



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

RAIMUNDO GOMES DE SOUSA JUNIOR

**TEORIA DO INDIGENATO E TESE DO MARCO TEMPORAL: perspectivas
constitucionais e dos Direitos Humanos na efetivação do direito originário à terra dos
povos indígenas no Brasil.**

Recife

2025

RAIMUNDO GOMES DE SOUSA JUNIOR

TEORIA DO INDIGENATO E TESE DO MARCO TEMPORAL: perspectivas constitucionais e dos Direitos Humanos na efetivação do direito originário à terra dos povos indígenas no Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Ciani Sueli das Neves

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Sousa Junior, Raimundo Gomes de.

TEORIA DO INDIGENATO E TESE DO MARCO TEMPORAL:
perspectivas constitucionais e dos Direitos Humanos na efetivação do direito
originário à terra dos povos indígenas no Brasil / Raimundo Gomes de Sousa
Junior. - Recife, 2025.

39

Orientador(a): Ciani Sueli das Neves

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2025.

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Humanos. 3. Marco Temporal. 4.
Teoria do Indigenato. I. Neves, Ciani Sueli das. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

RAIMUNDO GOMES DE SOUSA JUNIOR

TEORIA DO INDIGENATO E TESE DO MARCO TEMPORAL: perspectivas constitucionais e dos Direitos Humanos na efetivação do direito originário à terra dos povos indígenas no Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 17/12/2025

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Ciani Sueli das Neves (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª Ma. Malu Stanchi Carregosa
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª Dr^ª Maria Lúcia Barbosa
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

A graduação muitas vezes é uma jornada difícil e por vezes só continuamos devido às amizades que encontramos no meio do caminho, assim, temos um quebra-cabeça cuja resolução exige determinação.

A resolução desse jogo de peças só se mostra possível por meio do amor e construção de amizades verdadeiras ao longo desse caminho, nesse sentido, as pessoas tornam esse caminho possível e mais prazeroso no ensino superior.

Primeiramente, agradeço a minha mãe Angela, cuja dedicação em me criar me inspirou e me moldou na pessoa que sou hoje, sem ela sem dúvidas nada disso seria possível, pois seus ensinamentos foram essenciais para mim nessa caminhada. Nessa caminhada, agradeço também as minhas irmãs Elizangela e Luiza, que sempre me apoiaram e acreditaram em mim, cujo amor e paciência foram uma constante nessa jornada.

Meus sinceros agradecimentos se dirigem também à minha ex-orientadora, que inicialmente foi Camila Montanha, pois me ajudou nas primeiras ideias dos capítulos do trabalho e a minha atual orientadora Ciani Sueli das Neves, cuja presteza e atenção foram fundamentais na conclusão e orientações finais. As orientações oferecidas se revelaram indispensáveis para a concretização deste trabalho.

Agradeço à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público de Pernambuco, lugares que estagiei nessa caminhada da graduação e pude aprender um pouco as possibilidades de atuação no mundo jurídico.

