da hegemonia europeia ou ocidental. Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob sua hegemonia o controle de todas as formas de subjetividade, da cultura e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento (QUIJANO, 2005, p. 5).

Como elucidava Dallari (1984, p. 54), as terras ocupadas pelos povos indígenas pertencem ao estado brasileiro, mas os indígenas possuem o direito de posse, isto é,

podem usufruir, conforme as suas necessidades, as riquezas que delas provém. Dessa forma, quem “tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra indígena ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas”. Isso ocorre porque os títulos de terras antigos “perderam todo o seu valor e os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização”.

A relação do indígena com suas terras não é apenas um “*jus possessionis*” (o direito de posse), mas também um “*jus possidendi*” (o direito à posse), “porque ela revela, também, o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata”. Podemos dizer, desse modo, que se trata de uma posse na condição de habitat (SILVA, 2016, p. 16).

Essa ideia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a ideia essencial de *permanência* explicitada pela norma constitucional. Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à *sua posse permanente*, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*. O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à *posse permanente* das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, §§ 1º e 2º da Constituição independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo Órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico (SILVA, 2016, p. 16, grifos do autor).

Nas terras indígenas demarcadas, a sobreposição dos *tekoha* dita intensas transformações no modo tradicional de usufruir do território físico e simbólico. Desse modo, a perda da terra por parte dos indígenas interfere diretamente no seu modo de ser, violentando de maneira intensa sua condição humana, como por exemplo, a presença de ordens religiosas externas de denominações católicas e evangélicas. Essa práxis que envolve novas crenças e novos ideais divinos acaba a relação místico-religiosa que os indígenas possuem espiritualmente com o *tekoha* (BRASIL, 2013).

Eliseu Lopes, Guarani Kaiowá, 40 anos, natural do Mato Grosso do Sul, em entrevista concedida à Piubelli e Nunes (2020) relata o que representa o *tehoka* para os indígenas:

Tekoha é o que eu falei, é o espaço, o território, tekoha tem dois sentidos, tekoha é lugar, é espaço, moradia, territórios. Agora, tekohaguaçu que nós chamamos é um grande território, uma grande terra. Tekó é vida para nós, tekó é modo de ser, modo de ser guarani, modo de ser indígena, então por isso que nós chamamos de (...) quando a gente fala tekó, quer dizer modo de ser, modo de ser guarani. (...) Então muitas vezes, a gente fala teko, tekoha, tekohaguaçu, tekoha marané (...) a pessoa que não entende, não sabe a nossa língua (...) quando a gente fala teko marané, tekoha marané, quer dizer, terra sem males. Então o que significa isso? Terra sem males era isso, antigamente, do antigamente, por exemplo, quando não era ainda derrubado matos, rios secando, a gente tinha muito rio, muito peixe, muitos animais, espiritualidade, ninguém [o homem branco] não entrava ainda (...) os Guarani Kaiowá viviam aquela vida, liberdade de caçar, de pescar, de manter a sua língua. Só que hoje, um pouco a gente tem [dessa cosmologia], [mas] por conta disso [invasão do homem branco e perda de território], por conta de não [ter] espaço mesmo, então a gente está cada vez mais diminuindo isso: terra sem males, porque a gente não tem mais aquela terra que era antigamente (...) por isso que hoje está difícil também, essa parte aí. Mas estamos mantendo a nossa cultura, a nossa língua (PIUBELLI; NUNES, 2020, p. 286-287).

Os recursos naturais sempre foram o sustento dos Guarani-Kaiowá, mas em razão do desmatamento e da erosão, o que se explica pela retirada da parte vegetal e ao uso inapropriado de maquinário e instrumentos agrícolas, as terras se encontram em um cenário de escassez dos recursos (BRASIL, 2013).

Os povos indígenas também sofrem com solos em situação de degradação, com alta taxa de acidez; a presença do capim colônia; a ausência de matas nativas para extração de madeiras; ervas medicinais e produtos usados no manuseamento de artesanatos ou voltados para a arte religiosa; com o sumiço do capim sapé, usado no levantamento de ocas e de casas de rezas; e assoreamento e contaminação dos mananciais de água (BRASIL, 2013).

Nesse âmbito, tem-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), do mês de fevereiro de 2021:

Recebeu denúncia sobre a situação de confinamento territorial vivida pelos povos Guarani e Kaiowá que, apesar de corresponder à segunda maior população indígena do país, 80% de sua população vive em menos de 27 mil hectares há mais de 100 anos. A Comissão também foi informada sobre diversos casos de homicídios e suicídios entre membros desses povos indígenas. A esse respeito, a CIDH considera que a superpopulação de reservas e os conflitos resultantes desse tipo de confinamento geram condições que privam os Guarani e Kaiowá de uma vida digna (CIDH, 2021, p. 34).

E entre as práticas invasoras que se perpetuam está a problemática relacionada à prática de arrendamento das terras para fazendeiros da região ou, ainda, para outros indígenas. Isso ajuda a ignorar ainda mais parcelas da população quanto ao acesso à terra, que é escassa. Essa realidade expande a monocultura, especialmente da soja, no interior da terra indígena (BRASIL, 2013).

Enfim, a história da formação do território sul mato-grossense é uma história “de expansão do sistema político-econômico capitalista, e os antropólogos mais do que ninguém sabe, é sinônimo de desrespeito às formas de relacionamentos sociais, econômicos, políticos e culturais das populações nativas” (RIBEIRO, 2000, p. 156).

2 FRENTES DE EXPANSÃO ECONÔMICAS E TERRITORIALIDADES – ASPECTOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Neste capítulo, apresentamos reflexões relacionadas ao avanço das frentes de expansão econômica e os processos de territorialidades, além de pontuar aspectos centrais sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como movimento que valoriza as lutas dos povos indígenas.

Imagem 03: Casa de reza da terra indígena Jaguapiré, em Tacuru, no Mato Grosso do Sul, poucos anos antes de ser incendiada



Fonte: Registro de Pablo Albarenga publicado em Carvalho (2021)

A constitucionalização das garantias às terras indígenas no decorrer da história do país tem sido tema jurídico recorrente. Por exemplo, ainda no Brasil colonial foram instituídas normas jurídicas que buscaram garantir direito ao povo indígena, como o Alvará de 1º de abril de 1680. Este documento declarava que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam desconstituir os direitos dos indígenas sobre as suas terras, pois as possuíam por direito, sendo, naturais senhores delas. Esse direito foi reforçado em todas as Constituições republicanas desde a CREUB/34 (SOUZA FILHO, 2012).

2.1 Territorialidades e o avanço das frentes econômicas

“A vida continuará, queiramos ou não, depois de nossa passagem por ela. Os bosques seguirão produzindo oxigênio e frutos. Os mares continuarão nos proporcionando chuva e sal. As pessoas que amamos seguirão nos amando, talvez ainda mais do que quando estávamos aqui com eles. A árvore, a gota de água, o sentimento de amor estarão sempre aí colorindo a vida com todas as cores do arco-íris e com todas as misérias de nossas necessidades. Nada é mais alto ou menor. Tudo é o vivo, o que perdura, o que nos acolhe e nos recolhe”.
(Joaquín Herrera Flores)⁵.

Para Souza Filho (2012), a partir de 1934, já não havia mais dúvidas quanto à categoria da terra indígena: era uma categoria peculiar jurídica do direito brasileiro (*sui generis*), uma vez que a garantia da posse indígena e não a sua propriedade que determina o conteúdo da terra.

No entanto, uma análise mais aprofundada do percurso histórico de luta pelo território indígena no Brasil mostra que os povos originários sempre foram prejudicados, até mesmo pelos órgãos indigenistas oficiais. A partir de 1915, políticas de criação de reservas foram guiadas pelo SPI – substituído posteriormente pela Funai em 1967 –, todavia, muitas das políticas desses órgãos não visavam proteger os indígenas. Pelo contrário: tinham foco na disponibilização de mão de obra e na inviabilização do modo de ser e de viver tradicional dos povos indígenas, resultando num hibridismo cultural que descentralizou a identidade indígena (BRASIL, 2014).

Por exemplo, os anos de 1970 foram marcantes porque intensificou-se neste período, no Mato Grosso do Sul, a expulsão dos indígenas de suas terras tradicionais para dentro das oito reservas anteriormente criadas. Essa ação resultou em um esgotamento dos recursos naturais das terras demarcadas como reservas. Para piorar a situação, mesmo as terras indígenas estando legalmente demarcadas e também registradas, o Estado arbitrariamente diminuiu as áreas para favorecer fazendeiros. “Com isso, intensificaram-se os problemas: conflitos entre famílias, suicídios, assassinatos, desnutrição infantil, alcoolismo, mendicância, etc.” (BRASIL, 2014, p. 11).

⁵ Citação retirada de Mattos (2015, p. 412).

Em relação à Funai, que até hoje é o órgão indigenista oficial do Brasil, precisamos entender que o seu objetivo era superar os antigos impasses do SPI, todavia, a Funai acabou por reproduzi-los:

Sua criação foi inserida no plano mais abrangente da ditadura militar (1964-1985), que pretendia reformar a estrutura administrativa do Estado e promover a expansão político-econômica para o interior do País, sobretudo para a região amazônica. As políticas indigenistas foram integralmente subordinadas aos planos de defesa nacional, construção de estradas e hidrelétricas, expansão de fazendas e extração de minérios. Sua atuação foi mantida em plena afinidade com os aparelhos responsáveis por implementar essas políticas: Conselho de Segurança Nacional (CSN), Plano de Integração Nacional (PIN), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, 2021, não paginado).

No que diz respeito ao principal documento normativo do país, atualmente, em seu Capítulo VIII denominado de “Dos Índios”, a CRFB/88 reconheceu e garantiu aos indígenas em seu artigo 231, caput, o direito à sua organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, uma somatória complementar e indissociável de direitos: identidade, terra, cultura e autonomia (BRASIL, 2022). Conforme o mencionado artigo, as terras indígenas são aquelas que eles habitam em caráter permanente e as utilizam “para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (BRASIL, 2022, p. 127).

A CRFB/88 é bem elucidativa ao afirmar que o “direito à posse da terra é explicitado como direito originário, portanto, não depende de titulação e precede os demais direitos (Art. 231, caput)” (CUPSINSKI, *et al.*, 2018, p. 5). Enquanto o artigo 232 deixou explícito que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 2022, p. 127).

Isso significa que não dizem respeito a um direito alcançado por meio da lei, mas sim a um direito anterior à própria lei. Na CRFB/88, esse direito congênito, originário, amparado pelo conceito de indigenato, conquista a definição de ocupação tradicional (SOUZA FILHO, 2013). Trata-se de um direito que está vinculado à própria

origem do sujeito coletivo indígena, seu modo de viver e suas tradições. Isto posto, a territorialidade indígena está intimamente relacionada ao vínculo cultural e indestrutível dos povos indígenas com a terra (SOUZA FILHO, 2013).

Para Santilli (1999, p. 45), esses direitos são “congenitos, legítimos por si, [...] não se confundem com direitos adquiridos”. Dessa forma, a Carta Cidadã, ao reconhecer os direitos originários no tocante às terras indígenas, reconhece que se trata de direitos antecedentes à própria criação do Estado brasileiro e que estes são imprescritíveis – artigo 231, § 5º:

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (BRASIL, 2022, p. 127).

Além disso, devemos destacar o que determina o artigo 20, XI, da CRFB/88, pois:

Nele fica estabelecido que as terras tradicionais indígenas são bens da União e, portanto, a propriedade não é indígena. Essa norma protege não somente a ocupação física da terra, mas também o direito à ocupação tradicional. Se extrai deste conteúdo, combinado com o artigo 231, que o uso da terra não se restringe aos aspectos econômicos e sociais, pois projetam uma expectativa futura, onde os povos tenham condições de se expressarem (social, política e economicamente) a partir das suas diferenças étnicas. E é obrigação do Estado assegurar-lhes proteção às áreas ambientais, os espaços sagrados e aqueles de caráter simbólico, tendo como referência o futuro do povo (CUPSINSKI, *et al.*, 2018, p. 4-5).

Com a CRFB/88, obteve-se importantes conquistas em relação à proteção dos direitos indígenas, pois a Constituição “rompe o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas” (SOUZA FILHO, 2018, p. 2252). A Carta Magna estabeleceu novos modos de relação entre o Estado Nacional brasileiro e as comunidades indígenas do país, reconhecendo “o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: ‘*puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy*’” (SOUZA FILHO, 2018, p. 2252).

Embora tenha havido conquistas quanto aos direitos indígenas por meio da CRFB/88, há outros instrumentos normativos que têm sido utilizados para limitar o alcance dos direitos constitucionais. Ao considerar esse contexto, é válido destacar o Projeto de Lei (PL) 490/2007, que altera a Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Esse PL foi protocolado por Homero Pereira, então deputado federal, pelo Partido da República, de Mato Grosso (CASTRO, 2021).

A proposta inicial foi modificar o Estatuto do Índio. À época, a Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR) deu parecer positivo ao PL, ao justificar que qualquer terra poderia estar no alcance dos povos indígenas. Contudo, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) o rejeitou por considerá-lo uma tentativa de acabar com as demarcações de terras (CASTRO, 2021).

Atualmente o PL se encontra em trâmite na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), ao ter como relator o Deputado Arthur Maia, do partido Democratas, da Bahia. O parlamentar apresentou à comissão um texto em substituição ao referido projeto no dia 12/05/2021, o qual foi admitido na sessão do dia 24/06/2021.

