

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM DISPUTA:

uma análise das mobilizações indígenas contra o Marco Temporal à luz de E. P. Thompson

## FEDERAL CONSTITUTION IN DISPUTE:

an analysis of indigenous mobilizations against the Temporal Framework in the light of E. P. Thompson

Carolina Alvim Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** Os povos indígenas tem, garantido pela Constituição Federal de 1988, o direito originário sobre as terras que habitam. Contudo, esse direito está em constante disputa, uma vez que determinados setores da sociedade, insatisfeitos com os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, obtém o apoio de políticos, os quais apresentam uma diversidade de emendas e projetos de leis com a finalidade de invadir o território dos povos originários do Brasil. A partir da tese “domínio da lei” de E. P. Thompson, este artigo discutirá a tese do marco temporal e o protagonismo indígena diante das tentativas de retrocesso sobre seus direitos garantidos.

**Palavras-chave:** Indígenas, Marco temporal, Constituição Federal, E. P. Thompson

**Abstract:** Indigenous peoples have, guaranteed by the 1988 Federal Constitution, the original right over the lands they inhabit. However, this right is in constant dispute, since certain sectors of society, dissatisfied with articles 231 and 232 of the Federal Constitution of 1988, obtain the support of politicians, who present a variety of amendments and bills with the aim of to invade the territory of the native peoples of Brazil. Based on E. P. Thompson’s “rule of the law” thesis, this article will discuss the temporal framework thesis and indigenous protagonism in the face of attempts to set back their guaranteed rights.

**Keywords:** Indigenous, Temporal framework, Federal Constitution, E. P. Thompson

### Introdução

A Constituição de 1988 completou 30 anos, em 2018, em meio a uma ameaça ao Estado Democrático Brasileiro. O impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff<sup>2</sup>, ocorrido em 2016,

---

<sup>1</sup> Doutoranda em História pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (PPHR-UFRRJ), na linha de pesquisa Relações de Poder, Trabalho e Práticas Culturais. Mestra e graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Paulo (EFLCH-UNIFESP). Desenvolve pesquisa nas áreas de Antropologia e de História, nos seguintes temas: indígenas, festas e catolicismo popular.

<sup>2</sup> Sobre o processo de impeachment da ex-presidenta Dilma. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2022/03/28/apos-dois-anos-de-condenacao-trf-2-extingue-acao-contradilma-por-pedaladas-fiscais>

a prisão do presidente Luís Inácio Lula da Silva<sup>3</sup> e a eleição de Jair Bolsonaro à presidência, ambos em 2018, são exemplos dessa ameaça. As populações indígenas, por sua vez, sentiram o impacto dessa ameaça, uma vez que Jair Bolsonaro (2019-2022) disse que não iria demarcar nenhuma terra indígena enquanto fosse presidente, favorecendo a possibilidade de aprovação de projetos de leis inconstitucionais pudessem interferir nos direitos garantidos pela Constituição de 1988<sup>4</sup>. A partir de uma leitura fundamentada em Edward P. Thompson (1986), sobre o “domínio da lei”, o objetivo desse artigo é compreender o sistema judiciário como um espaço de disputa e analisar as possibilidades de ação dos povos indígenas, nesse espaço, no enfrentamento ao marco temporal, uma tese jurídica que representa um retrocesso sobre os direitos constitucionais garantidos.

Dessa forma, na primeira parte desse artigo, analisaremos como os povos indígenas conquistaram o capítulo *Dos Índios* na Constituição de 1988, isto é, como eles se articularam e quais estratégias adotaram para garantir que seus direitos estivessem previstos na Carta outorgada. Já na segunda parte do artigo, compreenderemos as formas de articulação dos povos indígenas, por intermédio da *Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib)*, para isso, analisaremos as cartas e notas publicadas no site da *Apib* no ano de 2021.

As publicações no site da *Apib* e nas redes sociais, nas quais os indígenas divulgam o Acampamento Terra Livre e outros atos, usando *tags* como, #MarcoTemporalNão!<sup>5</sup>, são umas das diversas maneiras dos povos originários expressarem a consciência social sobre seus direitos constitucionais. As publicações mostram que os povos indígenas não estão desorganizados e a *Apib* e a *ANMIGA (Articulação Nacional das Mulheres Indígenas Guerreiras da Ancestralidade)* são entidades que representam as populações ameríndias nacionalmente, portanto, fundamentais para garantir que não haja retrocesso nos direitos dos povos indígenas.

Além desses movimentos sociais indígenas, há também os movimentos sociais indigenistas, que manifestam e dão apoio aos povos originários, por exemplo, membros do

---

3 O Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu a ilegalidade e a arbitrariedade de Sérgio Moro no julgamento de Lula. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/global/2022/4/27/onu-reconhece-que-moro-foi-parcial-da-vitoria-para-lula-com-anos-de-atraso-114570.html>

4 O presidente Jair Bolsonaro (2019-2022) afirmou que não iria demarcar nenhuma terra indígena enquanto fosse presidente da república. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/bolsonaro-diz-que-nao-fara-demarcacao-de-terras-indigenas>

5 Usar hashtag nas redes sociais, associado a um assunto gera um hiperlink que encaminha para uma página com publicações sobre o tema e pode aumentar a visibilização do caso. A *Apib* publicou um Guia de Mobilização nas Redes, no qual há diversas sugestões de tags, de contas das redes sociais de organizações indígenas, cuja a finalidade é de que marquem as organizações e incluam as tags nas postagens de apoio a causa indígena.

sistema judiciário e das universidades. Desse modo, constituem o fio condutor (GINZBURG, 1991) desse artigo quatro nomes (indígenas e não indígenas) que atuaram e ainda atuam na luta pelos direitos dos povos originários do Brasil: a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, o jurista Dalmo de Abreu Dallari, o filósofo Ailton Krenak e o advogado e antropólogo Luiz Henrique Eloy Terena, os quais compartilharam suas memórias/histórias acerca da luta indígena sobre o direito à terra, que foram publicadas no livro *Os índios na Constituição (2019)*<sup>6</sup>, organizado pela antropóloga Artionka Capiberibe e pela historiadora Camila Loureiro Dias. Essas memórias são fundamentais para compreender o processo de articulação dos povos indígenas na luta contra aqueles que querem usurpar suas terras, a partir da tese “domínio da lei” de Edward P. Thompson (1986), da obra *Senhores e Caçadores*<sup>7</sup>.

Ao fazer uma crítica ao marxismo estruturalista, o qual compreende a lei como instrumento da classe dominante, Thompson (1986) argumenta que a solução dos conflitos por intermédio da lei “é totalmente diferente do exercício da força sem mediações.” (THOMPSON, 1986, p. 358). Segundo o historiador essa ideia de a lei ser instrumento de poder arbitrário, desestimula os sujeitos de lutarem contra a imposição dominante, ou seja, “Significa lançar fora toda herança de luta pela lei, e dentro das formas da lei, cuja continuidade jamais poderia se interromper sem lançar homens e mulheres num perigo imediato.” (THOMPSON, 1986, p. 358). Desse modo, Thompson (1986) sustenta a argumentação de que há um paradoxo da lei, pois, ao mesmo tempo em que, “a lei realmente mediava relações de classe existentes, para proveito dos dominantes [...], a lei mediava essas relações de classe através de formas legais, que continuamente impunham restrições às ações dos dominantes.” (THOMPSON, 1986, p. 356).

