Direitos indígenas e direitos dos índios: conceitos para reforçar a categoria dos direitos originários.

Indigenous rights and rights of the indians: concepts to reinforce the category of original rights.

Luiz Viana Queiroz¹

RESUMO

O presente trabalho tem como tema os direitos constitucionais garantidos pela Constituição Federal aos povos indígenas, com o objetivo geral de propor uma nova classificação desses direitos em direitos indígenas e direitos dos índios. Os objetivos específicos são a análise e identificação do regime jurídico de cada uma dessas categorias, à luz do direito constitucional brasileiro e das leis dele decorrentes, do direito internacional e da atual situação da discussão sobre marco temporal das terras indígenas, depois da decisão do STF no Recurso Extraordinário 1.017.365 e da Lei nº 14.701/2023. A partir do conceito de tempo da memória, contraposto a tempo da história, o presente artigo científico se propõe a evidenciar a inconstitucionalidade de tentar definir um marco temporal para as terras indígenas, tendo em vista o texto constitucional. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica e análise de jurisprudência, que possibilitou chegar à conclusão de que o texto da Constituição Federal de 1988 permite identificar regimes jurídicos distintos para direitos indígenas e para direitos dos índios, e, em relação à proteção das terras indígenas, a inutilidade jurídica do marco temporal, porque sua proteção constitucional as reconhece e tutela, desde o tempo em que os povos indígenas existem, tendo em vista o tempo da memória e não o tempo da história.

Palavras-chave: Direitos indígenas. Direitos dos índios. Terras indígenas. Marco temporal. Tempo da memória. Tempo da história.

ABSTRACT

The present work has as its theme the constitutional rights guaranteed by the Federal

¹ Luiz Viana Queiroz é doutorando do IDP em Direito Constitucional

Constitution to indigenous peoples, with the general objective of proposing a new classification of these rights into indigenous rights and indigenous rights. The specific objectives are the analysis and identification of the legal regime of each of these categories, in the light of international law, Brazilian constitutional law and the current situation of the discussion on the time frame of indigenous lands, after the decision of the Supreme Court in Administrative Appeal 1,017,365 and Law No. 14,701/2023. Based on the concept of time of memory, as opposed to time of history, this article proposes to highlight the unconstitutionality of trying to define a time frame for indigenous lands, in view of the constitutional text. The methodology used was a bibliographic review and analysis of jurisprudence, which made it possible to reach the conclusion that the text of the Federal Constitution of 1988 allows the identification of distinct legal regimes for indigenous rights and for indigenous rights, and, in relation to the protection of indigenous lands, the legal uselessness of the time frame, because its constitutional protection recognizes and protects them, since the time when indigenous peoples exist, in view of the time of memory and not the time of history.

Key-words: Indigenous rights. Rights of the Indians. Indigenous land. Original rights. Time of history. Time of the memory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 DESENVOLVIMENTO	4
2.1. Direitos indígenas e direitos dos índios na Constituição Federal	4
2.2. O direito dos índios nos tratados internacionais	8
2.3. O marco temporal das terras indígenas e a decisão do STF	12
2.4. Do Projeto de Lei nº490/2007 à Lei nº 14.701/2023	14
2.5. O Projeto de Lei nº 4.566/2023, do Marco do Genocídio Indígena.....	15
2.6. Os direitos originários dos povos indígenas e o marco temporal	16
2.7. Direitos originários antes do Estado-nação.....	19
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
Referências.....	23

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo² atribui tamanha importância aos direitos fundamentais que há doutrinadores respeitáveis que sustentam que o Estado deveria ser denominado de “Estado de direitos fundamentais” (Michael e Morlok, 2016, p. 55) e que os direitos fundamentais são elementos estruturantes do estado democrático de direito (Canotilho, 2003, p. 416).

O *hard core* da Constituição brasileira de 1988, nessa linha de cognição, é a proteção dos direitos fundamentais, que estão fundados no princípio da dignidade da pessoa humana (Mendes e Branco, 2022, p.144), valor fundamental, que significa o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio do estado (Canotilho, 2003, p. 225).

Essa posição central dos direitos fundamentais, que os colocam no topo da hierarquia das escolhas políticas, reconhecendo-lhes supremacia em relação à lei (Vieira, 2017, p. 36), impõe que sejam considerados, não apenas como regras ou princípios, mas verdadeiros guias para os limites da atuação do Estado, pois há um núcleo intangível de direitos fundamentais (Osório, 2023, p. 40).

Disso decorrem inúmeras consequências jurídicas para todo o sistema jurídico, incluindo que sua interpretação deve levar o texto constitucional a sério e exigir máxima efetividade dos direitos fundamentais. Isso também se aplica à interpretação das regras do capítulo constitucional dedicado aos povos indígenas, entre as quais aquelas que garantem sua autodeterminação e o domínio sobre suas terras.

Tem sido grande o esforço de interpretação dos direitos constitucionais dos índios e das comunidades indígenas, em um trabalho compartilhado de juristas, antropólogos e historiadores, muitas vezes em disputas no campo jurídico sobre a extensão e a forma de dar eficácia a esses direitos.

É o caso da disputa sobre o marco temporal das terras indígenas, que tem envolvido, neste momento, os três Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. O “marco temporal” é uma tese jurídica que defende que só têm direito à demarcação de suas terras tradicionais os povos indígenas que as ocupavam em 5 de outubro de 1988, data da publicação da Constituição Federal. Considerou o Supremo Tribunal Federal inconstitucional a tese do

² Para uma discussão sobre a diferença entre “constitucionalismo contemporâneo” e “neoconstitucionalismo”, vide Lenio Streck. “O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo”, In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27-41, out.2014.

“marco temporal”, decisão que gerou reação do Congresso Nacional, que aprovou uma lei, vetada parcialmente pelo Presidente da República, e com veto derrubado, seguida de novo questionamento da constitucionalidade na Suprema Corte.

Este estudo pretende, diante desse contexto de séria disputa jurídico-política, apresentar uma proposta de classificação dos direitos constitucionais em debate, nominando-os em direitos indígenas e direitos dos índios, a partir do pressuposto de que as categorias jurídicas são formas sociais que integram disputas que muitas vezes exercem uma violência simbólica no sentido de contribuir para a manutenção de relações de poder (Bourdieu, 1989, p. 217-218).

No caso dos direitos constitucionais dos índios e de suas comunidades indígenas, a doutrina usa os conceitos direitos indígenas e direitos dos índios como sinônimos que podem, mesmo sem intenção, servir para mascarar a realidade jurídica conflituosa na qual são utilizados.

