

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Direito

Gabriela de Alcantara Cintra  
Suzyane Merlo Ramirez

**DISCUSSÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO MARCO  
TEMPORAL PARA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS**

Poços de Caldas

2023

Gabriela de Alcantara Cintra

Suzyane Merlo Ramirez

**DISCUSSÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO MARCO  
TEMPORAL PARA A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS**

Projeto apresentado no Programa de Iniciação Científica, no curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Número do Projeto: 28103

Orientador: Professor Doutor Bruno Fraga Pistinzi

(PIBIC-FAPEMIG 2022)

Poços de Caldas

2023

## RESUMO

Este trabalho versa sobre a aprovação do PL 490/2007 ao utilizar o Marco Temporal para a demarcação de terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. A questão central consiste em analisar a repercussão geral no recurso extraordinário 1.017.365 de Santa Catarina por uniformizar interpretação judicial. A pesquisa tem como objetivo geral investigar a constitucionalidade do PL 490/2007, especificamente, no que diz respeito ao marco temporal para a demarcação de terras indígenas considerando o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Para serem alcançados os resultados, foi realizada uma revisão bibliográfica de livros e artigos pelos quais foi feita uma análise acerca do que consiste na presente teoria doutrinária frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Como resultado, verifica-se inconstitucional a utilização do Marco Temporal para demarcar terras de modo a retroceder socialmente sobre os direitos indígenas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Demarcação de Terras. Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. Inconstitucionalidade.

## Sumário

<b>1. Introdução</b> .....	5
<b>2. Historiografia e etnografia indígena</b> .....	7
2.2 Evolução do ordenamento jurídico brasileiro.....	10
<b>3. Natureza jurídica da proteção aos povos indígenas</b> .....	12
3.1 Cidadania.....	12
3.2 Direitos humanos aos povos indígenas.....	13
3.3 Atribuições da Fundação Nacional do Índio e do Estatuto do Índio na proteção de direitos.....	14
3.4 Constituição Federal e a proteção aos direitos indígenas.....	16
3.5 A perspectiva do direito internacional sobre os povos originários.....	18
<b>4. O estudo do Marco Temporal e o seu reconhecimento de repercussão geral pelo STF</b> .....	19
<b>5. Reservas indígenas e objetivos de desenvolvimento sustentável</b> .....	22
<b>6. Considerações finais</b> .....	25

## **1. Introdução**

Com o surgimento de movimentos indígenas iniciado em 1974 foi possível que esses grupos participassem das discussões da Constituinte em 1987 (BANIWA, 2006). A promulgação da Constituição Federal de 1988 mudou a forma como os povos indígenas eram tratados ao longo das constituições brasileiras e da historiografia. Além de restabelecer o Estado Democrático de Direito, esse novo documento trouxe tratamento diferenciado aos indígenas de forma que oito (8) artigos foram criados pelo legislador constituinte para assegurar direitos aos povos originários. Esses direitos retiraram os indígenas da tutela do Estado, dando condições para viver mais próximo da dignidade necessária à pessoa humana, fundamento inerente a qualquer país democrático.

Tais inovações romperam com a política integracionista desenvolvida pelo Estado desde a legislação pombalina em 1775, ampliada na ditadura militar, quando se criou a Fundação Nacional do Índio (Funai) no ano de 1967. Entretanto, as conquistas constitucionais dos povos indígenas não têm assegurado a demarcação de suas terras, uma vez que muitas das terras são objetos de disputa judicial entre o índio e o não índio. Para regularizar esse impasse, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Agravo de Instrumento oriundo do Estado de Santa Catarina, e, assim, dar existência à repercussão geral sobre o tema. É necessário, também, que os direitos criados pela Constituição vigente sejam praticados pela sociedade civil, de forma que a posse permanente e o usufruto exclusivo do índio sobre a terra sejam respeitados, uma vez demarcadas as áreas necessárias ao mínimo existencial do indígena.

E, demarcadas as áreas necessárias ao mínimo existencial do indígena, faz-se necessário que haja ferramentas de combate contra qualquer ataque à proteção social dessa minoria, tendo em vista que o art. 60, § 4º, IV da CF/88 demonstra a intenção do constituinte em salvaguardar as conquistas fundamentais de uma possível erosão ou supressão pelo constituinte derivado.

Com essa preocupação, diante de projetos de leis que objetivam alterar o texto constitucional referente aos direitos fundamentais indígenas e o Estatuto do Índio, de modo a não haver alternativa de preenchimento ao direito concretizado, busca-se o alcance do princípio da proibição do retrocesso social, que em seu fundamento traz limitação à autonomia do legislador em voltar atrás em relação às próprias decisões, não podendo suprimir o direito concretizado devido ao poder de proteção.

Portanto, o presente artigo visa a encontrar uma resposta acerca da proteção constitucional dada aos indígenas a partir da promulgação da Constituição em 05 de outubro de

1988 frente a projetos de leis que tenham como objetivo retirar direitos sociais da minoria indígena.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade do PL 490/2007, especificamente, no que diz respeito ao Marco Temporal para a demarcação de terras indígenas considerando o art. 67 do ADCT. Pretende-se também, como objetivos específicos, analisar a demarcação de terra a partir do Estatuto do Índio e do trabalho da Funai, bem como levantar os impactos da aprovação do PL 490/2007 no Senado, já que o mesmo foi aprovado na Câmara dos Deputados.

A principal metodologia empregada na presente pesquisa é a analítica, com base na revisão bibliográfica de livros e artigos científicos, de modo que, através de leitura destes materiais, foi possível encontrar respostas e fundamentos para este impasse presente no cenário político-jurídico brasileiro.

Deste modo, o presente trabalho, fomentado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais, - propiciado através da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, no campus de Poços de Caldas - é baseado na necessidade de entender no que consiste os direitos indígenas constitucionais amparados pelo princípio da proibição do retrocesso social e a sua necessidade para a proteção desses direitos sociais, bem como se necessita entender como fazer valer o direito à demarcação de terra indígena sem que os interesses econômicos se sobreponham aos interesses dessa minoria, gerando como consequência a retirada da posse necessária ao modo de vida indígena.

O presente artigo está desenvolvido de maneira a analisar a uniformização que a interpretação judicial dará em relação à teoria utilizada na demarcação de terra. A primeira parte é dedicada a discorrer sobre a presença dos direitos indígenas na Constituição em contraposição às legislações anteriores, pautando-se na historiografia do País e de dados etnográficos. Na sequência, é apresentada uma análise acerca da natureza jurídica, ou seja, compreender os diversos documentos legislativos nacionais e internacionais, assim como a importância da FUNAI no processo de regulamentação das terras indígenas. Já na terceira parte, será apresentado o objeto de estudo desse artigo, o marco temporal, a fim de melhor compreensão dessa teoria, sendo realizada em conjunto com a repercussão geral no recurso extraordinário 1.017.365 de Santa Catarina. A última parte, será destinada para análise entre áreas demarcadas e manutenção do meio ambiente, visando entender de que maneira as reservas indígenas atuam, mostrando-se essenciais para reduzir efeitos da mudança do clima em acordo com os objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Por fim, são apresentadas as considerações finais, construídas após todos os pontos apresentados, exibindo os resultados conquistados com a pesquisa, tendo como conclusão que o Projeto de Lei 490/2007 é inconstitucional, pois, suprimiria os direitos indígenas garantidos pela Carta Magna, indo contra a proteção que o legislador constituinte assegurou aos povos originários. Esse entendimento se deu tendo em vista que uma possível aprovação do PL490/2007 pelo Congresso Nacional acarretaria retrocesso aos direitos constitucionais indígenas, o que levaria a uma situação social indígena anterior ao que existia antes da CF/88.