A participação de Dalmo de Abreu Dallari, na luta pelo direito dos povos indígenas estarem presentes na Constituição, remete a essa argumentação de E. P. Thompson sobre compreender o direito como espaço de luta social. Dalmo Dallari (2018), no *Seminário Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF*, realizado na *Faculdade de Direito da USP*, apresenta a importância da lei, de acordo com o advogado: “às vezes pode haver o risco do desânimo, de

---

6 Essas memórias foram compartilhadas em um evento de comemoração dos 30 anos da Constituição na Unicamp, em 21 de junho 2018, e que foram transcritas e publicadas no livro “*Os Índios na Constituição*”, organizados pela antropóloga Artionka Capiberibe (2019) e pela historiadora Camila Loureiro Dias (2019).

7 E. P. Thompson (1986) discute a origem e o significado da Lei Negra na sociedade inglesa do século XVIII, cuja lei parecia expressar o domínio de um grupo sobre outro, porém, o que o historiador identificou foi que a lei era a expressão da luta social entre dominantes e dominados.

alguém dizer que não adianta tentar ajudar os índios e eu respondo que adianta sim, com base na minha experiência nessa área. A resistência, a luta persistente pelos direitos, a utilização dos meios judiciais, tudo isso produz efeitos.” (DALLARI, 2018, p. 268).

O jurista conta que sua história com a questão indígena existe há quase cinquenta anos e começou quando a antropóloga da *USP*, Lux Vidal, o procurou pedindo ajuda sobre o impacto da construção da Usina Hidrelétrica de Tucuruí sobre os indígenas Gavião Parkatêjê. O advogado, por obter o sucesso judicial ao exigir que alterassem o projeto da usina, passou a estabelecer contatos com outros povos indígenas e atuar garantindo o direito dos ameríndios (DIAS; CAPIBERIBE, 2019, p. 141-142). Dalmo Dallari também atuou de forma significativa na Constituinte, junto com o Movimento Popular pela Constituinte, o jurista circulou pelo Brasil, lutando pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte. A proposta de “iniciativa popular” nasceu na “Sala da Constituinte”, na *Faculdade de Direito da USP*, e, a pedido de Afonso Arinos, presidente da Comissão Especial sobre Emendas Populares, Dalmo Dallari foi defender a proposta na Constituinte, a qual acabou por sendo aprovada (DALLARI, 2018, p. 272).

### **A luta pelo capítulo “Dos Índios”**

Para a elaboração da Constituinte diversos segmentos da sociedade participaram da construção do texto da Carta Outorgada em 1988. As Assembleias pela Constituinte foram fundamentais para a construção da “Constituição Cidadã”, promulgada em 05 de outubro de 1988. A nova Constituição rompeu com a ideia de assimilação dos indígenas ao reconhecer e proteger as diferenças línguas, costumes e organização social dos povos originários. Além disso, passou a garantir aos indígenas o direito de moverem juridicamente uma ação sem a necessidade de um órgão tutelar, a reconhecer o direito dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, e atribuir à União a competência de demarcá-las e o direito ao usufruto das riquezas dessas terras sem subordinar aos projetos de desenvolvimento nacional (BARBOSA, 2018). A Constituição de 1988 mudou a vida dos povos ameríndios, “por séculos marginalizados, viu sua curva demográfica mudar de direção. Desde então, o número de pessoas que se reconhecem indígenas quadruplicou. Passaram a ter um futuro, como se dizia na época. Passaram a ter uma história, portanto.” (DIAS; CAPIBERIBE, 2019, p. 12).

Entretanto, outros setores da sociedade ficaram insatisfeitos com o Capítulo *Dos Índios* e reverberam suas vozes por meio de Projetos de Leis (PL) e ações judiciais, as quais reivindicam a tese do Marcos Temporal para usurpar Terras Indígenas. O que enfurece os usurpadores das Terras Indígenas é que, pela primeira vez na história da República, a Constituição tem um capítulo específico sobre os povos indígenas, o Capítulo VIII, *Dos Índios*, composto pelos artigos 231 e 232<sup>8</sup>.

Foi um marco para os povos indígenas, pois o que prevalecia era a assimilação e a total integração dos povos indígenas à sociedade brasileira. Desde a Constituição de 1934, a questão da terra indígena esteve presente no artigo 129, o qual reconhecia os indígenas como possuidores das terras onde habitavam, ideia que remontava aos períodos Colonial e Imperial. Anteriormente, com o Ato Adicional de 1834, era estabelecido que as Províncias deveriam, junto com o Império, legislar sobre a civilização dos ameríndios. Com a Proclamação da República, em 1889, o Governo Provisório assinou o Decreto n.7, §12, o qual determinava que os indígenas ficariam sob tutela dos Estados da Federação, ato que durou até 1906, quando fora criado o Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (CUNHA, 2018, p. 302-304).

O Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão indigenista vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, foi criado em 1910, sob o viés ideológico positivista, tinha como objetivo transformar os indígenas em pequenos agricultores capazes de se autossustentarem. As ideias de transitoriedade e de capacidade relativa dos povos indígenas, publicadas no Código Civil de 1916 e no Decreto n. 5.484 de 27 de junho de 1928, atribuíram ao Estado o poder tutelar sobre os povos originários, o qual foi exercido pelo SPI até a sua extinção, devido à corrupção, quando foi criada a *Fundação Nacional do Índio (FUNAI)* em 1967. Durante a atuação do SPI, a questão da posse indígena sobre a terra ocorria por meio de solicitação de cada caso pelo SPI aos Estados (LIMA, 1992).

Já sob a Ditadura Militar, a Constituição de 1967 determinava que as terras indígenas eram patrimônio da União, embora a Convenção 107 sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes<sup>9</sup>, da *Organização Internacional do Trabalho (OIT)*, da qual o Brasil era signatário, estipulava o

---

8 Outros dois fatos inéditos da nossa história e fundamentais para fortalecer a causa indígena foram conquistados com o terceiro governo de Lula (2023-2026): o Ministério dos Povos Indígenas, com Sônia Guajajara como ministra, e a FUNAI tem como presidente da instituição uma pessoa indígena, a presidenta Joênia Wapichana.

9 Acordado em Genebra em 26 de junho de 1957.

direito de propriedade às populações que ocupavam tradicionalmente as terras. Dois anos depois, o artigo 198, da Emenda Constitucional de 1969, reafirmou que “as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis [...] a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas utilidades nelas existentes.”<sup>10</sup>. Conforme Manuela Carneiro da Cunha (2018), “o art. 198 é poderoso, mas contraria interesses igualmente poderosos. Não faltou quem o criticasse e o tentasse deturpar.” (CUNHA, 2018, p. 313).

O projeto assimilacionista fora fortalecido com a promulgação da lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, conhecida como o Estatuto do Índio, na qual retomava o que o Código Civil de 1916 determinava, a incapacidade relativa dos ameríndios, os quais deveriam ser tutelados pela *FUNAI* até a completa integração deles à sociedade nacional. Porém, em 1978, Ministro do Interior, Rangel Reis, criou um projeto, o qual pretendia emancipar dos indígenas considerados aculturados, como veremos adiante, com a finalidade de usurpar das terras indígenas. Nesse período, ainda não havia a União Nacional dos Índios, que fora criada em 1980, e, diante desse retrocesso de emancipação dos indígenas, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha junto com o jurista Dalmo Dallari e outros antropólogos, jornalistas, advogados e médicos (principalmente da *Escola Paulista de Medicina da Unifesp*) fundaram a *Comissão Pró-Índio* de São Paulo em 1978. Não apenas em São Paulo, mas outros movimentos indigenistas foram criados pelo país contra este decreto de emancipação dos povos indígenas (CUNHA, 2019, 38-39).