Considero importante contribuir para o debate sobre o direito constitucional aos direitos originários sobre as terras indígenas, a partir da convicção de que é preciso insistir, inclusive no plano conceitual, que nosso sistema jurídico incorporou regras de reconhecimento de direitos dos povos indígenas brasileiros anteriores à existência do próprio Brasil, como estado-nação. Na verdade, a disputa pelas terras indígenas atrai outra luta mais profunda que é a negação da qualidade de ser indígena, e do direito de ter reconhecidos seus direitos originários.

Adotarei também como referência a crítica de Mario Ruffer ao uso da temporalidade na história-disciplina como um gesto político, que pode ser identificada na articulação do conceito de nação, formas do passado e nas perspectivas pós-coloniais. O ato fundador do Estado-nação instaura o tempo histórico, que na modernidade é contínuo, homogêneo e vazio. Essa é uma noção política de tempo. As noções de ruptura e descontinuidade na história nacional moderna operam politicamente para excluir formas alternativas de inscrição da experiência no tempo (Ruffer, 2010, p. 14-25). É possível aproveitar o tempo da memória, que não é o tempo da história para mostrar que o tempo da memória de povos indígenas deveria fazer parte do tempo da história do estado-nação.

Essa perspectiva permite recolocar os índios brasileiros em outra posição na história do Brasil e compreender por que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 protegeu seus direitos originários.

Este trabalho pretende, assim, contribuir com a discussão jurídica sobre os direitos originários dos índios brasileiros e suas comunidades, que envolvem suas terras tradicionais, com uma nova classificação dos direitos na Constituição Federal de 1988., apresentando categorias com regimes jurídicos distintos: os direitos indígenas e os direitos dos índios.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Direitos indígenas e direitos dos índios na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é a primeira regra legal no Brasil que garante aos povos indígenas o direito à diferença, marcando uma reviravolta significativa no direito brasileiro (Almeida, 2010, p. 18). São apenas dois artigos, o artigo 231 e o artigo 232, que estão no Capítulo VII, “Dos índios”, do Título VIII, “Da Ordem Social”, que enunciam, desde então, “as bases dos direitos dos povos indígenas no Brasil” (Dias e Capiberibe, 2019, p. 11).

Afirma Manuela Carneiro da Cunha que o reconhecimento dos direitos dos povos originários sobre suas terras é algo muito antigo no Brasil, desde o Brasil Colônia, foi registrado na Constituição de 1934 e permaneceu em todas as outras constituições. “O que há de novo no texto da Constituição de 1988”, aponta a antropóloga, “são os direitos originários e a descrição daquilo que deve ser entendido como terra indígena” (Cunha, 2019, p.45).

Acrescento com Samuel Barbosa que houve uma mudança de paradigma, porque foi superada a perspectiva assimilacionista, segundo a qual a situação dos índios era transitória, até serem incorporados à cultura nacional, por uma nova perspectiva que, ao contrário, “reconhece que uma forma de vida tradicional tem direito ao futuro, não é uma condição transitória” (Barbosa, 2019, p. 126).

A Carta constitucional de 1988 atribui aos autóctones brasileiros um conjunto de direitos de titularidade própria e exclusiva. Inicialmente, é reconhecido o direito à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art.231). Declara a regra constitucional que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art.231, §1º).

As terras indígenas destinam-se à posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art.231, §1º), sendo inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (art.231, §4º).

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivado com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art.231, §3º).

Veda a Constituição Federal a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (art.231, §5º).

Por outro lado, a Constituição Federal estabelece que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art.231, §6º).

Exclui Constituição Federal a incidência sobre as terras indígenas do dever de favorecer a organização de atividade garimpeira e sua prioridade na autorização ou concessão de pesquisa e lavra (art.231, § 7º e art. 174, § 3º e § 4º). Por último, a Constituição Federal garante aos índios, suas comunidades e organizações, o direito de atuar como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (art.232).

Sustento que é possível extrair dessas regras constitucionais duas categorias distintas de direitos com regimes jurídicos diferenciados: direitos indígenas e direitos dos índios. Direitos indígenas são os direitos reconhecidos pela Constituição Federal aos povos indígenas e suas comunidades, que inclui direitos originários sobre suas terras.

A primeira referência a essa dicotomia de categorias encontra-se em Sergio Servulo da Cunha, no prefácio brasileiro ao livro de Hartmut-Emanuel Kayser, Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual, de 2010. Cunha, no entanto, apenas sugeriu a existência dessas categorias, mas não chegou a desenvolver a idéia³.

³ “As diretrizes da harmonização com essa esfera de direitos, que pode ser visualizada como uma quarta esfera federativa, já se esboçam no repertório do Direito Público (v.g. os conceitos de domínio eminente, domínio público, soberania e autonomia) e na jurisprudência, onde se dirimem os conflitos entre o Direito Indígena

A Convenção 169 da OIT define os povos indígenas, diferenciando dois grupos:

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas

Há, portanto, o reconhecimento da natureza de sujeitos coletivos dos povos indígenas, o que na nossa Constituição Federal foi denominado de comunidades indígenas.

Estão, conseqüentemente, protegidos tanto o sujeito individual, índio, quanto os sujeitos coletivos, povos indígenas. Ao mesmo tempo, é indígena o direito à declaração da nulidade e sua extinção, de todos os atos de ocupação, domínio e posse de terras indígenas. Mesmo sendo tautológico, é importante destacar que o regime jurídico de todos esses direitos expressos no texto da Constituição Federal é de direito constitucional, aos quais, inclusive, se devem atribuir os efeitos próprios dos direitos fundamentais, entre os quais a garantia da eficácia máxima, ou da garantia da vedação ao retrocesso⁴. Disso decorre que nem mesmo uma emenda constitucional pode restringir esses direitos indígenas.

Qualificá-los como direitos constitucionais é importante, por exemplo, quando se trata da posse constitucional das terras indígenas, que não se confunde com posse civil, sendo *habitat* de um povo, como já reconhecido pelo STF no voto do Ministro Victor Nunes Leal, no Recurso Extraordinário 44.585 (1961) e no Mandado de Segurança nº 16.433 (1967)⁵

Não obstante, ao lado dos direitos indígenas, o texto constitucional reconhece a validade dos direitos dos índios de cada povo indígena, já que reconhece direito a sua

(direito nacional) e o que podemos designar como Direito dos índios (Direito próprio das comunidades indígenas” (Cunha, 2010, p. 20).