Em nota técnica, a APIB apontou que a proposta de substituição ao PL 490/2007 se evidencia como uma das principais ameaças no Poder Legislativo aos direitos reconhecidos aos povos indígenas na CRFB/88:

Ocorre que o substitutivo ao PL 490/2007 é flagrantemente inconstitucional, tanto no aspecto formal como material, haja vista a afronta aos parâmetros constitucionais que regulamentam o processo legislativo, bem como a pretensão de alterar substancialmente, por meio de lei ordinária, os direitos territoriais reconhecidos aos povos indígenas na Constituição. O imperativo constitucional disposto no art. 60, §4º é o que deve prevalecer em face da potente ameaça que traz o PL 490/2007 a pilares que são caros ao Estado Democrático de Direito: a separação dos Poderes, os direitos e as garantias individuais, e os direitos reconhecidos aos povos indígenas. No largo desses quase 33 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, não restam dúvidas de que os direitos ali reconhecidos aos povos indígenas são também cláusulas pétreas e, como tais, gozam de máxima proteção à luz dos princípios da vedação ao retrocesso e à proibição da proteção deficiente de seus direitos. Esse entendimento foi reafirmado em voto recente proferido pelo Ministro Edson Fachin do STF, no julgamento do processo em repercussão geral no qual é relator (APIB, 2021, p. 4).

O PL 490/2007 significa legalizar o genocídio indígena porque inviabiliza a demarcação de terras. Para dizimar um povo, basta retirar dele os espaços necessários à sua reprodução física e cultural. Para Amado (2021a), os territórios indígenas não são fundamentais apenas para os povos que nele habitam, mas para toda a humanidade, pois servem de proteção ao modo de vida dos povos tradicionais que desempenham importante papel na preservação do meio ambiente – equilíbrio climático e sanitário, inclusive.

Como se seguisse a cartilha dos tempos de ditadura militar, a proposta de alteração ao PL 490/2007 trata os indígenas como empecilhos para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil e, assim como no período antidemocrático, ressaltado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), busca estabelecer na prática uma política:

[...] que, ao invés de proteger os “usos, costumes e tradições” indígenas, atua diretamente para alterá-los sempre que se julga que se apresentam como um “empecilho” ao projeto político do governo. É gestada uma política de exceção, a partir da qual o “modo de ser” de cada um dos povos indígenas permanece sempre sob suspeita e a proteção dos seus territórios, assegurada pela Constituição, torna-se arbitrariamente passível de relativização ao sabor de interesses políticos. Esse eixo comum, que transforma o “modo de ser” de cada um dos povos indígenas em alvo político da perseguição de Estado visando à apropriação de seus territórios, é que articula os cinco tipos de graves violações aqui analisadas [no relatório da CNV] e as torna complementares entre si (BRASIL, 2014a, p. 252).

A partir daqui, para continuarmos com esse debate normativo-reflexivo é importante compreender sobre a ocupação de fronteira no Brasil. Nesse sentido, faz-se essencial definirmos com especificidade o conceito de território, que para Santos (1998) pode ser constituído de lugares contíguos e de lugares em rede, simultaneamente formados no cotidiano.

Como analisa Souza (2005, p. 253):

Para Milton Santos o território usado se constitui em uma categoria essencial para a elaboração sobre o futuro. O uso do território se dá pela dinâmica dos lugares. O lugar é proposto por ele como sendo o espaço do acontecer solidário. Estas solidariedades definem usos e geram valores de múltiplas naturezas: culturais, antropológicos, econômicos, sociais, financeiros, para citar alguns. Mas as solidariedades pressupõem coexistências, logo pressupõem o espaço geográfico.

Na Convenção n. 169 Sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tratado internacional com força vinculante, de 7 de junho de 1989, o termo “território” é utilizado para se referir às terras indígenas. No item 2, do artigo 13, na edição brasileira de 2011, este diploma internacional diz que terra indígena é uma categoria que abrange o conceito de território, vejamos:

Artigo 13

1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins (OIT, 2011, p. 23).

Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento internacional de caráter recomendatório, aprovada em 13 de setembro de 2007 pela Organização das Nações Unidas (ONU), diz em seu artigo 26 que a terra indígena é um território dos povos indígenas, definido por uma ocupação tradicional, como também regulado pelos costumes e tradições destes povos:

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram (ONU, 2008, p. 14).

Observemos a partir da apresentação destes documentos que o progresso alcançado com a CRFB/88 foi reforçado com a inclusão ao ordenamento jurídico

brasileiro da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas. Ainda assim, há entre os membros do Poder Judiciário uma recorrente intolerância acerca da natureza desses documentos, o que ocasiona problemas na implementação dos direitos neles presentes.

O conceito de território nos ajuda a entender o processo de ocupação da fronteira, mas não como uma agregação linear de espaços agrários ao processo produtivo, e sim aos agentes da expansão. Nesse sentido, é possível perceber a historicidade da expansão sem que se reproduza uma agregação dos tempos históricos, condicionada à lógica do espaço. Por isso, os sucessivos momentos históricos desenham e justificam os aspectos políticos, geográficos, sociais, humanos e econômicos da região, que é marcada pela expansão da produção agrícola, destacando o avanço dessa fronteira agrícola em movimento (MARTINS, 1997).

Haesbaert (2004) compreende que dependendo da concepção de território utilizada, muda-se, conseqüentemente, a definição de desterritorialização a ser discutida, pois segundo o autor:

[...] para uns, por exemplo, desterritorialização está ligada à fragilidade crescente das fronteiras, especialmente das fronteiras estatais – o território, aí, é sobretudo um território político. Para outros, desterritorialização está ligada à hibridização cultural que impede o reconhecimento de identidades claramente definidas – o território aqui é, antes de tudo, um território simbólico, ou um espaço de referência para a construção de identidades [...] (HAESBAERT, 2004, p. 35).

Fato é que a existência de uma fronteira em movimento no Brasil produziu diferentes momentos de ocupação de terras e da legitimação da propriedade (MARTINS, 1997), que marcaram historicamente a constituição do modelo de propriedade privada baseada no latifúndio. Tal quadro aumenta significativamente a insegurança jurídica do povo Guarani-Kaiowá, bem como, em análise mais avançada, aumenta a violência jurídica constantemente aplicada sobre este e outros povos indígenas brasileiros, na medida em que são negados seus direitos e os torna invisíveis (WEBER; DANTAS, 2014).

Destacamos, então, a necessidade de compreensão sobre os territórios dos povos tradicionais para além de um espaço físico. São na verdade “lugares dotados de relações de pertencimento cheias de significados” e adotar este entendimento é “um passo importante para o estabelecimento de uma relação respeitosa entre o

Estado e esses povos, rompendo com um passado de violência e autoritarismo” (TAPAJÓS, 2018, p. 73).

2.2 Capitalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

*“Demarcação!
Devolvam as nossas terras
O agro não é pop
Parem de nos matar.”*

(Retomada – Katú Mirim part. Marina Peralta & Afrojess)⁶.

O modo de produção capitalista, além de influenciar as mudanças na configuração territorial, influi diretamente na dinâmica da convivência dentro das comunidades indígenas – muitas vezes levando a violência física e simbólica. Afeta de maneira significativa na descentralização identitária e o desaldeamento indígena como consequência do desenvolvimento das atividades comerciais e seu avanço na frente pioneira (RIBEIRO, 2001).

Partindo desse panorama, a grande questão passa a ser: como contrapor o capitalismo predatório que nos rodeia do acordar ao dormir? Como mitigar a degradação do nosso ecossistema, promovermos a dignidade da pessoa humana e alcançar os direitos dos povos indígenas? Como minimizar a questão da desigualdade social em um sistema feroz em que o humano é subutilizado, secundário e objetificado?

O capitalismo surge no século XIII do rompimento das sociedades europeias com o sistema feudal. Já no final da Alta Idade Média (do século V ao X), houve mudanças na estrutura feudal, que permitiram que parte da sociedade introduzisse em seus hábitos uma dinâmica urbana e voltada ao comércio, que aos poucos foi modificando o setor produtivo e as relações de trabalho. Isso abriu caminho para a transição do feudalismo para o capitalismo.

A herança histórica desse processo se reflete na globalização, no comércio em escala global de produtos e serviços produzidos para trocas lucrativas em que o trabalho humano se tornou uma mercadoria e todas as entidades econômicas dependem do mercado. São muitas as críticas envolvendo o capitalismo, com

⁶ Música disponível em: <https://youtu.be/2nAcrv4Xtig>

destaque para as preocupações com a perda da dignidade humana e o amplo desgaste do equilíbrio ambiental, face a era do consumismo desenfreado e supérfluo.

A expansão do sistema capitalista, da Europa Ocidental ao mundo todo, representou um dos movimentos mais característicos daquilo que se denominou a aceleração da História. Essa façanha, sem precedentes no longo processo de desenvolvimento da espécie humana na face da Terra, foi, sem dúvida, o resultado do exercício de uma nova modalidade de poder: o econômico. A dominação dos ricos sobre os pobres é tão velha quanto a própria humanidade. O capitalismo soube, porém, organizá-la de modo a lhe conferir extraordinária eficácia transformadora do meio social (COMPARATO, 2011, p. 264).

Atualmente, o capitalismo é um sistema econômico amplamente difundido na sociedade contemporânea que tem como objetivo gerar lucro e acumulação de riquezas, baseado na propriedade privada dos meios de produção, sejam eles o maquinário, as terras ou as instalações industriais.

De maneira geral, esses são os aspectos do capitalismo, o sistema socioeconômico predominante no mundo, que dentre as inúmeras críticas que recebe, destacam-se os danos agressivos causados a natureza, resultado do uso exagerado dos recursos naturais, que são consumidos desenfreadamente para sustentar a produção em massa e o consumismo exacerbado, gerando um gigantesco número de lixo sólido e pouca preocupação com a preservação do meio ambiente.

Dado esse panorama, o que queremos ressaltar é que liberdade e direitos humanos são conceitos essenciais para a democracia que estão no cerne das relações de produção capitalistas. O capitalismo gera desigualdades em meio à busca desenfreada pelo capital e a maximização dos lucros, características de uma sociedade contemporânea de adoração ao dinheiro, hedonismo e ao individualismo extremo. É nesse sentido que podemos afirmar, com base nos estudos de Pissaldo (2014), que os valores centrais do capitalismo explicitaram seus fundamentos e suas falhas de natureza social no processo de construção e implementação.

Nesse sentido, é preciso desenvolver estratégias para superar o capitalismo predatório, numa perspectiva de não somente obter a maximização dos interesses individuais, mas pensar na maximização dos interesses coletivos e do cumprimento às normativas de proteção ambiental e manutenção consciente dos recursos naturais.

As empresas, por exemplo, deverão ter em pauta que as ações para a produção de suas fábricas importam impactos e esses impactos são difusos, ou seja, não se podem mensurar tantos quantos são prejudicados ou beneficiados por sua atividade econômica, deste modo sua posição ética frente aos negócios da empresa deve ser a bússola que a conduz. Sim, a efetivação dos direitos humanos em sua tridimensionalidade pode ser alcançada, porém, todos os habitantes do mundo globalizado são responsáveis e impactados. Isto é óbvio, a solidariedade não é, e nem deve ser, uma via de mão única, todos os habitantes do planeta devem estar engajados em proporcionar um local harmônico e com condições de vida digna para todos. Esta última afirmação compromete sem medida o ser humano à adoção de práticas éticas em todas suas relações interpessoais e com o meio ambiente (PISSALDO, 2014, p. 20).

Na sociedade contemporânea, é comum só se ouvir falar em neoliberalismo, capital de giro, crescimento econômico e outros termos que retroalimentam o capitalismo cada dia mais selvagem. O que parece evidente é que falta na nossa sociedade o sentimento de dignidade humana, fator que está esquecido em meio às necessidades desses termos pomposos para a economia. A dignidade significa valorizar o ser humano na condução do processo capitalista para que não se torne apenas mercadoria nas mãos de poucos (QUEIROZ, 2016).

O que parece é que estamos mais focados no que podemos tirar um do outro do que estimular a coletividade. Estamos cada vez mais sendo usados e descartados por nossas instituições quando deixamos de ser lucrativos. Por isso é urgente pensar alternativas para uma vida mais digna, para um sistema que seja mais humano que econômico (BAUMAN, 2008).

Após essa exposição, apontamos o movimento constitucional pluralista e revolucionário, conhecido como Novo Constitucionalismo Latino-Americano que, no campo do Direito, pode contribuir para pensarmos uma sociedade mais humanista em detrimento do capitalismo predatório. Esse movimento surge a partir das cosmovisões indígenas do bem viver (incorporação dos conhecimentos e os valores de origem pré-colombianas – *Sumak Kawsay* no Equador e *Sumak Qamanã* na Bolívia) e propõe um paradigma pós-capitalista.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano é um dos movimentos que traz reflexão e que busca aplicar o direito de forma pluralista e não de forma una, monista, como aplicado pelo Estado. Esse direito uno acaba por não levar em consideração as diferenças culturais que existem dentro de cada povo. Tal prática contribui para a

destruição de culturas, de vidas e de práticas cotidianas. Dessa forma, há a necessidade de que existam movimentos que pregam o contrário dessas práticas.

Nesse diapasão, é importante destacar que esse movimento surgiu devido à imprescindibilidade de proteger e de defender lutas históricas dos povos indígenas, bem como de outras minorias e povos tradicionais. Para Dalmau (2008) citado por Moreira (2019), o Novo Constitucionalismo Latino-Americano aparece com propostas políticas adotadas pelo povo em cenários com muitos conflitos sociais e políticos. Nessa nova proposta de constitucionalismo a busca pela “retomada” do poder constituinte originário é voltada aos primeiros moldes do exercício do poder por parte do povo.

Quando se fala em “Novo” Constitucionalismo Latino-Americano, subentende-se que havia algo nesse sentido, anteriormente. Isso porque o constitucionalismo moderno “tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas e não teve clareza para elucidar a ruptura com as metrópoles europeias, bem como a continuidade de relações tipicamente coloniais” (MOREIRA, 2009, p. 22).

Para mais, essa recente construção constitucional apresenta mudanças tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. Os aspectos formais, segundo Leonel Júnior (2017) têm a ver com uma maior participação do povo. A população assume um maior protagonismo ao ser chamada para deliberar sobre pautas a respeito da solicitação ou não de um processo constituinte.