## **2. Historiografia e etnografia indígena**

Na busca pelo caminho das Índias, espanhóis chegaram ao continente americano no fim do século XV, acreditando ter chegado à Índia (PRADO JÚNIOR, 1984). A fim de se apropriar do Novo Mundo, os portugueses pressionaram a Coroa de Castela para assinar o Tratado de Tordesilhas e partilhar as terras entre si. Dessa maneira, o litoral brasileiro e as águas do Atlântico Sul pertenciam a Portugal. A dimensão geográfica do atual Brasil dificultou a colonização portuguesa, de forma que durante as primeiras décadas após a invasão europeia, que se deu em 22 de abril de 1500, praticou-se atividade de exploração - desde 1501 até o século XIX - através do sistema de feitorias puramente comercial como a madeira de construção ou tinturaria (PRADO JÚNIOR, 1984).

Havia monopólio real sobre essa atividade, assim se cobrava direitos pela exploração, que se tornou possível devido ao trabalho de embarcação feito pelos indígenas, que recebiam objetos como miçangas, tecidos, serras e machados, porém a disputa existente entre portugueses e franceses (não reconheciam juridicamente o testamento de Adão), que traficavam a madeira foi tomada pelos índios.

Devido à escassez da madeira a partir de 1530 a atividade principal passou a ser a agricultura, porém a metrópole não dispunha de contingente suficiente para enviar à colônia, nem havia interesse da população em colonizar a América portuguesa, por isso o rei concedeu benefícios aos súditos quando dividiu a terra em doze (12) capitâneas hereditárias. Devido à falta de recursos, os donatários arrecadaram dinheiro junto aos holandeses e portugueses, utilizando mão de obra indígena do litoral (eram pacíficos); por disporem de clima úmido e da qualidade do solo, obteve-se produção favorável. Entre os benefícios adquiridos, os donatários podiam dispor das terras aos colonos, as faziam em grandes áreas latifundiárias, já que o trabalho era árduo para o pequeno produtor, não resistindo aos processos da plantação e do transporte do açúcar (PRADO JÚNIOR, 1984).

Surgiram as grandes fazendas através da monocultura juntamente da escravidão indígena que em poucas décadas se instituiu. Até que 1570 a Coroa legislou a primeira carta régia, estabelecendo direito a escravidão indígena, porém limitada aos prisioneiros das guerras justas, abolida em meados de 1700. Mesmo assim colonos de certas regiões não abriram mão da escravidão indígena como ocorrido nas expedições dos bandeirantes iniciadas no século XVI.

A política indigenista, desde o início da colônia brasileira, bem como nos demais períodos da história do Brasil, sempre esteve direcionada à questão agrária, ou seja, à apropriação de terras onde, inicialmente, viviam os indígenas. Para os invasores, em toda a extensão territorial brasileira havia terras desocupadas, isso porque desconsideravam os indígenas, tendo-os como empecilho mediante o desenvolvimento econômico da colônia (LIMA, 2019, p.186).

Portanto, conclui-se “que movimentos indígenas contra o sistema de opressão ocorrem desde o século XV, quando teve início a exploração da mão de obra e das terras dessas populações (WITTMANN, 2019, p. 152).”

O aldeamento missionário foi utilizado pela Coroa para evangelizar os indígenas e se beneficiar da força de trabalho. Foi através do Alvará de 1º de abril de 1680 - documento em que os índios foram chamados de primários e naturais senhores no momento em que a coroa portuguesa legislou sobre a concessão de terras, Sesmarias, destinadas aos índios do Pará e do Maranhão – que a Coroa retirou os indígenas do grupo de pessoas que necessitavam receber título de posse de Sesmarias. “Surge desta obrigação um procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, previsto em decreto presidencial, que simplesmente traduz para a burocracia estatal o conceito constitucional aplicado no caso concreto (SOUZA FILHO; BERGOLD, 2013, p. 147-148)”. Esse problema perdura até a atualidade, uma vez que as demarcações de terras são feitas pela União e a ela pertencem, fatos que salientaram as disputas por terras indígenas entre índios e não índios ocorridas há séculos e que perduram até hoje.

No passado, especialmente no Nordeste, a partir do século XVIII, o processo de extinção de aldeias indígenas iniciou-se e intensificou-se no século XIX por políticos locais que conseguiram fazê-la de maneira legal. Inicialmente por conta do Diretório do Índio, criado em 1755 pelo rei de Portugal, representado pelo Marquês de Pombal, ao legislar, a todo Brasil, que os aldeamentos indígenas seriam elevados a vilas ou aldeias e a administração seria feita por um diretor, como tentativa de formar a identidade brasileira (GAGLIARDI, 1989). Desde o século XVIII, essa questão possibilitou que os não índios pudessem viver em aldeias indígenas por casamento com índios ou por aforamento – enfiteuse. Muitas vezes as taxas não eram pagas

aos indígenas, que recorriam ao Serviço de Proteção aos Índios - SPI - criado na República Velha pelo Decreto nº 8.072, de 20 de julho de 1910 - para relatar tais irregularidades. Esse amplo convívio nas aldeias foi responsável pela transformação cultural indígena e social como pavimentação, casas com fachada portuguesa e todo avanço tecnológico da época. Imposições foram colocadas pela coroa portuguesa aos indígenas que deveriam fazer uso da língua portuguesa, adoção de um nome português e trocas econômicas com outras vilas vizinhas. Perceptível a intenção do Marquês de tentar unificar a colônia (GAGLIARDI, 1989).

Portanto, percebe-se que políticos locais, ligados a senhores de engenho, posseiros e donos de fazenda, fabricaram o índio como ser indesejado e remanescente; sendo assim não teriam direito ao uso da terra coletiva indígena, tudo isso somado ao fato de o terem caracterizado como improdutores – utilizavam-na apenas para subsistência e coletivamente - das terras, já que nessa época a produção – vislumbrava aumentar os ganhos – de cana açucareira, plantação de algodão e criação de gados estavam em constante expansão e a cada momento se aproximavam das reservas indígenas com o intuito de usufruírem delas, por isso passaram a chamá-los de não mais genuinamente indígenas. Assim esse grupo vulnerável não teria direito a políticas específicas e diferenciadas.

Formalmente os diretórios foram extintos em 02 de março de 1798 pela Carta Régia. Porém, a figura do diretor continuou existindo até o fim do século XIX.

Em seguida, a colônia se tornou independente em 07 de setembro de 1822, sendo necessário traçar uma política indigenista para o Império que se mostrou mais administrativo que político (CUNHA, 1992). Perdurando até 1989 quando se instituiu a República em 15 de novembro.

Além disso, por conta das legislações do Regulamento das Missões – integração indigenista suave e branda – em 1845 e da Lei de Terras – fundiária – quando a terra deixou de ser concedida por conta da proclamação da independência e passou a ser comprada e vendida – a partir desse momento a posse sobre a terra passou a existir.

A lei, porém, não fazia referência aos modos de utilização e regularização do território das aldeias que já estavam estabelecidas e, em sua maioria ocupadas por posseiros não índios. Ela, por outro lado, legitimava as posses “mansas e pacíficas” das terras já cultivadas ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro. Dessa forma, o governo permitia a continuidade do uso de terras dos aldeamentos por não índios através de arrendamento ou simples ocupação. (WITTMANN, 2015, p. 92).

