Indigenato e Marco Temporal em disputa no STF

Luiz Henrique Guimarães Senna

Bacharel em História pela UFSJ. Graduando em Direito pelo Uniptan.

Email: lhgsenna@gmail.com

Resumo

Este artigo teve como objetivo analisar as teses em confronto no recurso extraordinário nº 1.017.365 RG/SC, com repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, esteve em discussão qual seria a correta definição do estatuto jurídico-constitucional do art. 231 da Constituição Federal, que aduz sobre a demarcação de terras indígenas no Brasil entre outros direitos fundamentais para as populações originárias em nosso país. Por meio do método hipotético-dedutivo e amparado por pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema, buscou-se caracterizar e sistematizar cada uma das teorias em confronto naquele julgamento. Para tanto, inicialmente foi realizada uma análise do caso concreto que ensejou a repercussão geral, em seguida passou-se a analisar a disposição constitucional dos direitos indígenas no Brasil, com foco na teoria do indigenato, para, então, estudar como se deu a origem da teoria do marco temporal de ocupação. Aponta-se, primordialmente, que o STF inaugurou uma interpretação restritiva sobre o tema mas, por fim, reconheceu a inconstitucionalidade do marco temporal em face da teoria do indigenato. Porém, a decisão ainda se mostra frágil tendo em vista a reação legislativa com o PL 490/2007 (agora como PL 2903/2023 no Senado), ensejando mais insegurança jurídica para a demarcação de terras indígenas no Brasil.

Palavras-chave: Indigenato, Direitos indígenas, Demarcação de terras indígenas.

Introdução

Encontrava-se em discussão no Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário com repercussão geral, que definiu qual é o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse nas áreas de ocupação tradicional indígena, tal qual aduz o artigo 231 da Constituição. Este trabalho se delimita ao estudo das duas teses jurídicas em confronto neste caso de repercussão geral no STF, quais sejam: a teoria do indigenato e a teoria do marco temporal.

O tema é fundamental para a demarcação de terras indígenas no Brasil e para a própria sobrevivência destes povos originários. Pois, afinal, reconhecida a repercussão geral, a

definição do estatuto jurídico-constitucional do art. 231 será aplicada em todo território nacional.

Aponta-se a relevância social de destacar a historicidade no que tange à luta dos povos indígenas por seus direitos, também a forma como atuaram e ainda atuam na arena do judiciário em defesa de seus territórios ancestrais. Outrossim, também fica evidente a relevância científica desta empreitada que tem com objetivo a elucidação e caracterização das teses em oposição neste julgamento, que afetará a demarcação das terras indígenas, ou seja, sendo determinante para a reprodução física e cultural destes povos que habitam originariamente o território brasileiro há milênios.

Nesse sentido, diante da divergência entre as supracitadas teorias sobre os direitos territoriais indígenas, urge importante questionar: qual é a origem das teses em confronto, quais as suas definições e diferenças?

Desta forma, esta pesquisa apresenta a hipótese de que o marco temporal de ocupação, mesmo tendo sido declarado inconstitucional em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em detrimento da teoria do indigenato, continuará afetando na prática a demarcação de terras indígenas no Brasil. Pois, tendo em vista que o tema continua sendo manipulado pelo Poder Legislativo, numa clara tentativa de reação política em face da decisão jurídica firmada pelo Supremo, a continuidade de uma interpretação restritiva do artigo 231 do texto constitucional representará um grave retrocesso e prejuízo para a demarcação de terras indígenas e, conseqüentemente, às populações originárias.

Então, este projeto visa compreender cada uma das teses em confronto no RE 1.017.365 RG/SC, as quais disputaram a interpretação hermenêutica do estatuto jurídico-constitucional e a aplicabilidade do artigo 231 da Constituição Federal. Serão três objetivos específicos: analisar brevemente o caso que ensejou a Repercussão Geral no STF; estudar as origens, as definições e diferenças entre cada uma das teses em confronto; e, por fim, compreender a disposição dos direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil, especificamente no que tange a das demarcação das terras indígenas.

