

DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NA ÓTICA DO MARCO TEMPORAL: ENTRE A ECOLOGIA DOS SABERES E A REATIVA NORMATIVA VIGENTEFACE ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Wagner de Oliveira Rodrigues¹

Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus/BA, Brasil

Anna Cristina Libório²

Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus/BA, Brasil

Resumo

Teorias que se confabulam em normas jurídicas com propósito colonial não são recentes no sistema-mundo – e não teriam conformação diversa histórica no Brasil. A aprovação da Lei n. 14.701, de 20 de outubro de 2023, e o veto da norma sobre o Marco Temporal indígena suscitam diversas questões sobre o colonialismo e seus (novos) agentes que seguem impondo a invisibilidade dos direitos territoriais de seus povos indígenas – mesmo tendo tais direitos afirmados por meio de sua Corte Suprema. Com base nisso, objetiva-se

expor os conflitos normativos brasileiros e seus resultados legislativos, além de sustentar tais razões por meio da crítica apoiada sob a ótica da ecologia dos saberes e de outras teorias decoloniais, contribuindo-se a entender por que, até hoje, o etnocídio e o encobrimento das populações autóctones no Brasil ainda seguem na condição de projeto pós-colonial vigente neste país.

Palavras-chave: conflitos socioambientais; ecologia dos saberes; marco temporal.

1 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói/RJ, Brasil. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), Campos dos Goytacazes/RJ, Brasil. Bacharel em Direito pelo UNIFLU. Professor da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus/BA, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6826-0122> / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5488003761613969> / e-mail: worodrigues@uesc.br
2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus/BA, Brasil. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4785-2935> / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2289274685706161> / e-mail: annacristinaliborio@gmail.com

INDIGENOUS TERRITORIAL RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE TEMPORAL FRAMEWORK: BETWEEN THE ECOLOGY OF KNOWLEDGE AND THE REACTIVE REGULATIONS IN CURRENT REGARD TO THE DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL

Abstract

Theories that are confabulated in legal norms with colonial purposes are not new in the world system – and would not have a different historical conformation in Brazil. The approval of Law. 14,701, of October 20, 2023, and the veto of the norm on the indigenous Temporal Framework raises several questions about colonialism and its (new) agents who continue to impose the invisibility of the territorial rights of their indigenous peoples – even though such rights are affirmed

through its Supreme Court. The aim is to expose Brazilian normative conflicts and their legislative results – in addition to supporting such reasons through criticism supported from the perspective of the ecology of knowledge and other decolonial theories, contributing to understanding why, to this day, ethnocide and the concealment of indigenous populations in Brazil still continue as a post-colonial project in force in this country.

Introdução

Discorrer dentro de um tema desafiador para a sobrevivência sociopolítica dos povos originários do Brasil, sob um retrato de uma missão ainda maior para as Américas, a respeito de um marco decolonial que substitua teses que pouco alcançam os ditames necessários para a dignidade humana e etnossocial destes entre nós, passa a ser um exercício de compreensão de que nós, os invasores, temos o dever institucional de trabalhar as categorias jurídicas em prol de povos vulnerabilizados desde eras coloniais ainda no século XVI.

A par da invasão dos territórios ameríndios e da imposição de uma lógica cosmológica cristã e, ao mesmo tempo, bárbara com conceitos fundamentais de civilidade hierarquizada, o Brasil vivencia a dizimação de seus povos originários e a tomada recorrente de suas terras junto à desconsideração de sua cultura e de seus

saberes ancestrais, em uma empreitada etnocida que deságua na contemporaneidade. A sociedade que se deriva daí, portanto, deslocou às margens aqueles que ocupavam harmonicamente as terras brasileiras antes da chegada dos europeus.

Em função de desconstruir o conceito hermético de modernidade como sinônimo de desenvolvimento, emancipação e felicidade, cumpre analisar que o fato se deu a partir de um processo que, embora difundido como descobrimento, em realidade, tratou-se de um “encobrimento” do outro. Com base nesse cenário, o primeiro tópico analisará, ainda que em linhas gerais, a historicidade jurídica de acordo com a qual o Direito brasileiro tratou os nativos destas terras até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – e os sucedâneos legislativos que derivaram na afirmação da tese do “Marco Territorial” (temporariamente vetado pela Presidência da República desde outubro de 2023) após a aprovação da Lei Federal n. 14.701, de 20 de outubro de 2023. Já no segundo tópico, será apresentado o modo como se deu esse processo.

Discutir a abordagem de como se reformulou a tese do indigenato à luz do ditame do marco temporal (e seu emprego enviesado que atrapalha a lógica de reterritorialização indígena país afora) e a urgência de um marco decolonial que devolva o protagonismo que, desde sempre sequestrado, havia sido sufocado por instituições e normativas que buscam devolver alguma cidadania e dignidade aos povos indígenas sobreviventes desse constante etnocídio em curso torna-se um compromisso ético de todos que defendem os direitos universais dos povos tradicionais – e que o Brasil, de todos eles, é signatário internacional.

Assim, a importância de reformular a interpretação do instituto do indigenato orbita nos desdobramentos que o marco temporal terá sobre todas as ações que envolvam demarcações de terras indígenas no Brasil, de modo que é urgente historicizar criticamente o paradigma da diferença implementado pela Carta Magna para viabilizar uma interpretação que prime pela proteção da cultura indígena por meio da correta demarcação de suas terras – como no caso atual em curso no Supremo Tribunal Federal (STF) diante das terras indígenas Xokleng em Santa Catarina – além de empreender a crítica da lei em vigor com base nas teorias decoloniais e na ecologia dos saberes em tempos cada vez mais inóspitos para as minorias vulnerabilizadas pelo colonialismo ainda reinante.

Este trabalho, dividido em quatro tópicos, pretende abordar os processos históricos de encobrimento do marginalizado ao sistema colonial, as tendências no campo do direito ao território dos povos indígenas e o que os três poderes do Brasil têm feito ultimamente no debate de uma tese que pretende apagar a existência espacial de seu povo autóctone por pretensões duvidosas do ponto de vista dos valores constitucionais que o próprio país assina a todo o conjunto de sua população.

1 O “encobrimento do outro” face ao “mito da modernidade”: breves aspectos

O colonialismo cultural, tão consolidado no mundo contemporâneo com suas construções de narrativas especializadas em acobertar fatos sociais violentos, também é produtor de certos mitos históricos sobre algumas modernidades pretéritas (Dussel, 1993). Ainda no século XV, e diante da costa intrépida das “Índias Ocidentais”, passou-se ali a (des)construir um mundo forjado por povos e culturas tão distintas. Nesse sentido, o que seria o mito da modernidade senão a imposição de falácias “civilizatórias” a partir de uma cosmologia alienígena/etnocida face ao nativo?

Essa realidade, tristemente deflagrada nas Américas a partir de 1492, traduz a grande questão que coloca em confronto o mundo do invasor de então diante da incauta noção de realidade do autóctone e as intenções daqueles sobre seus povos, sua natureza e seus recursos³.