No que tange aos aspectos materiais-estruturantes, não resta dúvida que a partir da forma se assegurou um maior fluxo democrático na garantia de direitos. Observou-se com isso, um fortalecimento das pautas relacionadas às questões de gênero e étnico-raciais. Como uma engrenagem política puxa a outra, os índices de desigualdade social e analfabetismo, de acordo com a UNESCO, despencaram nesse período com políticas decorrentes de uma reestruturação institucional tendo por base a Constituição. Ademais, as políticas de retomada dos setores estratégicos na economia foram fundamentais para garantir subsídios aos Estados no fomento de políticas públicas de crescimento (LEONEL JÚNIOR, 2017, p. 236).

É válido mencionar que essa movimentação político-jurídica percorreu etapas que também levaram à resistência. Como prova disso, constituições que são oriundas de sua influência, como a do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, são, hoje, meios que acabam por resistir às disfunções dos instrumentos neoliberais. São documentos que buscam maior participação da população, democráticas, onde podem ser

percebidos o poder que o cidadão é capaz de exercer, além de aspectos relevantes para a instituição da democracia: prestação de contas, oportunidades tanto aos homens como às mulheres e a alternância de mandatos.

Nesse sentido, afirma Souza (2019, p. 34) que:

As recentes constituições do Equador e Bolívia são os maiores expoentes do constitucionalismo latino-americano. Seus textos são extensos e adaptados à realidade local (Equador: 444 artigos; Bolívia: 411 artigos; em comparação ao Brasil, a Constituição de 88 tem apenas 250 artigos), tendo sido elaborados por uma Assembleia Nacional Constituinte participativa e submetidos à aprovação popular por referendos aprovatórios. Além disso, as constituições do Equador e Bolívia estabelecem instituições de accountability baseadas na participação popular e revelam uma característica bastante pertinente do novo constitucionalismo latino-americano: a incorporação das reivindicações da população indígena/originária.

Nesse entendimento, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano acaba por romper com a visão tradicional do Direito Constitucional, pois apresenta a concepção de um Estado plurinacional. Antes de essa noção existir, os costumes dos povos originários eram menosprezados. Ademais, esse movimento constitucional tem a intenção de explorar novos sujeitos para que tenham novas vivências e assim as relações anteriores de poder (influenciadas pela colonialidade) sejam mitigadas.

Nesse contexto, os direitos desses povos originários são reconhecidos por meio de embates, tal como explana Leal (2013, p. 4-5):

Os direitos dos povos originários são reconhecidos como forma de reivindicação de suas lutas e do reconhecimento por parte do Estado da base multiétnica das populações oriundas desses países. Por isso se outorga maior relevância a esses direitos no texto constitucional ao serem incluídos em um capítulo independente. Entre os mais importantes, se destacam os seguintes:

- 1 – Que a identidade cultural apareça nos documentos de identidade;
- 2 – Que as suas instituições façam parte da estrutura do Estado, assim como a participação nos órgãos e instituições do Estado;
- 3 – O reconhecimento e exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos;
- 4 – Serem consultados através de suas instituições ante a aprovação de medidas legislativas que os afetem;

5 – A participação nos benefícios de exploração dos recursos naturais em seus territórios;

6 – A gestão territorial indígena autônoma, e ao uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existentes em seus territórios, sem prejuízo aos direitos legitimamente adquiridos por terceiros;

7 – Ao respeito e propriedade intelectual sobre seus saberes, ciências e conhecimentos.

Nessa conjuntura, o que é entendido como construção formal do Estado Plurinacional é uma consequência jurídica do Constitucionalismo Latino-Americano. No entanto, para que haja completude não pode haver renúncia dos saberes e sistemas de vida indígenas, a saber: os *sumak kawsay* (DANTAS, 2021). Sob essa lógica, o Novo Constitucionalismo faz com que as pretensões do constitucionalismo sejam renovadas e faz com que os direitos fundamentais sejam seu maior objetivo. Isso faz da dignidade da pessoa humana o maior dever desse sistema constitucional.

Interessa-nos, portanto, que esse movimento constitucional vem proporcionando a abertura de práticas plurijurídicas por meio da introdução de ideais dos povos originários da América Latina na Lei Maior, ou seja, na Constituição. Quando há a proposta de ruptura com os aspectos europeus, que já se encontram esgotados, há uma busca por padrões deocoloniais. Compreende-se que há a viabilização da descolonialização do saber jurídico, assim como a continuidade de sociedades efetivamente latino-americanas (SOUZA, 2019).

Com efeito, as ações e as reflexões desse novo paradigma jurídico, baseado nas visões de mundo indígenas, são ordenadas pela concepção precisa e autêntica da vida. Em suma, quanto aos direitos dos povos indígenas, o Novo constitucionalismo Latino-americano caracteriza uma significativa mudança no sentido formal da Constituição, enquanto diretriz jurídica. Em primeiro plano, por desconstruir as bases coloniais de organizar o estado e o direito. Não só, mas também por examinar as atribuições indispensáveis para a vida na sociedade heterogênea (DANTAS, 2021).

Nesse interim, reconhecer os direitos indígenas de forma constitucional demonstra, quanto às questões jurídicas, confirmação de seus direitos, como também de seus povos. Logo, esse reconhecimento constitui um novo paradigma quanto à aplicação e à interpretação do direito positivado infraconstitucional, pois a constituição

é o parâmetro a ser considerado para que esses direitos sejam efetivados (DANTAS, 2021).

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano preconiza o estabelecimento de um Estado democrático, amparado na plurinacionalidade. Esse novo paradigma jurídico reconhece as diversidades culturais e contribui para a organização social dos povos indígenas, integrando assim os direitos fundamentais desses povos originários.

[...] conclui-se que o reconhecimento jurídico das diferenças que constituem as pessoas e sociedades indígenas formalizadas e positivadas nas Constituições e os respectivos processos de efetivação, deverão seguir as garantias de processos informais ou institucionalizados, democráticos, interculturais e heterogêneos de efetivação. Obrigatoriamente, esses processos deverão com a participação política e institucional no âmbito do e com o Estado; autonomia na definição do território e na gestão dos seus bens; e de atuação segundo suas juridicidades valores e práticas sociais, que conduzem a um tipo diferenciado de desenvolvimento, espelhados, primordialmente, na organização social interna de cada povo, e, sucessivamente, tanto na ordem constitucional interna dos estados reconfigurados quanto no conjunto integrado dos direitos humanos (DANTAS, 2021, p. 37).

Destarte, esse movimento social, político e jurídico ressignifica a própria noção de Estado, ao trazer à baila a concepção de Estado plural. Em outras palavras, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano colabora para a construção de um pensamento crítico e eficaz na busca do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Quando se confronta a racionalidade do capitalismo e as vertentes trazidas pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, principalmente quando se trata do respeito aos recursos naturais e aos povos indígenas, tem-se que:

O reconhecimento constitucional da Pachamama ou Mãe Terra na posição de sujeito de direitos, aliado à utilização dos preceitos do bem viver, trouxe uma visão diferenciada de natureza que é consequência da produção de conhecimento tradicional dos povos andinos. Assim, como no conhecimento produzido pelos povos indígenas brasileiros, possibilita-se a ruptura com o antropocentrismo europeu e com a perspectiva dualista sociedade e natureza, apontando um vínculo igualitário entre o homem e os demais seres vivos pertencentes à natureza (MARTINS; NOGUEIRA; DANTAS, 2017, p. 118).

Todos os que vivem no mundo hoje são parte do sistema capitalista mundial e isso está longe de ser mudado, pois parece que a tendência das principais nações do globo ainda é a exploração desenfreada dos recursos naturais e pouco se vê medidas

que sejam realmente efetivas para contrapor as degenerações que o consumismo selvagem e as políticas liberais desajustadas provocam.

Desse modo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é transformador, uma vez que modifica a visão que se tem quanto à apropriação da terra. Além disso, não prioriza a grande propriedade individual, como no capitalismo, para legitimar e proteger a pequena propriedade, a propriedade coletiva e o direito dos povos tradicionais e de seus saberes junto à terra.

Imagem 04: Líder Guarani-Kaiowá em Paris para denunciar perseguição a seu povo



Fonte: Registro publicado em IstoÉ (2017)

Para Dantas (2021), as ações e reflexões desse novo paradigma jurídico baseado nas visões de mundo indígenas são guiadas pela perspectiva concreta e real da vida e sua representação conceitual e normativa. A reflexão que o autor faz em relação ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano é que:

A primazia do mercado e da cultura cristã, seus sujeitos e ações marcaram o processo colonial. Tudo o que não fosse oriundo das concepções de pessoa, ações e conhecimento modernos e cristãos deveria ser ocultado, invisibilizado, morto. Assim se deram os processos de genocídio, etnocídio e epistemicídio ao longo da história

colonial da América Latina. Começaram com a desconsideração e negação da humanidade dos povos originários, superada, formalmente, com a edição da Encíclica Papal Sublime Deus (1537) que reconheceu a condição de verdadeiramente humanos aos índios, já demonstrado em trabalhos anteriores [...]. O reconhecimento institucional da humanidade dos índios pela autoridade da igreja operou no campo ético-moral como um limite ao extermínio físico, genocídio, dos povos originários (DANTAS, 2021, p. 29-30).

Finalmente, sabemos que esta é uma discussão que precisa de maior aprofundamento, mas diante do que foi aqui apresentado, a ideia inicial de relação entre a sociedade capitalista e a visão de um Novo Constitucionalismo Latino-Americano, já é um ponto de partida para podemos pensar que o processo de desenvolvimento de uma sociedade deve ser centrado na pessoa humana, no indivíduo e no planeta.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL POR VIOLAR OS SISTEMAS DE VIDA DOS GUARANI-KAIOWÁ

Neste capítulo discutimos sobre o Marco Temporal e as violações permanentes em relação à disputa das terras indígenas Guarani-Kaiowá. Trazemos para o debate a decisão, proferida pelo STF, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 e como, a partir disso, o povo Guarani-Kaiowá foi afetado.

Imagem 05: Manifestação dos Guarani Kaiowá contra reintegrações de posse



Fonte: Registro de Rafael de Abreu publicado em Cimi (2018a)

O Marco Temporal, como tese jurídica de regulamentação de direitos étnicos, no STF está presente em julgamentos como o Mandado de Segurança em Recurso Ordinário n. 29.087, que foi impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça, concretizado na Portaria 3.219 de 7 de outubro de 2009, em que foi declarada a posse permanente da terra indígena Guyraroka, situada em área do Estado do Mato Grosso do Sul, à etnia Guarani-Kaiowá (ANJOS; LAURIS; MARTINS; SANTOS, 2021).

Também podemos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3239 sobre territórios quilombolas (artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias) e na ADI 5905 (movidada pelo Estado de Roraima) sobre a Convenção n. 169 da OIT.

3.1 Do Marco Temporal – as violações permanentes em relação à disputa das terras indígenas dos Guarani-Kaiowá

“Nós estamos em guerra. Eu não sei por que você está me olhando com essa cara tão simpática. Nós estamos em guerra. O seu mundo e o meu mundo estão em guerra, os nossos mundos estão todos em guerra. A falsificação ideológica que sugere que nós temos paz é para a gente continuar mantendo a coisa funcionando. Não tem paz em lugar nenhum. É guerra em todos os lugares o tempo todo.”
(Ailton Krenak)⁷.

O Marco Temporal define que as terras indígenas só seriam consideradas pertencentes a um determinado grupo étnico, caso, até a data de 5 de outubro de 1988, os indígenas residentes no território manifestassem interesse pelo procedimento jurídico ou administrativo, comprovando que na data promulgação da Carta Magna do Estado brasileiro estavam no local.

A aplicação dessa interpretação aos processos de demarcação impede o reconhecimento de territorialidades indígenas de povos que resistiram a práticas de extermínio e genocídio que ainda existem até os dias atuais. Essa tese é um perigo eminente, que assombra os direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil (ANJOS; LAURIS; MARTINS; SANTOS, 2021).

Em 2021, a tese jurídica do Marco Temporal chega ao STF por meio da ação de reintegração movida pelo governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng, especificamente em relação à terra indígena Ibirama-Laklanõ. Nesse território também vivem indígenas Guarani e Kaingang. Ainda no ano de 2019, o STF deu *status* de repercussão geral ao processo. Isso quer dizer que a decisão sobre ele atuará como parâmetro para a União e todas as instâncias da Justiça no que diz respeito aos procedimentos demarcatórios. Com isso, o processo passou a ser base para propostas legislativas que tratam dos direitos territoriais dos povos originários, como por exemplo, o PL 490/2007 (CIMI, 2021).

Nesse contexto, o Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, como relator da ação em análise, votou contra o Marco Temporal, em meio aos ataques às instituições democráticas e aos direitos indígenas, e propôs a fixação da seguinte tese:

⁷ Citação retirada do documentário Guerras do Brasil. Doc. (2019).

Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência;

VII – as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII – as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

IX – são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente (FACHIN, 2021, p. 108-109).

Para Cunha (2018), o Marco Temporal apresentou uma condição, uma espécie de “marco zero”, no artigo 231 da CRFB/88. A autora menciona que as expulsões, a partir da força, não anulam os direitos sobre a terra dos indígenas, em especial dos Guarani-Kaiowá. A aplicação da tese do Marco Temporal pelo STF é uma atitude que recai como uma postura que favorece o genocídio contra os povos Guarani-Kaiowá.

Imagem 06: Manifestação Guarani e Kaiowá em frente ao STF



Fonte: Registro de Michelle Calazans publicado em Cimi (2018b)

Conforme aponta Kehl (2015) os conflitos que envolvem hoje boa parte dos processos de demarcação de terras indígenas – e que estão sendo discutidos judicialmente – evidencia que os povos indígenas, legítimos donos de suas terras, precisam ser reparados pelo Estado em razão das violações de direitos humanos que sofreram e ainda sofrem. Seus direitos não podem ser negados, pois foram conquistados “com muito sangue e que constitui uma das principais bases de um Estado Democrático de Direito que queira superar suas origens colonialistas” (KEHL, 2015, p. 4).

A partir desse contexto, fica o questionamento: o que deve ser feito? Ou melhor: o que o Estado tem feito nesse sentido? A resposta não é a das melhores. Tal fato fica esclarecido devido à junção entre os vários setores do Estado, necessariamente os poderes associados a uma soma de procedimentos que acabam impedindo a demarcação das terras indígenas de forma efetiva.