Os objetivos do presente projeto de pesquisa foram buscados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método hipotético-dedutivo (Marconi; Lakatos, 2022), tendo como marco teórico o artigo 231 da Constituição Federal (Brasil, 1988) e as discussões já apresentadas no âmbito do Recurso Extraordinário 1.017.365-SC de repercussão geral no STF (Brasil, 2023).

Por uma ecologia de saberes entre índios e indigenistas na construção de conceitos jurídicos adequados, Samuel Barbosa (2018) chama atenção para o questionamento da

monopolização da interpretação do direito. Aponta duas formas em que a história é chamada a participar na definição dos direitos territoriais indígenas: primeiro para provar os fatos passados, e também, na interpretação do sentido da Constituição: “em que medida o trabalho sobre o passado ou de representação narrativa do passado é constitutivo do sentido do direito no presente” (Barbosa, 2018, p. 125).

Assim, a definição sobre o significado do conceito de tradicionalidade da ocupação indígena depende de formas de compreensão e identificação pelos próprios indígenas, algo que será identificado no bojo das discussões sobre a correta definição do estatuto jurídico-constitucional das terras indígenas no Brasil.

Desta forma, somente com a efetiva participação dos povos indígenas na produção normativa, inclusive na produção de laudos históricos/antropológicos que compõem o procedimento de demarcação das terras indígenas, se pode romper com o fechamento monológico por parte dos mandarins do direito (Barbosa, 2018). Assim, aponta-se um caminho para reverter o quadro de violência e insegurança jurídica que envolvem a aplicação das garantias constitucionais do indigenato.

1. Breve contextualização do caso de repercussão geral

No dia 22 de fevereiro de 2019, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral quanto à questão que se refere ao estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de ocupação tradicional indígena, especificamente no Recurso Extraordinário 1.017.365 de Santa Catarina (Brasil, 2019). Discutiu-se, portanto, qual é a correta definição e aplicação do artigo 231 da Constituição Federal (Brasil, 1988): por um lado existe a teoria do indigenato, e por outro a tese do fato indígena, mais conhecida como marco temporal de ocupação.

Na origem, este processo teve início em 04 de março de 2009, com uma ação de reintegração de posse impetrada pela Fundação do Meio Ambiente – FATMA (atualmente Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA), entidade de direito público vinculado ao estado de Santa Catarina, em face da Fundação Nacional do Índio – FUNAI (atualmente Fundação Nacional dos Povos Indígenas), órgão indigenista oficial do Brasil (Brasil, 2019).

Em breve síntese, a requerente alegou que é legítima possuidora de área que compõe a Reserva Biológica do Sassafrás, e teve parte de sua área invadida por aproximadamente 100 índios, que passaram a montar barracas e retirar a mata nativa da região com uso de moto

serras (Brasil, 2019). No caso, tratam-se de indígenas das etnias Xokleng, Kaingang e Guarani, pertencentes à Terra Indígena Ibirama Lá-Klanõ.

Por outro lado, em fase de contestação, a FUNAI defendeu que a área supostamente invadida encontra-se abrangida pela Portaria nº. 1182/2003, do Ministério da Justiça, no sentido que já havia sido iniciado o estudo destinado à extensão da demarcação das terras indígenas da região. Ainda, foi mencionada a conexão do presente caso com a ACO 1.100, que tramitava na 1ª Vara Federal de Joinville/SC, impetrada por uma série de pequenos agricultores da região, cujo objeto era a suspensão dos efeitos e a consequente invalidação da supracitada Portaria (Brasil, 2019).