Essa visão egóica de construção mundana – hierarquizante e, mortalmente, excludente – foi a base da sucedânea de conflitos armados, biológicos e sociais, tirando, praticamente, milênios de autonomia autóctone no entorno de um projeto eurocentrista que já era notável séculos antes e, agora, aplicada ferozmente sobre os povos ameríndios em matriz literalmente etnocida. Clastres (2004, p. 83) explica que o conceito de etnocídio foi cunhado pelos etnólogos a partir da experiência dos povos americanos e significa a “[...] destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição”. Nada muito diferente do que outros conflitos colonialistas “pós-modernos” que, atualmente, sustentam ideais teocrático-territorialistas no entorno do banimento, do apagamento e da eliminação do nativo mundo afora⁴.

Embora envolta de novas facetas, a idade contemporânea traz diversos afluentes do “novo mundo” havido ainda nessa época, refletindo os alicerces dispostos por aqueles que se declararam responsáveis pela ampliação do mapa e pela escrituração da história moderna a partir de sua própria leitura (violenta) de seu mundo

3 “O fato de que os europeus ocidentais imaginaram ser a culminação de uma trajetória civilizatória desde um estado de natureza levou-os também a pensar-se como os modernos da humanidade e de sua história, isto é, como o novo e ao mesmo tempo o mais avançado da espécie. Mas já que ao mesmo tempo atribuíam ao restante da espécie o pertencimento a uma categoria, por natureza, inferior e por isso anterior, isto é, o passado no processo da espécie, os europeus imaginaram também serem não apenas os portadores exclusivos de tal modernidade, mas igualmente seus exclusivos criadores e protagonistas” (Quijano, 2005, p. 122).

4 Nesse sentido, vide o conflito contemporâneo de “israel” face ao Estado da Palestina – que, desde a ocupação deste pelo Império Britânico no século XIX, tem sido apagado, invisibilizado e eliminado, sistematicamente e de maneiras similares ao próprio “descobrimento” das Américas – aplicando-se sobre esse povo uma ética bastante similar ao protocolonialismo aplicado por aqui e que se perpetua mundo afora sob roupagens e estratégias bastante adaptados ao tempo-espço de algozes e vítimas envolvidas. Nesse sentido vide Moraes (2023).

sobre outros mundos. A narrativa a qual se convencionou denominar “descobrimto do Brasil”, por exemplo, é desmistificada por Dussel (1993), que denomina “encobrimento” a ambiciosa invasão dos portugueses sob o manto de “salvadores brancos” de um povo bárbaro, incauto e infeliz.

Povos e povos indígenas desapareceram da face da terra como consequência do que hoje se chama, num eufemismo envergonhado, “o encontro” de sociedades do Antigo e do Novo Mundo. Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e microrganismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil. Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram esse resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos parcos 200 mil índios que hoje habitam o Brasil (Cunha, 1992 *apud* Palmquist, 2018, p. 34).

Perpetuou-se, desde então, a desconsideração dos modos de vida, saberes, crenças e, grosso modo, da própria vontade consciente que os povos originários das terras tinham, bem como a imposição de costumes e crenças europeias, em uma pretensa tentativa de civilizar um mundo que já detinha sua própria dinâmica e identidade – o que, em verdade, pode-se considerar aqui um processo de pilhagem cultural (etnocídio, em essência) até o desencadear de uma pilhagem territorial (culminando com processos de eliminação, por diversas formas, dos titulares anteriores de suas territorialidades ao “desbravador”) concretizando-se a aniquilação de um modo de vida em função de outro sob viés fatalmente colonialista.

Nesse sentido, o processo de emancipação da colônia europeizada e a formação dos Estados nacionais séculos depois foram apenas a cristalização, em neocolonialismo doméstico, da constante marginalização de outros povos subalternizados no entorno de seu continente – como no caso de indígenas e africanos. Consolidaram um sistema excludente, pautado por uma burocracia destinada a manter os interesses dos que construíram esse modelo de exploração humana, agora com novos “brancos” em cena: as elites agrárias locais.

O que diferencia a sociedade ocidental de todas as outras, na consecução dos efeitos etnocidas, é a presença de um determinado tipo de organização estatal. O Estado, em Clastres, é por essência o emprego de uma força centrípeta que tende, quando as circunstâncias o exigem, a esmagar as forças centrífugas inversas

e, portanto, o núcleo da substância do Estado é a força atuante do Um, a vocação de recusa do múltiplo, o temor e o horror da diferença, que tornam a violência etnocida um efeito inseparável do exercício do poder estatal (Palmquist, 2018, p. 35-36).

O “encobrimento do outro” se deu/dá, principalmente, por meio da destruição de organizações sociais, costumes, línguas e tradições dos grupos indígenas, com o Estado dito moderno promovendo a aculturação, a assimilação cultural e a dependência socioeconômica desses povos que, vistos sob extermínio latente, ou desaparecem em processos de apagamento etnossocial ou são desaparecidos por mecânicas assassinas de seus alvos legitimados desde tempos coloniais.

Não é à toa que a violência é a energia que move tais mecânicas dentro de projetos coloniais que se perpetuam até hoje. Alastrada para camadas sociais desfavorecidas percebidas “mestiças”, “criollas”, “cafuzas”, “mamelucas”, “mulatas” (“árabe-israelitas”) e outras acepções eugenistas historicamente adotadas. Aos povos colonizados – e a todas as suas descendências sobreviventes – sua identidade histórica própria é despojada em detrimento de uma nova identidade racial, colonial e negativa, esvaziando-se, assim, seu lugar de pertencimento na produção cultural da Humanidade. De acordo com Quijano (2008, p. 127), quando

[...] os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizarão os britânicos um século mais tarde), encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas etc. Trezentos anos mais tarde, todos eles reduziam-se a uma única identidade: índios. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de negros.

Nessa perspectiva é que a linguagem sociopolítica adotada sobre tais corpos se revela uma das ferramentas iniciais mais eficazes do colonizador na fundação de processos culturais de encobrimento, da qual se utiliza para nomear aspectos da esfera cultural do colonizado, tirando-lhe o poder de o fazer, em uma substituição da realidade por palavras (Flores, 2005 *apud* Aparicio, 2018, p. 209). Uma vez que o processo de independência das colônias e a conseqüente formação dos estados nacionais americanos se efetivou de modo a manter os interesses eurocêntricos, os

elementos fundamentais para a consolidação dessas sociedades foram igualmente importados e sofisticados na lógica das elites locais que se sucederam ao espólio colonial dos antigos algozes.

Institutos como o Direito, a Língua, a Religião, a Economia e toda a base de uma nação decolonial se projetaram no mundo do colonizador, viabilizando a permanência de territórios coloniais e a elite assente que nela estava – revigorada atualmente por novos arranjos entre os que aqui ficaram e os sujeitos coloniais externos que, até hoje, como forma de justificar, tal qual uma reciclagem de arranjos institucionais já arcaicos, as mesmas tecnologias de opressão espacial e cultural sobre novos povos vulnerabilizados em função do colonialismo que atualmente se expande sob novas conotações econômicas e ideológicas. Segundo Barbosa e Teixeira (2017, p. 1.117):

A colonialidade diz respeito a um fenômeno histórico complexo que se estende até os dias de hoje e se refere a um padrão de poder que opera através da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas que possibilitam a reprodução de relações de dominação, que não apenas possibilitam a exploração pelo capital dos seres humanos em escala global, mas que subalternizam os conhecimentos, as experiências e as formas de vida.