Dessa forma, a partir do histórico de invasão e violação citado ao longo desse capítulo, percebe-se que os indígenas sempre tiveram seu direito à terra comprometido, sendo retirados de seus territórios, cercados por políticas as quais visavam retirar o acesso e utilizar ainda mais

os recursos de suas terras. Ainda, ressalta-se que essa realidade não se fez distinta com o passar do tempo, seguindo com a privação de direitos.

## 2.2 Evolução do ordenamento jurídico brasileiro

Ao longo dos séculos, o índio foi colocado em diferentes posições pela legislação brasileira. De acordo com o Código Civil de 1916 e o Estatuto do Índio criado em 1973, os “silvícolas” eram relativamente incapazes e por isso precisavam ser tutelados pelo Estado, especificamente pela Funai; não tinham capacidade civil completa para realizar negócio jurídico, não respondiam pelos próprios atos e não administravam os próprios bens. Essa tutela cessaria à medida que se adaptassem ao convívio social com não índios. Ela foi substituída pelo Decreto 5.484, no ano de 1928 em um regime tutelar de natureza pública pelo Serviço de Proteção ao Índio. No ano de 1962 a Lei 4.121 alterou o Código Civil de 1916 ao inserir o parágrafo único no art. 6º, o qual determinava que os índios estariam sujeitos ao regime tutelar estabelecidos em lei e regimentos especiais. Com a revogação do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002, a capacidade dos índios passa a ser regulada por legislação especial - art. 4º - que está em votação no Congresso Nacional, sendo o Projeto de Lei nº 2.057/91, denominado como Estatuto dos Povos Indígenas, o qual determinará aos povos originários a capacidade plena. Apesar de não estar em vigor, tal lei prevê que o índio é considerado pela CF/88 plenamente capaz, já que, com a promulgação da CF/88 houve entendimento da jurisprudência de que a tutela foi alterada pelos direitos fundamentais que deram autonomia e direito ao autogoverno - art. 232 da CF/88 -, ou seja, ganharam responsabilidade civil e passou a ser dever do Estado proteger as comunidades indígenas e seus bens - art. 129, V.

Nesse sentido, Cunha (1987) conceitua terra indígena como conceito jurídico brasileiro com origem nos direitos territoriais indígenas. Já na constituição de 1891, as terras ocupadas pelos indígenas integravam o patrimônio coletivo indígena, no entanto, esses títulos tornaram-se nulos com a promulgação da constituição seguinte.

Ademais, a primeira constituição brasileira que legislou sobre os direitos e as terras dos silvícolas foi a de 1934 em que no art. 129 descrevia a União como proprietária de terras de ocupação indígena. Logo em seguida, a Constituição de 1937 basicamente, em seu art. 154, repetiu o texto do documento anterior. Nas duas legislações do Governo Vargas a alienação da terra indígena era vedada.

Seguindo essa lógica, na Constituição de 1946, em seu art. 216 afirma que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

1946)”. Após certo período de tempo, mais especificamente em 1967, durante a Ditadura Militar, foi adicionado ao conceito da posse a questão dos recursos das terras, conforme consta no art. 186, ou seja, ”é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1967)”. Ressalta-se, ainda, a emenda número 1/1969, art. 198, o qual traz o conceito de inalienabilidade das terras indígenas:

As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes (EMENDA CONSTITUCIONAL, Nº1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969).

Finalmente, chegando ao documento que possui vigência até os dias atuais, a Constituição de 1988 trouxe oito artigos sobre índios; dispõe sobre a propriedade de terra indígena pertencer à União; a exclusividade da União de legislar sobre os indígenas; organização dos poderes, especificamente o legislativo ao autorizar a exploração de recursos naturais em terras indígenas; Poder Judiciário, em instância federal ao processar e julgar direitos indígenas; da ordem econômica e financeira através de autorização ou concessão estabelecida pela União; da ordem social com direito originário sobre as terras de posse deles; legitimação judicial; e prazo de demarcação de terra indígena.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde, derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social (BARROSO, 2009, p. 01).

Levando em consideração os aspectos apresentados, é possível compreender que durante a colônia e o império, o índio foi avassalado em prol da metrópole mesmo com documentos do século XVII em que eles foram reconhecidos como senhores reais proprietários da terra. Mas, de fato, foi a partir da república que eles tiveram direitos contidos na constituição. Assim, na primeira constituição republicana, as terras faziam parte do patrimônio indígena. A partir da constituição de 1934, as terras passaram a ser de propriedade da União com o intuito de protegê-los e aos passar das décadas tiveram direitos ampliados e assegurados pelo Estado, com destaque para o período ditatorial em que o SPI foi substituído pela Funai e criou-se o Estatuto do Índio. No entanto, foi com a promulgação da constituição cidadã que os índios tiveram seus direitos em sua máxima, porém o PL490 juntamente de julgamento de precedente

de jurisprudência do STF, mais uma vez, coloca em risco todos os direitos adquiridos até o presente momento.

Não obstante, a proibição do retrocesso foi incorporada pelo ordenamento brasileiro em 1992, após o Brasil referendar disposição constitucional – incorporação do tratado – no ordenamento jurídico brasileiro, seguida de ratificação e publicação no Diário Oficial da União. Assim, lei posterior não pode reduzir o grau de concretização atingido pelo direito social.

### **3. Natureza jurídica da proteção aos povos indígenas**

#### **3.1 Cidadania**

A cidadania indígena tem sido motivo de muita luta dentro de suas comunidades, tendo em vista que possuir cidadania é essencial para garantir acesso à sociedade que os cerca. Dessa maneira, tal discussão faz-se necessária a fim de que os povos indígenas possam reivindicar seus direitos que muitas vezes são violados, mesmo sendo garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reforçados pelo Estatuto do Índio conforme lei 6.001 de 1973.

Ademais, tal mobilização indígena para assegurar sua cidadania brasileira mostra-se evidente na ascensão de silvícolas no contexto político, por exemplo. Sendo que essa ascensão é de extrema importância na representação política desses povos no Congresso Nacional, na medida em que os povos indígenas conseguem ter voz para não permitirem que projetos de lei que visam a regredir seus direitos não sejam aprovados, como o PL490/2007.

Dessa maneira, a garantia de cidadania brasileira para os silvícolas nada mais é que um “recurso apropriado pelos povos indígenas para garantir seu espaço de sobrevivência em meio à sociedade majoritária (BANIWA, 2006, p. 89).” Tendo em vista que a cidadania não é necessária para garantir o modo de vida desses povos dentro de suas comunidades, pois esses possuem o direito de autodeterminação, ou seja, autonomia para se organizarem internamente, mas tem sido essencial para que consigam assegurar seus direitos básicos, como o direito à terra o qual esteve sob ameaça desde a invasão dos portugueses.

Portanto, em virtude das questões propostas, faz-se necessário que o direito atue de forma efetiva a fim de assegurar as garantias básicas dos povos indígenas. Nesse sentido, esse capítulo irá discutir não só sobre documentos jurídicos essenciais para se entender a questão indígena, mas também sua eficácia na realidade do País. Além disso, argumentar sobre a FUNAI e sua relevância na garantia de que os direitos previstos na legislação ultrapassem o campo da teoria e sejam realizados na prática.