Em primeira instância os pedidos na ação de reintegração de posse foram julgados procedentes, no sentido de reconhecer a turbação no exercício da posse da área questionada na Reserva Biológica do Sassafrás, afirmando que:

não há elementos que permitam inferir que as terras referidas na petição inicial sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, na forma do art. 231 da Constituição Federal, máxime porque quem as vem ocupando, ainda atualmente, para fins de preservação ambiental, como visto, é a parte autora (Brasil, 2019, p. 2).

Em seguida, da decisão que julgou o pedido procedente, foi manejado recurso para instância superior que novamente deu provimento aos pedidos da inicial e manteve a sentença *a quo*. Não obstante, este acórdão do TRF-4 reconheceu se tratar de uma imbricada questão, cuja complexidade está demonstrada pela “existência da referida portaria ministerial que repercute diretamente na legitimidade ou não da posse atual da área pela FATMA e o exame da caracterização ou não da área como sendo tradicionalmente indígena” (Brasil, 2019, p. 2).

Ato contínuo, mantida a sentença inicial que concedeu a reintegração de posse da área da FATMA, foram opostos embargos declaratórios pela União e pela FUNAI, para fins de prequestionamento, e julgados parcialmente procedentes. Assim, posteriormente, em sede de recurso extraordinário, nas razões de mérito foi alegado que a área questionada já teria sido reconhecida como de ocupação tradicional indígena, porém o acórdão do TRF4 recorrido afastou-se da hermenêutica do art. 231, *caput* e §§, da Constituição (Brasil, 2019).

Existe, portanto, um embate sobre o alcance hermenêutico do supracitado artigo constitucional em oposição ao direito de propriedade. Neste caso, o acórdão questionado privilegiou a posse civil legitimada por título de propriedade em cartório em desfavor dos direitos originários. Assim, nasce a controvérsia acerca de qual é a correta definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, tema de repercussão geral nº 1.031, no Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do relator Ministro Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 1):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL.

1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.

Este caso de repercussão geral teve sua votação encerrada no dia 27 de setembro de 2023, declarando, por maioria dos votos, inconstitucional a teoria do marco temporal, e julgando procedente a pretensão do recurso extraordinário em questão. Assim, foi fixada a tese de que a proteção constitucional dos direitos territoriais indígenas independe do marco temporal de 05 de outubro de 1988.

Após breve síntese do caso que ensejou a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, definindo a teoria do *indigenato* como estatuto jurídico-constitucional do art. 231 da Constituição, passaremos a analisar como estão dispostos os direitos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.

2. A disposição Constitucional dos direitos fundamentais dos povos indígenas

A Constituição Federal em seu artigo 231 reconhece aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Sobre o território de ocupação tradicional das populações indígenas vigora o usufruto exclusivo pelas riquezas do solo, dos rios e dos lagos (Brasil, 1988, art. 231, *caput*). Por sua vez, o parágrafo primeiro caracteriza e dispõe sobre a tradicionalidade da ocupação:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles ocupadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus costumes e tradição (Brasil, 1988, art. 231, §1º).

Consta em seu §4º que as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, remetendo à titularidade da União sobre as terras indígenas (Brasil,

1988, Art. 20, XI) e também à competência privativa da União para legislar sobre as populações indígenas (Brasil, 1988, Art. 22, XIV). Também, no artigo 232, garante que os indígenas e 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.

Toda a disposição do Capítulo Dos Índios, incluído no Título da ordem social, consagram avanços inéditos no que tange ao estabelecimento das garantias fundamentais inerentes aos povos indígenas do Brasil. Cabe salientar que era o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) que regulamentava os direitos indígenas, gerando debates para avaliar em que medida a referida lei teria sido recepcionada à luz dos novos princípios constitucionais. Esta consideração é importante para apontar o sentido que o legislador originário quis conferir aos direitos indígenas a partir da Constituição (Brasil, 1988), pois segundo Samuel Barbosa (2018, p. 11): “O cerne do pacto constitucional é a garantia da reprodução física e cultural dos povos indígenas sem dia para acabar, rejeitando o ponte de chegada de uma assimilação final.”