Meu muito obrigado vai também para as minhas amigas que fiz na minha longa jornada no Direito que começou lá trás, a Luana, Malu, Cecília e Mirella, agradeço por tornarem essa caminhada mais cheia de amor e alegria, pois acredito que as pessoas aparecem nas nossas vidas não por acaso, mas com um propósito de torná-la mais especial. Enfim, agradeço a cada um que fez da minha caminhada algo mais leve e feliz. Amo vocês.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar o conflito entre a Teoria do Indigenato e a Tese do Marco Temporal à luz de uma perspectiva constitucional e dos Direitos Humanos, centrado na efetivação do direito originário à terra pelos povos indígenas no Brasil. Analisa-se com base em pesquisa documental e bibliográfica, a construção jurídica da proteção territorial indígena no ordenamento interno brasileiro e no âmbito internacional, desde o período anterior à Constituição Federal de 1988 até a concretização dos direitos originários no texto constitucional. Ademais, considera-se a Convenção nº 169 da OIT e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso do Povo Xukuru e seus membros vs. Brasil, na consolidação do conceito de propriedade coletiva e como isso impactou no julgamento do Caso do Povo Xokleng, analisado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, sob o Tema 1031. Ademais, são abordadas a edição da Lei nº 14.701/2023 e sua divergência normativa no ordenamento jurídico nacional, em razão da ausência de Controle de Convencionalidade. Ao final, evidencia-se que a Teoria do Indigenato se confirma como um alicerce constitucional indispensável para assegurar a posse e a integridade territorial indígena, sendo um mecanismo jurídico essencial no enfrentamento à Tese do Marco Temporal e na garantia da sobrevivência dos povos indígenas no país.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional; Direitos Humanos; Marco Temporal; Teoria do Indigenato.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the conflict between the Theory of Indigenous Rights and the Temporal Framework Thesis from a constitutional and human rights perspective, focusing on the realization of the original right to land by indigenous peoples in Brazil. Based on documentary and bibliographical research, it analyzes the legal construction of indigenous territorial protection in the Brazilian domestic legal system and internationally, from the period prior to the 1988 Federal Constitution to the concretization of original rights in the constitutional text. Furthermore, it considers ILO Convention No. 169 and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the case of the Xukuru people and their members vs. This article examines Brazil's consolidation of the concept of collective property and how this impacted the judgment of the Xokleng People's Case, analyzed by the Supreme Federal Court within the scope of Extraordinary Appeal No. 1,017,365/SC, under Theme 1031. Furthermore, it addresses the enactment of Law No. 14,701/2023 and its normative divergence within the national legal system, due to the absence of Conventionality Control. Finally, it demonstrates that the Theory of Indigenous Territory is confirmed as an indispensable constitutional foundation for ensuring indigenous territorial possession and integrity, serving as an essential legal mechanism in confronting the Temporal Framework Thesis and guaranteeing the survival of indigenous peoples in the country.

Keywords: Constitutional Law; Human Rights; Time Frame; Indigenato Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DA INVISIBILIDADE AO PROTAGONISMO.....	11
2.1	O indígena pré-Constituição Federal de 1988.....	12
2.2	Interseções entre Direito, História e Antropologia: reconstruindo o sujeito indígena e seus reflexos no campo jurídico.....	13
2.3	Constituição Federal de 1988 e a consolidação de normas internas.....	15
2.4	A Teoria do Indigenato	17
2.5	A Tese do Marco Temporal	18
3	DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E POVOS INDÍGENAS.....	20
3.1	A Convenção 169 da OIT	20
3.2	A efetivação dos direitos originários no Sistema IDH: O Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil	24
3.3	A influência da Corte IDH na consolidação dos direitos territoriais indígenas sob a ótica constitucional e dos Direitos Humanos	27
4	O MARCO TEMPORAL EM DISPUTA: STF X REAÇÃO LEGISLATIVA	28
4.1	O julgamento histórico no STF e a rejeição do Marco Temporal: implicações jurídicas na proteção dos direitos indígenas no Brasil	29
4.2	A aprovação da lei do Marco Temporal e a ausência do Controle de Convencionalidade.....	32
4.3	Desafios e resistências: reflexões sobre a efetivação dos direitos dos povos indígenas	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
6	REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

A garantia dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil evidencia tensões entre raízes do passado e o sistema constitucional atual, bem como os parâmetros internacionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos originários pela Constituição Federal de 1988 superou com a ideia assimilacionista anterior, estabelecendo um novo patamar de proteção dos direitos indígenas no país.

Na contemporaneidade, entretanto, a concretização desses direitos, ora garantidos pela Constituição cidadã, tem sido ameaçado por disputas jurídicas que tentam suplantar e negar os direitos territoriais indígenas mediante a positivação da Tese do Marco Temporal.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo central analisar, levando em consideração a Teoria do Indigenato, os desdobramentos jurídicos e políticos da Tese do Marco Temporal, sob a perspectiva constitucional e dos Direitos Humanos, utilizando pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, busca-se demonstrar no primeiro capítulo, a trajetória jurídica dos povos indígenas no Brasil, abordando como, desde o período colonial até a Constituição Federal de 1988, seus direitos territoriais foram subordinados a projetos assimilacionistas. Abordando, também, como a interdisciplinariedade entre Direito, História e Antropologia possibilitou reconstruir a compreensão do indígena como sujeito de direitos, superando visões evolucionistas que marcaram a formação do Estado nacional brasileiro.