### 3.2 Direitos humanos aos povos indígenas

Conforme o exposto acerca da cidadania indígena, percebe-se sua importância na atualidade a fim de consagrar direitos aos povos indígenas, dessa maneira, é importante pensar na carta magna de direitos humanos junto dessa consagração. Assim, os silvícolas “têm procurado sabiamente articular o sentido natural e instrumental da cidadania, aliado à noção de Direitos Universais do Homem em favor de seus direitos e interesses específicos (BANIWA, 2006, p. 89).” Portanto, discutir direitos indígenas é discutir direitos humanos. Nesse sentido, é preciso analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em conjunto dos direitos indígenas.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 1º afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).” Portanto, todos os indivíduos devem ser tratados com igualdade, liberdade e dignidade, sendo aplicado aos povos indígenas também. Ainda sob esse aspecto, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece aos indígenas “todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, apud GUERREIRO, 2019).” Ademais, é necessário reconhecer que “os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, apud GUERREIRO, 2019).”

Tendo em vista as informações apresentadas, entendemos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange a todos os povos, incluindo os indígenas, entretanto, esses povos também possuem suas especificidades que devem ser respeitadas. Dessa forma, atendendo aos pedidos dos povos indígenas e a partir de uma série de estudos e debates, a ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas em 2007, sendo que tal texto reflete um conjunto de reivindicações para a melhoria de suas relações.

Essa Declaração expõe diversos direitos e valores que são importantes e devem ser garantidos aos povos indígenas. Vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas é um documento que reconheceu as diversas violações que os silvícolas sofreram e ainda sofrem (GUERREIRO, 2019). Além disso, surge como uma necessidade de garantir direitos violados e também reforçar aqueles que já são assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim, a Declaração Universal dos Povos Indígenas detalha e reforça direitos aos silvícolas como direito à igualdade e liberdade, ressaltando a ideia de isonomia entre todos os povos, assim como o direito à autodeterminação, podendo, assim, se organizarem internamente

e se desenvolverem de forma independente nos âmbitos econômicos, sociais e culturais. Além desses, o direito de preservarem sua cultura, protegendo não só suas tradições, patrimônios, valores religiosos e éticos, mas também reconhecer a importância histórica e identitária das línguas indígenas.

Ressalta-se, ainda, que a Declaração Universal dos Povos Indígenas traz a preocupação “com o fato de os povos indígenas terem sido frequentemente privados de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, tendo como resultado a perda de suas terras, territórios e recursos, assim como a pobreza e a marginalização (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2007).” Portanto, vale destacar que essa Declaração apresenta uma série de artigos que visam a garantir e proteger o acesso dos silvícolas à terra e, assim como os demais direitos, devem ser assegurados no contexto nacional de maneira prática, não apenas de forma escrita na legislação do país.

Portanto, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece não só as garantias expostas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também na Declaração dos Povos Indígenas, sendo essas citadas na Constituição Federal de 1988 e também no Estatuto do Índio, faz-se necessário que sejam, tais direitos, assegurados na prática. Entretanto, a realidade demonstra grande insensibilidade em garantir e difundir os direitos desses povos, mantendo o padrão de continuidade de violações. Ainda, pode-se observar claramente o exposto na medida em que o poder Legislativo, apoiado pelo poder Executivo, preconiza projetos de lei os quais visam a retroceder direitos garantidos, além de manter olhos fechados para atrocidades cometidas com indígenas diariamente, fazendo palavras como ameaça e violação se tornarem parte cotidiana e assustadora na vida desses indígenas no Brasil.

### 3.3 As atribuições da Fundação Nacional do Índio e do Estatuto do Índio na proteção de direitos

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) surge em 1967, no período da ditadura militar, não com os objetivos da atualidade, mas sim com a finalidade de expandir de forma política e econômica para o interior do país, principalmente para a região amazônica (LIMA, 2019, p.182). Inicialmente, como os indígenas eram compreendidos pelo código civil 1916 como “relativamente capazes”, portanto, podiam celebrar contratos, sendo válidos exceto se os prejudicassem, sendo considerados “tutelados”, em que FUNAI era responsável por representar e auxiliar os povos originários. Entretanto, tal tutela era confundida com poder sobre a vontade e interesses dos povos indígenas, surgindo a discussão sobre a possível emancipação dos silvícolas, para que os mesmos pudessem exigir o cumprimento de seus direitos de forma

independente, sem necessitar de um órgão para tutelar seus interesses (CUNHA, 2018, p.430-431).

Após o início dessas discussões, o código civil de 2002 traz a questão da capacidade civil dos indígenas sendo essa regulada por legislação especial, conforme art. 4º, parágrafo único, sendo proposta pelo Projeto de Lei nº 2.057/91, o qual ainda não está vigente, mas encontra-se na fase de entrar na pauta de votação no Plenário, versando sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Porém, mesmo não existindo a legislação especial para reger a questão da capacidade civil ainda, a Constituição Federal já considera o indígena como plenamente capaz a partir de jurisprudência a qual entende que a tutela do silvícola foi alterada pelos direitos fundamentais, trazendo a ideia de defesa ao “mínimo existencial ecológico, ou seja, garantir um mínimo de condições existenciais que permita assegurar a dignidade de vida e a qualidade de vida. (ROMERO, 2012, p. 97).”

Dessa forma, os povos originários passaram a ter autonomia para reivindicarem seus direitos, conforme art. 232 da CRFB/88 o qual reconhece 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 (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).”

Portanto, a Constituição Federal traz importante mudança nesse conceito, evoluindo na garantia de direitos aos indígenas. Contudo, faz-se necessário destacar que o Estatuto de Índio promulgado através da Lei 6.001/1973, anterior a CRFB/88, trouxe uma série de direitos a fim de proteger, respeitar e integrar os povos originários guardando suas tradições e costumes, assim como garantir o acesso dos indígenas à terra e propiciar o seu desenvolvimento, conforme previsto no art. 2º e incisos do Estatuto do Índio.

Dessa maneira, no momento de discutir o direito ao acesso à terra, faz-se necessário ressaltar o título III do Estatuto do índio, o qual além de especificar, garante o direito à terra aos povos indígenas. Nesse sentido, o art. 22 da Lei 6.001/73 afirma que “Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (ESTATUTO DO ÍNDIO 1973).” Ainda, destaca-se o art. 25 desse estatuto no qual delimita:

O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Portanto, percebe-se a partir desse artigo uma oposição firmada em lei ao PL490/2007, atentando para que os silvícolas possam usufruir do direito à terra seja necessária uma análise histórica sobre a ocupação daquela terra e não apenas uma delimitação de data, como propõe este projeto. Desse modo, ressalta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal a qual afirma que:

MANDADO DE SEGURANÇA - DILAÇÃO PROBATÓRIA. Estando a causa de pedir do mandado de segurança direcionada à definição de fatos considerada dilação probatória, forçoso é concluir pela impropriedade da medida. TERRAS INDÍGENAS - DEMARCAÇÃO. O prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável (STF - MS: 24566 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00007 EMENT VOL-02153-04 PP-00683).

Percebe-se, portanto, que o processo de demarcação de terras não pode ser definido por um prazo, mas sim deve ser analisado em diversas perspectivas. Sob esse aspecto, a FUNAI possui um papel essencial como órgão responsável pela demarcação. Assim, destaca-se como um dos passos fundamentais do processo de demarcação o estudo sobre a ocupação da terra, devendo-se descrever sobre a etnia do povo que está no território analisado, atentando-se para seus costumes, tradições e história.

Tendo em vista o exposto, é de papel da FUNAI determinar um Grupo Técnico, através de processo administrativo e cerceado por antropólogos e fundiários, além de especialistas, para realizar o um Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação, no qual devem constar “dados etnográficos, históricos, sociológicos, populacionais, ambientais e fundiários do povo indígena (BRITTO, 2013, p. 35)” que servirão para decidir, além do tamanho da área, a possibilidade de ocorrer a demarcação da terra reivindicada.