Nessa conjuntura, Piubelli (2019) aponta que para o Poder Executivo, quando se trata da Funai, o desmonte acaba sendo uma veracidade, como já comentamos anteriormente. Além disso, tem-se que a Advocacia-Geral da União (AGU), que é encarregada pela defesa da Administração Pública Federal, também contribui para dificultar o gozo desses direitos para os povos indígenas ao utilizar a Portaria 303, de 16 de julho de 2012, que procura utilizar as condicionantes da demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol para todos os processos demarcatórios.

Outras medidas importantes em curso estão no âmbito do Poder Legislativo, por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000, visando transferir para o Congresso Nacional a decisão final sobre as demarcações das terras tradicionais. E ainda no Poder Judiciário, com a aplicação do Acórdão do STF sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol para todos os processos demarcatórios, tanto para as áreas já demarcadas, quanto para as futuras demarcações (PIUBELLI, 2019, p. 81).

Essa realidade prejudica todos os povos indígenas, pois os coloca em situação de vulnerabilidade social e especialmente acerca do povo Guarani-Kaiowá parece ser algo sistêmico:

O tratamento dado aos povos indígenas, no Brasil, mesmo dentro de Estado Democrático de Direito, assemelha-se a uma forma de tratamento onde as 89 normas previstas no texto constitucional parecem não serem efetivadas. Nesse sentido, é como se os povos indígenas ainda estivessem sendo tutelados pelo Estado, como foi no período ditatorial, onde estavam colocados em condição de cidadania subalterna. No entanto, utilizando as reflexões de Giorgio Agamben, podemos aferir que os indígenas brasileiros vivem dentro de um espaço de exceção, onde as leis estão suspensas e as práticas de exceção tornam-se normalizadas e possíveis (PIUBELLI, 2019, p. 88-89).

José Afonso da Silva, jurista brasileiro, no ano de 2016, manifestou seu entendimento acerca da decisão da Segunda Turma do STF no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, por meio de um parecer, que no decorrer do texto

citamos várias vezes e também consta no Anexo 01 dessa dissertação. No documento, o juriconsulto expôs que os direitos dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas são anteriores até mesmo ao direito constitucional voltado a eles. À vista disso, o ordenamento jurídico pátrio entende os direitos humanos fundamentais dos indígenas como direito fundamental, desde a Carta Constitucional de 1934 (SILVA, 2016).

Não se trata aqui de meros direitos, pois, para os povos indígenas, essas garantias legais possuem tanta relevância que são elencadas ao nível de sobrevivência física e cultural, da mesma forma que os direitos humanos, aclamados nos documentos constitucionais e declarações internacionais.

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros (SOUZA FILHO, 2013, p. 21).

Esses direitos fundamentais indígenas são expostos como direitos fundamentais de solidariedade, assim como ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por essa razão, há, ao mesmo tempo, uma proporção individual e uma proporção coletiva. Além disso, também são direitos supraestatais, logo, direitos absolutos, já que não podem ser abolidos (MELLO, 2013).

3.2 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 e das consequências para o povo Guarani-Kaiowá

*“Seja bem-vindo à minha realidade
Sei que quando eu passo, me olha diferente
E a gente luta para manter a nossa crença
E o homem branco trás doença
Dizimou o nosso povo
Causou a nossa miséria
E agora me olha com nojo
Sou um índio sim, vou até falar de novo
Guarani, Kaiowá.”
(A Vida Que Eu Levo - Brô Mc's)⁸.*

⁸ Música disponível em: <https://youtu.be/URwy9LfQOjM>

A decisão da Segunda Turma do STF no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087 foi lamentável, pois o Ministro Ricardo Lewandovski, na condição de relator, negou provimento à segurança. O jurista entendeu que essa medida seria inadequada, por não ter, segundo ele, direito líquido e certo (STF, 2014).

Ao lado dele, o ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência para conceder a segurança, pois concluiu que havia direito líquido e certo com as devidas provas. Nesse julgamento, o STF corrobora que a data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, é referencial insubstituível quando se trata do Marco Temporal (STF, 2014). A partir desse entendimento é que é feita a verificação da existência do povo indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança (STF, 2014, p. 1).

Na sequência, a maioria da Turma seguiu a divergência. Como elucida Silva (2016, p. 6), a decisão concluiu pela “desnecessidade de instrução probatória por entender que os dados estão inseridos no laudo antropológico que subsidiou o processo administrativo”, desse modo, passa-se “a analisar o laudo, sublinhando as partes que, segundo os votos vencedores, provavam a ausência de índios nas terras”.

Com isso conclui-se que “[os] excertos do laudo antropológico afastam quaisquer dúvidas sobre a anterior ocupação indígena da região na qual está inserido imóvel rural do Recorrente” (STF, 2014, p. 13).

Quanto à anulação do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyraroká, dos Guarani-Kaiowá em Mato Grosso do Sul, pelo Poder Judiciário, Fernandes (2018, p.168) analisa o ocorrido, conforme o trecho abaixo:

No mencionado julgamento, em setembro de 2014, que anulou, aplicando o marco temporal, a demarcação da TI Guyraroká, dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul, um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em discussão com Gilmar Mendes (cuja posição, anti-indígena, venceu o voto de Lewandowski), denunciou a prática do crime de genocídio contra os índios brasileiros: “Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios”. Se tivemos uma ditadura genocida, a continuidade, no regime democrático, de muitos crimes praticados contra os índios, associada a tentativas de sua legitimação jurídica como a tese do marco temporal, não seria mais um dos sinais da incompletude do processo de transição política? Parece-nos que sim, o que explicaria que forças que se movem contra os povos indígenas são, muitas vezes, também contrárias à justiça de transição: setores das Forças Armadas e o latifúndio, os grileiros e seus representantes políticos.

Decisões como essa apresentada acima só corroboram com o fato de que a efetivação dos direitos originários dos indígenas ainda é uma realidade distante. A Carta Cidadã não traz, em nenhum dos seus artigos, nada relacionado ao Marco Temporal, nem de forma expressa, nem de forma implícita. Muito pelo contrário, há, na Lei maior, de forma explícita vários direitos direcionados aos povos indígenas.

Ora, se a CRFB/88 apresenta os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam como direito reconhecido aos indígenas, não tem como ser autorizada a interpretação da tese do Marco Temporal. Outro ponto importante é a utilização do verbo “reconhecer”. Se algo é reconhecido, é porque, em algum momento, já foi conhecido. Dessa forma, esses direitos, então, são preexistentes, são originários, como o próprio texto constitucional aduz.

O reconhecimento do direito originário é um reconhecimento com base na ancestralidade, no direito à memória, à verdade e à reparação das violências históricas. Assim, deveria ser realizado “por meio dos depoimentos dos velhos,

anciãos, rezadores, xamãs e sábios das aldeias, alguns quase centenários, que ainda vivos são testemunhas de massacres ocorridos e expulsão de suas comunidades da terra” (SILVA; SOUZA FILHO, 2016, p. 60).

Precisamos compreender de maneira urgente que:

A Constituição de 1988 inaugurou entre os índios guarani espoliados a esperança de que agora se encontravam em um "tempo do direito". Como disse um líder kaiowá ao protestar recentemente em Brasília: "A coisa está tão absurda que hoje querem nos penalizar por termos sido expulsos de nossos territórios. Querem que assumamos a culpa pelo crime deles. Durante décadas nos expulsaram de nossa terra à força e agora querem dizer que não estávamos lá em 1988 e, por isso, não podemos acessar nossos territórios?". Vivemos no Brasil um momento de recuperação da memória do século 20. O esforço para que se conheça essa história tem um motivo explícito: "Para que nunca mais aconteça". Os kaiowá de Guyraroká lembram-se e têm nomes para cada morro e cada riacho de suas terras espoliadas. O STF também deve zelar para que não se esqueça a história e que injustiças não se repitam. Decretar que somente as terras ocupadas por índios em 1988 merecem os direitos constitucionais permite apagar da memória esbulhos e injustiças (CUNHA, 2014, não paginado).

Quando o STF traz esse tipo de decisão, como a proferida pela Segunda Turma no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, resta claro uma afronta direta ao sistema jurídico brasileiro. A CRFB/88 não autoriza esse tipo de interpretação. Como já foi apresentado nos capítulos anteriores deste trabalho, os direitos originários sobre as terras indígenas são preexistentes à formação do Estado brasileiro.

Logo, esse diploma não pode ser considerado um marco temporal para que esses direitos existam. Apenas deu continuidade ao que já existia, pois são, conforme a teoria do indigenato, direitos congênitos, absolutos. Retirar dos povos indígenas um direito que já existe para substituí-lo por um direito que limita tempo e espaço, como interpreta a tese do Marco Temporal, é contrariar não só a Constituinte de 88, mas todo um sistema de vida dos povos tradicionais.

Como aponta Dantas (2021), a realidade sociocultural latino-americana é plural e complexa. Os povos indígenas compõem essa pluriversidade que foi historicamente negada em razão das diferenças étnicas e culturais em confronto com a sociedade nacional hegemônica. Reconhecê-los, expressamente, foi o desafio dos processos

democráticos contemporâneos marcados pela identificação das violências nos contextos da sociedade plural e estado nacional.

Para mais, a CRFB/88, conforme escreve Anjos, Lauris, Martins e Santos (2021), não determinou nenhum Marco Temporal para reconhecer os direitos indígenas. Muito menos, estabeleceu regulamentos quanto a terra – o fato de estar registrada no patrimônio da União para proteger e garantir os direitos originários dos povos sobre seus territórios – o que já é garantido nos artigos 231 e 232 da Carta Cidadã.

O relatório de direitos humanos no Brasil do mês de fevereiro de 2021, entende que:

A tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988. Nesse sentido, a Comissão considera a tese como contrária às normas e padrões internacionais e interamericanos de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (CIDH, 2021, p. 33).

A tese do Marco Temporal extrapola a interpretação constitucional e usurpa os direitos indígenas, precisamente quando se trata do direito territorial originário. Como foi aqui discutido, os direitos originários são anteriores à própria CRFB/88. Estabelecer uma compreensão baseada em limites temporais para ater um direito natural e fundamental é contribuir para o extermínio dos povos indígenas, especialmente dos Guarani-Kaiowá, como argumentamos.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, concluímos que ainda que haja um sistema de garantias constitucionais direcionado aos povos indígenas, existem decisões, inclusive proferidas pelo STF, que violam e desconsideram o direito territorial coletivo ao aplicarem o direito civil. Não se pode falar na aplicação do direito privado quando se tem relações de direito coletivo.

O presente trabalho apresentou a contextualização quanto aos aspectos socioculturais do povo Guarani-Kaiowá. A partir disso, foi retratada a história desse povo com a luta pelo *tekoha* – os sistemas de vida do *teko porã* (bem viver) e a ocupação do território no estado do Mato Grosso do Sul. Observou-se ainda o avanço das frentes de expansão econômica, o conceito de território e a racionalidade moderna instrumental capitalista, bem como a importância do Novo Constitucionalismo Latino-Americano como movimento que valoriza as lutas dos povos indígenas.

Verificou-se a inconstitucionalidade do Marco Temporal por violar os sistemas de vida do povo Guarani-Kaiowá. As nossas reflexões nos confirmam que os sofrimentos e as violações sofridas pelo povo Guarani-Kaiowá são permanentes e se baseiam, sobretudo, na disputa de suas terras.

Ao discutirmos sobre a decisão do STF, prolatada em 2014, pela Segunda Turma, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, pudemos analisar como esse julgamento trouxe consequências para os povos indígenas do Brasil, especialmente para os Guarani-Kaiowá. Isso porque entendemos que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos relacionados a elas são imprescritíveis. Esses direitos originários são anteriores à própria demarcação das terras indígenas.

Restou claro ainda que a CRFB/88 não limitou os direitos originários dos povos indígenas à data de 05 de outubro de 1988, como pressupõe a tese do Marco Temporal. Não se pode limitar esse direito a um estado de ocupação, a partir de uma data específica. A tese do Marco Temporal aniquila os povos indígenas de todas as formas, ao limitar os seus direitos originários. Originário vem de origem, estar preso às origens. É o que não se altera. O Marco Temporal surge nas decisões do STF e faz justamente o contrário. Com isso, a demarcação das terras indígenas fica à mercê das elites econômicas e isso provoca um estado de violências permanentes.

Surgem, nesse contexto, movimentos como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com uma nova perspectiva de interpretação constitucional. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano é firmado como paradigma jurídico em concepções de mundo indígenas. Reconhece as identidades, os territórios e uma vida plural. Nessa perspectiva, entende-se que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano busca, de forma primordial, o alcance da igualdade.

Em outras palavras, uma nova independência e a criação de um Estado que tenha a democracia participativa como suporte para a democracia representativa, ou seja, plurinacional, plural e que também compreenda e reconheça a pluralidade social e jurídica, o que significa respeitar e assegurar os direitos de todos. No sistema capitalista em que vivemos há uma relação antagônica no que diz respeito a terra, isso porque, por um lado, para os processos coloniais, a terra é vista como mercadoria. Já para os indígenas e outros povos tradicionais, dentro de suas cosmovisões territoriais, a terra é como uma mãe.

Por fim, deixamos explícito que essa pesquisa, apesar dessas conclusões apresentadas, não se esgota aqui, pois é sempre inacabada. As violências contra os povos indígenas continuam. Diariamente. Continuadamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas. *In*: SOUZA LIMA, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília; Rio de Janeiro; Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia; laced; Nova Letra, 2012.

ALMEIDA, Rubem Ferreira Thomaz de; MURA, Fábio. Guarani Kaiowá. Povos **Indígenas no Brasil**, [S.l.], out. 2003. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Guarani_Kaiow%C3%A1 Acesso em: 18 nov. 2020.

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74863/neoconstitucionalismo_novo_constitucionalismo_alves.pdf Acesso em: 12 jul. 2022.