Manuela Carneiro da Cunha (2019), ao compartilhar sua memória, apresenta uma evidência, a qual mostra a estratégia indígena: A antropóloga diz: “Na Comissão Pró-Índio de São Paulo, tínhamos alguns advogados e também um índio clandestino que não sabíamos que era índio: era o senhor Ailton Krenak, que veio para espionar, disfarçado, para saber quem eram aquelas pessoas.” (CUNHA, 2019, p. 39).

Em uma entrevista concedida à Daniel Munduruku (2012), Ailton Krenak comentou sobre as estratégias adotadas pelos indígenas diante das possibilidades de garantir direitos na mobilização pela Constituinte durante a Ditadura Militar. Ailton Krenak relata, em uma

---

10 Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). A Constituição de 1967 determinava que as terras indígenas eram patrimônio da União. A emenda constitucional de 1969 mantém essa determinação e acrescenta a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos sobre a posse de terra indígena, não permitindo ao ocupante indenização contra a União ou a FUNAI. Embora essas leis reconhecessem as terras indígenas, a ideia de assimilação ainda estava presente nestes textos constitucionais.

entrevista concedida à Daniel Munduruku, que, nesta época, vivia em São Paulo, onde havia diversos movimentos de resistência contra a ditadura militar e “bastava ter atenção para ver em que frente você atuava, e eu não tinha dúvida: a luta pela terra indígena e contra a emancipação dos índios era minha bandeira natural. Comecei organizando o primeiro Movimento Indígena fora dos currais da Funai, Igreja, essas coisas...” (KRENAK, Ailton em entrevista a Daniel Munduruku, 2012, p.81)<sup>11</sup>. O filósofo indígena também argumentou que, durante a ditadura, o objetivo dos indígenas era sobreviver ao lema nacional da ditadura sobre os povos originários: “sobreviver à ditadura militar, genocídio, aniquilação total das famílias indígenas, racismo e preconceito bruto: índio bom é índio morto!” (KRENAK, Ailton em entrevista a Daniel Munduruku, 2012, p. 81).

Dessa maneira, Ailton Krenak apresenta a importância dos movimentos sociais contra a ditadura para os indígenas, segundo o pensador, o período de mobilização pela redemocratização e pela Constituinte influenciou os indígenas a se mobilizarem contra a ditadura e não se trata apenas da história indígena, mas da sociedade brasileira que se libertou da ditadura e conquistou: “democracia, direitos humanos, justiça social, participação cidadã. Tudo isso foi criação desse período. Saímos da ditadura bruta, sem direito nenhum, para a invenção da democracia, com ampla participação dos povos todos: índios, negros, amarelos, azuis, cor-de-rosa, vermelhos... isso é uma coisa estonteante...” (KRENAK, Ailton em entrevista a Daniel Munduruku, 2012, p. 83).

Manuela Carneiro da Cunha (2019), também recorda de uma questão importante, que impedia de os indígenas agirem por conta própria: a tutela. O indígena era tutelado pela *FUNAI* e apenas o tutor poderia ingressar com uma ação em juízo, contudo, a antropóloga recorda que muitos dos conflitos dos indígenas eram com a própria *FUNAI*. Ademais, essa experiência refletiu na Constituição de 1988, pois os indígenas podem abrir uma ação judicial. Conforme a lembrança da antropóloga: “Todas essas experiências prévias fizeram com que nós e Dalmo, na Comissão Pró-Índio, estivéssemos cientes dos gargalos da legislação, de forma que chegamos à Constituinte já com bastante experiência prática.” (CUNHA, 2019, p. 40).

---

11 Ailton Krenak concedeu uma entrevista à Daniel Munduruku, que foi publicada em: MUNDURUKU, Daniel. **O caráter do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012. – (Coleção educação em foco. Série educação, história e cultura).

A sociedade brasileira se mobilizava pela redemocratização e pela Constituinte, os indígenas fadados à extinção pelo Estado, se mobilizaram e canalizaram suas lutas com as lutas de outros grupos sociais e vice-versa. A antropóloga compartilha essa informação ao se referir ao movimento dos geólogos e como associar a mobilização dos geólogos à luta dos povos indígenas contribuiu para o direito à terra dos povos ameríndios na Constituição de 1988 (CUNHA, 2019, p. 47).

O Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) determinava também, conforme o artigo 65 do Estatuto, que em cinco anos a União deveria demarcar todas as terras indígenas. No ano de 1975, o Projeto RadamBrasil realizou um sobrevoo na região da Amazônia e identificou a possibilidade de extrair diversos minerais, o que fez com que várias empresas pedissem autorização para realizar a prospecção desses minerais, de modo que, nas assembleias pela Constituinte, a Amazônia já estava toda requerida. Ademais, não podemos esquecer, como já citado anteriormente, que associado ao Projeto RadamBrasil, estava o projeto de emancipação dos indígenas, proposto pelo Ministro do Interior, em 1978. Desse modo, a questão da prospecção e de lavra dos minérios por empresas na região da Amazônia também encontrou oposição na Coordenação Nacional de Geólogos. O coordenador geral dos geólogos, segundo Manuela Carneiro da Cunha (2019), argumentou:

“Nós somos contra a mineração na Amazônia por essas empresas todas, porque não existe segunda safra na mineração, é uma só. Não é de interesse nacional que isso tudo seja concedido a essas empresas”. A Coordenação Geral dos Geólogos se uniu contra o lobby das mineradoras na Constituinte. [...] “Agora nós queremos reservas minerais”, foi o que os geólogos disseram. “E por que não fazer as reservas minerais coincidirem com as terras indígenas? Assim preservamos ambos” (CUNHA, 2019, p. 47).

A antropóloga, na época, era presidente da *Associação Brasileira de Antropologia (ABA)* e exerceu um papel importante na mobilização pela Constituinte para que os direitos dos povos indígenas estivessem presentes na Constituição, muitas associações coordenadas por indígenas e não indígenas se uniram, mobilizando esforços por essa luta política (DIAS; CAPIBERIBE, 2019, p. 12).

O movimento indígena nos anos 1970 e 1980 passou a usar a categoria “índio” para fazer com que o movimento indígena adquirisse força. Embora os indígenas reconhecessem as diferenças entre eles e o que a categoria “índio” de fato significasse, foi preciso adquirir entendimento e pensar em um movimento “pan-indígena” para garantir direitos e visibilidade.

Segundo Daniel Munduruku, “A questão que está em jogo e a grande “sacada” de quem participou daquele momento precioso é que faz diferença e mostra o senso de oportunidade fundamental” (MUNDURUKU, 2012, p. 43). Ou seja, retomando nosso referencial teórico, E. P. Thompson (2012), a consciência do que era “índio” para a sociedade brasileira, possibilitou para os povos indígenas uma estratégia naquele contexto para garantir direitos constitucionais. Segundo E. P. Thompson (2012):

há um sem-número de contextos e situações em que homens e mulheres, ao se confrontar com as necessidades de sua existência, formulam seus próprios valores e criam sua cultura própria, intrínsecos ao seu modo de vida. Nesses contextos, não se pode conceber o ser social à parte da consciência social (THOMPSON, 2012, p. 261).