⁴ Considero equivocada a discussão sobre a natureza de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado das comunidades indígenas, como a formulada por Samia Roges Jordy Barbieri (BARBIERI, 2021, p.57-58). A natureza é de direito constitucional.

⁵ Referem-se ao voto do Ministro Victor Nunes Leal: Vinicius Rocha Moço (Conjur, 2024); Rogério Tadeu Romano (JusBrasil, 2024); e Manuela Carneiro da Cunha (2018, p.314).

organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Bastaria essa garantia de reconhecimento de organização social e tradições para envolver o campo jurídico, mas o constituinte para não deixar dúvidas, reconheceu os costumes, que como se sabe são fonte de direito.

A Constituição Federal de 1988, como se vê, não garante apenas os direitos indígenas, mas, na medida em que garante aos índios os direitos que decorrem de sua organização social, seus costumes e tradições, também lhes garante outros direitos próprios e específicos de cada comunidade indígena. Isso significa, à luz da teoria do ordenamento jurídico, que o sistema jurídico brasileiro se abre e reconhece a validade de outros sistemas jurídicos consuetudinários de cada comunidade indígena.

Assim, eventual conflito não é apenas conflito de normas, resolvido pelas regras tradicionais de solução de antinomias – lei superior derroga lei inferior, lei especial derroga lei geral, lei posterior derroga lei anterior -, mas verdadeiro conflito entre sistemas⁶.

Os cuidados hermenêuticos merecem ser redobrados neste caso, porque os indígenas brasileiros não são estrangeiros. A eles se aplicam tanto o ordenamento jurídico brasileiro, quanto seus próprios sistemas jurídicos costumeiros. Apenas como exemplo, cabe mencionar o caso dos Parakanã ocidentais, dos Awa, também chamados de Guajá, citado por Manuela Carneiro da Cunha⁷, que optaram por uma vida sem agricultura e sabem viver da floresta e de pilhar os vizinhos. Esse tipo de pilhagem, que, segundo Cunha, “faz parte”, só pode ser compreendido dentro de um universo cultural que não o trata como crime segundo o código penal brasileiro. Ser a conduta aceita ou não segundo aquela tradição, impõe um olhar distinto do jurista diante do choque entre o direito nacional e o direito dos índios Guajá.

Mas essa não pode ser uma regra geral e absoluta, porque na eventualidade de conflito de norma costumeira que viole direitos fundamentais, será necessário aplicar a regra mais benéfica à pessoa humana, segundo o princípio do direito internacional dos direitos humanos⁸.

Um dos problemas é que o conceito de direitos fundamentais e, mais ainda, de conflito

⁶ Para um estudo de caráter geral nos vários tipos de relações entre ordenamentos, vide: BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 2a ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 154-158. 5

⁷ CUNHA, Manuela Carneiro. Os índios na Constituição. Organizadores Camila Loureiro Dias, Artionka Capiberibe. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019, p. 46.

⁸ Para o exame da aplicação do princípio *pro homine* para solução de antinomias entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, por todos: Valério Mazzuoli. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227-231.

entre direitos, situa-se no sistema jurídico nacional.

Não é fácil recusar validade a uma regra costumeira, tendo em vista que a Constituição garante o costume e a tradição dos índios, mas considero que na qualidade de brasileiros, os índios submetem-se à regra máxima do respeito à dignidade humana, que se encontra expressa no texto constitucional e em diversos tratados que o Brasil é signatário. O importante é destacar que os direitos costumeiros dos povos indígenas são garantidos por disposição constitucional expressa, que denomino através da categoria direitos dos índios.

2.2. O direito dos índios nos tratados internacionais

Há um conjunto de textos normativos internacionais que compõem um *corpus* jurídico do direito indígena, que reforçam a regra constitucional de proteção aos direitos dos índios e são direito brasileiro por sua integração. O comando constitucional incorpora os tratados de direitos humanos ou com *status* de norma constitucional, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art.5º, §3º, da CF) ou com *status* supralegal, acima das leis ordinárias e abaixo da constituição (RE 466.343, do STF, rel. Min. Gilmar Mendes).

Seja como regra constitucional, seja como regra supralegal, as disposições normativas internacionais referentes aos indígenas compõem o *corpus* normativo nacional de proteção dos direitos dos índios na qualidade de direitos indígenas.

Destaco, inicialmente, a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, de 26 de junho de 1989, cuja regra do art.8º, 1º, obriga que sejam levados em consideração os costumes e o direito consuetudinário dos índios na aplicação da legislação nacional, fazendo, portanto, uma distinção conceitual entre o direito nacional (chamado legislação nacional) e o direito consuetudinário dos índios.

Minha proposta é que sejam diferenciados os conceitos direitos dos índios e direitos indígenas, mas na mesma linha de diferenciação, em relação ao direito nacional, denomino apenas direitos indígenas os direitos nacionais aplicáveis aos índios, distintos dos direitos consuetudinários próprios de cada povo indígena, que chamo de direito dos índios.

Em seguida, a regra do art.8º, 2º, da Convenção 169 estabelece que os povos

⁹ Artigo 8º, 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

¹⁰ Artigo 8º, 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário,

indígenas têm o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, mas na hipótese de conflito com direitos fundamentais do sistema de direito internacional de direitos humanos, estes prevalecerão.

É uma normatização distinta da que propus para que seja utilizado o princípio *pro homine*. Ou seja, havendo conflito entre o direito dos índios e direito humano internacional, a regra convencional determina que seja aplicado o direito internacional, mas considero essa disposição está superada pelo princípio internacional de aplicação da regra mais favorável, ou seja, do princípio *pro homine*, que é, em si mesmo, regra de direito internacional dos direitos humanos.

A última regra específica da Convenção 169 dispõe que as demais regras anteriores não podem impedir os índios de exercer os direitos reconhecidos a todos os cidadãos do país e assumam obrigações correspondentes (art.8º, 3¹¹). Vai na mesma linha do que tenho sustentado, no sentido de que os indígenas brasileiros são, ao mesmo tempo, índios e brasileiros, não lhes retirando a Constituição Federal os demais direitos decorrentes da nacionalidade brasileira, mas lhes reconhecendo direitos próprios de sua qualidade de sujeitos titulares de direitos específicos.

Igualmente importante, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 13 de setembro de 2007, que, além de garantir o direito à autodeterminação (art.3º), reconhece aos povos indígenas o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado (art.5º).