Diante disso, é possível identificar as origens das distinções visíveis e invisíveis e suas respectivas tensões, entre a regulação e emancipação sociais nas metrópoles europeias (hoje, nos grandes centros nacionais dos próprios países pós-coloniais) e entre a apropriação e a violência nos territórios colonizados que caracterizam o paradigma da modernidade ocidental. A respeito da incidência da lógica de apropriação e violência sobre os povos indígenas, especificamente, faz-se necessário compreender que esta advém dos pilares determinantes do pensamento abissal atual que se fincam no Direito e na cultura em geral (Santos, 2007).

Logo, qualquer relação social que não esteja no arco da legislação sob interpretação literal – e toda uma forma de vida dos povos originários, escravizados e seus descendentes – torna-se ilícita ou é marginalizada no âmbito da legislação penal na função precípua de construir uma marginalidade socioespacial de ótica existencial, sendo-lhes considerados, portanto, “sem lei, sem rei e sem fé” (Clastres, 2004 *apud* Aparicio, 2018, p. 206) – suscetíveis, até hoje, por toda e qualquer sorte de desgraça institucional voltada, como já dito alhures, à desumanização, ao desaparecimento cultural de seus valores e memórias coletivas e, ao final, ao pretendido aniquilamento sistemático e etéreo, eterno e eternificante de qualquer existência humana, social ou identitária de um grupo outrora marginalizado dentro dessa mecânica decolonial.

2 O marco legal decolonial vigente no (pós) colonialismo brasileiro

Como estabelecido acima, ainda que brevemente, pensar a lógica colonizadora e toda a carga institucional de violência engendrada sobre povos vulnerabilizados é crucial para fazer as devidas analogias históricas que ainda se desenvolvem na negação de povos ainda hoje vulnerabilizados por tais processos. Ainda que se faça um histórico doméstico sobre o marco legal decolonial que foi vigente no colonialismo aplacado em terras pindoramas (como, por exemplo, sobre o caso das Cartas Régias de 1609 e 1611 e o Alvará de 1680 – que reconheciam direitos originários à terra aos povos indígenas em contrassenso à Carta Régia de 20 de abril de 1708, que dava a permissão da venda de indígenas em praça pública para a indenização das despesas que a Fazenda Real fizesse) a questão real é o permanente processo de marginalização jurídica, fundiária, econômica e social que se segue aplacado por *todas* as etnias ancestrais pré-cabralinas ainda resistentes neste país. Para muitas delas, inclusive, “assimilar-se” ao colono era uma questão, antes, de sobrevivência coletiva em linhas covardemente traiçoeiras – ou seja, ou aceitavam a servidão etnocida ou a morte seria fatal a todas e todos os seus atemporalmente⁵.

A assimilação, enquanto processo mais violento e explícito, perdurou como paradigma durante todo o período colonial. Essa postura estatal visava a uma verdadeira aniquilação da alteridade, física e simbólica, cuja relação era pautada pela exploração da mão de obra através da escravidão, pela catequese agressiva como política oficial e pelas “guerras justas” contra os povos hostis que não aderissem à fé cristã ou à entrega de seus territórios (Kayser, 2009 *apud* Sartori Jr.; Leivas, 2018, p. 146).

A própria ideia de integração fundiária encontraria um disparate contraditório: entre a posse jusnatural dos nativos haveria a instituição das sesmarias – que só se findou em 1822, mas que, antes disso, já havia permitido e concedido a ocupação de terras às elites coloniais da época sendo este o gérmen dos futuros conflitos latifundiários no Brasil (Aparicio, 2018). A mesma mecânica assimilacionista se seguiria nas legislações brasileiras imperiais a partir do que a Assembleia Constituinte de 1823 propunha para um Brasil já independente ao adotar a “domesticação” do indígena e a erradicação de sua cultura e seus modos de vida face ao que se denominou chamar de “indolência” o hábito de vida dos povos originários daqui.

⁵ Vide, nesse sentido, a íntegra do *Relatório Figueiredo* (Ministério Público Federal, 1967).

A República no país perpassa pela continuidade do caráter assimilacionista dos indígenas à cultura “nacional”, ao mesmo tempo em que passa a prevalecer uma noção de “proteção” pelo Estado e das estratégias de adaptação à vida “civilizada”. A ideia perpetuada da incapacidade indígena proclama a noção da necessidade de tutela indígena e dirigismo estatal. Todo esse quadro acarretou a dizimação de inúmeros povos indígenas e a perda de um enorme patrimônio cultural na esteira desse processo (Azevedo, 2017, p. 36).

Na Constituição Republicana de 1891, por exemplo, a titularidade e o controle das terras devolutas – muitas delas pertencentes aos próprios povos indígenas – foram atribuídos aos estados federados, dando a estes a condição de anuir para a demarcação dos territórios indígenas – permitindo-se, de modo diverso, o próprio domínio espacial do território e o ciente à expansão pós-colonial das grandes cidades para um interior ainda indevidado (Rangel, 1986 *apud* Aparicio, 2018, p. 173).

Nesse período a União logrou articular com as entidades subnacionais para a criação de políticas pós-coloniais com o objetivo de promover a integração (assimilacionismo) dos indígenas ainda sem contato com a ideologia de aculturação que os estigmatizaram como “primitivos” e que, por sua vez, eram em si um obstáculo ao desenvolvimento (Souza Lima, 1998 *apud* Aparicio, 2018, p. 32), havendo ainda certa incapacidade civil relativa desses povos por décadas até a Constituição da República Federativa de 1988.

Apenas no plano constitucional de 1934 é que se inicia a digressão jurídica no tema com a determinação do reconhecimento a sua posse anterior e a vedação da alienação das áreas etnotradicionais para qualquer fim, já que o domínio territorial passaria, desde então, a ser de titularidade exclusiva da União (modelo que se perpetua atualmente) sob a mesma tratativa considerada a partir da criação de áreas naturais protegidas, em nível global, considerando os *wilderness refuges* (refúgios da vida silvestre) ambientes preservados sem a presença cotidiana de seres humanos em tais espaços (Aguiar; Moreau; Fontes, 2013).

Após esse período, somente houve alguma alteração constitucional nesse sentido em 1967, quando tal domínio, aprofundando-se o cerco territorial anterior, passou a incorporar as terras indígenas no acervo de bens da União, conferindo aos indígenas de então a garantia de sua posse permanente e usufruto exclusivo. O problema, contudo, era a nota de vírgula – posto que teriam garantia de posse permanente e usufruto exclusivo dentro de critérios e modos de vida impostos exogenamente pela própria União por meio da Fundação Nacional do Índio (Funai),

mantendo-os em uma condição socioancestral semelhante à de um “zoológico humano” em um parque antrópico com limitadíssimas atividades sociais – perpetuando-se, de modo vil, a mesma noção dos *wilderness refugees* agora com seres humanos inseridos nesses espaços ora protegidos (Azevedo, 2017).