Portanto, é necessário que o processo de demarcação de terras seja feito com extrema técnica a fim de garantir a veracidade dos fatos atestados e assegurar o direito à terra para os povos indígenas. Conclui-se, portanto, que o direito à terra está garantido no Estatuto do Índio, o qual além de detalhar tal direito influi para o órgão FUNAI a responsabilidade de realizar a demarcação, para que os povos originários possam ter o acesso à terra que lhes é assegurando em lei.

### 3.4 Constituição Federal e a proteção aos direitos indígenas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a Carta Magna do País, a qual tem como uma de suas funções garantir os direitos fundamentais para todos, assim como direitos coletivos, civis e políticos para todos os brasileiros, “sem preconceitos de origem, raça,

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista o exposto, a CRFB/88 deve ser utilizada para todos os cidadãos brasileiros sem nenhuma distinção, servindo também para os povos originários. Porém, reconhecendo as especificidades desses povos, foi entendido que deveria existir menção direta aos indígenas. Assim, o legislador destina um capítulo apenas para esses povos, a fim de tratar de seus direitos específicos, “fazendo da Constituição uma espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil nos dias atuais (ARAÚJO, apud BRITTO, 2013, p.36)”.

Dessa maneira, a CRFB/88 reconhece aos povos indígenas, em seu art. 231, “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. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).” Entretanto, a realidade faz-se distinta do que deveria ser garantido, tanto pelos direitos fundamentais, quanto pelo capítulo exclusivo aos indígenas, na medida em que são noticiadas violações aos povos originários com frequência, além de projetos de lei como o de número 490 de 2007 que ganham notoriedade no Congresso Nacional.

Um dos principais direitos que se encontram violados atualmente é o direito à terra indígena, sendo que essa, como bem público, deveria ser inalienável e indisponível para que os povos originários possam ter o mínimo de dignidade e direitos assegurados. Dessa maneira, faz-se importante ressaltar que no ADCT em seu art.67 - A união concluirá a demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição – não pode ser entendido como prazo definitivo para que todas as terras indígenas sejam demarcadas. Sob esse aspecto, o próprio STF afirmou que tal prazo seria um tempo razoável para concluir a demarcação, conforme tal decisão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. O prazo de 5 anos para a conclusão de demarcação de terra indígenas não é decadencial, sendo a norma constante no art. 67 do ADCT meramente programática, a indicar ao órgão administrativo que proceda às demarcações dentro de um prazo razoável. Não ocorrência. Recurso desprovido. (Embargos declaratórios no Recurso ordinário em mandando de segurança, Supremo Tribunal Federal, DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em: 03/05/2011).

Portanto, é necessário que os direitos constitucionais dos indígenas sejam respeitados e ultrapassem o liame da teoria e ser posto em prática. Dessa forma, garantir que projetos de

lei que visam a retroceder o avanço da demarcação de terras indígenas não tenham força, tendo em vista que os povos originários sofreram e ainda sofrem diversas violações, sendo papel do Estado “garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (ESTATUTO DO ÍNDIO, 1973)”, conforme art. 2º, inciso IX.

### 3.5 A perspectiva do direito internacional sobre os povos originários

Os povos indígenas sofrem violações de direitos desde a invasão do país por Portugal, com a perda de seus territórios, exploração de riquezas em suas terras, do trabalho escravo, bem como genocídio desses povos. Tal contexto não se faz distinto nos dias atuais mesmo com uma série de direitos fundamentais expostos pela Declaração dos Direitos Humanos e a Declaração dos Povos Indígenas. Assim os indígenas fazem parte de uma minoria que sofrem com ameaças de direitos diariamente, sendo o direito à terra a principal violação analisada no presente artigo.

Desse modo, na tentativa de consagrar eficácia aos direitos previstos na Declaração dos Direitos Humanos, estabelece-se a Convenção nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas. Tal documento traz uma série de artigos com medidas que devem ser tomadas pelos Estados a fim de garantir que os direitos dos povos originários sejam respeitados. Além disso, vale destacar o preâmbulo dessa Convenção, a qual reconhece:

que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente (Preâmbulo, Convenção nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas, 1989).

Portanto, a violação dos direitos dos povos indígenas é uma questão explícita, sendo essa discutida internamente, mas também, em todo o contexto internacional. Ressalta-se que no Brasil residem mais de 800.000 indígenas (IBGE, 2010), sendo de extrema importância que não só os líderes do país, mas a sociedade, atentem-se para a questão indígena, com a finalidade de proteger os direitos desses povos. Destaca-se que no Estatuto do Índio, está previsto em seu artigo 66, o respeito às normas estabelecidas pela Convenção nº 169 da OIT. Dessa forma, o Estado brasileiro se comprometeu no âmbito internacional que irá garantir os direitos dos povos indígenas que residem no território nacional, garantido sua posse permanente e usufruto de suas riquezas.

Desse modo, é importante ressaltar que para fins de reconhecimento das violações individuais e coletivas, criando um local para debate e tentativa de resolução dessas violações,

a ONU, por meio do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cria o Conselho de Direitos Humanos com a finalidade de supervisionar se as obrigações dos Estados que aderiram ao Tratado, por meio de relatórios periódicos apresentados ao Conselho. Nesse sentido, destaca-se o Comentário Geral nº12 do Comitê de Direitos Humanos, o qual defende o direito à autodeterminação dos povos, sendo esses livres para exercerem sua cultura e tradições dentro de seu território, ressaltando tal acesso à liberdade também no Comentário Geral nº23. (GALVIS, RAMÍREZ, p.23-33).

Assim, considerando todos os pontos analisados, percebe-se grande mobilização com a criação de documentos que visam a proteger os silvícolas no âmbito internacional, sendo que esses deveriam ser aplicados no contexto nacional, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece tais documentos, sendo esses citados na nossa Constituição Federal e também no Estatuto do Índio. Entretanto, a realidade demonstra grande insensibilidade em garantir e difundir os direitos desses povos, mantendo o padrão de continuidade de violações de direitos. Ainda, pode-se observar claramente o exposto na medida em que o poder Legislativo, apoiado pelo poder Executivo, preconiza projetos de lei os quais visam retroceder direitos garantidos, além de manter olhos fechados para atrocidades cometidas com indígenas diariamente.

Dessa forma, conclui-se que existe uma gama de documentos internacionais protegendo os silvícolas, sendo necessário que os mesmos sejam aplicados na prática no contexto brasileiro, ultrapassando os limites teóricos tanto no âmbito internacional quanto nacional.

#### **4. O estudo do Marco Temporal e o seu reconhecimento de repercussão geral pelo STF**

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 – Reforma do Judiciário – inseriu a repercussão geral como competência do STF. Sendo através da repercussão geral – filtro colegiado de admissão recursal - que o STF exercita sua política defensora da Constituição ao selecionar recursos extraordinários de relevância social, econômica, política ou jurídica para julgamento (COELHO, 2016).

Salienta-se que a jurisprudência do tribunal superior tem eficácia vinculante e *erga omnes* no controle de constitucionalidade, uma vez que cumpre função de adaptabilidade do direito devido sua evolução em oposição à segurança jurídica necessária ao Estado de Direito.

No entanto, o Estado de Direito se articula com a democracia, deixando de ser social para se comportar como securitário, respondendo por riscos complexos em relação de condicionamento recíproco (HABERMAS, 2003).