Nesse sentido, a natureza constitucional dos direitos indígenas é congênita, ou seja, consagra o *indigenato*, reconhecendo seu caráter originário e, portanto, o novo texto constitucional rompe com o paradigma assimilacionista contido no artigo 1º do Estatuto do Índio, que aduz o seguinte: Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (Brasil, 1973).

Atualmente o artigo 232 da Constituição (Brasil, 1988) permite que os indígenas entrem em juízo, tanto individual quanto coletivamente, portanto nega sua incapacidade relativa. Entre avanços e retrocessos, o horizonte multiculturalista que marca a Constituição brasileira de 1988 lançou, de fato, esperanças e garantias para que os povos originários do Brasil finalmente pudessem ter condições dignas para sua reprodução física e cultural, ou seja, tiveram seu direito ao futuro assegurado.

A teoria do *indigenato* foi primeiramente formulada pelo jurista João Mendes Júnior (2018), em obra de 1912 intitulada *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, na qual faz menção a decreto régio dos tempos coloniais que garantiam a posse congênita aos primeiros habitantes das Américas. O autor vai diferenciar os títulos de aquisição de domínio, afirmando que aos povos indígenas “em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito de reserva, fundado no Alvará de 1º de Abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à

legitimação e registro” (Mendes Jr., 2018, p. 349). Em linhas gerais, este alvará régio, posteriormente reforçado pela Lei de 6 de Junho de 1755, garantia o direito de reserva para os territórios ocupados pelos indígenas, nas fazendas ou nos sertões, que não poderiam ser ocupados por terceiros, nem ser cobrados tributos (Silva, 2018).

Atualmente, na esteira do que afirma o jurista contemporâneo José Afonso da Silva (2018), a Constituição (Brasil, 1988) nada mais fez do que consagrar e consolidar o *indigenato*, reconhecendo aos indígenas seus direitos originários: “O *indigenato* não se confunde com a mera posse. É um direito congênito, enquanto a mera ocupação é título *adquirido*” (Silva, 2018, p. 31). Assim, ainda segundo este autor, impor algum marco temporal de ocupação tradicional para as populações indígenas significa uma verdadeira deturpação da hermenêutica constitucional, no sentido que trata um direito congênito como se fosse posse do direito civil.

Outrossim, na mesma direção ensina o constitucionalista Dalmo Dallari (2018, p. 273, grifos nossos):

ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios tem direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. [...] **Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma,** pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.

Por fim, importa frisar que estamos diante de uma discussão sobre os direitos fundamentais dos povos indígenas. José Afonso da Silva (2018) os define como direitos fundamentais de solidariedade, pois, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos indígenas também possuem uma dimensão individual e outra dimensão coletiva. Por isto mesmo, segundo o jurista, também “são direitos supraestatais e, pois, direitos absolutos, natureza essa que lhes confere a garantia de permanência, pois não podem ser eliminados” (Silva, 2018, p. 21).

Seu arcabouço protetivo também está disposto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (OEA, 1989), e também pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, que conta com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e também com tribunal específico para conhecer a causa, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Loureiro, 2015; Santos, 2020).

Neste ponto é importante destacar que em 2018 o Estado brasileiro foi sentenciado pela supracitada Corte por violações aos direitos do povo Xukuru, a primeira condenação em nível internacional (CTIDH, 2018). Recentemente o relatório da Comissão Nacional da Verdade também constatou graves violações de direitos indígenas ocorridas no século passado, entre os anos de 1946 e 1988, reconhecendo a responsabilidade do Estado brasileiro por ações e omissões no esbulho de terras indígenas e demais casos de violações aos direitos humanos. Dentre uma série de recomendações, a CNV estipulou que a demarcação, desintrusão e recuperação ambiental das terras indígenas seria fundamental para a reparação coletiva destes povos¹. No entanto, os procedimentos de demarcação das terras indígenas esbarram em muitas dificuldades e resistências no cenário nacional, uma delas é sem dúvidas a instituição do marco temporal para o reconhecimento da ocupação tradicional.