Os indígenas passaram a se organizar de modo que garantissem direitos e ficassem livres de projetos econômicos que pudesse desestruturar a vida social deles. Ao adotarem o termo “índio”, que unifica a experiência cultural de cada povo originário do Brasil, na verdade, foi uma tomada de consciência social de que são seres sociais capazes de lutar por direitos, uma vez que reconhecem as diferenças que lhe são impostas. Os indígenas fizeram uso consciente dessa diferença de modo que garantiram seus direitos.

Como foi lembrado pela Manuela Carneiro da Cunha (2019), diversos setores da sociedade passaram a se associar ao movimento indígena. O início do movimento indígena acontece quando o *Conselho Missionário Indigenista (CIMI)* realizou assembleia com os líderes indígenas, as quais chegaram a reunir mais de 200 líderes de povos indígenas. De acordo com Daniel Munduruku (2012), em meados dos anos de 1970, essas reuniões foram os principais instrumentos para a criação de uma identidade pan-indígena, tornando mobilizador de consciência. Já no início dos anos de 1980, os líderes indígenas passaram a organização as assembleias, o que levou criação da União das Nações Indígenas (UNIND) e depois da União das Nações Indígenas (UNI) (MUNDURUKU, 2012, p. 53).

Dessa forma, as primeiras lideranças indígenas passaram a participar dos fóruns de discussão pela Constituinte e, na busca por apoio da sociedade, os líderes dos movimentos se concentraram em Brasília, para manter informações sobre qual direção a política nacional estava tomando, e em São Paulo com a finalidade de criar aliança com a sociedade civil. Logo, na cidade de São Paulo, o movimento indígena ajudou a criar entidades mistas o *Centro de Trabalho Indigenista* de São Paulo (CTI), a *Comissão Pró-Índio* de São Paulo (CPI), o *Núcleo de Direitos Indígenas* (NDI), e conseguiu apoio de entidades como a *Associação Brasileira de*

*Antropologia (ABA)*, a *Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)* e de artistas, estudantes e cientistas (MUNDURUKU, 2012, p. 54).

Os anos de 1980 foram fundamentais para o movimento indígena, pois foram estabelecidas diversas alianças que tornaram possível a visibilidade dos indígenas. Mas dois eventos foram considerados um marco que reverberaram na elaboração do Capítulo sobre os índios na Constituição: a II Assembleia dos Povos Indígenas do alto Rio Negro, ocorrida em abril de 1987, e o discurso de Ailton Krenak na Assembleia Nacional da Constituinte, em Defesa da Emenda Popular da União Nacional dos Índios no Plenário da Câmara dos Deputados em 04 de setembro de 1987 (MUNDURUKU, 2012, p. 54).

Ideais reacionários ao projeto constitucional que se formava, fizeram falsa propaganda sobre o capítulo dos indígenas na Constituição, dizendo que era um capítulo que ameaçava a soberania nacional, desse modo, “o famoso discurso de Ailton Krenak no Plenário, se não foi responsável único por reverter a situação, ficou marcado na memória de quem o presenciou, e ainda vibra na memória coletiva.” (DIAS; CAPIBERIBE, 2019, p. 13).

Ao compartilhar sua memória, 30 anos depois da promulgação da Constituição, Ailton Krenak (2019) argumenta que “a entrada do povo indígena na nossa história recente se deu pela introdução do capítulo “Dos Índios” na nossa Constituição.” (KRENAK, 2019, p. 27). No entanto, enfatiza que a vigilância deve ser constante, pois:

os nossos direitos (sejam eles direitos da pessoa, direitos coletivos, direito de viver e compartilhar um território, direito de fazer uso desse território) são incessantemente postos em questão por aquela mentalidade que pensa ter a toda hora de ensinar os índios a pescar, a produzir e, afinal de contas, a transformar o lugar onde vivem em áreas de produção – se possível, de soja (KRENAK, 2019, p. 29-30).

No que se refere ao capítulo “Dos Índios”, Ailton Krenak expressa o sentido dele para os povos indígenas. Conforme Krenak (2019):

Se fôssemos traduzir aqueles termos para o diálogo amigável, o que teríamos seria mais ou menos o seguinte: “Todos os povos indígenas que não foram assassinados até esta ocasião devem ser respeitados em sua integridade. Onde eles estiverem vivendo, eles continuarão vivendo. E qualquer ato contra isto é genocida, é etnocida, é criminoso”. Foi isto que conseguimos escrever na nossa Constituição. Tem gente que faz de conta que não entende, mas o que está escrito lá é isto. “A todos os índios que o Brasil conseguiu não assassinar até esta data estão garantidos os seus direitos (KRENAK, 2019, p.32).

E, diante de tantas ideias errôneas sobre os povos originários, Krenak (2019) argumenta o que representa o direito indígena sobre a terra:

É óbvio que não temos como devolver Copacabana, Ipanema, Leblon, Monte Pascoal (como alguns imbecis gostam de escrever editoriais da Folha de S. Paulo, do Estado de S. Paulo, da Veja). Não há povo indígena reivindicando Copacabana, mas, sim, aqueles lugares onde os índios sobreviveram à sanha colonizadora e ao genocídio. E se eles ainda conseguem dizer que estão vivos, devem ser respeitados em seus direitos a continuarem praticando sua língua, seus costumes, sua cultura; que as suas áreas de perambulação, os cemitérios, os sítios sagrados, todos esses lugares de relevância para a sua vida, para sua subjetividade e para a reprodução de sua cultura, têm de ser respeitados na sua integridade” (KRENAK, 2019, p. 32).

E faz a reflexão sobre a importância da nossa Constituição e adverte que ela é palco de disputa. Segundo o filósofo:

É isso que nossa Constituição diz. E por isso tem gente que diz que nossa Constituição é um documento poético. Os economistas odeiam essa Constituição. Os engenheiros gostariam de usá-la para embrulhar plantas de projeto. E, infelizmente, o pessoal que pensa o país como se fosse uma empresa, acha que nossa Constituição já deveria ter sido modificada em sua maior parte. (...) É uma Constituição que está em disputa. Vocês já ouviram, em mais de uma ocasião, dizerem: “Nós temos uma Constituição que está em disputa”. Não sei se há algum outro lugar do mundo que tenha conseguido avançar além dos termos que nós colocamos na nossa Constituição, no capítulo “Dos Índios”. (...) Na época, quando nossa Constituição foi promulgada, ela inspirou debates no México, na Colômbia, na Bolívia, no Equador (KRENAK, 2019, p. 32).

A Assembleia Nacional pela Constituinte teve expressiva participação popular, mobilização, negociação e vitórias e resultou em dois artigos que representam uma grande conquista. “Apesar disso, os mesmos interesses que há trinta anos pretenderam barrar o avanço de direitos coletivos estão hoje fortemente decididos a recuperar o que consideram ter perdido com o reconhecimento desses direitos pela Constituição” (DIAS; CAPIBERIBE, 2019, p. 13). Dessa maneira, compreendemos que a disputa pelas terras indígenas é um ataque à Constituição.