Para Cardozo (1928), a ciência do direito nos obriga a reconciliar pretensões contraditórias justamente por atuar como mediadora de necessidades opostas, já que não existe um direito ideal ajustado as circunstâncias sociais, devido aos novos fatos sociais diários.

Além da dicotomia há, ainda, pressão exercida pela opinião pública e política na exegese dos ministros, contudo o Presidente do STF se responsabiliza, apenas, pela leitura da decisão proferida pelo relator, o qual é escolhido por sorteio, e responsável pela confecção do acórdão com a redação da ementa após juntar todos os votos dos ministros que votaram separadamente em sessão pública Coelho (2016).

A fim de dar mais celeridade e eficiência processual, 95% das preliminares de repercussão geral são julgadas pelo plenário virtual – meio eletrônico de julgamento.

Desde 2004, os tratados internacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Dispositivo alterado pela emenda nº45. Por esse motivo a Corte brasileira se posiciona em harmonia com decisões internacionais das quais o Brasil é signatário.

Direitos indígenas são pautados pela Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de modo que o art. 21 dessa Convenção deu subsídio para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH - ao construir ampla jurisprudência aos índios e assim fixaram parâmetros interpretativos para proteção dos direitos indígenas quando julgou impedimento ao acesso à terra por causa alheia à vontade do índio utilizou a teoria do indigenato.

Para Silva (2014), posse indígena é diferente da posse amparada pelo Direito Civil. Esta precisa de animus, enquanto aquela é declaratória e por ser inalienável será sempre pertencente ao índio.

Em contraposição a teoria do indigenato há a teoria do fato indígena conhecida como marco temporal ou renitente esbulho em sentido estrito, reconhecida pelo STF no caso Raposa Serra do Sol. Segundo Dussel (2005), é uma visão eurocêntrica que não leva em consideração a história de colonização.

Ademais, todos os processos jurídicos envolvendo indígenas, obrigatoriamente devem acontecer em tribunal federal – art. 109, XI da CF/88. Em 2009, no Estado de Roraima, houve um pedido de ação popular proposta por um membro do Senado Federal que sustentou a existência de vícios no processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pelo fato de ter-se verificado conflito entre a União e o Estado de Roraima. A ação foi adjudicada ao STF; assim os relatores precisaram escolher se optariam pelo termo renitente

esbulho em sentido amplo – teoria do indigenato - ou renitente esbulho em sentido estrito – marco temporal - com efeito inter partes ou efeito *erga omnes* quando se trata de repercussão geral ao julgar determinada matéria de relevância constitucional como decisões políticas; jurídicas; sociais; e econômicas a fim de uniformizar jurisprudência. Enquanto o primeiro termo é menos danoso ao índio pelo fato de que um não índio só será titular da terra se tiver titulação oficial dela, o segundo é de extrema maleficência aos indígenas porque para que haja consideração de esbulho é necessário que exista situação de efetivo conflito possessório persistente até a data da promulgação da CF/88. O STF escolheu o segundo termo com efeito inter partes. Essa decisão abandona a tradição jurídica que optava pela teoria do indigenato e atualmente votou em sua maioria em favor da teoria do fato indígena (CAVALCANTE, 2016). Mesmo com participação direta da Funai ao fornecer laudos informando que os indígenas são afastados, expulsos de suas terras pelos grandes agricultores que os subutiliza como peões conforme relata o Min. Lewandowski “o Agronegócio quer isso mesmo: expulsar os índios e depois os contrata como boias-frias. É assim que está acontecendo no Brasil todo”. (ARE n. 803.462-AgR-MS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 9-12-2014).

Levando em consideração o exposto, a questão acerca das terras de ocupação indígena é um problema que permeia a sociedade até os dias atuais, tendo em vista os embates para a demarcação de terras e a importância de algumas das terras ocupadas para a produção agrícola. Entretanto, os índios possuem o direito de suas terras e cabe à União demarcá-las, assim garante o Art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil. Além da garantia constitucional, o Estatuto do Índio em seu Título III regula os direitos indígenas de suas terras.

Em agosto de 2021, iniciou-se julgamento no STF de recurso extraordinário sobre terras indígenas em Santa Catarina. Essa ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE) como representante do Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) com o objetivo de que houvesse reintegração da posse de parte de Reserva Biológica Estadual do Sassafrás – Itaitópolis. Há alguns anos aproximadamente 100 índios invadiram uma área da reserva. Logo em seguida, a Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina (Fatma) impetrou uma ação contra a Funai ao solicitar a reintegração de posse, o requerente teve seu pedido aceito, mas o órgão de assistência ao índio recorreu com a prerrogativa de que a Carta Magna utilizou a teoria do indigenato. Essa decisão terá efeito *erga omnes*, o que poderá acarretar benefícios ou malefícios aos indígenas e não indígenas de grandeza constitucional ou inconstitucional porque em julgados anteriores quando o STF decidiu pelo renitente esbulho em sentido estrito alguns juristas viram a decisão do marco temporal como violador dos direitos indígenas ao desconsiderar todo processo de colonização deste País, por isso uma decisão

inconstitucional, mas que pode acarretar desdobramentos cultural; social; e econômico, visto que essa decisão pode afetar propriedades em todo País. Muitas famílias não indígenas, pequenos e médios produtores, dependem da terra para sobreviver e com isso contribuem diretamente com o PIB estadual e nacional.

Diante do exposto, percebe-se que o julgamento do recurso extraordinário se dá em duas fases: a primeira depende do reconhecimento da repercussão geral e da questão constitucional controvertida ultrapassar os limites subjetivos das partes em juízo, bem como em caso de recusa é necessário quórum mínimo de dois terços por ausência de repercussão geral; a segunda é o julgamento do tema em questão de forma a definir o tema constitucional, ou seja, passa a existir um precedente de repercussão geral para definir todos os processos sobre o tema julgado.

Apesar da dualidade entre segurança e adaptabilidade do direito, espera-se que o posicionamento do STF seja harmônico com posicionamentos anteriores – pautados na teoria do indigenato ou renitente esbulho em sentido amplo - e com tratados internacionais, a fim de manter dignidade mínima existencial aos povos indígenas, reconhecendo a política indigenista aplicada durante quinhentos (500) anos e respeitando os precários direitos fundamentais formulados pelo constituinte que deveriam ser ampliados e não suprimidos por constarem nas garantias de eternidade do art. 60, §4º, IV da CF/88.

Já que o posicionamento do relator Edson Fachin ao admitir o RE na origem, fundamentou-se no art. 231, CF/88 (caput e §§1º, 2º, 4º e 6º) de modo a ampliar a hermenêutica de direitos, pois o direito à terra dos indígenas é imprescritível. Diante disso sustentou a teoria do indigenato, confirmando-se a natureza declaratória da demarcação indígena com base na doutrina de José Afonso da Silva ao relatar que o direito à terra do índio independe de demarcação. Tal posicionamento faz-se de extrema importância no tocante a seguridade dos direitos fundamentais, assim como, ao direito à terra para os indígenas. Necessário destacar que o ministro, durante o seu voto, apresenta argumentos essenciais para a reflexão da questão às terras indígenas e como essas devem ser asseguradas aos povos originários independentemente do tempo estipulado, mas sim a partir da permanência desses indivíduos em seus territórios

## **5. Reservas indígenas e objetivos de desenvolvimento sustentável**

Para que reservas indígenas sejam demarcadas são necessárias cinco fases. A primeira é amparada pelo art. 2º, Decreto 1775, de 1996, parte da formação de grupos técnicos de identificação e delimitação com a elaboração de um relatório do qual há participação de um antropólogo e do grupo indígena; em seguida a proposta aprovada pela Funai e suas

contestações devem ser analisadas pelo Ministro da Justiça, chamada fase de declaração; o Ministro da Justiça expede portaria declaratória de terra indígena, fase de demarcação; a execução da demarcação é feita pela Funai por meio de placas e marco georreferenciais; por conseguinte há a publicação de um decreto na fase de homologação; e por fim, a fase de registro no Cartório de Registro de Imóveis e na Secretaria de Patrimônio Público da União (SPU).