Então, delineadas as bases legais e constitucionais sobre os direitos indígenas no Brasil, vimos que o *indigenato* tem profundidade histórica com raízes na legislação colonial. Além disto, trata-se da teoria que embasou a proteção congênita e originária dos territórios de ocupação tradicional indígena no atual paradigma constitucional, inclusive com ampla aceitação entre doutrinadores e estudiosos do tema. Então, passaremos a analisar de que forma surgiu a teoria do marco temporal de ocupação, que representa a tese oposta ao *indigenato*.

3. O caso Raposa Serra do Sol e o Marco Temporal

Não obstante ao novo paradigma constitucional, no Supremo Tribunal Federal foi inaugurada a tese do marco temporal na ocasião do Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Brasil, 2009), sob relatoria do Min. Ayres Britto. Este caso, como veremos, tornou-se paradigmático na jurisprudência brasileira e dramático para o cotidiano de todos os povos indígenas que habitam o território nacional.

Segundo a FUNAI, em levantamento feito em 2006, na Terra Raposa Serra do Sol habitavam um total de 17.599 indígenas, distribuídos em aproximadamente uma centena de aldeias. Viviam nessa área os Makuxi, os Ingarikó, os Wapixana, os Taurepang e os Patamona (Kayser, 2010). Também constavam 292 fazendas de não-indígenas, das quais apenas 8

¹Os dados da Comissão Nacional da Verdade incluem os povos indígenas entre as vítimas dos crimes cometidos entre 1946 e 1988, apontando uma estimativa de que 8350 indígenas em todo território nacional foram mortos no período investigado. Em Minas Gerais o caso clássico destas violações foi o Reformatório Krenak, instituindo um sistema punitivo que incluía a tortura entre seus métodos.

estavam inscritas no registro de imóveis e mais aproximadamente 2 mil ocupantes não-indígenas de áreas menores (Kayser, 2010).

Uma das grandes polêmicas sobre o caso dizia respeito às questões de segurança nacional, já que a Raposa Serra do Sol situa-se em região fronteira, entre Brasil, Venezuela e Guiana, gerando objeções dos militares. Outros obstáculos diziam respeito à criação de novos municípios - Uiramutã e Pacaraima -, além da instalação de três usinas termoelétricas, autorização para construção de uma hidroelétrica e projetos de construção de novas estradas (Kayser, 2010). Outro ponto a se destacar foram os requerimentos referentes às riquezas minerais da área, o que atraiu uma série de garimpeiros e todo tipo de aventureiro para a região, acarretando em graves conflitos (Kayser, 2010).

O procedimento de demarcação teve início em 1973, com a identificação da área a ser demarcada, até a homologação final em 2005, sendo que ainda houve questionamento do decreto de homologação (Kayser, 2010). Este questionamento foi a julgamento no STF e culminou com a Petição 3.388-RR (Brasil, 2009). Durante esse período tempo, entre 1973 e 2009 (partindo do Estatuto do Índio e culminando com a nova Constituição), ocorreram diversos conflitos numa situação de insegurança jurídica. Neste cenário, brevemente contextualizado, já se pode imaginar o quão limitado estava o direito de usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre suas terras.

Por vários motivos o Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é paradigmático. Pela primeira vez uma mulher indígena protagonizou uma sustentação oral no Plenário do Supremo na condição de advogada, Joênia Wapixana. A decisão foi favorável à demarcação contínua da mencionada Terra Indígena, com a imediata execução no que se refere à retirada dos não-índios. Também estabeleceu que os direitos dos índios são originários, portanto sendo reconhecidos pelo Estado brasileiro por meio do texto constitucional.