AMADO, Luiz Henrique Eloy “Terena”. **Os territórios indígenas tem funções vitais para toda a humanidade, pois [...]**. [S.l.], 29 de jun. 2021a. Twitter: @luizeloyterena. Disponível em: https://twitter.com/luizeloyterena/status/1409887480803958800?s=20&t=NLxAOZQG_SU86ZS2KO4bamQ Acesso em: 09 dez. 2021.

AMADO, Luiz Henrique Eloy “Terena”. **Terras indígenas na pauta do Supremo: Teoria do indigenato versus marco temporal**. Mídia Ninja, [S.l.], mai. 2020. Disponível em: <https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/terras-indigenas-na-pautas-do-supremo-teoria-do-indigenato-versus-marco-temporal/> Acesso em: 12 jun. 2021.

AMADO, Luiz Henrique Eloy “Terena”. **Tese do marco temporal é interpretação forçada e afronta Constituição, diz advogado indígena**. Entrevista concedida a Renata Galf. Folha de S. Paulo, São Paulo, ago. 2021. Disponível em: <https://folha.com/xvc21et6> Acesso em: 7 fev. 2022.

AMADO, Luiz Henrique Eloy “Terena”. **Vukápanavo o despertar do povo terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político**. 2019. 241f. Tese (Doutorado) em Antropologia Social, Rio de Janeiro, 2019.

AMADO, Luiz Henrique Eloy “Terena”; MODESTO, Rafael. **Direitos dos guarani kaiowá em risco**. O Globo, Rio de Janeiro, abr. 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/direitos-dos-guarani-kaiowa-em-risco.html> Acesso em: 12 dez. 2021.

ANJOS, Auricelia dos; LAURIS, Elida; MARTINS, Pedro Sérgio Vieira; SANTOS, Raimundo Abimael dos. **Justiça e o marco temporal de 1988: as teses jurídicas em disputa no STF sobre Terras Indígenas**. [S.l.]: CITA; Terra de Direitos, 2021.

APIB, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. **Nota Técnica da APIB sobre o PL 490**. APIB, Brasília, jun. 2021. Disponível em:

<https://apiboficial.org/files/2021/06/NOTA-DA-APIB-PL-490.pdf> Acesso em: 18 nov. 2021.

BASSI, Bruno Stankevicius. **No Século 19, Matte Larangeira teve 2 milhões de hectares no Paraguai.** De olho no Paraguai, [S.l.], nov. 2017. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/deolhonoparaguai/2017/11/08/no-seculo-19-matte-larangeira-teve-2-milhoes-de-hectares-no-paraguai/> Acesso em: 18 nov. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Manual Metodológico para o Projeto de Pesquisa no Direito.** Pelotas: UFPeL, 2019.

BONAT, Debora. **Metodologia da Pesquisa.** 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2009.

BRASIL. Comissão Externa da Câmara dos Deputados. **A luta da comunidade indígena Guarani-Kaiowá.** Brasília: Edições Câmara, 2014.

BRASIL. Comissão Externa da Câmara dos Deputados. **A luta dos índios Guarani-Kaiowá.** Brasília, abr. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/54a-legislatura/luta-dos-indigenas/arquivos/relatorio> Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório: textos temáticos.** Brasília: CNV v. 2, 2014a.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Rio de Janeiro, Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **[Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 116/2022. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2022.

BRASIL. **Portaria nº 3.219, de 7 de outubro de 2009.** Diário oficial da União, Brasília, Seç. 1, p. 75, out. 2009. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/seprol/2012/Sede/Anexos-Concorrencia-N-02-Sede/Guyraroka_portaria-Sede.pdf Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Senado federal. **Pronunciamento de Rodrigo Rollemberg durante a 197ª Sessão Não Deliberativa, no Senado Federal.** Brasília, out. 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/pronunciamento/395717> Acesso em: 18 set. 2020.

CALIARI, Tânia. **Adeus, Guyraroká**. Agência Pública, [S.l.], set. 2016. Disponível em: <https://apublica.org/2016/09/adeus-guyraroka/> Acesso em: 15 set. 2020.

CANUTO, Antônio; CRUZEIRO, Márcio Antônio; SANTOS, Paulo César Moreira dos; SIQUEIRA, Ruben Alfredo de. Conflitos por Terra em 2019, uma introdução. *In*: CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO DOM TOMÁS BALDUINO; CPT, Comissão Pastoral da Terra. **Conflitos no campo: Brasil 2019**. Goiânia: CPT Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/5167-conflitos-no-campo-brasil-2019> Acesso em: 19 ago. 2021.

CARVALHO, Cleide. **Casas de reza indígenas são incendiadas em cenas de intolerância religiosa e disputa de terra**. Extra, [S.l.], nov. 2021. Disponível em: <https://glo.bo/3BbBUcM> Acesso em: 07 dez. 2021.

CASTRO, Carol. **O que é o PL 490 e como ele afeta a vida dos povos indígenas?**. Destretando/uol, Rio de Janeiro, jul. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3665DbJ> Acesso em: 10 fev. 2021.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. "Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **História**, São Paulo, v. 35, e. 75, p. 1-22, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/XRTp9SKrKRwMV6D4MjHPMsp/?lang=pt#ModalArticles> 10 fev. 2021.

CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. **Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Santiago: Nações Unidas, 2015.

CHAMORRO, Graciela. Povos indígenas guarani falantes no atual Estado de Mato Grosso do Sul (séculos XVI-XXI). *In*: CHAMORRO, Graciela; COMBÊS, Isabelle (org.). **Povos indígenas em Mato Grosso do Sul: história, cultura e transformações sociais**. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2015.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. CIDH: [S.l.], 2021.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **Após mobilização dos povos indígenas, STF retoma julgamento que define o futuro das demarcações no país**. Cimi, Brasília, jun. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/06/apos-mobilizacao-povos-indigenas-stf-retoma-julgamento-futuro-demarcacoes-pais/> Acesso em: 02 ago. 2022.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **Em visita da CIDH no Brasil, lideranças indígena Kaiowá e Avá Guarani denunciam violação de direitos humanos**. Cimi, Brasília, ago. 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/11/em-visita-da-cidh-no-brasil-liderancas-indigena-kaiowa-e-ava-guarani-denunciam-violacao-de-direitos-humanos/> Acesso em: 20 ago. 2020.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **Manifestação Guarani e Kaiowá em frente ao STF.** Cimi, Brasília, set. 2018b. Disponível em https://cimi.org.br/2018/09/em-brasilia-guarani-e-kaiowa-mobilizam-se-em-defesa-do-tekoha-guyraroka-e-dos-direitos-indigenas/guyraroka-bsb_michelle-calazans-cimi_8288/ Acesso em: 11 mar. 2020.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **PF notifica os Guarani Kaiowá de nova reintegração em Caarapó.** Cimi, Brasília, abr. 2018a. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/04/pf-notifica-os-guarani-kaiowa-de-nova-reintegracao-em-caarapo/> Acesso em: 20 ago. 2020.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **Por oito a zero, STF reafirma direitos originários dos povos indígenas.** Cimi, Brasília, ago. 2017. Disponível em <https://cimi.org.br/2017/08/por-oito-zero-stf-reafirma-direitos-originarios-dos-povos-indigenas/> Acesso em: 11 mar. 2020.

CIMI, Conselho Indigenista Missionário. **Relatório – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2019.** [S.l.]: Cimi, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contr-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf> Acesso em: 20 ago. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 25, n. 72, p. 251-276, ago. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142011000200020> Acesso em: 20 nov. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos Estud. Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429-443, dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/d9Kq7jjTt8GqR8DqBSgQbTK/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 18 out. 2020

CUNHA, Manuela Carneiro da. **O STF e os índios.** Folha de S. Paulo, São Paulo, nov. 2014. Disponível em: <https://feeds.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/196246-o-stf-e-os-indios.shtml> Acesso em: 23 jul. 2021.

CUPSINSKI, Adelar. *et al.* **Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do Marco Temporal.** Conselho Indigenista Missionário, Brasília, mai. 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/05/terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal/> Acesso em: 21 jul. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos das pessoas.** São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Sistemas de vidas indígenas e posituação constitucional na América Latina: superação da colonialidade jurídico-política, lutas e práticas do comum. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, [S.l.], v. 16, p. 25-40, 2021. Disponível em: <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/6115/5549> 25 jan. 2022.

FACHIN, Edson. **Voto do Recurso Extraordinário 1.017.365 – Santa Catarina**. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios.pdf>
Acesso em: 25 ago. 2021.

FERNANDES, Pádua. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. *In*: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da. (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRAS DO BRASIL. DOC. Direção: Luiz Bolognesi. Produção de Laís Bodanzky e Buriti Filmes. Brasil: Netflix, 2019.

HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Dimensionamento Emergencial de População Residente em Áreas Indígenas e Quilombolas para Ações de Enfrentamento à Pandemia Provocada pelo Coronavírus**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ISTOÉ. **Líder guarani-kaiowá em Paris para denunciar perseguição a seu povo**. IstoÉ, [S.l.], mai. 2017. Disponível em: <https://istoe.com.br/lider-guarani-kaiowa-em-paris-para-denunciar-perseguiacao-a-seu-povo/> Acesso em: 13 mai. 2021.

KEHL, Maria Rita. **Carta aos ministros do STF**. São Paulo, abr. 2015. Disponível em: https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2015/04/cartamrk_stf.pdf
Acesso em: 04 jul. 2021.

LEAL, Gabriel Bustamante Pires. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. *In*: XXI Seminário de Iniciação Científica da Puc-Rio. **Anais eletrônicos** [...]. [Rio de Janeiro], 27 a 30 de ago. 2013. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Gabriel%20Bustamante%20Pires%20Leal.pdf Acesso em: 10 set. 2020.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Os limites no Novo Constitucionalismo Latino-Americano diante de uma conjuntura de retrocessos. **Abya-yala**, Brasília, v.1, n.2, p. 232–244, abr./jul. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/7066> Acesso em: 22 ago. 2022.

MAPA DE CONFLITOS ENVOLVENDO INJUSTIÇA AMBIENTAL E SAÚDE NO BRASIL. **MS – Povos indígenas Guarani-Kaiowá lutam por demarcação da TI Guyraroká.** Rio de Janeiro, set. 2018. Disponível em: <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ms-povos-indigenas-guarani-kaiowa-lutam-por-demarcacao-da-ti-guyraroka/> Acesso em: 04 jul. 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Camila Ragonezi; NOGUEIRA, Marcela Iossi; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. As epistemologias do Sul e as experiências da América-Latina: Um significado diferenciado para a propriedade ou outras formas de apropriação? **ABYA-YALA**, Brasília, n. 1, v. 1, p. 109-122, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6928086> Acesso em: 01 jul. 2021.

MARTINS, José de Souza. **Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano.** São Paulo: Editora Hucitec, 1997.

MATTOS, Fernando da Silva. Conexões entre a teoria crítica dos direitos humanos e a atuação do Ministério Público para sua proteção: uma homenagem a Joaquin Herrera Flores. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 2, n. 3, p. 401-4013, dez. 2015. Disponível em: <http://fempapr.org.br/site/publicacao/revista-juridica-do-mp-pr-3a-edicao/> Acesso em: 01 nov. 2020.

MELIÀ, Bartomeu. (ed.). **Guarani Retã – Povos Guarani na Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai.** [S.l.]: Unam; CTI; Cimi; Instituto Socioambiental; CEPAG; SPSAJ, 2008.

MELLO, Paula Susanna Amaral. **Direito ao meio ambiente e proibição do retrocesso.** 2013. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

MENDES JÚNIOR, João. **Os Índigenas do Brazil seus Direitos Individuais e Políticos.** Typ. Hennies Irmãos: São Paulo, 1912.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento – Pesquisa qualitativa em saúde.** 10. ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

MONTEIRO, Daniel Macedo Lopes Vasques. Terra, poder e violência: conflitos no Mato Grosso do Sul e a relação do agronegócio com os Kaiowá e Guarani. **Confins**, [S.l.], n. 45, mai. 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/30108?lang=pt#quotation> Acesso em: 03 jan. 2022.

MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Novo Constitucionalismo Latino-Americano, pluralismo histórico e pluralismo comunitário participativo: a experiência boliviana. In: ALEXANDRE, André Demétrio. (org.). **Aspectos políticos e históricos do constitucionalismo.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MOTA, Juliana Grasiéli Bueno. Geografias Guarani e Kaiowá nas Relações entre a Reserva Indígena e a Cidade de Dourados. *In*: MOTA, Juliana Grasiéli Bueno; CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. (org.). **Reserva Indígena de Dourados: Histórias e Desafios Contemporâneos**. São Leopoldo: Karywa, 2019.

MOTA, Juliana Grasiéli Bueno. **Territórios, multiterritorialidades e memórias dos povos Guarani e Kaiowá: diferenças geográficas e as lutas pela Des-colonização na Reserva Indígena e nos acampamentos-tekoha – Dourados/MS**. 2015. 311 f. Tese (doutorado) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Tecnologia, 2015.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008.

PISSALDO, Ana Paula de Moraes. Capitalismo humanista como ferramenta de efetivação de direitos humanos e desenvolvimento em um mundo globalizado. *In*: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais eletrônicos** [...]. João Pessoa, 05 a 08 nov. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a45d7bae2d4d070> Acesso em: 21 nov. 2020.

PIUBELLI, Rodrigo. **A luta dos Guarani Kaiowá do Mato Grosso do Sul pelo território: memórias e imagens do (re)existir num permanente estado de exceção no Brasil (1964-2018)**. 2019. 158 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

PIUBELLI, Rodrigo; NUNES, José Walter. Narrativas e imagens do (re)existir dos Guarani Kaiowá do Mato Grosso do Sul (1964-2018). **Revista Brasileira de Linguística Antropológica**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 283–309, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/35163> Acesso em: 9 fev. 2022.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Órgão indigenista oficial**. Pib Socioambiental, [S.l.], jan. 2021. [última atualização]. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%93rg%C3%A3o Indigenista Oficial](https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%93rg%C3%A3o%20Indigenista%20Oficial) Acesso em: 9 fev. 2022.

PPGDA, Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário. **Linhas de Pesquisa**. PPGDA/UFG, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://ppgda.direito.ufg.br/p/139-linhas-de-pesquisa> Acesso em: 9 mar. 2022.