Nesse sentido, ao trazer o olhar historiográfico no contexto indígena, bem como da antropologia na compreensão coletiva e comunal das terras indígenas para o debate, revela-se como um instrumento fundamental na compreensão da conquista dos direitos dos povos indígenas, pois estão ligadas às suas lutas históricas no contexto histórico e social brasileiro, reverberando no campo jurídico.

É analisado, ainda, a adoção constitucional da Teoria do Indigenato como fundamento para o reconhecimento dos direitos originários, bem como o surgimento da Tese do Marco Temporal, cujo entendimento representa um retrocesso na interpretação do texto constitucional brasileiro ao condicionar os direitos territoriais indígenas a um marco temporal quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, é analisado à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos a consolidação da proteção territorial indígena, com destaque para a Convenção nº 169 da OIT e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, ganha destaque o julgamento do Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil, cuja

condenação do Brasil na seara internacional estabeleceu obrigações vinculantes, por meio do entendimento dos territórios indígenas sob o prisma de propriedade coletiva.

Além disso, é debatido como a referida jurisprudência da Corte IDH tem repercutido na seara interna brasileira por meio do controle de convencionalidade interno, do qual impactou no julgamento do Tema 1031 no Supremo Tribunal Federal, consolidando, dessa forma, a Teoria do Indigenato como alicerce constitucional dos direitos territoriais indígenas.

No terceiro capítulo, são analisadas as tensões jurídicas entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo permeados pela Tese do Marco Temporal, destacando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC Tema 1031, no qual a Suprema Corte do país rejeitou o marco temporal, assegurando os direitos dos indígenas sobre as suas terras.

Destaca-se, ainda, a reação legislativa com a promulgação da Lei nº 14.701/2023, aprovada em sentido contrário à jurisprudencial da Corte Suprema do país, bem como de instrumentos internacionais de proteção dos indígenas, evidenciando a ausência de controle de convencionalidade e uma divergência com a jurisprudência da Corte IDH.

Ao final, são discutidos os desafios institucionais, sociais e políticos resultantes desse conflito, revelando um cenário de resistências à efetivação dos direitos indígenas, sendo a Teoria do Indigenato um instrumento de hermenêutica constitucional e de Direitos Humanos essencial nessa proteção territorial.

Em conclusão, fica evidenciado que a Teoria do Indigenato se constitui como um fundamento constitucional de resistência a Tese do Marco Temporal estabelecendo uma compreensão em harmonia com a norma constitucional e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos indígenas, constituindo, portanto, um instrumento na defesa dos povos indígenas.

2 POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DA INVISIBILIDADE AO PROTAGONISMO

A Constituição de 1988 representou uma grande virada nos direitos indígenas, por meio da quebra de uma longa jornada assimilacionista que pairava no contexto social do país, reconhecendo os indígenas como titulares de direitos originários, com sua independência territorial, social e cultural.

Entretanto, podemos observar que os avanços no plano constitucional, e internacional de proteção dos Direitos Humanos, são muitas vezes fragilizados por intermédio do próprio Estado brasileiro e de suas forças políticas institucionalizadas, estando em desarmonia quanto aos avanços promovidos por tais instrumentos normativos.

O presente capítulo, propõe-se analisar a trajetória jurídica dos povos indígenas no Brasil, levando em consideração as diversas constituições que tinham um prisma assimilacionista dos indígenas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que respectivamente rompeu com esse paradigma.

O primeiro tópico, é analisado a condição do indígena antes da promulgação da Constituição de 1988, demonstrando como as legislações anteriores, eram pautadas por uma visão integracionista dos povos indígenas.

O segundo tópico, é abordado a atuação política dos povos indígenas, somada às revisões historiográficas e antropológicas, que influenciaram diretamente a formulação do constitucionalismo indigenista no Brasil, demonstrando que o reconhecimento dos direitos originários na Constituição de 1988 é resultado, também, de um processo histórico de resistência e reinterpretação epistemológica na compreensão do território indígena.

No terceiro tópico, analisam-se as mudanças que foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na qual é destacado esse rompimento com o modelo tutelar e integracionista anterior.

No quarto tópico, analisa-se a Teoria do Indigenato, que se caracteriza como um fundamento constitucional contra a Tese do Marco Temporal, pois se funda no próprio texto constitucional e em consonância com instrumentos internacionais de proteção dos direitos territoriais indígenas.