### **A Constituição de 1988 e o equívoco da tese do Marco Temporal**

Como disse Ailton Krenak (2019), “É uma Constituição que está em disputa” (KRENAK, 2019, p. 32). A luta dos povos originários é diária, pois há diversos projetos de leis criados para favorecer ruralistas em detrimentos dos direitos indígenas garantidos. É preciso enfatizar, que esses projetos de leis encontraram respaldo no governo de Jair Bolsonaro, configurando uma política indigenista que ameaça a existência dos povos indígenas.

Foram diversos projetos de leis propostos durante o governo de Jair Bolsonaro (2019-2022). Há o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 177/2021, do deputado federal Alceu Moreira

(MDB/RS). Esse PDL 177/2021 tem como proposta de que o Brasil deixe de ser signatário da Convenção 169 da *Organização Internacional do Trabalho (OIT)*. A Convenção 169 da OIT foi assinada em 1989 com o objetivo de garantir que os indígenas e povos tradicionais tenham seus modos de vida respeitados, e o Brasil aderiu à Convenção 169 em 2004 por meio de um decreto presidencial. A Convenção 169 é importante para sobrevivência e para a garantia dos direitos indígenas, pois ela determina que os ameríndios e outros povos tradicionais sejam consultados caso haja interesse em criar alguma medida legislativa ou administrativa que possa afetá-los. A consulta deve ser prévia, livre e informada. Deve ser prévia porque os povos afetados devem ter o direito de opinar sobre o empreendimento antes da lei ser aprovada. Deve ser livre, pois não deve haver pressão sobre os povos que serão afetados de nenhum setor da sociedade. E informada porque o governo tem a obrigação de fornecer informações e de torná-las acessíveis aos povos que serão afetadas (APIB, 24/11/2021)<sup>12</sup>.

A Frente Parlamentar da Agropecuária divulgou uma nota de apoio a esse PDL 177/2021. A nota expressa argumentos racistas e anticonstitucionais, dentre os quais: não reconhece à identidade indígena, ao argumentar de que a Convenção contribui para a segregação da sociedade brasileira quando faz uso do termo “povos indígenas”, uma vez que o Estado brasileiro é constituído por um “povo só”, o “povo brasileiro”. E a falsa ideia de ameaça à soberania nacional, com a justificativa de que ao estabelecer a consulta prévia, livre e informada, a Convenção 169 estaria conferindo às terras indígenas mais importância do que aos estados-membros da Federação e, assim, o país estaria abdicando de sua soberania e as terras indígenas seriam estados soberanos dentro do território nacional.<sup>13</sup>

Conhecido como “PL da Grilagem”, o projeto de lei 2633 de 2020 trata de legalizar as ocupações irregulares em terras públicas, dessa forma, existe o risco de dar anistia a quem invadiu e desmatou ilegalmente as terras públicas recentes. Outro projeto de lei é PL 191 de 2020, conhecido com “PL do Garimpo” (APIB, 18/03/2022)<sup>14</sup>, tem como objetivo a construção de hidrelétricas e regulamentar a prática de garimpo e pesquisas de recursos minerais em áreas indígenas. Se aprovada, vai contribuir para contaminar ainda mais os rios, refletindo na saúde

---

12 APIB. **Ameaças à consolidação dos Direitos Indígenas no Brasil (24/11/2021)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/11/24/ameacas-a-consolidacao-dos-direitos-indigenas-no-brasil/>

13 Para conhecer os outros argumentos da nota de apoio ao PDL 177/2021. Nota de Apoio ao PDL 177/2021. Disponível em: <https://fpagropecuaria.org.br/2021/05/06/nota-de-apoio-ao-pdl-177-2021/>

14 APIB. **Nota técnica sobre o PL 191/2020 (18/03/22)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2022/03/18/nota-tecnica-sobre-o-pl-1912020/>

das comunidades indígenas e de cidades próximas<sup>15</sup>. Em cinco de maio de 2022, a *Apib* (2022) entrou com uma Petição no *Supremo Tribunal Federal (STF)*, solicitando proteção ao povo Yanomami ao ataque de garimpeiros. Segundo a *Apib* (2022), o ataque de garimpeiros intensificou após a eleição de Bolsonaro, sobretudo, após o governo pedir urgência na votação da PL 191 de 2020 (APIB, 05/05/2022)<sup>16</sup>.

Outra ameaça aos direitos dos povos indígenas é a PEC 215 de 2000. Essa Proposta de Emenda Constitucional tem como objetivo transferir o processo de demarcação da Terra Indígena para o *Congresso Nacional*, conforme o artigo 231 do capítulo *Dos Índios*, é competência da União demarcar e homologar as terras indígenas. Ou seja, passar essa competência para o *Congresso Nacional* é dar autonomia para a bancada ruralista decidir se irá demarcar e homologar Terras Indígenas ou não. Embora a PEC 215 de 2000 esteja arquivada, a PEC 156 de 2003, que concede direitos ao pequeno produtor rural de ocupar terras indígenas, foi desamparada da PEC 215, ela prossegue em discussão no Congresso Nacional (APIB, 07/06/23).<sup>17</sup> Há também as teses do marco temporal e renitente esbulho que dificultam e impedem os indígenas usufruírem de seus direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Nessa segunda parte do artigo, portanto, analisaremos as possibilidades de ação dos povos indígenas, por intermédio da atuação de advogados da *Apib*, após os 30 anos de promulgada a Constituição, diante de tantas possibilidades que podem levá-los a perderem seus direitos garantidos pela constituição cidadã. A *Apib* é uma instituição do movimento indígena, que foi criada no Acampamento Terra Livre em 2005. O Acampamento Terra Livre é realizado todos os anos em Brasília, desde 2004, com a finalidade de reivindicar as demandas dos povos indígenas.

---

15 O presidente Lula (2023-2026) pediu a retirada deste PL 191/2020 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/governo-lula-pede-retirada-de-projeto-de-lei-que-preve-mineracao-em-terras-indigenas#:~:text=O%20presidente%20da%20Rep%C3%BAblica%2C%20Luiz,2020%20da%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados.>

16 APIB. **Apib recorre ao STF para proteger povo Yanomami e denunciar incentivo do governo federal ao garimpo (05/05/22)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2022/05/05/apib-recorre-ao-stf-para-protger-povo-yanomami-e-denunciar-incentivo-do-governo-federal-ao-garimpo-ilegal/>. Em junho de 2022, o indigenista Bruno Araújo Pereira e o jornalista Dom Phillips foram assassinados no Vale do Javari, região que concentra a maior população de povos indígenas isolados do planeta. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-06/assassinato-de-bruno-e-dom-completa-um-ano-veja-linha-do-tempo>

17 APIB. **Não ao Marco Temporal. Cartilha sobre o julgamento decisivo para o futuro dos povos indígenas do Brasil e o enfrentamento da crise climática (07/06/2023)**. Disponível em: [https://apiboficial.org/files/2023/06/marcotemporal\\_cartilha\\_v7.pdf](https://apiboficial.org/files/2023/06/marcotemporal_cartilha_v7.pdf)

A *Apib* conta com a coordenação de organizações indígenas regionais como a *Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME)*, o *Conselho do Povo Terena*, a *Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPINSUDESTE)*, a *Grande Assembleia do povo Guarani (ATY GUASU)*, *Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB)* e a *Comissão Guarani Yyryrupa*. Os objetivos da *Apib* são articular, mobilizar e organizar as diferentes demandas dos povos indígenas do Brasil.