A Declaração da ONU “apresenta-se como uma verdadeira plataforma emancipatória das populações indígenas”, e vem sendo considerada cogente por ser a cristalização normativa de um costume internacional (Mazzuoli, 2021, p. 267). Há, portanto, regra de direito costumeiro internacional, *jus cogens*, que reconhece aos povos indígenas sua autodeterminação e suas próprias instituições jurídicas, ou seja, seus direitos próprios, que aqui denomino direitos dos índios.

deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

¹¹ Artigo 8º, 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Por último, temos a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que é o primeiro instrumento no âmbito da OEA e representa um novo marco de proteção dos direitos dos povos indígenas nas Américas (Mazzuoli, 2021, p. 273-286).

Já no conjunto inicial de considerações, a Declaração da OEA reconhece que “os povos indígenas sofreram injustiças históricas como resultado, entre outros aspectos, da colonização e de terem sido despojados de suas terras, territórios e recursos”.

Naquilo que interessa a este trabalho, a Declaração da OEA traz importante reconhecimento e proteção de direitos coletivos, em seu artigo VI e artigo XXII, 1, 2, 3, 4:

Artigo VI - Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicas, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas.(...)

Artigo XXII – Direito e jurisdição indígena

1. Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.
2. O direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional
3. Os assuntos referentes a pessoas indígenas ou a seus direitos ou interesses na jurisdição de cada Estado serão conduzidos de maneira a proporcionar aos indígenas o direito de plena representação com dignidade e igualdade perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção e benefício da lei, inclusive ao uso de intérpretes linguísticos e culturais.
4. Os Estados tomarão medidas eficazes, em conjunto com os povos indígenas, para assegurar a implementação deste Artigo. (Brasil, 1988, s/p)

Como se pode ver, existem regras de direito internacional do sistema interamericano de direitos humanos que reconhecem o direito dos povos indígenas a seus sistemas ou instituições jurídicas, além de suas terras, territórios e recursos¹², em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, bem assim regra expressa que impõe aos estados signatários a obrigação da ordem nacional reconhecer e respeitar o direito e os sistemas jurídicos indígenas.

Na mesma linha dos demais textos normativos internacionais, aos povos indígenas é reconhecido o direito a seu próprio direito, a que eu proponho denominar, direito dos índios.

¹² Para os precedentes sobre a proteção dos povos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos, vide: Mazzuoli (2021, p. 267-271).

A proposta que aqui apresento de distinguir o regime jurídico dos direitos indígenas (direitos nacionais) do regime jurídico dos direitos dos índios (consuetudinário), tem como finalidade contribuir para a percepção do conteúdo e extensão de cada categoria, constitucionalmente assegurados.

Em primeiro lugar, ambas as categorias são asseguradas na Constituição e possuem natureza de direitos fundamentais, aplicando a eles todas as regras e princípios do regime jurídico dos direitos fundamentais, entre os quais, o da máxima efetividade.

Por outro lado, se os direitos indígenas são direito positivo do Estado brasileiro, os direitos dos índios são consuetudinários, mas, nem por isso, com menor validade ou eficácia.

Além disso, em eventual conflito com direito nacional as soluções são distintas. Havendo choque entre direito que decorra de norma de direito positivo brasileiro e direito indígena, este prevalecerá porque tem natureza de direito constitucional especial e fundamental¹³.

Em eventual choque entre direito nacional e direito dos índios, estes devem prevalecer, respeitados os direitos fundamentais, com os cuidados que já destaquei acima de que é um conflito de ordenamentos.

2.3. O marco temporal das terras indígenas e a decisão do STF

Nossa Constituição Federal garantiu aos povos indígenas brasileiros direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art.231). Neste momento, uma das questões centrais em disputa diz respeito ao conceito jurídico dos “direitos originários” sobre as terras indígenas.

A diferenciação conceitual aqui proposta pretende contribuir para essa discussão, a favor de uma interpretação que esteja em sintonia com a Constituição Federal e o direito internacional dos direitos humanos. O conjunto de regras constitucionais que protegem as terras indígenas é muito significativo, seja pela quantidade de regras constitucionais que tratam do tema, seja pela sua relevância econômica e social.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre o momento inicial da

¹³ Sei que há uma diferença entre conflito de normas e de princípios, mas optei por não avançar nesta discussão, neste texto.

proteção das terras indígenas, determinando se este momento ocorreu a partir da promulgação da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ou se antes disso.

O “marco temporal” é uma tese jurídica que defende que os povos indígenas só têm direito à demarcação de suas terras tradicionais se estivessem ocupando essas terras em 5 de outubro de 1988, data da publicação da Constituição Federal. Segundo essa tese, as terras que estavam desocupadas ou ocupadas por outras pessoas naquela data não podem ser demarcadas como terras indígenas.

O STF rejeitou, no dia 21 de setembro de 2023, a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Por 9 votos a 2, o Plenário decidiu que a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) não pode ser utilizada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, com repercussão geral (Tema 1.031). A tese foi assim fixada, em acórdão de mérito publicado, em 15/02/2024.

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 artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 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

V indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;

VI – 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

VII inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou 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;

VIII – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;

IX – 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);

X – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 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 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;

XI - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 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;

XII - 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;

XIII - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

XIV – 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;

XV – 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.

(Brasil, RE 1017365 TEMA: 1031. RECURSO EXTRAORDINÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO Relator: MIN. EDSON FACHIN)

2.4. Do Projeto de Lei nº490/2007 à Lei nº 14.701/2023

Decidida a questão pelo STF, em 21 de setembro de 2023, houve reação do Congresso Nacional, que acelerou a aprovação do PL 490/2007, que fora apresentado na Câmara dos Deputados, em 20 de março de 2007, pelo Deputado Homero Pereira (PR-MT), para regulamentar o art.231, da Constituição Federal, e fora remetido ao Senado Federal, em 01 de junho de 2023.

No Senado Federal, tornou-se o PL 2903/2023, tendo sido requerida urgência, em 06 de junho de 2023, deferida, mesmo após solicitação de audiência pública, e oferecidas emendas, foi apresentado relatório pela aprovação, em 23 de agosto de 2023, com Parecer nº145/2023-PLEN/SF sobre as emendas, com votação nominal em 27 de setembro de 2023, com requerimento de destaque para votação em separado, e, uma vez aprovado, foi encaminhado à Presidência da República para sanção, em 29 de setembro de 2023.