QUEIROZ, Isabel Cristina Arriel de. Capitalismo no Brasil e a dignidade da pessoa humana do trabalhador. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Brasília, ano 24, v. 95, abr./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.08.PDF Acesso em: 10 nov. 2020.

QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **Cultura e política no mundo contemporâneo**. Paisagens e passagens. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

RIBEIRO, Júlio César. **A geografia da escravidão no território do capital**. 2001. 520 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2001.

SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. A proteção jurídica às terras indígenas e a seus recursos naturais. *In*: GRAMKOV, Márcia Maria; KALSBERG, Carola. (org.). **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI, PPTAL, GTZ, 1999.

SANTOS, Milton. O retorno do território. *In*: SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura. (org.). **Território: globalização e fragmentação**. 4. ed. São Paulo: Editora Hucitec; ANPUR, 1998.

SILVA, Eymmy Gabrielly Rodrigues da. Terras indígenas ou terras devolutas? Análise da ACO nº 362/MT do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais eletrônicos** [...]. Belém, 13 a 15 de nov. 2019. Disponível em:

<http://conpedi.danielr.info/publicacoes/048p2018/5510houj/1Ht8H7gDLIHGHh0e.pdf>
Acesso em: 9 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. Ministério Público Federal. [São Paulo], 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf
Acesso em: 01 set. 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Marco Temporal como retrocesso dos direitos originários indígenas e quilombolas. *In*: TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Direitos Territoriais quilombolas: muito além do marco temporal**. Goiânia: Ed. PUC-Goiás, 2016.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

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

SOUZA, Maria Adélia Aparecida de. Apresentação: Milton Santos, um revolucionário. *In*: **OSAL, Observatório Social de América Latina**, Buenos Aires, ano 6, n. 16, p. 251-254, jun. 2005. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgdttsa/files/2014/10/Texto-Santos-M.-O-retorno-do-territorio.pdf> Acesso em: 13 out. 2020.

SOUZA, Samuel Prazeres de. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano como via para a descolonização do saber jurídico. **Idéias**, Recife, v. 20, n. 1, p. 29-40, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/238360/33360> Acesso em: 29 out. 2020.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 362**. Origem: Mato Grosso - MT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, ago. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13715241> Acesso em: 31 ago. 2021.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 366**. Origem: Mato Grosso - MT. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, ago. 2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14264151> Acesso em: 31 ago. 2021.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Petição 3388 RR - Roraima**. Petição. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133> Acesso em: 11 mar. 2020.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso ord. em mandado de segurança n. 29.087**. Origem: Distrito Federal - DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator do último incidente: Min. Gilmar Mendes (RMS-ED-ED-segundos). Brasília, set. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880> Acesso em: 11 mar. 2020.

SURVIVAL. **Os Guarani**. Survival Brasil, [S.l.], jun. 2020. [última atualização]. Disponível em: <https://survivalbrasil.org/povos/guarani> Acesso em: 04 set. 2020.

TAPAJÓS, Ib Sales. Terras indígenas como categoria correlata ao conceito de território. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Salvador, v. 4,

n. 1, p. 64–82, jan./jun. 2018. Disponível em:

https://indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/4057/pdf_11_nov_2021.

URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera; PRADO, José Henrique. O impacto do processo de territorialização dos Kaiowá e Guarani no sul de Mato Grosso do Sul. **Tellus**, Campo Grande, ano 15, n. 29, p. 49-71, jul./dez. 2015. Disponível em:

<https://doi.org/10.20435/tellus.v0i29.358> Acesso em: 08 mar. 2020.

WEBER, Vanderlei Luiz; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A problemática do reconhecimento da diversidade dos povos: um olhar sobre a questão indígena brasileira. *In*: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais eletrônicos** [...]. João Pessoa, 05 a 08 de nov. 2014. Disponível em:

<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b774adc5ebc68ab> Acesso em: 9 fev. 2022.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 143-157, jan. 2010. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213/22986>

Acesso em: 04 set. 2020.

ANEXO 01: Parecer de José Afonso da SILVA – Ministério Público Federal, 2016.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

PARECER

A CONSULTA

MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, Professora Titular Aposentada da FFLCH da USP, SAMUEL RODRIGUES BARBOSA, Professor da Faculdade de Direito da USP, a Associação Juízes pela Democracia, o CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, o INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, a ORGANIZAÇÃO INDIO É NÓS, e o CENTRO DE ESTUDOS AMERÍNDIOS da USP, honrando-me com o pedido de um parecer jurídico, expõem o seguinte:

“Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam;

“Considerando que a proteção dos direitos desses povos sobre suas terras foi introduzida em nível constitucional em 1934, repetida em todas as Constituições seguintes, e já existia desde a legislação colonial;

“Considerando que o STF decidiu que "os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente" (Ementa da Pet 3.388/RR - Raposa Serra do Sol, item 12, trecho):

“Considerando que no mesmo acórdão, o STF ementou que "11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2 O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios." Ementa da Pet 3.388/RR - Raposa Serra do Sol, item 11, trechos);

“Considerando que a Colenda Segunda Turma do STF, no ARE 803.462-AgR/MS, ementou o seguinte entendimento sobre o "esbulho renitente": “Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou como 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, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”;

“Considerando que a Comissão Nacional da Verdade (CNV) constatou inúmeras graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, inclusive genocídio, e reconheceu a “responsabilidade [do Estado brasileiro], por ação direta ou omissão, no esbulho das terras indígenas ocupadas ilegalmente no período investigado e nas demais graves violações de direitos humanos que se operaram contra os povos indígenas articuladas em torno desse eixo comum.” E que a CNV traçou uma série de recomendações para o Estado brasileiro, dentre elas a demarcação, desintrusão e recuperação ambiental das terras indígenas como “a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988¹;

“Considerando que em diversas ações judiciais discute-se a questão jurídica da correta interpretação do “esbulho renitente” de terras indígenas e do “marco temporal” da ocupação dos indígenas de suas terras;

“Levamos à sua apreciação a presente consulta mediante os seguintes quesitos:

1. Qual a correta interpretação do instituto do "esbulho renitente" à luz do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras indígenas pela Constituição de 1988? É correta a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada? Para interpretar as hipóteses de esbulho renitente, é necessária a comprovação de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição? Tendo em vista as conclusões do relatório da CNV, é passível de ser qualificado juridicamente de esbulho renitente a desocupação forçada dos indígenas de suas terras no passado recente?

2. É correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos originários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcações para etnias que só conseguiram retornar a suas terras tradicionais depois dessa data?

3. No caso do RMS n.º 29542, a 2.ª Turma do STF anulou a Portaria n.º 3.508/2009, do Ministério da Justiça, que ampliou a “Terra Indígena Porquinhos” (MA). A fundamentação da decisão considerou (i) que deveria ser aplicada automaticamente a condicionante da vedação de ampliação de Terras Indígenas, estabelecida para o caso da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol (PET n.º 3388), (ii) bem como que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 da Lei n.º 9.784/1999 impediria a referida ampliação da Terra Indígena. Em sua avaliação, estão corretos os referidos entendimentos? Segundo sua interpretação da Constituição Federal, há vedação de ampliação de Terras Indígenas? Haveria distinção de entendimento sobre a referida questão quando a Terra Indígena a ser ampliada foi demarcada antes da entrada em vigor na Constituição Federal de 1988? Aplica-se o referido prazo prescricional?”

1

1 BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Brasília: CNV, vol. II, 2014, p. 253-254.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A resposta sintética ao final a esses quesitos requer considerações sobre a natureza dos direitos constitucionais dos índios, bem como análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm gerado inquietação nas comunidades indígenas.

1. Natureza dos direitos constitucionais dos índios

1. Os problemas postos pela consulta terão que ser resolvidos a partir da definição da natureza dos direitos dos índios, o que, previamente, exige um pequena referência histórica sobre sua evolução.

2. Embora a definição constitucional dos direitos indígenas² seja coisa recente, a verdade é que o direito dos índios foi reconhecido e perfeitamente firmado durante o período colonial por meio de diversos alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses, de que dá notícia João Mendes Júnior.³ Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios especialmente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, qual seja a Carta Régia de 30/7/1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o *indigenato*. A Lei de 6.6.1775 também o reconheceu ao determinar que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas*.

3. Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o *indigenato*, em seu art. 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, regra que foi repetida nas demais Constituições.

4. Finalmente, veio a Constituição de 1988 que incorporou esses princípios no seu art. 231. Abandonou a tese da incorporação dos índios à comunhão nacional, até porque reconhece

² Sobre a evolução constitucional dos direitos indígenas, cf. Gilmar Mendes, *Domínio da União sobre as Terras Indígenas, Parque Nacional do Xingu*, Brasília, 1988, p. 56s. Trata-se, nesse volume, da reprodução da contestação apresentada pela União na Ação Cível Originária n. 362 (Rel. Min. Djaci Falcão) proposta pelo Estado do Mato Grosso. Gilmar Mendes, então Procurador da República, quando os Procuradores da República exerciam também as funções de Advogados da União. A peça é brilhante e prova os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, isso antes da Constituição de 1988. Pena é que ultimamente, como Ministro do Supremo Tribunal Federal o autor venha tomando outro rumo.

³ Cf. *Os Indígenas do Brasil seus Direitos Individuais e Políticos*, São Paulo, Hennis Irmãos, 1912, pp. 29s.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

5. Como se nota, os direitos dos índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, porque entranhadamente à sua existência comunitária. Nesse sentido, pode-se dizer que são *direitos naturais*, porque coexistentes com o próprio ser das comunidades indígenas e que o sistema constitucional, desde a Constituição de 1934, acolheu como forma de direito constitucional fundamental, direitos humanos fundamentais dos índios que têm, para eles um valor de sobrevivência física e cultural, tanto quanto têm para todos nós os direitos humanos consagrados nos documentos constitucionais e declarações internacionais.

6. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos originários*. Declara-se, em primeiro lugar, que *essas terras são bens da União* (art. 20, XI) como uma forma de propriedade vinculada com o fim de garantir os *direitos originários* dos índios sobre elas; assim, consagra uma relação jurídica fundada no *instituto do indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, da Constituição.

7. Repita-se: esses direitos são *direitos fundamentais dos índios*, que podem ser classificados na categoria dos *direitos fundamentais de solidariedade*, tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Direitos de solidariedade*, porque têm, ao mesmo tempo, uma dimensão “individual” e uma dimensão “coletiva”, uma vez que concernem à pessoa humana: o *índio* como tal, assim como a coletividades humanas: as comunidades indígenas.⁴ São direitos supraestatais e, pois, direitos absolutos, natureza essa que lhes confere a garantia de permanência, pois não podem ser eliminados.

8. Diante disso é que se pode dizer que são ilegítimas algumas das diretrizes ou condicionantes estabelecidas no julgamento da ação popular identificada como Petição 3.388, sobre a demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, conforme veremos mais adiante.

⁴ Sobre a categoria dos direitos humanos de solidariedade, cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, “Derechos de Solidariedad”, em Asdrúbal Aguiar Aranguren e outros, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, CR, IIDH, 1994, pp. 63s. e José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 551s.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

9. É a partir dessa compreensão dos direitos dos índios que se lamenta a decisão da Segunda Turma do STF no caso do RSM 29.087/DF, relativo às terras da etnia Guarani-Kaiowá no Mato Grosso do Sul. Neste caso, o Relator, Min. Ricardo Lewandovski negou provimento à segurança por entendê-lo medida imprópria por falta de direito líquido e certo, já que o direito pleiteado dependia de realização de provas. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência, para conceder a segurança, por entender que o direito líquido e certo estava devidamente provado. A maioria da Turma seguiu a divergência.

A decisão, enfim, concluiu pela desnecessidade de instrução probatória, por entender que os dados estão inseridos no laudo antropológico que subsidiou o processo administrativo. E daí passa a analisar o laudo, sublinhando as partes que, segundo os votos vencedores, provavam a ausência de índios nas terras, para concluir que “[os] excertos do laudo antropológico afastam quaisquer dúvidas sobre a anterior ocupação indígena da região na qual está inserido imóvel rural do Recorrente.”

No entanto, desprezaram-se as passagens do laudo que favorecem aos índios, tais como:

“A maioria das pessoas com mais de trinta anos que compõem essa parentela [dos Guyraraoká] nasceram em Guyraroká e guardam uma viva memória do território e da vida comunitária que aí desenvolviam. (...)”

“As informações levantadas junto aos índios dão conta da concentração expressiva de população Kaiowá residindo na terra reivindicada em caráter permanente até o início da década de 1940”. Foi desprezada a passagem do laudo que mostra por que não existia índio, como esta:

“Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros”. O laudo afirma que nos anos 40 as pressões dos fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência dos índios no local.

Pesquisa e relatório da Comissão Nacional da Verdade-CNV comprovam que a política de expulsão dos índios de suas terras executada pelo Estado brasileiros no período de 1946-1988 pode ser exemplificada, inicialmente por meio do que ocorreu no Mato Grosso do Sul e

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

no oeste do Paraná com os índios Guarani—Kaiowá e Ava-Guarani, precisamente os de que trata a decisão comentada.

Narra o relatório que os índios Guarani-Kaiowá foram “jogados à força em caminhões, sendo suas casas queimadas” e “relocados à força numa área” diminuta demarcada pelo SPI- Serviço de Proteção dos Índios. “Documentos do SPI (1946-1947) mostram que os Kaiowá da região de Dourados e Rio Brilhante comunicaram-se reiteradamente com o SPI para pedir auxílios diante do avanço dos colonos, sem obter sucesso”. “Nos anos de 1950, aos indígenas [Kaiowá] restaram sete lotes da CAND (Colônia Agrícola Nacional de Dourados), nos quais eles resistiram pelas décadas seguintes”.

Esses fatos não foram sequer questionados na decisão em apreço, e, no entanto, eram fatos dependentes de provas que tornavam não líquido e certo o pedido do mandado de segurança. A decisão, para conceder a segurança, preferiu não tomar conhecimento de fatos graves que levaram o STJ a denegar a segurança como medida inapropriada.