Contudo, essa decisão também significou o esvaziamento do sentido conferido na Constituição aos direitos dos povos indígenas. O Supremo fixou a data certa 5 de outubro de 1988, da promulgação da Constituição, como o marco temporal de ocupação e de tradicionalidade para o ato demarcatório: “Para reconhecimento de uma terra indígena, deve ser provada a ocupação tradicional na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 2018” (Barbosa, 2018, p. 130).

Ou seja, a data passou a ser referência para reconhecer aos índios aqueles direitos originários sobre as terras que ocupam, ou então, caso não estivessem naquele determinado território na data certa, deveriam provar que estavam resistindo ao esbulho sofrido, seja pela força ou seja pelas vias judiciais. Nesta segunda hipótese forma-se a aplicação do chamado

esbulho renitente para a garantia de demarcação de terras indígenas, qual seja, a necessidade de provar que os indígenas estivessem em resistência de fato ou em vias de ação possessória na data da promulgação da Constituição.

Segundo José Afonso da Silva (2018, p.24): “Juntaram-se aqui dois conceitos que, na forma como estão sendo entendidos, são nitidamente espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: *o marco temporal em 5 de outubro de 1988 e o renitente esbulho*. [grifos do autor]”. Inúmeros problemas derivam desta interpretação restritiva dos artigos 231 e 232, e estão descritos no Parecer do supracitado jurista que afirma a ilegitimidade destas diretrizes fixadas (Silva, 2018; Dallari, 2018).

Contudo, a manipulação do tema pelas casas legislativas por meio do PL 490/2007 - agora tramitando como PL 2903/2023 no Senado Federal (Brasil, 2007), vem tentando impor o marco temporal para descaracterizar a ocupação tradicional de populações indígenas. Pretende-se que não teriam direito à demarcação aqueles grupos que não estivessem em seu território originário na data de 5 de outubro de 1988, indo diametralmente contra o que foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Então, perante esta reação legislativa, passa-se a questionar quem proferirá a palavra final sobre o tema. No entanto, fica evidente que enquanto o tema transita de forma indefinida entre o Judiciário e o Legislativo, permanecerá a insegurança jurídica quanto a demarcação das terras indígenas.

Por fim, é necessário reconhecer que a história do Brasil tem sido marcada por diversos níveis de violência contra as populações indígenas nos quatro cantos do território nacional. Porém, cada vez mais as organizações indígenas tem protagonizado seu papel de resistência no sentido de se afirmar enquanto populações originárias e com direito a reprodução cultural de acordo com seus usos e costumes. Nesse sentido, caso seja reconhecida a tese do *indigenato* (Mendes Jr., 2018) como a correta definição da hermenêutica jurídico-constitucional do art. 231, abre-se margem para que os povos originários no Brasil continuem a reproduzir suas culturas e modos de existência em seus territórios tradicionais efetivamente demarcados. Neste caso, também estaremos diante a uma verdadeira reparação histórica.

Considerações Finais

Este artigo pretendeu abordar as duas teorias jurídicas em confronto no Supremo Tribunal Federal, especificamente no recurso extraordinário com repercussão geral 1.017.365 de Santa Catarina. Inicialmente, conforme visto, aponta-se não apenas como tema

fundamental para a demarcação de terras indígenas no Brasil, mas principalmente para a própria sobrevivência destes povos originários. Pois, conforme a inteligência do art. 102, §2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), a resolução desta demanda, com a consequente fixação de tese e jurisprudência, produzirá eficácia erga omnes e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do judiciário e da administração pública direta e indireta, nos três níveis federativos.

Então, ao buscar aprofundar as origens, definições e diferenças entre as teorias do indigenato e do marco temporal, a presente pesquisa pôde apurar o seguinte: enquanto a teoria do indigenato remonta aos tempos coloniais e chegou até a contemporaneidade, com reconhecimento expresso no Alvará Régio de 1º de Abril de 1680 e sobrevida com a Constituição de 1988, por outro lado, a tese do marco temporal nasceu no Supremo Tribunal Federal e por ele mesmo foi enterrada.