O Estatuto do Índio, criado em 1973, instituiu novas perspectivas para as demarcações de terras, porém manteve em voga a sinuosa política integracionista adotada pelo Estado ao longo das Constituições da República. Todo o percurso histórico descrito, portanto, remonta ao paradigma assimilacionista que vigorou até a Constituição Federal de 1988 – que buscaria superar tal ranço colonialista por meio da emergência de diversos movimentos sociais que convergiram na redação dos arts. 231 e 232.

Tal superação, entretanto, segue incompleta porque, no âmbito do legislativo, a prática diz outra situação completamente diferente – com tendências contemporâneas de relativização dos direitos etnossociais ali conquistados (ora objeto deste trabalho). Aliado a isso e a outros movimentos identitários no país, surge

[...] um conjunto de temas que emergiram no cenário mundial das décadas imediatamente anteriores acabou legitimado e inserido na pauta dos trabalhos constituintes: direitos das minorias, especialmente mulheres e negros, combate à discriminação de gênero e ao racismo, proteção aos portadores de deficiências físicas, e aos direitos de crianças, adolescentes, idosos e índios, reconhecimento da diversidade étnica e cultural, proteção ao patrimônio público e social, ao patrimônio cultural e ao meio ambiente (Santilli, 2006, p. 175).

Foi nesse contexto que a atual Carta Magna do Brasil foi promulgada: em uma conjuntura política de redemocratização do país após um longo período ditatorial marcado por graves violações de direitos humanos e que se propunha a enfrentar os desafios de sua época para um futuro político ainda incerto – em verdade, o sistema-mundo estava, também, em ebulição a esse tipo de levante social dos vulnerabilizados (em um profundo choque de classes que marcaria, até hoje, o tempo das lutas que foram engendradas em todos os espaços do planeta). Segundo Aparicio (2018, p. 52),

[...] todos esses movimentos – de mulheres, afrodescendentes e indígenas –, além de demandarem o reconhecimento de sua diferença, também se posicionaram com relação à reconstrução da democracia no Brasil, à distribuição equânime de bens e serviços e tiveram um papel fundamental na elaboração da Constituição Federal de 1988.

Na esteira de lutas sociopolíticas democráticas que buscavam a emergência de “novos direitos” de natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, estabelece-se um capítulo específico na Constituição a fim de tratar dos direitos dos povos indígenas, em uma espécie de “carta de alforria” (Azevedo, 2017). No entanto, à guisa de reflexão, será que essa alforria legislativa teria o mesmo sucesso em comparação ao sucesso da alforria social dada aos povos negros escravizados ainda no final do século XIX? Para Silva (2005, p. 831):

O art. 231 reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, com o que reconhece a existência de minorias nacionais e institui normas de proteção de sua singularidade étnica, especialmente de suas línguas, costumes e usos. A propósito, a Constituição fala em *populações indígenas* (art. 22, XIV) e *comunidades indígenas* ou *dos índios* (art. 232), certamente como comunidades culturais que se revelam na identidade étnica [...]”.

Do parágrafo primeiro do art. 231, é possível extrair o reconhecimento da relação de simbiose entre os povos indígenas e a natureza através de seus territórios, cujo valor reside no fato de as terras serem imprescindíveis para sua reprodução física e cultural. Em notório caráter interdisciplinar da norma se acolhe a visão antropológica de que a terra para as sociedades indígenas está para além de um meio de subsistência e representa, ainda, seu suporte para a vida social em que, por meio da língua, das crenças e da cosmovisão, transmuta-se em um recurso sociocultural inexorável (Ramos, 1994 *apud* Aparicio, 2018, p. 36).

Aduzida da redação do mencionado parágrafo, a categoria da tradicionalidade, por sua vez, denota qualitativamente o vínculo dos indígenas a suas terras, referindo-se não a uma circunstância temporal, mas à maneira tradicional de ocuparem e utilizarem as terras segundo sua cosmovisão que apresenta uma forma de apreensão da territorialidade pautada no direito à diferença. Trata-se de uma dimensão que, infelizmente, o Direito brasileiro ainda não alcança, já que não se permite, nem no âmbito administrativo, o reconhecimento das formas de exercício da territorialidade senão aquelas demarcadas nos institutos civis reais de posse e propriedade – na qual a territorialidade indígena é, fatalmente, negada nesse viés, a não ser sob a criação de parques humanos (legalmente, aqui, chamados de “terras indígenas”) sob as mesmas limitações igualmente administrativas de exercício da terra dentro dos valores ancestrais e materiais de cada povo sob o manto de centenas de etnias indígenas situadas no espaço nacional brasileiro.

Já o arcabouço teórico da tese do indigenato, consagrada pela atual Carta Magna na fundamentação dos direitos territoriais dos povos indígenas, assenta-se

ao caráter originário do aludido direito em face da condição histórica de nativos desses povos (Colaço; Aparicio, 2016). Idealizado no início do século XX pelo jurista João Mendes Jr., o instituto do indigenato remonta aos

[...] primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (Silva, 2005, p. 856).

Provém da Constituição Federal vigente, portanto, o reconhecimento da pluralidade étnica dos povos indígenas que finalmente culminou na modificação do *paradigma do assimilacionismo* para o *paradigma da diferença* e com a superação do regime tutelar e da incapacidade relativa para o de plena capacidade civil, conforme estabelece o art. 232 (Brasil, 1988). Com relação à questão das terras, o fundamento jusfilosófico do indigenato faz alusão a um direito preexistente aos Estados e consolida aos povos originários o direito congênito às terras tradicionais, não sendo passível de confundí-lo com o instituto da ocupação. Mendes Jr. (1912, p. 59) declara que,

[...] ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhe é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.

A influência da corrente jusnaturalista na teoria de Mendes Jr. (1912) se revela na contraposição que o autor faz entre direitos originários e direitos adquiridos e a defesa de que os primeiros teriam sua legitimidade galgada na própria existência das pessoas autóctones antes dos invasores ainda nos idos pós-medievais. Outrossim, como a maioria dos pensadores de seu tempo, defendia ainda a mestiçagem como uma solução para a questão racial e a catequese como mola propulsora da civilização que lhes julgava necessária, contrastando-se tais reminiscências da mentalidade assimilacionista na construção da tese do indigenato com o inovador reconhecimento da diversidade étnico-cultural e o direito à identidade dos povos indígenas preceituado pela Carta Magna.

O indigenato, enquanto sustentáculo teórico dos direitos territoriais indígenas, ainda vigora como categoria jurídica na qual se assenta a legitimação

desses direitos, ao passo que a Teoria Crítica do Direito defende a insuficiência do instituto na contemporização das demandas atuais. Nessa perspectiva, é patente a descontextualização do indigenato no cenário de demanda dos novos direitos indígenas, pois não agasalha aquele a dinâmica à qual os povos originários estão submetidos na condição de sujeitos históricos ao longo dos séculos. Destarte, há uma crise de interpretação com relação ao instituto que se deflagra em resistência para a concretização dos direitos territoriais indígenas em função da ideia de um “marco temporal” então estabelecido pelo STF no caso do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – culminando no julgamento em favor da territorialidade dos povos Xokleng, Kaingang e Guarani na Terra Indígena Ibirama La-Klânô, em Santa Catarina (a partir de 2019 com julgamento concluído em outubro de 2023) em contraposição justa ao dito marco que suscitará, meses depois, na aprovação legislativa e no veto executivo da legislação com vistas a dar justamente o limite normativo à existência ancestral dos povos indígenas de todo o território nacional, conforme exposição nos tópicos seguintes.