2. Marco temporal de ocupação

10. “Marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios” é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet. 3.388 sobre as *Terras Indígenas Raposa da Serra do Sol*, questionável em primeiro lugar porque fixado pretorianamente de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas.

11. Vejamos como a ementa do acórdão enuncia o conceito:

“11.1. **O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine: ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam.

12. Juntaram-se aqui dois conceitos que, na forma como estão sendo entendidos, são nitidamente espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: o *marco temporal em*

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

5.10.1988 e o *renitente esbulho*. Vamos ocupar-nos agora do primeiro, deixando o segundo para o tópico seguinte deste parecer.

13. Diz o texto que “A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988”. Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explicita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa. Vejamos:

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

Se são “reconhecidos... os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: “são conferidos, etc.”, então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos.

14. Mas não foi isso que a Constituição estabeleceu. Já disse e reafirmo:

“A Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável. Não alcançou, porém, um nível de proteção inteiramente satisfatório. Teria sido assim, se houvera adotado o texto do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, reconhecidamente mais equilibrado e mais justo. É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena”,⁵⁵ reconhecendo direitos fundamentais dos índios e suas comunidades.

O ponto importante nos textos constitucionais “e que deve ser aqui salientado – como notado por Manuela Carneiro da Cunha - é que se trata do reconhecimento da posse imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade. Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela. Mas seus direitos à terra independem claramente dessa tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos. É o que fica claro nos comentários

⁵⁵ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 870.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

que Temístocles Cavalcanti, o futuro autor do Estatuto do índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), faz sobre o artigo da Constituição de 1946”.⁶

15. Mostra isso que a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388. O termo “marco” tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limites territoriais. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo. Pois bem, o documento que deu início e marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Carta Regia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III, nos seguintes termos:

“os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer”.

Aqui temos inequivocamente *um marco temporal* – o reconhecimento jurídico-formal - dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam.

16. Outro *marco* nessa continuidade histórica está no reconhecimento constitucional daqueles direitos. Por que, neste caso, temos um marco temporal? Porque se dá àqueles direitos uma nova configuração jurídico-formal, retirando-os das vias puramente ordinárias para consagrá-los como direitos fundamentais dotados de supremacia constitucional. Isso, como visto, se deu com a *Constituição de 1934*, cujo art. 129 os acolheu numa síntese expressiva essencial:

“Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

As demais Constituições deu continuidade a essa consagração formal até à Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos, como se pode ver do ser art. 231. Mas, no que tange aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de

⁶ Cf. *Os Direitos do Índio*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987, pp. 93 e 94.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

1988, não inovou, porque, no essencial, já constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934.

Então, se há um marco temporal a ser firmado este é o da data de promulgação da Constituição de 1934, qual seja *16 de julho de 1934*, que, por primeiro, deu consagração constitucional a esses direitos e garantia de sua proteção efetiva. Isso não significa que se exija a presença física dos indígenas na área exatamente nesta dada como requisito essencial para a caracterização da tradicionalidade da ocupação, pois, por qualquer motivo independente de sua vontade podiam estar afastados dela na data referida.

A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuamente. Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como a que foi prolatada no RMS 29 087, como já deixei consignado antes.

Mesmo assim, para bem realçar esse corte prejudicial aos direitos dos índios, vou transcrever uma passagem do voto do Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

“Importante foi a reafirmação de marco do processo demarcatório, a começar pelo *marco temporal de ocupação*. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas”.

Fica claro, por esse texto, que o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição, que até *determina competir à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*. A Constituição o diz no caput do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância. Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem!

Essa é a consequência da fixação arbitrária do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988 e não da Constituição de 1934, repita-se a primeira a reconhecer os direitos dos índios e, portanto, o marco real da proteção constitucional desses direitos.

3. Renitente esbulho

17. A situação calamitosa para os índios com a fixação do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988 se agrava consideravelmente com o conceito de *renitente esbulho* dado pelo julgado do caso da *Terra dos índios Raposa Serra do Sol*, conforme a seguinte disposição estabelecida na sua ementa:

“11.2. **O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índio”.

Acoplaram-se aí dois conceitos detrimetosos dos direitos originários dos índios, como já disse: a fixação do marco de ocupação na data da Constituição de 1988, e não da data da promulgação da Constituição de 1934, como uma interpretação coerente e sistemática recomendaria, e o conceito de esbulho renitente.

18. O que mais destoia da interpretação dos direitos fundamentais dos índios, os direitos originários sobre suas terras, é a compreensão que o Supremo Tribunal Federal vem dando ao renitente esbulho, desde decisão tomada pela Segunda Turma no julgado do Agravo no Recurso Extraordinário 803462/MS:

“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, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

19. Aí se vê a conjugação dos dois conceitos, pelos quais se subtraem os direitos dos índios em favor de usurpadores de suas terras. Há vários absurdos anti-índios nessa configuração do renitente esbulho.

O *primeiro*, bastante sutil, é esse modo de exprimir os termos do conceito: *renitente esbulho* em vez de *esbulho renitente*, pondo o destaque na qualificadora, para irrogar os ônus sobre a *renitência*, com o que impõe aos índios esbulhados a obrigação de provar os fatos. O segundo, e grave, é a utilização do conceito de esbulho num contexto que não lhe cabe, como veremos, como se se tratasse de um conflito de posse do direito civil. O *terceiro* é essa ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem que persistir até o marco temporal: quer dizer, forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as Constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que os seus direitos usurpados sejam restabelecidos. O *quarto* é essa exigência de que o conflito se materialize, pelo menos, *por uma controvérsia possessória judicializada*, como se se tratasse de uma disputa dentre dois possuidores tutelados pelo direito civil, mas os indígenas não são possuidores nesse sentido. É uma torção semântica calamitosa essa de tratar o *indigenato*, ou seja, os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam, como se se tratasse de posse do direito civil.

De fato, o *esbulho* é um instituto do direito possessório civil, considerado o ato pelo qual o “possuidor” é privado da posse que lhe é arrebatada pelo esbulhador. Oras, a terras dos índios são congenitamente possuídas, e sua relação com elas é de direito constitucional, pelo instituto do *indigenato*, e não do direito civil.

O que mais choca, nessa concepção civilista, é que nem ela é aplicada convenientemente, porque só é utilizada naquilo que favorece o usurpador das terras indígenas. Por exemplo, não se aplica o conceito de posse justa do art. 1200 do Código Civil, ou seja, aquela “que não for violenta, clandestina”, quando há até Ministros que reconhecem a usurpação violenta das terras indígenas, como esta passagem do voto do Min. Ricardo Levewandovski na confirmação do seu voto no RMS29087:

“Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiro,

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

criminosamente, ocupam terras que eram dos índios... e os expulsam *manu militari*, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos -, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional”, qual seja o § 4º do art. 231 da Constituição. *in verbis*:

“As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Dispositivo esse que está sendo anulado, inutilizado, pela aplicação do conceito de renitente esbulho na forma formulada, sobretudo, pela Segunda Turma do STF.

20. Não é só. Deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988 retira, com uma penada, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas que as Constituições anteriores, desde 1934, lhe reconheceram e confirmaram.

Igualmente na concepção civilista do renitente esbulho, os seus intérpretes não tomam conhecimento de normas do Código Civil em favor dos índios. Não é adequado aplicar regras do Código Civil sobre a posse como se está fazendo com essa concepção civilista: pior ainda quando seus intérpretes o empregam parcialmente, ou seja, só naquilo que favorece os usurpadores dos direitos indígenas, desprezando regras benéficas aos usurpados, como o art. 1.201 do Código Civil sobre a posse de boa-fé, que diz:

“É posse de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

Ora, os usurpadores de terras indígenas não podem desconhecer a pertinência dessas terras às comunidades indígenas e que elas são inalienáveis e indisponíveis, o que constitui “obstáculo que impede a aquisição da coisa”. Não pode haver boa-fé na ocupação de terras indígenas, porque, em relação a elas, não há possuidor não-índio com justo título de que fala o parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil, para se ter “presunção de boa-fé”. Pois, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição, *são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras que se refere esse artigo.*

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

O voto condutor da decisão do RMS29087 tem uma passagem que reconhece fatos que se encaixam bem na situação jurídica aqui apontada, mas, lamentavelmente, tirou deles consequências contra os direitos dos índios despojados de suas terras objeto daquele mandado de segurança. *In verbis*:

“Pedi vista dos autos por reconhecer a gravidade da situação fundiária há muito instaurada no Estado do Mato Grosso do Sul, conduzindo ao acirramento do conflito entre índios e proprietários rurais, detentores de títulos cuja cadeia dominial remonta ao século passado e cuja origem se tem na transmissão onerosa, ou não, pelo Poder Público de extensas glebas de terra como meio de fomentar o desenvolvimento do centro-oeste do país”.

Bem se sabe que esse movimento de outorga de terras públicas no centro-oeste se deveu ao malsinado art. 64 da Constituição de 1891, dispositivo que gerou alguma controvérsia e até consequências não autorizadas, ao declarar *pertencer aos Estados as terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios*. Diante desse dispositivo, alguns Estados começaram a estabelecer disposições sobre legitimação de posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras indígenas como se fossem devolutas. Com certeza não havia boa fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram, nunca foram, nem são devolutas. João Mendes Júnior o demonstrou nos termos seguintes:

“Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do *indigenato*, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de Abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decr. De 1854...”⁷

É essa a origem espúria da “cadeira dominial” referida no voto, que, em vez de fundamentar uma decisão a favor dos índios, serviu para decidir a favor dos usurpadores. Não estou dizendo que todos ali foram usurpadores. Mas essa era uma questão de provas, que não se quis fazer.

O que é curioso é que, nesse mandado de segurança, que tinha por objeto a *Terra Indígena Guarany-Kaiowá*, a decisão foi prolatada em favor dos usurpadores fundada

⁷ Cf. ob. cit., p. 62.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

precisamente no conceito de renitente esbulho que entendeu não ter ocorrido, a despeito de reconhecer que “[o] agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem ido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos bárbarie ali havidos.” Quer isso dizer, houve ali a caracterização de conflitos, ou seja, renitência dos índios aos usurpadores de suas terras, como se reconhece na passagem do voto acima transcrita. Ou seja, os índios foram renitentes aos esbulhos. E isso é bastante para configurar o renitente esbulho, segundo o conceito da Segunda Turma do STF, configurado por um conflito materializado por *circunstâncias de fato*, reconhecido na passagem transcrita do referido voto.

21. Voltemos a assinalada torção semântica, consistente em conceber a ocupação das terras dos índios como posse do direito civil, como é a utilização do conceito de esbulho possessório, como se se tratasse de um conflito possessório.

22. Já escrevi e reafirmo, nesta oportunidade, que os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direito originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6.6.1755, firmara o princípio de que nas terras outorgadas a particulares seria *sempre* reservado o direito dos índios que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro.⁸ O *indigenato* não se confunde com a mera posse. É um direito congênito, enquanto a mera ocupação é título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, “não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação possessória* depende de requisitos que a legitimem... Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono.”⁹

Ora, a posse de não-índio sobre terras indígenas nunca pode ser legitimada, porque, nos termos da Constituição, é nula, de nenhum efeito; isso porque essas terras são indisponíveis e inalienáveis (art. 231, §§ 4º e 6º)

23. Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o índio e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. Essa relação extrapola da órbita puramente privada.

⁸ Cf. João Mendes Júnior, *Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos*, São Paulo, Typ. Hennies Irmãos, 1912, p. 57.

⁹ Idem, pp. 58 e 59.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que tradicionalmente ocupa.

A ocupação das terras tradicionalmente pelos índios *não é simples posse* regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio.¹⁰ Por isso, é que João Mendes Júnior lembra que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat* no sentido visto antes.

Essa ideia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a ideia essencial de *permanência*, explicitada pela norma constitucional.

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua *posse permanente*, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*.

O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à *posse permanente* das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, §§ 1º e 2º, da Constituição independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico.

24. Outra coisa que a concepção do renitente esbulho torce é a compreensão dos direitos dos índios, sobretudo quando estabelece as condicionantes da configuração do esbulho. Os julgados do Supremo fundados nessa concepção reconhecem os conflitos entre índios e não-

¹⁰ Cf. Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1971, p. 494, trad. de Ary dos Santos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

índios, mas nunca reconhecem a sua fonte, que é a invasão, a grilagem ou a usurpação das terras dos índios. Mas, às vezes, se sente nas entrelinhas que os julgadores entendem que os índios é que provocam o conflito. O esbulho é praticado pelos não-índios, de sorte que os ônus do conflito e sua solução deveriam recair nesses esbulhadores e não sobre os índios, quando exige deles que, mesmo iniciado no passado, sua resistência persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. Vale dizer, requer-se dos índios um comportamento típicos dos não-índios no que tange à luta pelos seus direitos, não se levando em conta que os direitos dos índios não são dos indivíduos como tal mas da comunidade e que os índios e as comunidades indígenas são sujeitos ao regime tutelar de competência da União (Lei 6.001, de 1973, art. 7º). Tutela essa que, no entanto, sofreu modificação no que tange sua legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos no termos do art. 232 da Constituição: “O índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos”.

25. Por último, cabe destacar três pontos metodológicos que mostram os desvios semânticos dessa concepção de renitente esbulho que distorcem o sentido das normas constitucionais protetivas dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam.

25.1. *Primeiro*. Essa concepção desvia o foco dos direitos indígenas, interpretando as normas jurídico-constitucionais como se fossem destinadas comunidades de não-índios, por isso quer que os índios e suas comunidades ajam como se vivessem no mundo dito civilizado; é isso que quer dizer aquela exigência de que para caracterizar o esbulho de suas terras pelos não-índios o conflito tem que materializar-se “por uma controvérsia possessória ajuizada”. Ora, as regras da Constituição sobre os direitos indígenas têm a natureza de direito protetivo de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do contexto de vivência dessa minoria. “A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico, por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse contexto veicula – também se submete às relações de contexto”, Ora, o contexto da vivência confere às normas jurídicas destinadas à proteção indígena um sentido compatível com essa vivência. É isso que se extrai do enunciado do art. 231 da Constituição, quando reconhece aos

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições juntamente com o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras ocupadas por eles e suas comunidades.