Luiz Henrique Eloy Terena é advogado indígena, doutor em Antropologia Social pelo *Museu Nacional da UFRJ* foi coordenador jurídico da *Apib* e, atualmente, secretário-executivo do Ministério dos Povos Indígenas. Eloy Terena (2019) se apresenta como “geração de jovens indígenas que, nos últimos quinze anos, deixaram as suas comunidades e tiveram acesso ao ensino superior.” (Eloy Terena, 2019, p. 105). O advogado e antropólogo se apresentou também no mesmo evento, na Unicamp, em que Manuela Carneiro da Cunha e Ailton Krenak compartilharam suas memórias. Segundo Eloy Terena (2019), as lideranças indígenas e os caciques que participaram da mobilização da Constituinte nos anos de 1987 e 1988 garantiram os artigos 231 e 232 do capítulo *Dos Índios*, além disso, o advogado indígena faz uma reflexão, que corrobora o que este artigo, fundamentado em E. P. Thompson, compreende sobre o sistema judiciário. Conforme Eloy Terena: “hoje o judiciário é, sem dúvida, uma importante arena de conflito: boa parte das implicações que atualmente afetam os direitos dos povos indígenas está necessariamente passando por aquela Corte” (ELOY TERENA, 2019, p. 106).

Desse modo, duas cartas foram publicadas no site da *Apib*<sup>18</sup>, direcionadas aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em que os indígenas expõem sua preocupação com: o PL 490/2007, a tese do marco temporal, o Parecer 01/2017 da AGU e o Recurso Extraordinário n.º 1.017.365, com repercussão geral reconhecida, também conhecido como “caso Xokleng”. E destacam o impacto do governo de Bolsonaro sobre suas vidas: “Temos pela primeira vez no período pós-redemocratização um presidente declaradamente contrário ao que determina o texto constitucional. As afrontas à Constituição Federal não podem passar incólumes aos olhos de seu Guardião: o Supremo Tribunal Federal” (APIB, 14/06/2021)<sup>19</sup>.

---

18 APIB. **Carta dos Povos Indígenas do Brasil: levante pela Terra (14/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/14/carta-dos-povos-indigenas-do-brasil-levante-pela-terra/>; APIB. **Carta aberta aos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF (24/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/24/carta-aberta-aos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-stf/>

19 APIB. **Carta dos Povos Indígenas do Brasil: levante pela Terra (14/06/2021)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/14/carta-dos-povos-indigenas-do-brasil-levante-pela-terra/>

Para entender o que é a tese do marco temporal e do renitente esbulho, consultaremos o *Parecer* produzido pelo professor José Afonso da Silva, advogado e professor titular aposentado da *Faculdade de Direito* da USP. Esse parecer jurídico foi um pedido de: “Manuela Carneiro da Cunha, professora titular aposentada da *Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH)* da USP, de Samuel Rodrigues Barbosa, professor da *Faculdade de Direito* da USP, da *Associação Juizes pela Democracia*, do *Centro de Trabalho Indigenista (CTI)*, do *Instituto Socioambiental (ISA)*, da *Organização Índios É Nós* e do *Centro de Estudos Ameríndios* da USP” (SILVA, 2018, p. 17). E também o artigo de Eloy Terena (2021), *Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem a oportunidade de salvaguardar os povos indígenas*<sup>20</sup>, publicado no site da *Apib* no dia 29 de junho de 2021.

A tese do marco temporal sustenta que as Terras Indígenas só podem ser demarcadas e homologadas caso houvesse indígenas no território contestado no dia 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição Federal. Essa tese do marco temporal aparece com frequência nas decisões dos magistrados do país acerca dos conflitos de terra indígena, sobretudo após o caso da Raposa Serra do Sol (Pet. n.º 3.388/RR). Já o Projeto de Lei 490/2007, de autoria do Dep. Homero Pereira, tem por objetivo propor que as terras indígenas sejam demarcadas por lei, logo, o Congresso Nacional faz esforço para que seja aprovado, e caso seja, o processo de demarcação de terra indígena será pela via legislativa, ou seja, se institucionalizará o marco temporal por meio de lei (ELOY TERENA, 29/06/2021)<sup>21</sup>.

O “caso Xokleng” se trata de um pedido de reintegração de posse requerida pela Estado de Santa Catarina, envolvendo os povos Xokleng, Kaingang e Guarani da Terra Indígena Xokleng Ibirama Laklaño. O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365, com repercussão geral reconhecida, determina que a decisão do STF servirá de parâmetro para a demarcação de todas as terras indígenas do Brasil. Desse modo, o processo sobre o povo Xokleng é significativo para o movimento indígena, pois o que for decidido afetará não apenas

---

20 ELOY TERENA, Luiz. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem oportunidade de salvaguardar os povos indígenas (29/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvaguardar-os-povos-indigenas/>

21 ELOY TERENA, Luiz. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem oportunidade de salvaguardar os povos indígenas (29/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvaguardar-os-povos-indigenas/>

aos Xokleng, mas todos os povos originários do país. Desse modo, de acordo com Eloy Terena (2021), diversas organizações indígenas e indigenistas requereram ingresso nesse processo como *amicus curiae* ou amigo da Corte, que significa a participação de um terceiro que não faz parte do processo em si, mas tem conhecimento sobre o litígio e pode ajudar em esclarecer o processo (ELOY TERENA, 29/06/2021)<sup>22</sup>.

Durante o governo de Michel Temer medidas anti-indígenas também foram aplicadas, a título de exemplo, o general Franklimber Ribeiro de Freitas assumiu a presidência da FUNAI e assinou medidas que propunham a assimilação dos povos indígenas sob a justificativa de desenvolvimento econômico. Embora os movimentos indígenas e as organizações indigenistas tenham manifestado contrariamente a essas medidas, foi no governo de Temer que, em 20 de julho de 2017, foi publicado no Diário Oficial da União o Parecer n.º 01/2017/AGU, “que obriga a Administração Pública Federal a aplicar as 19 condicionantes que o STF estabeleceu na decisão da Pet. n.º 3.388/RR a todas as terras indígenas.” (ELOY TERENA, 29/06/2021)<sup>23</sup>. A Petição 3.388 se refere ao julgamento do caso Raposa Serra do Sol foi quando, pela primeira vez, surgiu a tese jurídica do marco temporal, apesar do STF em 2013 ter decidido que as 19 condicionantes se referissem apenas a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com a publicação do Parecer n. 01/2017/AGU no Diário Oficial em 2017, possibilitou a contestação, a partir da tese do marco temporal, de diversos processos de demarcação de terra indígena (ELOY TERENA, 29/06/2021).