O Presidente da República sancionou a Lei nº 14.701, com 33 vetos, através da Mensagem 536, de 20 de outubro de 2023, vetos rejeitados pelo Congresso Nacional, em sessão de 14 de dezembro de 2023. Foi a Lei nº 14.701, promulgada em 20 de outubro de 2023, com vetos, posteriormente os vetos tendo sido rejeitados, foram publicados, no DOU em 28 de dezembro de 2023, republicados em 1 de janeiro de 2024, pelo Presidente do Senado.

A regra do art.4º, a Lei nº 14.701/2023, estabelece que são terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal eram, simultaneamente, Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: a) habitadas por eles em caráter permanente; b) utilizadas para suas atividades produtivas; c) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; d) necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O Congresso Nacional, portanto, em reação ao STF, aprovou projeto de lei que estabelece o marco temporal que a Corte Constitucional havia declarado inconstitucional, na data da promulgação da Constituição Federal.

Três partidos políticos, os partidos Liberal, Progressistas e Republicanos, pediram ao Supremo Tribunal Federal (STF) que fosse declarada a validade da lei que estabelece o marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 87, que foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes, em 28 de dezembro de 2023.

No dia seguinte, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Rede Sustentabilidade ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7582, alegando que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral reconhecida, invalidou a teoria do

marco temporal. Da mesma forma, no dia 02 de janeiro de 2024, foi apresentada ao STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7583, com pedido de liminar, pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Verde (PV).

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou a suspensão, em todo o país, dos processos judiciais que discutem a constitucionalidade da Lei do Marco Temporal (Lei 14.701, de 2023), até que o Tribunal se manifeste definitivamente sobre o tema. O ministro explicou que a medida visa evitar o surgimento de decisões judiciais conflitantes que possam causar graves prejuízos às partes envolvidas (comunidades indígenas, entes federativos ou particulares). Na mesma decisão, o ministro Gilmar Mendes também deu início ao processo de mediação e conciliação no âmbito do STF, de forma a buscar uma solução sobre o reconhecimento, demarcação, uso e gestão de terras indígenas. Até a conclusão deste artigo, em 23 de dezembro de 2024, o STF já tinha realizado 14 audiências de conciliação. Suspendendo os trabalhos com o recesso de fim de ano, a ser retomado, em 2025¹⁴.

2.5. O Projeto de Lei nº 4.566/2023, do Marco do Genocídio Indígena

Diante dessa discussão, a deputada Celia Xakriabá (PSOL-MG) apresentou, em 20/09/2023, o Projeto de Lei nº 4.566/2023, que dispõe sobre o marco temporal do genocídio indígena, que, segundo o projeto, começa com a invasão do Brasil, no ano de 1500. Em sua justificativa, veda a imposição de qualquer “marco temporal” ao direito originário à terra pelos povos indígenas e fixa o “marco temporal do genocídio indígena”, ocorrido no ano de 1500 com a invasão do Brasil, que culminou no desaparecimento de inúmeros povos, línguas e culturas indígenas.

Sustenta o projeto de lei que a tese do “marco temporal” muda a história do Brasil, pois considera que, antes de 5 de outubro de 1988, não haveria história, e inverte a lógica da verdade factual porque parece que quem chegou nas caravelas foram os indígenas. As pessoas são reposicionadas, colocando, falsamente, o colonizador como dono da terra e o indígena como invasor. O “marco temporal” nega a presença dos indígenas neste território, nega as práticas de sobrevivência, nega sua ciência, nega seu canto, sua pintura, sua culinária, nega que os Povos Indígenas estiveram presentes e cuidando da biodiversidade por milênios, então ele nega sua contribuição para o planeta e para a história do Brasil. Afirma-se que para os

indígenas o Brasil é Pindorama.

O projeto defende que o “marco temporal” viola os direitos fundamentais dos povos indígenas, bem como inúmeros princípios e dispositivos da Constituição Federal, em especial o art. 231, bem assim os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção 169 da OIT.

Em conclusão a proposição legislativa assevera que o direito originário à terra dos povos indígenas impede a imposição de qualquer “marco temporal” que viole o texto constitucional, pois o direito congênito dos povos indígenas à terra é anterior ao próprio estado brasileiro.

Encaminhado à Comissão da Amazônia e dos Povos Indígenas, obteve parecer favorável do Deputado Chico Alencar (PSOL-RJ) e foi enviado à Comissão de Constituição e Justiça, no dia 24 de julho de 2024.

2.6. Os direitos originários dos povos indígenas e o marco temporal

Sustentei acima que do texto constitucional podem ser extraídos duas categorias distintas: direitos indígenas e direitos dos índios. Entre os direitos indígenas que estão expressos na Constituição Federal está o reconhecimento aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

O direito aos direitos originários sobre as terras é um direito indígena, porque pertence ao direito constitucional nacional, expresso na regra do art.231, mas o texto constitucional não define direitos originários, apesar de definir as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art.231,§1º).

Toda discussão sobre qual seria o marco inicial da proteção das terras indígenas no nosso país parte do pressuposto equivocado sobre quais são os direitos originários e qual seu conteúdo e extensão.

Alguns intérpretes submetem-se ao errôneo pressuposto de que estariam os direitos originários vinculados à existência de previsão constitucional do estado brasileiro, e, partindo dessa premissa, colocam o marco temporal, a partir da Constituição de 1934, primeira carta constitucional a prever a proteção das terras indígenas (Duprah, 2018, p.51).

Outros doutrinadores chegam a situar o marco do tratamento jurídico dos direitos indígenas, na Carta Régia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III (Silva, 2018, p. 25), ou mesmo, antes, na Carta Régia de 30 de julho de 1609, ou no Alvará de 1º de abril de

1680 (Cunha, 2012, p. 127).