3 A recente judicialização do “parque humano” indígena no Brasil: a tese do marco temporal entre as Terras Indígenas Raposa Serra do Sol e Ibirama La-Klânô

A fragilidade do instituto do indigenato quando emparedado, ou seja, quando cruzado com as demandas dos direitos territoriais dos povos tradicionais autóctones no Brasil, foi deflagrada inicialmente no julgamento do caso da Terra Indígena (TI) “Raposa Serra do Sol”, que estabeleceu um marco regulatório-constitucional inédito na política indigenista brasileira. A Ação Popular n. 3.388, proposta por senadores de Roraima-RR, em 2005, suscitou a nulidade dos efeitos da Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça, e do Decreto Presidencial de homologação que demarcou a TI Raposa Serra do Sol. A causa foi considerada de incomum relevância político-social pelo Ministro relator no STF e ensejou investigações teóricas e apreciações empíricas de caráter constitucional que culminaram com a confirmação da demarcação da TI, afastando-se argumentos contrários e reconhecendo-se a pluralidade cultural tantas vezes cerceada nas antigas políticas integracionistas.

Desdobrou-se do julgado o apontamento de que as demarcações de terras indígenas passariam a ser feitas no bojo de um processo administrativo analisado a partir da Constituição, do Estatuto do Índio e do Decreto n. 1.775. No decurso

da ação, foi apontada a realidade política e cultural do Brasil, que engloba as variadas etnias indígenas e suas peculiares formas de organização social ao lado dos demais grupos étnicos elementares na composição da nação, quais sejam o “colonizador branco” e a “população negra”, segundo o voto do relator (Azevedo, 2017). Outro apontamento de salutar relevância foi o relativo à demarcação de terras como expressão do constitucionalismo fraternal:

Os arts. 231 e 232 da CRFB/88 seriam de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se voltaria para a igualdade civil-moral de minorias que têm experimentado, historicamente, preconceitos e desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Esse quadro determinaria a instituição de uma era constitucional compensatória (Azevedo, 2017, p. 287).

Embora o Tribunal Constitucional tenha julgado a ação parcialmente procedente e reconhecido a constitucionalidade da demarcação contínua da TI Raposa Serra do Sol, o STF, não por unanimidade, acolheu na parte dispositiva da sentença 19 condicionantes sugeridas por um dos ministros. O ponto mais impactante da decisão, entretanto, orbitou no entendimento da Corte de que para as demarcações de terras indígenas seria necessária sua ocupação pelos povos originários que pleiteiam a ação à data da promulgação da CF/88, ou que estivessem reivindicando em juízo seu retorno caso houvessem sido expulsos:

O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a data representaria uma espécie de “fotografia” do momento, ao passo que o relator, ministro Carlos Ayres Britto, chamou-a de “chapa radiográfica” da situação de ocupação. Assim, a teoria do indigenato, há décadas seguida pelo STF como paradigma do reconhecimento dos direitos originários indígenas, parecia estar sendo relativizada para a adoção de uma “teoria do fato indígena” (Sartori Jr.; Leivas, 2018, p. 157).

Acerca do tema em comento, a Relatora Especial da Organização das Nações Unidas expressou preocupação com relação à introdução do marco, alegando que a exigência da posse das terras ou da demanda processual por elas pelos povos originários na aludida data desconsidera como e por que elas lhes haviam sido retiradas. Na esteira das reações que o marco temporal gerou nos povos tradicionais autóctones e nos intelectuais da área, foi promovido, em 2015, o seminário “Direitos dos povos indígenas em disputa no STF”, com a presença de lideranças indígenas e notáveis juristas e antropólogos militantes da questão dos direitos

territoriais dos povos originários. O evento oportunizou o posicionamento dos especialistas no sentido de afastar a aplicação do marco temporal, a perspectiva do renitente esbulho e a vedação da ampliação de terras.

Desta feita, o reverenciado jurista Dalmo de Abreu Dallari rechaçou a modificação interpretativa advinda da tese do marco temporal, destacando que este foi uma “novidade” inventada recentemente no STF, sendo uma tese inconstitucional, pois a ocupação indígena é a ocupação tradicional. Nessa mesma perspectiva crítica, a condicionante do renitente esbulho, pelo qual o STF entendia como a única causa de elidir o marco temporal, ignora a dificuldade pela qual passam os povos indígenas ao defenderem suas terras, enfrentando até mesmo “capangas”, em situações de extrema violência. Além do mais, Aparicio (2018) adverte que até a Constituição Federal de 1988 os povos indígenas eram impedidos de ingressar em juízo sem um representante.

Pereira (2018) destacou, inclusive, a desconsideração, por parte da Corte Constitucional, quanto às diversas formas de resistência indígena, por meio da permanência como trabalhador rural nas terras das quais foram desalojados ou com o rompimento de cercas, por exemplo, enquanto manifestação de ocupação tradicional. Ressaltou, ainda, a histórica atuação criminosa dos próprios órgãos estatais de proteção aos indígenas, como o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e a própria Funai, contra estes e a serviço dos interesses econômicos regionais no período ditatorial.

Por sua vez, José Afonso da Silva, jurista veterano nas questões indígenas e membro da Comissão Afonso Arinos (que elaborou o anteprojeto da Constituição Federal e que serviu de base para a elaboração do capítulo sobre os indígenas) preleciona em seu parecer que os direitos dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, uma vez que são o aspecto basilar de sua existência comunitária. Silva (2005) advertiu que o STF incorporou elementos do paradigma integracionista na decisão, uma vez que exige controvérsia em juízo como prova do esbulho possessório, em franca incompatibilidade entre as normas jurídicas destinadas à proteção dos indígenas e o contexto de vida dessa minoria. Nesse diapasão, Sartori Jr. e Leivas (2018) contestaram as colocações do STF que afirmam não haver prejuízo ao caráter de tradicionalidade das terras indígenas à “verificação cartesiana”, na medida em que a ausência física de indígenas poderia ser suprida pela possibilidade de comprovação da expulsão:

Porém, quais ações podem ser consideradas “renitentes” para descaracterizar o marco temporal em um contexto de tutela, como era antes de 1988? A não presença física em 5 de outubro significa ausência de aldeias – uma visão estereotipada da

territorialidade – ou abrange a relação tradicional esporádica e rarefeita com o território, como visitas a locais sagrados e caça e pesca de subsistência? Assim, por mais que exista a exceção do renitente esbulho, dependendo de como é fundamentada a tese do marco temporal – de forma hegemônica ou pluralista – os resultados concretos para as comunidades indígenas mudam da posse permanente ao despejo (Sartori Jr.; Leivas, 2018, p. 158-159).

Resta notório, portanto, que não se concretizou a previsão de que a prerrogativa do renitente esbulho impediria injustiças, imbricando-se a tese do marco temporal em um potencial desmonte futuro de direitos indígenas. Os efeitos nocivos são evidenciados na maneira como a tese foi ampliada em diversas decisões judiciais locais/regionais que visam à anulação de demarcações, sendo inegável a margem que se formou para interpretações que podem nos conduzir a imensos retrocessos.