Com relação à primeira teoria, também se constata que se tratou de um instituto normativo que jamais foi revogado, embora tenham se passado séculos de violências que culminaram em desterritorializações forçadas, quando não no extermínio completo de um sem número de etnias. Não obstante, o *indigenato* enquanto instituto jurídico atravessou o processo histórico brasileiro, ganhou notoriedade por meio do ilustre estudo de João Mendes Júnior, e previsão expressa na constituição de 1988, consagrando os direitos territoriais indígenas como originários e de caráter declaratório. Ao fim e ao cabo, trata-se de um arcabouço normativo de natureza congênita, que reconhece a existência dos direitos das populações indígenas como anteriores ao próprio Estado brasileiro, e, portanto, deve continuar prevalecendo no tempo.

Por outro lado, o marco temporal nasce como uma ficção jurídica, uma interpretação hermenêutica do artigo 231 da Constituição, mas que busca esvaziar o seu sentido quando estabelece uma data certa como condicionante para o reconhecimento da ocupação tradicional indígena. Nesse sentido, simplesmente uma tese restritiva de direitos, controversa na resolução do *leading case* Raposa Serra do Sol, no STF, ganhando notoriedade e maior aplicação nos casos concretos por meio de alterações jurisprudenciais realizadas pela segunda turma do Supremo. Porém, conforme visto, nesta própria casa judiciária, por excelência guardiã da Constituição, a teoria do fato indígena ou marco temporal de ocupação foi declarada, por maioria de votos, inconstitucional.

Contudo, também foi apontado como esta interpretação restritiva de direitos tem sido agenciada pelo poder legislativo, que não está afetado pela decisão de mérito do Supremo. Observa-se, daqui em diante, a pretensão de instituição do marco temporal pela via de

legislação ordinária, mediante a aprovação ou não do PL 2903/2023 - oriundo da Câmara dos Deputados com número PL 490/2007 (Brasil, 2007). Quem proferirá a palavra final sobre o tema? Por enquanto prevalece a inconstitucionalidade, mas ao mesmo tempo resta a insegurança jurídica que permeia a indefinição entre o Judiciário e o Legislativo sobre um tema tão sensível para a sobrevivência das populações originárias do território brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Samuel. Introdução. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, pp. 11-15, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**. v.II, Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 6.001 – Estatuto do Índio**. Brasília, 1973.

BRASIL. Congresso Nacional. **PL 490/2007**. Autor: Homero Pereira, Brasília, DF, 2007. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>>. Consultado em 29/05/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.017.365 RG/SC**. Apelante: Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI); União. Apelada: Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA). Relator: Min. Edson Fachin, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4 Roraima (Pet. 3.388/RR)**. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto, 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 29 mai. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CTIDH). Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. **Série C No. 346**.

DALLARI, Dalmo. Seminário Direitos dos povos indígenas em disputa no STF. In: Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, pp. 267-277, 2018.

MENDES JR., João. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos (1912). In: Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, pp. 319-361, 2018.

KAYSER, Harmut-Emanuel. O exemplo da área indígena Raposa Serra do Sol. In: IDEM. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, pp. 382 - 424, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica (8ª atualização por João Bosco Medeiros). Barueri, São Paulo: Atlas, 2022.

OEA. **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Genebra, 1989. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%Adgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>>. Consultado em 11/06/2023.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf> Consultado em 11/06/2023.

SANTOS, Maria Clara. História dos direitos dos povos ameríndios. In. (Org.) RESENDE, Maria Leônia Chaves. **Ameríndia: entre saberes, culturas e história dos Mundos Nativos**. 1ed. Rio de Janeiro: Autografia, pp. 153-204, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Parecer*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, pp. 17-42, 2018.