No quinto tópico, debate-se a Tese do Marco Temporal, levando em consideração o caso Raposa Serra do Sol. A referida tese busca condicionar a posse indígena à presença física em 5 de outubro de 1988, entretanto, é comparada com os princípios do artigo 231 da Constituição Federal, sendo uma interpretação equivocada do referido dispositivo constitucional.

2.1 O indígena pré- Constituição Federal de 1988

Desde o início do processo de colonização portuguesa, os direitos dos povos originários que habitavam o território brasileiro foram sistematicamente suplantados pela Coroa portuguesa, que considerava todo o território sob seu domínio, ignorando a diversidade cultural e existencial indígena, na tentativa de silenciar e apagar a existência dos povos originários. Como menciona o jurista e indígena do povo Terena Eloy Amado¹:

Os colonizadores foram financiados pelo nascente capitalismo comercial europeu, e se apoderaram do território valendo-se de duas táticas: pacificação e repressão. A partir de então conseguiram dominar todo o território e submeter os povos que aqui viviam ao seu modo de produção, às suas leis e à sua cultura. Apropriaram-se dos bens da natureza existente e sob as leis do capitalismo mercantil (modelo monocultura exportador), tudo era transformado em mercadoria e enviado a metrópole europeia (AMADO, 2020, p. 1293).

Nessa perspectiva, mesmo sendo constituída por normas esparsas, a legislação do período colonial continha disposições sobre as terras indígenas. A exemplo, a Carta Régia de 30 de julho de 1609, que admitia como legítimas a soberania e a posse dos índios sobre as suas terras (CAMPOS, 2007, p. 7 apud AMADO, 2020, p. 1294).

Na lição do jurista José Afonso da Silva, foi no período colonial que se instituiu o indigenato, alicerçando esse conceito jurídico aos direitos indígenas sobre suas terras no país.

Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios especialmente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, qual seja, a Carta Régia de 30 de julho de 1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o indigenato (SILVA, 2018).

Contudo, como podemos perceber, essa proteção era formulada levando em consideração o interesse da política colonial portuguesa, com um viés tutelar e integracionista dos povos indígenas, condicionando-os a uma possível fase de “evolução” e integração no mundo “civilizado”.

Assim pontua Deborah Duprat:

[...] o indígena foi considerado, pelo colonizador, um elemento da natureza, já que a cultura era um atributo dos “civilizados”. A política de aldeamento foi concebida com o múltiplo propósito de conhecer, controlar, adestrar e transformar. Portanto, até a

¹ Luiz Henrique Eloy Amado é o nome civil de Eloy Terena, jurista indígena do povo Terena. Utiliza-se aqui o nome civil apenas em razão das normas da ABNT.

Constituição de 1988, as terras indígenas eram espaços em que os povos indígenas eram mantidos como um elemento estranho em face do restante da sociedade nacional, até a sua completa regeneração, normalização e inclusão no mundo civil (DUPRAT, 2018, p. 89).

Nesse contexto, as legislações estabelecidas durante o período imperial e as primeiras constituições republicanas não garantiam o pleno direito às terras dos povos indígenas. Consoante, a Constituição de 1824 não abordou, já a Constituição de 1891 transferiu as terras devolutas aos estados, que possibilitou um avanço perante as terras indígenas, sem mencionar a proteção desses territórios (AMADO, 2020, p. 1295-1297).

De igual modo, as Constituições que se seguiram de 1934, 1937, 1946 e 1967 -Emenda Constitucional nº 1/1969, abordavam as terras indígenas, entretanto apenas foi concebido um tratamento jurídico próprio com o advento da Constituição Federal de 1988 (AMADO, 2020, p. 1297-1298).

Os textos constitucionais que se seguiram trataram das terras indígenas no sentido de se respeitar a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas que ali estão, no entanto, somente com a Constituição de 1988 que o constituinte se preocupou em tratar da terra indígena como instituto diferenciado do direito civil, e ainda, traçando os elementos conceituais que marcam a posse indígena (AMADO, 2020, p. 1298).