De acordo com dados da Funai, no ano de 2018 havia 462 terras indígenas regularizadas com representação de 12,2% do território nacional em todos os biomas (CALGARO; COIMBRA; FLOR, 2019). No entanto, aproximadamente 8% desse total, não se encontram em posse plena dos índios.

Segundo dados de 2017 do Instituto Socioambiental – ISA que é uma ONG atuante a favor do meio ambiente, patrimônio cultural e direito dos povos indígenas – demarcação de terras indígenas é decisiva para conter o desmatamento e regular o clima. Ao longo de 40 anos 20% da floresta amazônica brasileira foi desmatada enquanto o desmatamento de todas as terras indígenas na Amazônia Legal nesse mesmo período foi de 2%. Entre os anos de 2004 e 2008 10 milhões de hectares da Amazônia foram demarcados e 20 milhões protegidos pelo Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm) o que gerou uma queda de 37% na taxa de perda de floresta original e houve manutenção da paisagem. Isso mantém a biodiversidade regional, ou seja, mamíferos raros e sistemas hidrológicos. Os indígenas protegem 27 % da floresta na Amazônia brasileira que armazenam 27% dos estoques de carbono da região que somado ao carbono contido no solo diminuem o CO<sub>2</sub> da atmosfera, além disso, essas árvores são responsáveis por transpirem algo em torno de 5,2 bilhões de toneladas diariamente. Essa cascata de reação é responsável pela manutenção de chuva local, mas fundamental para o sul e sudeste pelo fato de que essa água transpirada é transportada pelas massas de ar para o abastecimento das nascentes do Pantanal e do Paraná. Diante disso como o agronegócio pode ser uns dos maiores opositores da demarcação de terra porque esse ciclo de água é necessário para o cultivo de pastagens, culturas agrícolas e manutenção da vida humana. Ailton Krenak, líder indígena, ambientalista, relata em sua obra *Ideias para adiar o fim do mundo* que as pessoas estão desorganizando a vida no planeta como consequência há o risco de não terem futuro junto aos outros seres, ou seja, humanos podem entrar na lista de espécies em extinção.

A Agenda 2030 foi proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU) e tem como intenção que todas as nações se comprometam a cumprir com uma série de ações compreendendo os âmbitos social, econômico e ambiental. Assim, essas ações estão contidas nos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), os quais delimitam temas que a ONU

entende como necessários a fim de melhorar as condições das nações e seus povos, assim como garantir uma melhora para o meio ambiente.

Apresentada tal questão, é necessário o direcionamento ao objeto central desse estudo, os povos indígenas. Dessa forma, faz-se importante ressaltar que os povos originários, levando em consideração seus costumes com o meio ambiente, são de extrema importância para o ecossistema brasileiro. Dessa maneira, consegue-se constatar a influência dos indígenas para a preservação ambiental em diversos aspectos, contribuindo diretamente para dois dos objetivos de desenvolvimento sustentável, quais sejam, o de número 13 – combater as alterações climáticas – e 15 – ecossistemas terrestres e biodiversidade.

Vale destacar, portanto, que os povos indígenas são agentes de grande relevância para a preservação ambiental, tendo em vista que as terras dos povos originários ao redor do mundo contabilizam 80% da biodiversidade, ou seja, são responsáveis pela maior área preservada do planeta (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021). Isso se deve pelo conhecimento dos povos indígenas acerca de suas terras, assim como o bom manejo dos recursos naturais que estão disponíveis, contribuindo mundialmente para a preservação da biodiversidade no Brasil e no Mundo. Dessa forma, é evidente que “os lugares mais preservados, florestas e rios, ainda coincidem com espaços interiores ocupados por índios e outras culturas tradicionais (LEONEL, 2000, p.1).”

Nesse contexto, ressalta-se que as terras indígenas são essenciais para o combate as alterações climáticas, como afirma a Presidenta do Comitê Global e Regional em parceria com os Povos Indígenas e Populações Tradicionais:

A gente sabe que a demarcação das terras indígenas é uma barreira para combater as mudanças climáticas, porque temos grande estoque de carbono. Os nossos conhecimentos tradicionais têm muito a contribuir para combater o aquecimento global, cuidamos dos nossos territórios pensando em todo o planeta (FRANCISCA ARARA, *apud*, OLIVEIRA, 2021).

Portanto, é notória a importância das terras indígenas para a preservação ambiental, sendo que as mesmas não contribuem apenas para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis citados, mas a abrangência faz-se muito maior, na medida em que a preservação ambiental provida pelos povos originários reflete positivamente em todo o planeta. Dessa maneira, garantir o acesso à terra é essencial e infere não só na vida desses povos, mas na de todos os indivíduos ao redor do mundo.

Tendo em vista esses aspectos, necessário destacar a futura decisão do STF acerca da adoção do marco temporal para o processo de demarcação de terras, devido seu caráter de

definição de um novo curso para demarcação. Portanto, é essencial o posicionamento do Ministro Edson Fachin sobre a teoria do indigenato, porque essa permite a continuação da demarcação, assegurando aos indígenas o direito à terra e, conseqüentemente, a preservação do meio ambiente. Dessa forma, faz-se necessário que o STF seja contra o marco temporal, em razão da violação e efeitos danosos os quais irão gerar não só para a população originária, mas também para a sociedade, tendo em vista a inseparabilidade da terra indígena com a preservação ambiental.

## **6.Considerações finais**

O presente trabalho buscou abordar os direitos constitucionais dos povos indígenas frente à problemática atual a respeito de demarcação de terra trazida a discussão pelo PL 490/2007 e pelo recurso extraordinário 1.017.365 de Santa Catarina. Esses direitos, traçados ao longo da historiografia indígena, foram alcançados a partir da Lei Fundamental de 1988, mas no presente momento se mostram fragilizados e com possibilidades de serem suprimidos.

Assim, foram trazidos pelo constituinte para romper com o posicionamento assimilacionista histórico brasileiro na tentativa de levar igualdade material aos povos indígenas, no entanto muitas das mudanças previstas por projetos de leis no Congresso Nacional envolvem direitos indígenas que materialmente integram os direitos sociais, ou seja, compõem o Título II – direitos e garantias fundamentais - que são categorizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015). Dentre essas mudanças, o objeto central desse estudo que é o Projeto de Lei 490/2007, o qual visa utilizar a teoria do marco temporal – teoria do fato indígena – para o processo de demarcação de terras indígenas.

Dessa forma, ao longo do processo de pesquisa, conclui-se que aderir a esse projeto e realizar as mudanças propostas pelo mesmo é inconstitucional, tendo em vista a própria legislação brasileira, com o art. 231 na CRFB/88 e, também o Estatuto do Índio conforme seu título III, o qual está inteiramente destinado a garantia das terras indígenas.