Em seu voto no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, com repercussão geral (Tema 1.031), o ministro Edson Fachin discute amplamente o conceito de direitos originários, como se pode ver, resumidamente a seguir, quando reconhece:

a) que a atual Carta da República entende como fundamentais os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo a regra do art.231, verdadeira cláusula pétrea;

b) que o reconhecimento na Constituição Federal dos direitos territoriais originários é meramente declaratório, que independe da existência de um marco temporal, em 05 de outubro de 1988, portanto preexistem à promulgação da Constituição, não sendo constituído pelo ordenamento jurídico;

c) que eventual cadeia dominial ou possessória de determinada área não impede a demarcação;

d) que há compatibilidade constitucional da dupla afetação da área como terra indígena e como proteção ambiental;

e) que no julgamento da Pet 3.388 (TI Raposo Terra do Sol) o STF já havia dito qual “a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”;

f) que acolhia o parecer de José Afonso da Silva para quem “não há títulos anteriores a seus direitos originários”;

g) que o Decreto nº1.318/1854, que regulamentou a Lei de Terras nº 601/1850, entende que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, e já se reconhecia o direito originário dos indígenas às terras em sua posse;

h) que cita Carolina Ribeiro Santana e Thiago Mota Cardoso que afirmam que apesar de algumas supressões de temas caros aos indígenas, como o reconhecimento do estado plurinacional e multilinguístico, a Constituição consolidou uma vitória da luta indígena pela previsão de seus direitos na nova Carta Magna. Pela primeira vez inscreveu-se no texto

constitucional o direito originário dos povos indígenas às suas terras e, também, a legitimidade dos indígenas e suas organizações para ingressarem em juízo;

i) que assegurar aos indígenas os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial;

j) que a proteção constitucional aos “*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

k) que a Constituição da República, portanto, repete o preceito que, em nome da posse tradicional indígena, compreende ser nulo e extinto título dominial ou possessório válido incidente nessas áreas afetadas à manutenção do modo de vida das comunidades indígenas, a consistir em direito originário da etnia;

l) que cita Julio José Araújo Junior, para que: Os operadores do sistema de justiça têm o dever de procurar entender como funcionam os espaços de pertencimento de determinada etnia – cada etnia desenvolve-se e atua de uma maneira própria – para procurar garantir aquele direito originário reconhecido pela Constituição em face da suposta verdade registral que se coloca nos autos;

m) que a fim de compatibilizar a proteção constitucional aos direitos originários indígenas, os elementos acima expostos passam a ser condição de validade das decisões em ações possessórias que contraponham o direito civil à posse, compreendido como expressão dos poderes proprietários, e o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas.

Há, como se vê, posição consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os direitos originários, inclusive sobre as terras tradicionais, possuem proteção constitucional como direitos fundamentais com reconhecimento meramente declaratório, preexistentes à promulgação da Constituição de 1988, não sendo, sequer, constituídos pelo ordenamento jurídico estatal.

2.7. Direitos originários antes do Estado-nação

Considero inútil continuar a submeter a extensão dos direitos originários às terras indígenas a um “marco temporal”. Se for necessário, não tenho dúvida de situá-lo antes da existência do Brasil, enquanto território conquistado por Portugal.

Como se viu acima, segundo o direito brasileiro, são povos indígenas aqueles que descendem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista, colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais, com um olhar garantista dos direitos de uma sociedade pluriétnica (Mazzuoli, 2018, p. 263). O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que a realidade não é única, mas múltipla e fluida, e, portanto, ampara cosmologias distintas, múltiplos mundos, cosmovisões distintas, inclusive sobre tempo, espaço, ser no mundo, etc. (Bezerra, 2019, p. 20).

A qualidade de indígena, por sua vez, decorre do pertencimento, por auto identificação, como se vê nas regras do direito internacional, internalizadas no direito brasileiro. Adotaram concepção que a antropologia já defendia, muito antes¹⁵.

Disso decorre que os direitos indígenas e os direitos dos índios não estão vinculados a qualidades fenotípicas ou a comportamentos de indivíduos ou povos tidos como estranhos pela sociedade envolvente, mas sim ao fato histórico de descenderem das populações que viviam, há mais de 10 mil anos, neste espaço geográfico, que hoje chamamos Brasil, constituído como estado-nação, com uma Constituição escrita, somente em 25 de março de 1824.

Foram reconhecidos aos povos indígenas brasileiros direitos específicos, direitos próprios, entre os quais estão os direitos originários sobre suas terras. Sendo a Constituição brasileira resultado de um pacto político de todos os brasileiros no exercício do máximo poder constituinte, algumas partes de seu conteúdo espelham aquilo que queriam e querem ser como grupo político, ou seja, sua identidade nacional. É o caso, por exemplo, do art.3º, onde se encontram seus objetivos fundamentais. Note-se que não são simples objetivos, são objetivos fundamentais, objetivos que fundam a república democrática.

Proponho que a interpretação do art.3º deva se dar de duas formas. A leitura positiva é

¹⁵ Como destaca Manuela Carneiro da Cunha: “Na realidade, a antropologia social chegou à conclusão de que os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e os outros grupos com os quais interagem. Existem enquanto se consideram distintos, não importando se essa distinção se manifesta ou não em traços culturais. E, quanto ao critério individual de pertinência a tais grupos, ele depende tão somente de uma autoidentificação e do reconhecimento pelo grupo de que determinado indivíduo lhe pertence. Assim, o grupo pode aceitar ou recusar mestiços, pode adotar ou ostracizar pessoas, ou seja, ele dispõe de suas próprias regras de inclusão” (Cunha, 2012, p. 103).

a que toma o texto pura e simplesmente, que aponta para o dever-ser, para o futuro, para a sociedade brasileira que se deseja alcançar.

Mas o texto do art.3º da Constituição merece também a leitura negativa que aponta para o ser, aquilo que a sociedade brasileira é no presente. A sociedade brasileira não é livre, nem justa, nem solidária. Nela ainda não está garantido o desenvolvimento nacional. Na sociedade brasileira ainda há pobreza, marginalização e desigualdades sociais e regionais, e, também, há preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

Exatamente porque a sociedade brasileira é assim como é, que a Assembleia Nacional Constituinte expressou o pacto político de transformá-la para o que deveria vir a ser. Regras jurídicas de proteção de minorias são necessárias, exatamente porque aquelas estão socialmente desprotegidas e lutam para ser incluídas como iguais. É a tentativa de uma sociedade cruel que pode se repensar criticamente (Saboia, 2019, p. 59).

É necessária uma regra constitucional de reconhecimento e garantia de direitos originários sobre as terras indígenas, exatamente porque os povos indígenas estão, em geral, socialmente desprotegidos, marginalizados, de maneira variada ao longo do tempo, desde 1.500¹⁶, com a chegada dos portugueses e a implantação de um modelo colonialista baseado na exploração de pessoas humanas que não eram europeias ou descendentes de europeus, sobretudo povos originários e pessoas negras.

Da mesma forma que dizimaram os povos indígenas no Brasil, dizimam os pobres e os indígenas, os pretos e as mulheres. É o que Saboia denomina de “lógica da história dos processos civilizatórios” (Saboia, 2019, p. 64).