O contrassenso que representa a imposição de aludida data (3 de outubro de 1988) à referência de reconhecimento legítimo dos direitos territoriais indígenas e a necessidade de uma demanda possessória judicializada para a comprovação da expulsão das terras estarrece, portanto, qualquer lógica de capacidade civil ou postulatória que os indígenas, antes mesmo de 1988, tinham para reclamar de seus direitos etnoterritoriais face ao avanço dos processos de (neo)colonização que, até hoje, surrupiam territórios inteiros dessas populações tradicionais país afora (Sartori Jr.; Leivas, 2018). A naturalização do conceito do marco temporal, portanto, é um cancro científico que precisa ser eliminado da seara jurídica brasileira, para que se prossiga a oportunidade de ressignificação dos direitos dos povos autóctones para um posto no qual os indígenas deveriam ser, de fato, protagonistas de seu tempo na construção de seus direitos de (re)existência etnossocial.

Os perigosos desdobramentos do caso da TI Raposa do Sol se expressam na adoção, em 2019, dos mesmos preceitos do marco temporal por meio do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.017.365 (Tema n.) – que passou a tratar do conflito territorial dos povos Xokleng, Kaingang e Guarani na Terra Indígena Ibirama Laklânó, em Santa Catarina, onde:

[...] o RE foi interposto pela Funai, com a finalidade de manter reconhecido o território tradicional do povo Xokleng, a TI Ibirama-Laklânó, no estado de Santa Catarina, cujo processo teve origem em uma ação de reintegração de posse requerida pela Fatma, em 2009, em que se pretendia reaver a área administrativamente declarada pelo Ministro de Estado da Justiça como sendo de tradicional ocupação dos povos indígenas Xokleng, Kaingang

e Guarani. [...] Sustentou a recorrente que já havia sido reconhecida a tradicionalidade da ocupação indígena na área em questão, e que o acórdão afastou a interpretação contida no art. 231 do texto constitucional que trata do reconhecimento da posse e usufruto de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, privilegiando, com isso, o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis, em detrimento do direito originário do povo Xokleng (Carvalho; Correia, 2023, p. 7).

A patente relevância da tese do marco temporal para o território brasileiro, a partir do julgamento da ação em comento envolvendo as terras do povo Xokleng, terá efeito sobre as 1.298 TIs no país, em que 829 (63%) apresentam pendência administrativa para a finalização de seu processo demarcatório, e destas, 536 terras (64%) se encontram sem qualquer providência do Estado. É, em si – e dada a proporção da inação do Estado brasileiro em atribuir a reterritorialização dos espaços etnossociais – um colosso de problemas que, juntados à tese indigesta em cena, não apenas paralisam os feitos administrativos em si, mas revisonam os já finalizados sob a argumentação de que é necessária adequação constitucional dentro da aplicação do marco temporal em cena⁶.

6 “[...] foi fixada a seguinte tese: 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 indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do art. 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 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que tituló a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no art. 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário

Cabe comentar, outrossim, a estrondosa comoção social que o julgamento da tese gerou a partir da mobilização impulsionada pelos povos originários de todo o território brasileiro e os impactos que a decisão ainda em decurso trará à questão dos direitos territoriais indígenas, em termos administrativos, judiciais e ontológicos – isto é, revisando o papel do Estado brasileiro no cenário de proteção dos povos originários em conflito com a lei e defronte uma piora à tese do indigenato intensificado pela negação do direito ao território sob uma norma que afronta toda e qualquer obviedade sobre a condição vulnerabilizada que os povos indígenas ainda sofrem no país – mesmo equiparados, em termos de direitos de cidadania, a qualquer um que não seja autóctone ou descendente de algum.

Perante todo o exposto, evidencia-se a partir desse baile jurisdicional que mesmo havendo a consagração do elemento cultural na definição da terra indígena a partir da Constituição de 1988, não se desencadeou uma compreensão ampliada das cosmovisões indígenas isentas da influência da colonialidade do poder que reveste a epistemologia do Direito. A tese do marco temporal deflagra isso à medida que aplica uma suposta solução simples para um problema complexo, ainda galgado na lógica binária colonial. Para Sartori Jr. e Leivas (2018, p. 161):

Essas questões encontradas na aplicação da tese demonstram como as comunidades indígenas ainda são tratadas como objetos de políticas, e não como sujeitos de direitos coletivos com autodeterminação sobre sua vida e territórios. Além disso, denota-se que não se avançou para um paradigma de reparação pelos fatos ocorridos no passado recente de tomada de territórios por meio de violência.

O discernimento necessário para iluminar essa questão deve transpassar os limites argumentativos dos direitos territoriais e implica desvelar a realidade social e histórica das práticas coloniais, às quais ainda estão submetidos os povos originários, e que impactam sua territorialidade. O motivo orientador da possibilidade jurídica de acesso e permanência dos povos indígenas em seus territórios deve assentar na compreensão dos aspectos de sua tradicionalidade

comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX – O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto n. 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X – As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI – As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da Funai e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei” (Supremo Tribunal Federal, 2023).

pensada de maneira não estática, mas no contexto histórico de expropriações. Para além da dicotomia entre a tradição jusnaturalista que fundamenta o indigenato e o conteúdo positivo da demarcação representado pelo marco temporal, há que se buscar, pela perspectiva crítica e transdisciplinar dos estudos pós-coloniais, um horizonte de direitos historicamente situados.

A reinvenção dos fundamentos dos direitos territoriais indígenas, portanto, passa pela superação da doutrina dos direitos originários ancorados na visão exclusivamente eurocêntrica, que ignora a territorialidade enquanto uma problemática social e multifacetada. Para tanto, é preciso pensar os direitos indígenas galgados no direito à diferença e apreender sua categoria de tradicionalidade a partir da compreensão do modo de ser dos povos originários, por sua própria lógica de organização e identidade cultural, em uma dimensão histórica. Se isso é uma realidade institucional no Brasil, ou não, a prova se deu por intermédio da política: imediatamente à negação da teoria do Marco Temporal indígena, em 21 de setembro de 2023, no STF, o Congresso Nacional moveu todas as forças legislativas no sentido de uma norma (já em trânsito outrora) que afirmasse esse marco.

4 Reativa legislativa e a “Lei do Marco Temporal indígena” a partir de 2023: o que move, ainda hoje, o pós-colonialismo brasileiro?

No Congresso Nacional, inicialmente por meio da Câmara dos Deputados, já havia um texto em curso desde 2007⁷ – em que, depois de seguir por diversas comissões internas, foi ao Senado Federal em 1º de junho de 2023 e, por lá, após o julgamento da questão no STF, tomou célere trâmite legislativo⁸. Aprovado em 27 de setembro de 2023 – ou seja, quatro meses após a introdução do Projeto de Lei n. 2903/2023, nessa Casa Legislativa – foi conduzido dois dias depois à Casa Civil da Presidência da República⁹ para análise, aprovação total ou parcial (com

7 Nesse sentido, vide o trâmite legislativo (Câmara dos Deputados, 2007).

8 Em igual sentido, vide Senado Federal (2023).

9 Do texto sobre o Marco Temporal, ora aprovado, consta o seguinte (atualmente vetado): Seção II – Das Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas – Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: I – habitadas por eles em caráter permanente; II – utilizadas para suas atividades produtivas; III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV – necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 1º A comprovação dos requisitos a que se refere o *caput* deste artigo será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos. § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inc. I do *caput* deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. § 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo. § 5º O procedimento demarcatório será

vetos) do texto ora submetido¹⁰.