Vale ressaltar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos, de modo que a dignidade da pessoa será respeitada quando os direitos fundamentais forem observados e realizados (BARCELLO, 2002). Dessa maneira, resta claro a violação do princípio da dignidade humana na medida em que os povos originários não conseguem ter acesso à terra que lhes são de direito, portanto, não há garantia do “mínimo existencial ecológico (ROMERO, 2012, p. 97)” a esses povos.

Faz-se necessário, ainda, considerar que as terras indígenas são de extrema importância para a preservação ambiental; portanto, discorrer sobre demarcação de terras é

inseparável de manutenção do meio ambiente. Nesse aspecto, o Brasil não tem demonstrado efetividade para demarcação, muito menos interesse em preservação ambiental, apoiando cada vez mais a degradação através do agronegócio e exploração de riquezas. Destaca-se que essa noção tem sido entendida no contexto internacional, atraindo críticas de diversos países e também das Nações Unidas.

Portanto, resta claro que a discussão sobre demarcação de terras indígenas deve ser fomentada, fazendo-se necessária não apenas no contexto nacional, mas também mundial. Ademais, tendo em vista o exposto ao longo do artigo, é nítido que os direitos indígenas são debatidos de forma ampla, na medida em que existe uma célere gama de documentos internacionais que visam a garantir os direitos aos povos originários ao redor do planeta.

Além disso, não apenas documentos internacionais visam a assegurar esses direitos, mas também a Constituição Federal de 1988 em conjunto do Estatuto do Índio, ressaltando o papel fundamental da FUNAI para garantir que os povos indígenas possuam seus direitos garantidos, posto como o principal o direito à terra, a partir de sua correta demarcação.

Portanto, analisando todos os aspectos discorridos ao longo do presente artigo, resta afirmar que o projeto de lei 490/2007 é inconstitucional, além de demonstrar extrema violação e retrocesso de direitos. Nesse sentido, é necessário que as legislações de proteção ao indígena saiam do plano do papel e sejam aplicados na prática, a fim de assegurar aos povos originários uma vida com dignidade.

## **REFERÊNCIAS**

(ARE n. 803.462-AgR-MS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 9-12-2014).

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: 2002.

BARROSO, Luis. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p.1.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Estados Unidos do Brasil**. [S. l.: s. n.], 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 4 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. [S. l.: s. n.], 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 4 set. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969. [S. l.], 17 out. 1969. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 4 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 set. 2022.

BANIWA, Gersem. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: LACED/Museu Nacional, 2006.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

BRITTO, Gladstone Avelino. Direitos e erros na demarcação de Terras Indígenas. **Agrária (São Paulo. Online)**, n. 19, p. 34-60, 2013.

CARDOZO, Benjamin. *The Paradoxes of legal science*. New York: Columbia University Press, 1928.

CALGARO, Cleide; COIMBRA, Diego; FLOR, Martiane. A demarcação de terras indígenas no Brasil e as lições do movimento constitucionalista latino-americano insurgente. v 46, p.01-16, 2019.

CAVALCANTE, Thiago. Terra indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. v 35, p. 01-22, 2016.

COELHO, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva. 1ª edição. 2016.

Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 1 v.

CUNHA, Manuela C. da. Política Indigenista no século XIX: In: CUNHA, Manuela Carneiro (Org). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras/FAPESP/SMCPMSP, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 429-443, 2018.

DUSSEL, Enrique. **Europa, modernidade e Eurocentrismo. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br> Acesso em: 13 ago. 2021.

GAGLIARD, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: HUCITEC, 1989.

GALVIS, María Clara. **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Washington, D.C: Due Process of Law Foundation.

GUERREIRO, Antonio. **Os direitos humanos e os direitos dos povos indígenas**: por um posicionamento público das universidades. Fonte: Jornal da Unicamp, 2019. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-osdireitos-dos-povos-indigenas-por-um>. Acesso em: 30 set. 2021.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

IBGE (Brasil). **População residente, segundo a situação do domicílio e condição de indígena – Brasil 1991/2010**. [S. l.], 2010. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 18 jun. 2022.

Instituto Socioambiental. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a-demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais> Acesso em: 30 ago. 2021.

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

LEONEL, Mauro. Bio-sociodiversidade: preservação e mercado. **Estudos Avançados**, v. 14, p. 321-346, 2000.

LIMA, Antônio Carlos Souza. **Povos indígenas no Brasil contemporâneo**: De tutelados a “organizados”? In: SOUSA, Cassio Noronha, et al (Orgs) Povos indígenas: projetos e desenvolvimento II/ Brasília: Paralelo 15, Rio de Janeiro: Laced, 2010.

LIMA, Layanna Giordana Bernardo. **Aquestão agrária e os povos indígenas: um breve histórico das políticas indigenistas no Brasil**. Revista Humanidades e Inovação, Palmas, v.6, n.17, p. 174-188, dez. 2019.

MANDADO DE SEGURANÇA - DILAÇÃO PROBATÓRIA. Estando a causa de pedir do mandado de segurança direcionada à definição de fatos considerada dilação probatória, forçoso é concluir pela impropriedade da medida. TERRAS INDÍGENAS - DEMARCAÇÃO. O prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável. (STF - MS: 24566 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/03/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00007 EMENT VOL-02153-04 PP-00683).

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Fonte: Povos Indígenas no Brasil, 2010. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Declara%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_ONU\\_sobre\\_direitos\\_dos\\_povos\\_ind%C3%ADgenas](https://pib.socioambiental.org/pt/Declara%C3%A7%C3%A3o_da_ONU_sobre_direitos_dos_povos_ind%C3%ADgenas). Acesso em: 29 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fabiano. **Direitos Humanos**. 1ª edição, 2016

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

OLIVEIRA, João Pacheco de. **O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades** / João Pacheco de Oliveira. – Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

OLIVEIRA, Marina. Mudanças Climáticas: um grande desafio para os povos indígenas. **Conselho Indigenista Missionário**, [S. l.], p. 1-1, 16 nov. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/11/mudancas-climaticas-um-grande-desafio-para-os-povos-indigenas/#:~:text=A%20gente%20sabe%20que%20a,pensando%20em%20todo%20o%20pla neta>. Acesso em: 2 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, 2007. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Indios/declaracao\\_universal\\_direitos\\_povos\\_indigenas.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Indios/declaracao_universal_direitos_povos_indigenas.htm). Acesso em: 29 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Povos Indígenas: ONU divulga relatório sobre direito a terra. **Nações Unidas Brasil**, [S. l.], p. 1-1, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/122678-povos-indigenas-onu-divulga-relatorio-sobre-direito-terra>. Acesso em: 2 set. 2022.

PEREIRA, Homero. Projeto de Lei n. 490, de 2007. Estabelece que as terras indígenas serão demarcadas através de leis. Brasília: Câmara, 19 de mar. 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 1986. Digitalização: Argo.

RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª edição, 2020.

ROMERO, Ellen Cristina Oenning et al. **Os direitos ambientais dos povos indígenas**. 2012. Disponível em: <http://ri.ufmt.br/handle/1/831>. Acesso em: 30 Ago. 2022.

RICARDO, Beto. Povos indígenas e “desenvolvimento sustentável”. **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. São Paulo: Instituto Sociambiental, p. 123-128, 2004.

ROUSSEAU, Jean. **O contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2ª edição – São Paulo: Abril Cultura, 1978.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª edição – Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Paulo. **Os direitos dos índios. Fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. São Paulo: Ed. Café com Lei, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos; Bergort, Raul. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios do século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

WITTMANN, Luisa. **Ensino (d)e história indígena**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.