A história dos povos indígenas brasileiros, no entanto, não começou em 1.500, muito menos em 1824. Aceita-se, em geral, que tenha de 14 a 12 mil anos, havendo novos estudos que podem ampliar bastante esse tempo (Cunha, 2012, p. 10). Trata-se de mudar o foco da história dos colonizadores para a história dos índios (Almeida, 2010, p. 21) e, mais ainda, abandonar antigas concepções que excluam os índios da história brasileira (*idem*, p. 25).

O pacto político resultante da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, e que produziu o texto da Constituição Federal de 1988, fruto de uma disputa e uma luta que teve os povos indígenas como protagonistas¹⁷, afirmou o que era a sociedade brasileira e o que

¹⁶ Estima-se mais de 1.000 etnias no tempo da conquista (Almeida, 2010, p. 29)

¹⁷ Sobre a atuação Sustenta José Carlos Saboia que os índios se tornaram sujeitos constituintes quando começaram a fazer pajelança na antessala do Senador Mario Covas, líder importante da Assembleia Constituinte. Segundo ele: “foi um dos momentos mais lindos da vida brasileira” (Dias e Capiberibe, 2019, p.71).

deveria ser, incluindo a proteção de minorias como os povos indígenas, aos quais se garantiu direitos originários sobre suas terras, porque era preciso reconhecer sua importância social e compensar sua história de exploração pelos europeus e seus descendentes.

Mas os direitos indígenas não dizem respeito apenas aos povos originários; dizem respeito a todos, como ressalta Samantha Juruna: “defender os nossos direitos enquanto povos indígenas não se trata de uma questão somente dos povos indígenas” (Juruna, 2019, p. 89). Isso é importante destacar: a proteção constitucional dos direitos indígenas e dos direitos dos índios espelha uma forma político-jurídica inclusiva que foi aprovada pela sociedade brasileira nos embates do processo constituinte. É uma autodefinição que o Brasil fez de si mesmo. Como bem alerta Manuela Carneiro da Cunha: “O que está em causa, na realidade, é o modelo que o país deseja para si mesmo e o papel das populações indígenas nesse modelo” (Cunha, 2012, p.133).

O Supremo Tribunal Federal reconhece em voto do min. Celso de Melo, trazido pelo voto do min. Edson Fachin, que a razão da Carta Magna os haver chamado de "originários", é para traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-indígenas.

Direitos originários são mais antigos que qualquer outro, diz o Supremo, mas, na verdade, pode-se acrescentar, que são tão antigos porque anteriores ao Brasil. Os direitos são originários porque precedem a Constituição e o estado-nação¹⁸.

Considero pertinente a crítica de Mario Ruffer ao uso da temporalidade na história-disciplina como um gesto político, que pode ser identificada na articulação do conceito de nação, formas do passado e nas perspectivas pós-coloniais. O ato fundador do Estado-nação instaura o tempo histórico, que na modernidade é contínuo, homogêneo e vazio. Essa é uma noção política de tempo. As noções de ruptura e descontinuidade na história nacional moderna operam politicamente para excluir formas alternativas de inscrição da experiência no tempo (Ruffer, 2010, p. 14-25).

Para Ruffer os "outros" sujeitos (o indígena, o nativo, o camponês) foram deixados de lado graças a um duplo processo de negação simbólica em grande parte dos discursos acadêmicos e políticos: de um lado, subsumidos sob a lógica do capital no desenvolvimento

¹⁸ Essa doutrina na precedência dos direitos originários foi formulada, inicialmente, por João Mendes Junior, em: Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, originalmente publicada em 1912.

da nação e, ao mesmo tempo, despojados dos benefícios da ordem sistêmica (Ruffer, 2010, p.22).

Aos povos erroneamente chamados de “primitivos”, era relegado o tempo ancestral, atávico, anterior à formação do Estado-nação, razão pela qual seu estudo não pertencia à história, mas sim a antropologia (Ruffer, 2010, p.18). No Brasil é famosa a afirmação de Varnhagen, para quem nos “povos na infância não há história: há só etnografia” (Almeida, 2010, p. 17).

Isso vem sendo superado pelo diálogo da história com outras disciplinas, especialmente com a antropologia, com troca de experiências a respeito de seus temas e ferramentas de trabalho. Surgiram pesquisas que conjugam teorias e métodos históricos e antropológicos que vão pouco a pouco desconstruindo compreensões simplistas e interpretações equivocadas sobre os índios e suas relações (Almeida, 2010, p. 10-11).

Ademais, é possível aproveitar o tempo da memória, que não é o tempo da história porque pertencem a regimes discursivos diferentes: a história ao inerte da estratégia, à linguagem científica da explicação por meio de operações precisas e a memória à exposição discursiva da experiência (Ruffer, 2010, p.13). Aproveitamento, não para colocar a memória coletiva em um tempo atávico que foi corroído pelo progresso, nem, muito menos, para resgatar aqueles que teriam ficado fora da história (Ruffer, 2010, p. 22). Mas sim para mostrar que o tempo da memória de povos indígenas deveria fazer parte do tempo da história do Brasil, onde, em regra, foram explorados pelos europeus e seus descendentes.

Quando a perspectiva dessa luta simbólica supera a centralidade que os europeus construíram para si como dominadores do mundo ocidental, e, no nosso caso, os portugueses, depois do ano 1500, como o faz o PL 4.566/2023 que tramita no Congresso Nacional, é possível recolocar os índios brasileiros em outra posição na história do Brasil e compreender por que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 protegeu seus direitos originários, bem como qual a extensão dessa proteção.

O Estado brasileiro reconhece a alguns de seus nacionais, os índios e suas comunidades indígenas, direitos originários sobre suas terras, porque são descendentes de povos indígenas que habitam este espaço geográfico antes do próprio Estado-nação. A Constituição Federal impõe que a interpretação dos direitos originários ocorra no sentido daquilo que efetivamente são como parte de sistemas jurídicos consuetudinários e, portanto, sua extensão e seu conteúdo devem levar em conta, a um só tempo, sua natureza de direitos

indígenas, ou seja, integrantes do direito constitucional nacional, e sua natureza de direitos dos índios, específicos em cada um dos povos indígenas.

Acrescento que a categoria de direitos originários não está em conflito com a classificação por mim proposta, porque são, ao mesmo tempo, direitos indígenas, já que previstos em regra do texto da Constituição, e direitos dos índios, porque cada um dos povos indígenas brasileiros haverá de possuir seu direito consuetudinário sobre uso de suas terras. Por outro lado, os conceitos por mim propostos não se chocam com a categoria do direito à multiplicidade ontológica, defendida por André Augusto Salvador Bezerra (Bezerra, 2019, p. 19-28). Penso que são perspectivas diferentes, pois, segundo minha ótica, o direito à multiplicidade ontológica gera os direitos indígenas e os direitos dos índios.