Em razão do veto aos arts. 4º e 5º da então Lei Federal n. 14.701, de 20 de outubro de 2023 – que regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n. 11.460, de 21 de março de 2007, n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, e n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, impõe-se trazer a transcrição advinda da Casa Civil, conforme se aduz:

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.

Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no *caput* do art. 231 da Constituição Federal, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) n. 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas (Brasil, 2023).

Com expressiva votação em ambas as Casas Legislativas – Câmara dos Deputados (290 × 143) e Senado Federal (41 × 22) –, o texto que sustenta o Marco Temporal das terras indígenas no Brasil – em contrário senso institucional

público e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico. § 6º É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). § 7º As informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando fornecidas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo. § 8º É assegurada às partes interessadas a tradução da linguagem oral ou escrita, por tradutor nomeado pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), da língua indígena própria para o português, ou do português para a língua indígena própria, nos casos em que a comunidade indígena não domine a língua portuguesa (Senado Federal, 2023).

10 Sobre o texto definitivo da Lei, vide Brasil (2023a).

e histórico ao já aduzido negativamente pelo STF no final de setembro de 2023 – foi bancado ideologicamente até o último minuto – e, felizmente, negado diante do mundo real dos fatos pela Presidência da República, que até então aguarda a votação do veto da atual lei vigente pelo Congresso Nacional, não se sabe em que data ao certo – expectativa que ficará para 2024, portanto.

Contudo, o que parece um senso clarificável a qualquer estudioso ou, até mesmo, a algum cidadão neófito em tema tão sensível, parece realmente um encampado normativo pós-colonial de boa parte do Congresso Nacional. Por que, então, esse *modus operandi* ainda permanece? Talvez isso se explique justamente por conta da colonialidade que sustenta o modo de produção socioeconômica que ainda erige a humanidade em tempos atuais. Atento à crítica da racionalidade dominante, e em se tratando os povos originários de atores submetidos à dicotomia da apropriação e violência no interior do sistema-mundo atravessado pela colonialidade, Santos (2002) propõe que as relações hegemônicas que produzem ativamente a indiferença etnocida das experiências indígenas sejam questionadas pela identificação de outros saberes e critérios de rigor hegemônicos que operam credivelmente nos contextos e práticas sociais operadoras da razão metonímica.

Esse processo suscitaria uma ecologia de saberes por meio de uma sociologia das ausências, cujo objetivo “[...] é transformar objetos impossíveis em possíveis e com base neles transformar as ausências em presenças” (Santos, 2002, p. 12). Paralelamente, o pensador acrescenta que importa elencar ainda a lógica produtivista assente na monocultura dos critérios de produtividade capitalista que buscou se fundar como justificativa para expropriações de terras indígenas desde os tempos coloniais e subjaz até hoje sob o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento que mascara as formas atualizadas da mesma pilhagem institucional da territorialidade indígena nas Américas e, talvez, no mundo:

Esse critério aplica-se tanto à natureza como ao trabalho humano. A natureza produtiva é a natureza maximamente fértil num dado ciclo de produção, enquanto o trabalho produtivo é o trabalho que maximiza a geração de lucros igualmente num dado ciclo de produção. Segundo esta lógica, a não existência é produzida sobre a forma do improdutivo que, aplicada à natureza, é esterilidade e, aplicada ao trabalho, é preguiça ou desqualificação profissional (Santos, 2002, p. 14).

Outro critério de desconstrução se pautava na denominada ecologia de produtividade, cujos fundamentos se alinham ao voto do ministro Ayres Britto, ainda à época da análise jurisdicional sobre as demarcações no caso da TI Raposa Serra do Sol:

O relator indicou alguns elementos que fariam parte de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: i. a ideia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; ii. o não enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio; iii. uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação, sendo avessa ao desvario consumista dos grandes centros urbanos; iv. um tipo não predominantemente competitivo de ocupação de espaços de trabalho, sem narcísicos desequilíbrios; v. a maximização de potencialidades sensoriais; vi. uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente, além de condição para todo desenvolvimento que merece o qualitativo de sustentado (Azevedo, 2017, p. 271).

Outra lógica, percebida como nociva à emancipação indígena e propulsora do paradigma integracionista, é a da classificação social relacionada à monocultura da naturalização das diferenças, a qual distribui as populações por categorias que naturalizam hierarquias, já que

[...] um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial (Quijano, 2005, p. 117).

Nesse aspecto, Santos (2002) aponta que a sociologia das ausências confronta a colonialidade à procura de novas articulações entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença, a fim de abrir espaço para a possibilidade de uma ecologia de diferenças feita de reconhecimentos recíprocos. Ademais, contra a monocultura do tempo-linear – matriz da ideia de que a história tem sentido e direção únicos, sendo a modernidade ocidental a delegatária do progresso e do conhecimento aos

demais eixos não centrais –, apresenta-se a ecologia das temporalidades, que traça uma constelação pluralista de tempos e durações, de modo a libertar as práticas e os saberes que nunca se pautaram pelo tempo linear de seu estatuto residual.

Por fim, a ecologia das transescalas é a insurgência contra a lógica da escala dominante, que aparece sob a forma do universal e do global. O universalismo é a escala que tem precedência sobre as demais realidades, atropelando seus contextos e subjugando suas particularidades, enquanto a globalização é a escala que privilegia as entidades ou realidades que alargam seu âmbito a todo o globo e, assim, adquirem a prerrogativa de designar entidades ou realidades rivais como locais. Nesse sentido, a “sociologia das ausências” exige nesse domínio o exercício da imaginação cartográfica, quer para ver em cada escala de representação não apenas o que ela mostra, mas também o que ela oculta, quer para lidar com mapas cognitivos que operam simultaneamente com diferentes escalas, nomeadamente para detectar as articulações locais/globais.

Se aplicado à mecânica pós-colonial brasileira – em face dos interesses econômicos sobre terras devolutas, terras indígenas e outras sob regularização fundiária duvidosa –, vê-se que a hegemonia do encobrimento colonial ainda segue sob novos atores, novos algozes e antigas vítimas em nome do “agro”, do progresso predatório e do emprego de tecnologias políticas e jurídicas ancoradas em princípios democráticos que, na prática da negação de direitos país afora, acomodam-se hipocritamente para afirmar velhos e ultrapassados valores etnocidas em nome de uma elite que se sucede e de um povo sempre subalternizado e escorraçado de qualquer perspectiva de sobrevivência coletiva, quiçá algum tipo de cidadania ativa que sobreviva a uma tese como a presente – igualmente assimilacionista e assassina.