O professor José Afonso Silva (2018) inicia argumentação de seu *Parecer* apresentando as leis da Coroa sobre o direito dos indígenas à terra, pois foi quando o Brasil ainda era colônia “que se criou o primeiro texto legal sobre o direito dos indígenas sobre a terra por eles tradicionalmente ocupadas” (SILVA, 2018, p. 20). A Carta Régia de 30 de julho de 1611 e o Alvará de 1 de abril de 1680 reconheceram o direito de posse primário e natural das terras ocupadas pelos índios, o indigenato, e a Lei de 6 de junho de 1775, determinou que se respeitassem o direito dos índios à terra na concessão de sesmarias são exemplos de leis sobre

---

22 ELOY TERENA, Luiz. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem oportunidade de salvar os povos indígenas (29/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvar-os-povos-indigenas/>

23 ELOY TERENA, Luiz. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem oportunidade de salvar os povos indígenas (29/06/21)**. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvar-os-povos-indigenas/>

o direito territorial dos ameríndios (SILVA, 2018, p. 20). No entanto, foi período Republicano, que houve o primeiro reconhecimento constitucional do direito à terra dos povos indígenas: o artigo 129 da Constituição de 1934, o qual determina que “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las, regra que foi repetida nas demais Constituições” (BRASIL, Art. 129 da Constituição de 1934 apud SILVA, 2018, p. 20).

Quando se utiliza o termo marco, significa dizer que há um sentido preciso tanto espacial quanto temporal, logo, o primeiro texto jurídico sobre os povos indígenas é do século XVII, mas se for considerar o reconhecimento constitucional do direito dos povos indígenas, o marco temporal é a data de promulgação da Constituição de 1934 (SILVA, 2018, p. 25). Desse modo, a Constituição de 1988 incorporou esses princípios jurídicos anteriores a ela no Art. 231 do capítulo *Dos Índios*, determinou o direito originário dos indígenas à terra (teoria do indigenato) e abandonou a ideia de assimilação, passando a reconhecer as diferentes culturais. De acordo com Silva (2018):

São direitos naturais, porque coexistentes com o próprio ser das comunidades indígenas e que o sistema constitucional, desde a Constituição de 1934, acolheu como forma de direito constitucional fundamental dos direitos humanos fundamentais dos índios, que tem para eles um valor de sobrevivência física e cultural (SILVA, 2018, p. 20-21).

Embora as terras indígenas sejam bens da União, essas terras são vinculadas à União como forma de garantir o direito originário e o direito de propriedade dos indígenas à terra, “pois consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º da Constituição.” (SILVA, 2018, p. 21).

Dessa forma, o *Parecer (2018)* demonstra que são ilegítimas as diretrizes e condicionantes do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388), pois o *STF* estabeleceu um marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos ameríndios, isto é, a data de promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, e entendeu que essa tese tem a competência de ser aplicada em todos os casos de ocupação de terras indígenas (SILVA, 2018, p. 21-23).

Segundo o professor José Afonso da Silva (2018), a decisão sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol pelo *STF* reuniu duas teses que são “espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: o marco temporal de 5 de outubro de 1988 e o renitente esbulho” (SILVA, 2018, p.

24). A argumentação apresentada sobre a TI Raposa Serra do Sol sustenta que, a Constituição ao declarar o direito dos indígenas à terra, determinou uma data certa para isso, ou seja, cinco de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal (SILVA, 2018).

Porém, não há nenhuma cláusula nem palavras no artigo 231 que determinam um marco temporal. O caput do artigo 231 diz: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os bens” (BRASIL, Art. 231 da Constituição Federal de 1988 apud SILVA, 2018, p. 24), conforme o Parecer de Silva (2018), “se são “reconhecidos” os direitos originários é porque já existiam antes da promulgação da Constituição de 1988” (SILVA, 2018, p. 24).

Outro conceito que tem prejudicado os diversos povos indígenas é o renitente esbulho, isto é, os indígenas, caso não estivessem presentes no território na data de promulgação da Constituição, devem provar que havia um conflito possessório, que perdurou até a data de 05 de outubro de 1988. À vista disso, os conceitos de marco temporal e renitente esbulho suprimem os direitos dos indígenas, beneficiando os usurpadores de suas terras, uma vez que obriga os ameríndios esbulhados a provarem a renitência sobre as terras; utiliza o conceito de esbulho, que se refere ao conflito de posse do direito civil e exige a prova de uma ação de conflito possessório, como se fosse dois indivíduos tutelados pelo direito civil. Os indígenas, antes da Constituição de 1988, eram tutelados pela *FUNAI*, ou seja, não podiam abrir um processo contra alguém na justiça, além disso, o direito originário dos índios ao território não se trata de posse do direito civil (SILVA, 2018, p. 28). Conforme Silva (2018): “o esbulho é um instituto do direito possessório civil, considerado o ato pelo qual o “possuidor” é privado da posse que lhe é arrebatada pelo esbulhador. A relação dos índios com suas terras é de direito Constitucional, pelo instituto do indigenato e não do direito civil” (SILVA, 2018, p. 28).

O capítulo *Dos Índios* na Constituição Federal existe para proteger e fazer respeitar o direito dos indígenas à vida. Se o objetivo do *STF*, ao aplicar e determinar repercussão geral da tese do marco temporal e do conceito de renitente esbulho com a finalidade de acabar com os conflitos sobre as terras indígenas, o efeito foi o contrário. Essas duas teses abriram possibilidades para ruralistas, empresas da mineração, etc, usurparem a terra indígena (SILVA, 2018, p. 26-27).

Ademais, compete à União demarcá-las e está no artigo 231 que as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, ao usar o conceito de

renitente esbulho, o *STF* anula esse direito garantido pela Constituição. Outro erro comum e que é usado como argumentação pelos advogados das empresas que querem usurpar as terras indígenas é a ideia de haver boa-fé na ocupação das TIs, pois em relação ao território indígena “não há possuidor não índio com justo título de que fala o parágrafo único do artigo 1.201 do Código Civil, para se ter “presunção de boa-fé””(SILVA, 2018, p. 30). Conforme o parágrafo 6 do art. 231 da Constituição, a posse de terra indígena por não indígena não produz efeito jurídico, ela nunca é legitimada, é nula e extinta (SILVA, 2018, p. 29-30).

A relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. O indigenato não pode ser confundido com mera posse, ele é legítimo por si só. A terra para o indígena é o meio pelo qual ele garante a manutenção e a sobrevivência de sua cultura e de sua vida. Conforme argumenta o autor: “Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que tradicionalmente ocupa” (SILVA, 2018, p. 32). Outro ponto importante é que o reconhecimento dos direitos dos ameríndios à posse das terras por eles ocupadas não depende de sua demarcação, pois a Constituição determina que seja assegurada, visando ao contexto atual e histórico (SILVA, 2018, p. 33).

Embora as decisões do *STF* reconheçam os conflitos entre indígenas e não indígenas, elas desconhecem ou não procuram entender os motivos do conflito, que podem ser invasão, grilagem, etc. E, ao invés dos usurpadores sofrerem o encargo da usurpação, o ônus recaí sobre os indígenas. A Constituição garante aos indígenas o direito territorial, portanto, a demarcação é obrigatória e garante também o direito à ampliação das terras que ficaram de fora da primeira demarcação. É um direito inalienável dos povos originários do Brasil.