O envio da Constituição Federal de 1988 à originalidade dos direitos sobre as terras indígenas é o reconhecimento jurídico de que os povos indígenas existiam e possuíam sistemas jurídicos anteriores ao estado-nação, aos quais garante efeitos jurídicos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar que a disputa discursiva e conceitual acerca dos elementos constituintes de um suposto marco temporal do direito às terras indígenas tem múltiplas nuances. A fim de enriquecer o debate e sustentar, não apenas a inconstitucionalidade, mas a inutilidade jurídica da tentativa de imposição de um marco temporal, minha proposta é que sejam diferenciados os conceitos direitos dos índios e direitos indígenas, eis que a proteção constitucional dos direitos indígenas e dos direitos dos índios espelha uma forma político-jurídica inclusiva que foi aprovada pela sociedade brasileira nos embates do processo constituinte. A diferenciação tem o propósito de auxiliar a solução dos conflitos pelos direitos dos povos indígenas, munindo-os de possibilidades argumentativas contra a hipótese de um marco legal temporal para os seus direitos.

A proposta de distinguir o regime jurídico dos direitos indígenas (direitos nacionais) do regime jurídico dos direitos dos índios (direitos consuetudinários próprios de cada povo indígena), tem como finalidade contribuir para a percepção do conteúdo e extensão de cada categoria, constitucionalmente assegurados.

Concluo com a sugestão de ler e interpretar os direitos originários à luz do tempo da memória e não do tempo da história, razão pela qual é um equívoco ficar buscando qual teria sido o marco temporal da proteção das terras indígenas. A Constituição Federal tutela sua proteção, desde o tempo em que os povos indígenas existem. Tempo de uma história que

acolha o tempo da memória.

Referências:

ALMEIDA, Maria Regina Celestino. **Os índios na História do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **O feudo: a Casa da Torre de Garcia d'Ávila: da conquista dos sertões à independência do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos dos povos indígenas**. São Paulo: Almedina, 2021.

BARBOSA, Samuel. Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil. CUNHA, Manuela Carneiro da, BARBOSA, Samuel Rodrigues (organizadores). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 125- 137.

BEZERRA, André Augusto Salvador Bezerra. **Povos Indígenas e Direitos Humanos: direito à multiplicidade ontológica na resistência Tupinambá**. São Paulo: Giostri, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. OIT. Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. 26 de junho de 1989. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal e dispõe, sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Anexo LXXII. Disponível em: < [D10088 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/D10088)>. Acesso em: 25/07/2024.

BRASIL. STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 466.343, rel. min. Cesar Peluzo, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3/12/2008, DJE 104, de 05/06/2009, tema 60. Disponível em: < [Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](https://stf.jus.br)>. Acesso em: 25/07/2024.

BRASIL. PL 4566, de 2023. Apresentação 20/09/2023. Dispõe sobre o reconhecimento do Direito Territorial Originário dos Povos Indígenas e fixa o Marco Temporal do Genocídio Indígena. Autor Célia Xakriabá - PSOL/MG. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2389082> acesso em 29 jul 24.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direito e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. Terra indígena: história da doutrina e da legislação. In: **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora UNESP, 2018, p. 281-317.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Prefácio à edição brasileira, In: KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria Gloria Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p.20)

DIAS, Camila Loureiro, CAPIBERIBE, Artionka (Organizadoras). **Os índios na**

Constituição. Cotia/SP: Ateliê Editorial, 2019.

DUPRAH, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da, BARBOSA, Samuel Rodrigues (organizadores). **Direitos dos povos indígenas em disputa.** São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 43- 73.

JURUNA, Samantha Ro'otsitsina de C. A Constituição em disputa. In: **Os índios na Constituição.** Cotia/SP: Ateliê Editorial, 2019, p. 89-101.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direito humanos e direito interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ **Curso de direitos humanos.** 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense/Methodo, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES JUNIOR, João. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos. In: **Direito dos povos indígenas em disputa.** São Paulo: Editora UNESP, 2018, p. 319-360.

MICHAEL, Lothar, MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MOÇO, Vinicius Rocha. Marco temporal, uma teoria inconstitucional. In: Consultor Jurídico, 25. Jul 2024. Disponível em:< [Vinicius Moço: Marco temporal, uma teoria inconstitucional \(conjur.com.br\)](https://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 25/07/2024;
25/07/2024.

OEA. Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Washington: OAS.Documentos oficiais; OEA/Ser.D, 2016. Disponível em< [DecAmIND POR.pdf \(oas.org\)](https://www.oas.org)>. Acesso em: 25/07/2024

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em:< [Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas \(acnur.org\)](https://www.un.org)>. Acesso em: 25/07/2024.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ROMANO, Rogério Tadeu. O direito dos povos indígenas à terra é uma cláusula pétrea. In: JusBrasil. Disponível em:< [O direito dos povos indígenas à terra é uma cláusula pétrea | Jusbrasil](https://www.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 25/07/2024.

RUFER, Mario. **La temporalidad como política:** nación, formas de pasado y perspectivas poscoloniales. In: Memoria y Sociedad, Bogotá (Colombia), vol. 14, nº28, enero-junio.2010, p. 11-31.

SABOIA, José Carlos. Compartilhar a memória. In: **Os índios na Constituição.** Camila Loureiro Dias e Artionka Capiberibe (organizadoras). Cotia/SP: Ateliê Editorial, 2019, p. 55-74.

SILVA, José Afonso da. “Parecer”, In: CUNHA, Manuela Carneiro da, BARBOSA, Samuel Rodrigues. (orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa.** São Paulo: Editora Unesp, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. “O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo”. In: Revista do

CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27-41, out.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. STF encerra semestre com avanços em debates e propostas sobre Lei do Marco Temporal: ao todo, comissão especial designada pelo ministro Gilmar Mendes realizou 14 audiências em que se discutiu desde a jurisprudência sobre o marco temporal a sugestões de alterações na legislação em vigor. Disponível em:< <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-encerra-semester-com-avancos-em-debates-e-propostas-sobre-lei-do-marco-temporal/>>. Acesso em: 22/12/2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Colaboração de Flavia Scabin e Marina Feferbaum. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.