Considerações finais

O desenvolvimento do presente trabalho demonstrou que os direitos territoriais indígenas foram construídos em consonância com as relações históricas produzidas pelo contexto de violência, assimilação cultural e integracionismo que permearam a formação do Brasil. No entanto, pretendendo-se o ordenamento jurídico e seus intérpretes autênticos serem ferramentas não apenas de aplicação da lei, mas de impulsionamento à emancipação social. Há que se visualizar a questão territorial indígena como produto de uma construção histórica eivada de impunidade, exploração e objetificação de atores sociais convencionados à exclusão. Assim, na empreitada de superação das estruturas de poder da colonialidade, a demanda central é o reconhecimento da diversidade voltada à igualdade material,

não apenas formal, cujo princípio norteador é o da autodeterminação dos povos.

Nesse sentido, este trabalho permitiu demonstrar que os direitos indígenas à terra assegurados pela consolidação do instituto do indigenato a partir da Constituição Federal de 1988 se estruturam em uma matriz jusnaturalista, em que a partir de um juízo de fato, no caso a Colonização, objetivou-se extrair um juízo de valor, qual seja o direito indígena congênito à terra. Assenta-se nesse ponto a lacuna que deu vazão à ascensão do marco temporal, que reflete a desconsideração da categoria da tradicionalidade atravessada pelos fatos históricos que tornam complexa a interpretação dos modos de viver indígenas perpassados por tantos episódios de violência. Ao esboçar um marco decolonial, este presente trabalho objetivou fazer jus ao passado ainda latente de tantas ações etnocidas promovidas contra os povos originários, que acarretaram mediata ou imediatamente a destruição de seus modos de vida ou prejudicaram sua continuidade nos moldes em que se firmavam. Sendo assim, compreende-se que a devida análise da questão das terras é fundamental para a reparação histórica da violência institucionalizada a qual os povos tradicionais autóctones foram vítimas, e mais do que isso, para a possibilidade futura de preservação dessas culturas.

Tendo em conta que o Direito, para se fazer também uma ferramenta da justiça, necessita observar o contexto social e político que o respalda com o intuito de cessar as violências simbólicas e factuais da sociedade em que se estabelece, o presente trabalho apresentou a sociologia das ausências e das emergências como pontos de partida para a derrocada do pensamento abissal e ascensão de um paradigma da reparação diante de um fato que, pelo presente emergente, reafirma um marco territorial etnocida que ameaça, inclusive, a (re)existência de terras já tituladas, malogradas ou não em critérios duvidosos, mas ainda essenciais à sobrevivência da diversidade etnossocial que é característica, ainda que sob vis mecânicas violentas, da convivência cultural e social de todas e todos neste país.

Por fim, vale mencionar que os métodos científicos, enquanto principais ferramentas de desenvolvimento e validação tecnológica da humanidade, devem primar pela emancipação social em face do arcabouço histórico de domínio e exploração humana de determinados povos. Tendo em vista, pois, a posição subjugada a qual foram – e ainda são – submetidos os povos originários ao longo dos séculos, é indiscutível a relevância de sua trajetória associada às peculiaridades da formação da sociedade brasileira, para a adequada apreciação das demandas judiciais envolvendo direitos territoriais indígenas – sempre ameaçadas enquanto o capitalismo seguir como instituição econômica ancorada, como já dito por Santos (2002; 2007), no patriarcado, no colonialismo e no racismo enquanto cartilha ética existencial desse sistema que segue reinante no sistema-mundo atual.

Referências

- AGUIAR, P. C. B.; MOREAU, A. M. S. S.; FONTES, E. O. Áreas naturais protegidas: um breve histórico do surgimento dos parques nacionais e das reservas extrativistas. *Revista Geográfica de América Central*, Heredia, v. 1, n. 50, p. 195-213, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/geografica/article/view/5396/5228>. Acesso em: 29 jan. 2024.
- APARICIO, A. B. *O Instituto do indigenato e a teoria crítica: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta guarani*. 2018. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189500/PDPC1363-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2024.
- AZEVEDO, T. M. L. S. *Direito e causas indígenas: o Supremo Tribunal Federal como campo de observação*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5027004#. Acesso em: 29 jan. 2024.
- BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.113-1.142, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.23083>. Acesso em: 12 set. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º fev. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 14.701, de 20 de outubro de 2023*: Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n. 11.460, de 21 de março de 2007, n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, e n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114701.htm. Acesso em: 1º fev. 2024.

BRASIL. *Mensagem n. 536, de 20 de outubro de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 1º fev. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei PL 490/2007*. Homero Pereira (PR-MT). Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n. 11.460, de 21 de março de 2007, n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, e n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311>. Acesso em: 1º fev. 2024.

CARVALHO, C. O.; CORREIA, J. S. O marco temporal e a judicialização da demarcação de terras indígenas no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 10, n. 25, p. 52-78, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/51803/34396>. Acesso em: 12 set. 2023.

CLASTRES, P. *Arqueologia da violência: pesquisa de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COLAÇO, T. L.; APARICIO, A. B. Direitos étnico-culturais na Constituição Federal de 1988 e a superação da hegemonia cultural. *Dat@venia*, Campina Grande, v. 8, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230851389.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

CUNHA, M. C. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DUSSEL, E. *1492. O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferência de Frankfurt/Enrique Dussel Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

GALEANO, E. *As veias abertas da América Latina*. 39. ed. Trad. Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (Coleção Estudos Latino-americanos).

MENDES JR., J. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório Figueiredo*. Brasília, DF: Ministério do Interior, 1967. Disponível em: <https://midia.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

MORAIS, J. R. G. S. Entre o colonialismo e o terrorismo: o emprego político da violência no labirinto da carnificina árabe-israelense na Palestina. *Le Diplomatique Brasil*, dez. 2023. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/colonialismo-terrorismo-violencia-palestina/>. Acesso em: 3 dez. 2023.

PALMQUIST, H. *Questões sobre genocídio e etnocídio indígena: a persistência da destruição*. 2018. 154 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2018. Disponível em: <https://ppga.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/Disserta%C3%A7%C3%B5es%202018/Dissertacao%20Helena.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024.

PEREIRA, D. M. D. B. O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – Terra Indígena. In: ALCANTARA, G. K.; TINOCO, L. N.; MAIA, L. M. (org.). Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Anpr, 2018. p. 76-05. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/Indios_direitos_originarios_e_territorialidade.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: CLACSO (ed.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. p. 117-142. Disponível em: https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

SANTILLI, J. Os “novos” direitos socioambientais. *Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 1, n. 9, p. 173-200, 2006. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/301/198. Acesso em: 12 set. 2023.

SANTOS, B. S. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, p. 237-280, 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4000/rccs.1285>. Acesso em: 12 set. 2023.

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 79, p. 71-94, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002007000300004>. Acesso em: 12 set. 2023.

SARTORI JR., D.; LEIVAS, P. G. C. O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo? In: ALCANTARA, G. K.; TINOCO, L. N.; MAIA, L. M.

(org.). Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Anpr, 2018. p. 143-169. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/Indios_direitos_originarios_e_territorialidade.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 2903, de 2023*. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 1º fev. 2024.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. STF define tese de repercussão geral em recurso que rejeitou marco temporal indígena. *STF*, 27 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514834&ori=1>. Acesso em: 30 jan. 2024.