### **Considerações finais**

Os direitos dos povos indígenas estão em constante disputa e recorrer ao judiciário é o recurso utilizado pelos ameríndios para mediar o conflito pela terra. Assim como a Lei Negra, estudada por E. P. Thompson (1986), expressa um contexto histórico, os artigos 231 e 232 do capítulo *Dos Índios* da Constituição Federal expressam o contexto histórico do reconhecimento do direito dos povos indígenas, uma vez que a Carta outorgada não confere direito aos povos originários, ela reconhece os direitos estabelecidos nos artigos 231 e 232. Apesar de uma

determinada tradição marxista o Sistema Judiciário reproduz os interesses da classe dominante, a possibilidade de agir garantida pela Constituição Federal de 1988 mostra que, de acordo com a tese “domínio da lei” de E. P. Thompson (1986), o direito é uma “arena de conflito” (ELOY TERENA, 2019, p. 106) e não uma arena de beneplácito ou de dominação da classe dominante em relação aos dominados. Os artigos 231 e 232 são resultados de um campo de disputa, consoante E. P. Thompson:

as regras e categorias jurídicas penetram em todos os níveis da sociedade, efetuam definições verticais e horizontais dos direitos e status dos homens e contribuem para a autodefinição ou senso de identidade dos homens. Como tal, a lei não foi apenas imposta de cima sobre os homens: tem sido um meio onde outros conflitos sociais tem se travado (THOMPSON, 1986, p. 358).

Além disso, esses dois artigos também expressam a tomada de consciência social dos indígenas. Isso fica evidente quando Eloy Terena (2019), no evento da Unicamp, agradece o movimento indígena dos anos 1970 e 1980 pela conquista dos artigos, pois o movimento foi importante para conscientização pela garantia de direitos.

E nós também temos a consciência de que é dever, é compromisso nosso, ético e moral, continuar a defesa desses artigos. (...) Por fim, gostaria de dizer a vocês que, nesses trinta anos da Constituição, nós estamos conscientes de que não há outro caminho a não ser defender os direitos indígenas que estão na Constituição Federal (ELOY TERENA, 2019, p. 116).

A ideia do paradoxo da lei de E. P. Thompson (1986), permite compreender que, ao mesmo tempo que a lei legitima o poder dos dominantes com a finalidade de conter os movimentos sociais, paradoxalmente, impede constitucionalmente esse mesmo poder. O “domínio da lei”, possibilidade de agir e de resolver os conflitos sociais por intermédio da lei é um “bem humano incondicional” (THOMPSON, 1986, p. 357). A Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, teve grande participação popular, por isso que direitos humanos, sociais, políticos, civis, e culturais estão presentes na Carta outorgada. Ao mesmo tempo em que é uma Constituição essencialmente democrática, a qual passa segurança à população em geral, ela se torna palco de disputa quando se pretende conciliar os diferentes setores da sociedade.

## **Bibliografia**

**APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Ameaças à consolidação dos Direitos Indígenas no Brasil.** Data de publicação: 24 de novembro de 2021. Disponível

em: <https://apiboficial.org/2021/11/24/ameacas-a-consolidacao-dos-direitos-indigenas-no-brasil/> Data de acesso: 22 de abril de 2022.

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Apib recorre ao STF para proteger povo Yanomami e denunciar incentivo do governo federal ao garimpo ilegal.** Data de publicação 05 de maio de 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/2022/05/05/apib-recorre-ao-stf-para-protoger-povo-yanomami-e-denunciar-incentivo-do-governo-federal-ao-garimpo-ilegal/> Data de acesso: 22 de abril de 2022.

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Carta aberta aos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF.** Data de publicação 24 de junho de 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/24/carta-aberta-aos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-stf/> Data de acesso: 04 de agosto de 2021.

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Carta dos Povos Indígenas do Brasil: Levante pela Terra.** Data de publicação: 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/14/carta-dos-povos-indigenas-do-brasil-levante-pela-terra/> Data de acesso: 04 de agosto de 2021.

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Não ao Marco Temporal. Cartilha sobre o julgamento decisivo para o futuro dos povos indígenas do Brasil e o enfrentamento da crise climática.** Data de publicação: 07 de junho de 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org/marco-temporal/>. Data de acesso: 19 de junho de 2024.

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Nota técnica sobre o PL 191/2020.** Data de publicação: 18 de março de 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/2022/03/18/nota-tecnica-sobre-o-pl-1912020/> Data de acesso: 30 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de Outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de Janeiro de 1967. Brasília, DF, 17 de Outubro de 1969. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm) Data de acesso: 30 de maio de 2022.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Introdução. In: Cunha, Manuela Carneiro da, Barbosa, Samuel Rodrigues (Org.). **Direito dos Povos Indígenas em Disputa.** São Paulo, SP: Editora Unesp, 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Compartilhar a Memória - Manuela Carneiro da Cunha. In: Dias, Camila Loureiro e Capiberibe, Artionka (Org.). **Os Índios na Constituição.** Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação. In: Cunha, Manuela Carneiro da, Barbosa, Samuel Rodrigues (Org.). **Direito dos Povos Indígenas em Disputa.** São Paulo, SP: Editora Unesp, 2018.

SANTOS, Carolina Alvim. Constituição Federal em disputa: uma análise das mobilizações indígenas contra o Marco Temporal à lu de E. P. Thompson. Revista de Estudos Indígenas de Alagoas – Campiô. Palmeira dos Índios, v. 3, n. 1, p. 9-31.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Seminário Direitos dos povos indígenas em disputa no STF. In: Cunha, Manuela Carneiro da, Barbosa, Samuel Rodrigues (Org.). **Direito dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo, SP: Editora Unesp, 2018.

DIAS, Camila Loureiro; CAPIBERIBE, Artionka (Org.). **Os Índios na Constituição**. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

ELOY TERENA, Luiz Henrique. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem a oportunidade de salvaguardar os povos indígenas**. Data de publicação: 29 de junho de 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvaguardar-os-povos-indigenas/> Data de acesso: 10 de agosto de 2021.

ELOY TERENA, Luiz Henrique. A Constituição em Disputa – Luiz Henrique Eloy Terena. In: Dias, Camila Loureiro e Capiberibe, Artionka (Org.). **Os Índios na Constituição**. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

GINZBURG, Carlo. O nome e o como. Troca desigual e mercado historiográfico. In: **A Micro-história e outros ensaios**. Rio de Janeiro/Lisboa: Bertrand/DIFEL, 1991.

KRENAK, Ailton. Compartilhar a Memória – Ailton Krenak. In: Dias, Camila Loureiro e Capiberibe, Artionka (Org.). **Os Índios na Constituição**. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2019.

KRENAK, Ailton Lacerda. Entrevista concedida à Daniel Munduruku. Segunda Parte – Capítulo 1: Somos aqueles por quem esperamos. Ailton Lacerda Krenak. In: MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012. (Coleção educação em foco. Série educação, história e cultura). pp. 78-83.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob o SPI. In: Cunha, Manuela Carneiro (Org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992, pp. 155-172.

MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012. (Coleção Educação em Foco. Série educação, história e cultura).

SILVA, José Afonso. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da, BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Direito dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo, SP: Editora Unesp, 2018.

THOMPSON, E. P. .Folclore, antropologia e história social. In: **As Peculiaridades dos Ingleses e outros artigos**. Negro, Antonio Luigi; Silva, Sergio. 2ª Ed. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2012.

SANTOS, Carolina Alvim. Constituição Federal em disputa: uma análise das mobilizações indígenas contra o Marco Temporal à lu de E. P. Thompson. Revista de Estudos Indígenas de Alagoas – Campiô. Palmeira dos Índios, v. 3, n. 1, p. 9-31.

THOMPSON, E. P. .**Senhores e Caçadores**. Tradução: Denise Bottmann, Rio de. Janeiro, Paz e Terra, 1986.