25.2. *Segundo* desvio metodológico é a compreensão dos conflitos sobre as terras indígenas como “um conflito possessório de direito civil”, como se se tratasse de um conflito entre dois indivíduos sobre a posse de um bem, como se fosse uma disputa entre dois fazendeiros, uma disputa individualista. Não é isso que se dá; não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não tem uma posse nesse sentido do direito privado. Os direitos dos índios não são de natureza individualista, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido de que as comunidades indígenas é que são primariamente titulares desses direitos; os índios gozam desses direitos como integrantes das respectivas comunidades. É um fenômeno já observado por Jhering ao discorrer sobre as comunidades gentílicas, onde “os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade”.¹¹ É por causa dessa dupla dimensão, ao mesmo tempo, individual e comunitária, que inclui os direitos dos índios entre os direitos fundamentais de solidariedade.¹²

25.3. *Terceiro*. Não se compadece com a Constituição essa concepção de que o esbulho não se refere ao passado, pois enquanto a comunidade usurpada existir os direitos às suas terras perduram, porque a Constituição, art. 231, § 4º, declara que *são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*. Aquela concepção constitui, pois, uma forma de extinção pretoriana de direitos imprescritíveis, em afronta à Constituição. Vale dizer, pois, que a comunidade despojada de suas terras pelos não-índios tem direito a elas retornar a qualquer tempo e isso deve ser garantido pelo Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, que tem o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, nos termos do caput do art. 231 da Constituição.

4. Vedação de ampliação de terras indígenas demarcadas

¹¹ Cf. *L'Esprit du Droit Romain*, T. 1º, §17, 3ª ed., Paris, 1886, p. 204.

¹² Cf. José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, pp. 551s.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

26. O voto do Relator no julgamento do caso da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol* fez agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais, segundo ele, “ditadas pela superlativa importância histórico cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão”.

Esse acréscimo importou em duas diferenças básicas: a) introduziram-se condicionantes que a Constituição não autoriza; b) e, ao transferir dos fundamentos para o dispositivo da decisão, pretendeu-se dar força de julgado às salvaguardas, sem levar em conta que elas vão muito além das balizas do Supremo Tribunal Federal, com pretensão de validade geral e, assim, aplicação a processos futuros. Quer dizer, o fato de o voto do Ministro Relator dizer, como é dos princípios processuais e constitucionais: “*a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol*”, não tem impedido ao Tribunal, sobretudo por sua Segunda Turma, de aplicar as tais condicionantes a outros processos.

27. A Procuradoria-Geral da República, percebendo a extrapolação legal e constitucional do julgado, impugnou-o por meio de agravo de declaração, sustentando, com razão, que “os princípios democráticos e da divisão de poderes impõem limites para esta atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassadas no caso”.

Ao julgar os embargos, o Ministro Luís Roberto Barroso tentou justificá-lo e suavizá-lo, dizendo que a decisão não é vinculativa, mas, por outro lado, afirmou que “o acórdão ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País”. Com a devida vênia do eminente Ministro, um acórdão só ostenta força moral e persuasiva quando se conforma aos ditames legais e sobretudo constitucionais, pois é dessa conformidade que extrai sua força de convicção. Quando a decisão extrapola seus limites, e alberga questões inconstitucionais não pode ostentar força moral e persuasiva. O estranho, nesse caso, é que, em vez de declarar o acórdão inconstitucional e fazer a sua revisão para conformá-lo aos ditames da ordem jurídica-constitucional, os Ministros tentam justificá-lo e, ao apelar para essa força moral, acabam reafirmando-o por cima da Constituição.

28. Entre as condicionantes está aquela prevista na letra “r” do item II do dispositivo do acórdão que *veda a ampliação da terra indígena já demarcada*. Essa condicionante foi aprovada por maioria apenas, porque três Ministros a rejeitavam: a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Eros Grau e o Ministro-Relator Carlos Ayres Britto, e o fizeram porque não viram fundamentos para ela.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Com toda razão, primeiro, porque não está nas atribuições do Supremo Tribunal Federal interferir no mérito de ato de competência do Poder Executivo, como é a demarcação de terras indígenas, nem decidir dos limites dessa competência. Quando o caput do art. 231 declara que cabe à União demarcá-las, remete ao Poder Executivo federal porque se trata de ato concreto e individual. Isso mesmo é estabelecido no art. 19 do *Estatuto do Índio*, instituído pela Lei 6.001, de 19.12.1973, *in verbis*:

“As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo”.

29. Além disso, o que é fundamental é que a Constituição, no caput do art. 231, garante aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam. Então onde houver terras indígenas nessas condições, a demarcação é obrigatória. Os índios têm direito à demarcação de suas terras na sua totalidade. Esses direitos preexistem ao ato de demarcação, por isso mesmo a demarcação é reconhecida até pelo próprio Supremo Tribunal Federal como meramente declaratória. Ora, então, se forem indígenas as terras confinantes com terras já demarcadas, corre-lhes o direito à ampliação da demarcação até cobrir as áreas que ficaram fora da demarcação original. Isso não pode ser proibido, porque é um direito inalienável. É lícita, pois, essa ampliação. O que não é lícito é a ampliação da demarcação sobre terra não-indígena, sobre terras de propriedade privada fundada em título legítimo.

30. Uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, interpretando corretamente o art. 231, §§ 1º e 6º, da Constituição julgando o MS29542 ementou que a existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas, pois são nulos os atos translativos de propriedade sobre essas terras, e o mais importante é a decisão constante do item 6, segundo a qual *a interpretação sistemática e teleológica da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terras indígenas que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto*. Apesar disso, não conheceu do mandado de segurança por entender que a questão não poderia ser dirimida por essa via, por demandar instrução probatória.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, contudo, reformou essa decisão por entender ter ela desrespeitado a condicionante de vedação de ampliação da demarcação de terras demarcada estabelecida no acórdão da Pet 3.388. Quer dizer, os próprios Ministros do STF declaram que as salvaguardas ou condicionantes não são vinculantes de outros juízos ou tribunais, mas quando um tribunal as contraria eles mesmos invocam as determinações do acórdão para impor decisão contrária.

O caso era exatamente o da ampliação de demarcação da terra indígena Porquinhos das Canelas demarcadas na década de 1970. O voto condutor do STJ entendeu que a diretriz contida no voto-vista do Min. Menezes Direito sobre a vedação de ampliação de terra indígena demarcada não se aplicava ao caso, porque a demarcação original se deu antes de 5.10.1988 sob a égide do regime constitucional anterior, quando a orientação era no sentido de proceder à demarcação de terras indígenas em *limite inferior* àquele correspondente à ocupação tradicional, porque o intuito era integrar o índio à comunhão nacional daí a legitimidade de revisão da demarcação realizada anteriormente. Este é um argumento bem ponderável, que a Segunda Turma do Supremo, como visto, rejeitou.

É um bom argumento, mas não é o fundamental. O que legitima a ampliação, primeiro é que a demarcação se insere no conjunto de direitos dos índios; segundo, se esse direito não foi realizado na demarcação original é que o direito foi insuficientemente reconhecido, logo a insuficiência deve ser coberta pela ampliação. Enfim, se a demarcação original não abrangeu toda a terra indígena da área, ela é viciada por não ter cumprido o que se impõe à União no caput do art. 231 da Constituição. É, pois, obrigação desta corrigir a falha expedindo uma demarcação revisora que amplie a área demarcada até os limites externos das terras indígenas. Isso vale para toda e qualquer ampliação antes ou depois da Constituição de 1988.

Mas, quanto à ampliação de terras demarcadas antes da Constituição de 1988, o que garante a sua legitimidade, além do direito mencionado acima, é a imprescritibilidade dos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios conjugada com a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o art. 231 da Constituição. Quer dizer, se os direitos persistem, a ampliação da demarcação é rigorosamente obrigatória.

Vale, pois, dizer, em resumo: os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, que essa demarcação é um direito



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

dos índios constitucionalmente estabelecido, que esse direito à demarcação só será totalmente satisfeito quando abrange todas as áreas por onde se estendem aquelas terras. Logo, sempre que a demarcação cobrir limites inferiores a essas terras, seus ocupantes têm direito a correção para que a demarcação abranja a totalidade da área. Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas *imprescritíveis* (art. 231, § 4º) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não-índio que porventura tenha recaído sobre elas. Essa imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida afasta a incidência da regra prevista no art. 54 da Lei 9.784, de 1999, invocada no caso em apreço. Independentemente disso, o citado dispositivo só se aplica nas relações obrigacionais entre União e administrados, em que o ato administrativo a ser anulado gere efeitos favoráveis para os destinatários. Não é disso que se trata no caso de revisão da demarcação para ampliá-la. Primeiro, não se trata de anulação do ato existente, mas de sua retificação. Segundo, isso não constitui efeito favorável aos destinatários, os índios, porque se trata de compor direito preexistente ao ato a ser revisto, a demarcação.

5. Respostas aos quesitos

31. À vista do exposto, podemos passar a responder sinteticamente os quesitos da consulta.

Ao 1º quesito

À luz do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras indígenas pela Constituição não é correta a interpretação do instituto do “renitente esbulho”, aos conflitos que envolvem terras indígenas. Pois, esses não são conflitos tipicamente possessórios na forma caracterizada pelo direito civil, porque a ocupação indígena de suas terras não é uma mera posse como tal conceituada no direito civil. Os índios as ocupam com fundamento no indigenato, ou seja, com base nos direitos originários sobre ela, de sorte que quando o não-

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Índio se apossa dessas terras, ele não retira apenas a posse dos índios sobre elas, mas um conjunto de direitos que integram o conceito de indigenato.

Independentemente disso, ainda assim, não é correta a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada; primeiro, porque a controvérsia não é tipicamente possessória pelo que se viu acima, ou seja, não é uma disputa individual em que um possuidor retira a posse do outro, pois os direitos ordinários dos índios sobre a terra, como visto no correr deste parecer, não pertence a eles como indivíduos, mas às comunidades indígenas; demais os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual, pois estavam sujeitas ao regime tutelar, de sorte que exigir deles o cumprimento de ônus, qual seja a defesa das terras que ocupam, que são de propriedade da União, e que, pela sua situação de tutelado, não podem cumprir, é desconhecer que o direito se interpreta em relação ao contexto em que incide, sem levar em conta que a Constituição lhes garante também sua organização social, costumes e tradições. Demais, os direitos constitucionais dos índios são de natureza protetiva de minorias, e como tal devem interpretado sempre de modo favorável aos beneficiários, não se lhes impondo ônus fora de sua situação vivencial.

Ao 2º quesito

Não, não é correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos ordinários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcação para etnias que só conseguiram retornar a suas terras depois dessa data.

A questão posta pelo quesito se prende ao conceito de *marco temporal*, ficado pelo acórdão da Pet. 3.388 na data da promulgação da Constituição e 1988, ou seja, *5 de outubro de 1988*. Não, não é correta a fixação de um marco temporal coincidente com a data da promulgação da Constituição de 1988, como ficou amplamente demonstrado no correr deste parecer.

O termo “marco” tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limite territorial. Em sentido temporal, como é o caso, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia algum fato evolutivo. O documento que marcou o início do reconhecimento jurídico-formal

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

dos direitos dos índios foi a Carta Régia de 30 de junho de 1611, promulgada por Felipe III, que firmou o princípio de que os índios são senhores de suas terras, “sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstias ou injustiça alguma.

Aqui temos inequivocamente um marco temporal: o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam. Outro marco nessa continuidade histórica está no reconhecimento constitucional desses direitos, porque, neste caso, temos um marco temporal? Porque se dá àqueles direitos uma nova configuração jurídico-formal, retirando-os das vias puramente ordinárias para consagrá-los como direitos fundamentais dotados de supremacia constitucional. Isso se deu com a Constituição de 1934, cujo art. 129 os acolheu numa síntese essencial. Demais Constituições deu continuidade a essa consagração até à Constituição de 1988 que acrescentou outros direitos, como se pode ver do art. 231. Mas, no que tange aos direitos originários sobre terras indígenas, foi a Constituição de 1934 que marcou seu início. Portanto, se há um marco temporal a ser assinalado este o da data da promulgação da Constituição de 1934, qual seja *16 de julho de 1934* (cf. item 16 supra).

A Constituição de 1988 é muito importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas é o último elo da cadeia; portanto, não é o marco, e deslocar o marco temporal da data da promulgação da Constituição de 1934 para ela corresponde a fazer um corte violento nessa continuidade, deixando milhares de índios e suas comunidades ao desamparo, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão garantia aos direitos indígenas.

Ao 3º quesito

Não, na minha avaliação não está correta a condicionante que determina a vedação de ampliação de terras indígenas já demarcadas. Não há nada na Constituição que sufrague esse entendimento.

Vale, pois, dizer, em resumo: os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, que essa demarcação é um direito dos índios constitucionalmente estabelecidos, que esse direitos à demarcação só será totalmente satisfeito quando abrange todas as áreas por onde se estendem aquelas terras. Logo, sempre que a demarcação cobrir limites inferiores a essas terras, seus ocupantes têm direito a correção para

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

que a demarcação abranja a totalidade da área. Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas *imprescritíveis* (art. 231, § 4º) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não-índio que porventura tenha recaído sobre elas. Essa imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida afasta a incidência da regra prevista no art. 54 da Lei 9.784, de 1999, invocada no caso em apreço. Independentemente disso, o citado dispositivo só se aplica nas relações obrigacionais entre União e administrados, em que o ato administrativo a seu anulado gere efeitos favoráveis para os destinatários. Não é disso que se trata no caso de revisão da demarcação para ampliá-la. Primeiro, não se trata de anulação do ato existente, mas de sua retificação. Segundo, isso não constitui efeito favorável aos destinatários, os índios, porque se trata de compor direito preexistente ao ato a ser revisto, a demarcação.

É o parecer.

OAB/SP 13 417
RG 1 410 813-6
CPF 032 588 748-91