Dessarte, é possível perceber que antes do advento da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento jurídico sobre as terras indígenas era concebido de modo precário, pois predominava as correntes evolucionistas e integracionistas no contexto social brasileiro. Assim, os ditames desses territórios eram orientados pela perspectiva tutelar e assimilacionista, cuja visão desconsiderava as singularidades e as maneiras próprias de existência dos povos originários.

2.2 Interseções entre Direito, História e Antropologia: reconstruindo o sujeito indígena e seus reflexos no campo jurídico

Decerto, o protagonismo indígena na conquista de direitos ao longo dos anos no Brasil, perpassa uma reação em cadeia dos diversos campos da ciência histórica e antropológica, redefinindo os olhares da sociedade sobre os indígenas enquanto sujeito de direitos.

Esses estudos e esforço conjunto de antropólogos e historiadores mostraram-se essenciais e moldaram, intrinsecamente, um fundamento para um constitucionalismo indigenista, refletindo no campo jurídico e, conseqüentemente, na conquista de direitos sobre suas terras, consolidando a Teoria do Indigenato.

Se antes o indígena era visto como “fóssil vivo” pelas correntes evolucionistas que

predominaram no século XIX, conforme explica a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha:

[...] Na segunda metade do século XIX, essa época de triunfo do evolucionismo, prosperou a ideia de que certas sociedades teriam ficado na estaca zero da evolução, e que eram, portanto, algo como fósseis vivos que testemunhavam o passado das sociedades ocidentais. Foi quando as sociedades sem Estado se tornaram, na teoria ocidental, sociedades “primitivas”, condenadas a uma eterna infância. E, porque tinham assim parado no tempo, não cabia procurar-lhes a história (CUNHA, 2012, p.11).

As novas abordagens e estudos, confrontaram essas ideias cristalizadas sobre os indígenas, e lançaram olhares para a articulação dos próprios indígenas, servindo de base para esses estudos que evidenciaram esse protagonismo. Enterrando, portanto, a visão dos indígenas enquanto vítimas passivas dos processos de conquista e colonização.

Nesse sentido, o antropólogo João Pacheco de Oliveira ao falar desse reposicionamento dos indígenas como protagonistas, afirma que essas repercussões transcendem a seara indígena:

[...] À semelhança de mexer em um castelo de cartas, somos involuntariamente conduzidos a rever as interpretações mais frequentes e consagradas que eminentes historiadores, sociólogos, geógrafos, economistas e antropólogos formularam sobre o país. Buscar compreender melhor – mais além dos estereótipos – as motivações e significados das ações realizadas por indígenas implica lançar outra luz sobre eventos e personagens da história nacional. As repercussões disso frequentemente vão muito além da temática indígena e dos objetos usuais da etnologia (OLIVEIRA, 2016, p.8).

Com esse olhar interdisciplinar para a ciência jurídica, entra no jogo desse tabuleiro de lugar de sujeito as contribuições desses estudos, mostrando a participação política ativa dos indígenas no contexto político e social brasileiro, em que se inserem e se adaptam ao processo colonizar de acordo com seus próprios interesses, estabelecendo “alianças, acordos, direitos, privilégios para as diversas formas de viver no mundo colonial” (SILVA, 2017, p. 49 apud SOUSA JUNIOR, 2018, p.29).

Ou seja, muito antes do período republicano atual, já lutavam e galgavam seus próprios caminhos, desconstruindo as visões simplistas que permearam por décadas sobre essas populações.

Assim destaca Maria Regina Celestino de Almeida:

Do ponto de vista historiográfico, entre os séculos XIX e XXI, podemos perceber, então, processos de exclusão e inclusão dos índios como sujeitos da história, processos que não são absolutamente exclusivos do Brasil. Em diferentes regiões da América Latina, observamos processos semelhantes, alguns muito mais intensos e visíveis, que permitem comparações. Índios considerados extintos voltam à cena, reafirmando identidades, reivindicando direitos políticos e escrevendo suas próprias histórias, ao mesmo tempo que antropólogos e historiadores reformulam teorias e conceitos sobre

relações de contato e repensam o lugar dessas populações nas histórias regionais e nacionais (ALMEIDA, 2009, p. 207 apud SOUSA JUNIOR, 2018, p. 29).

Nesse sentido, as articulações dos próprios indígenas na conquista de direitos, bem como a reformulação de conceitos históricos e antropológicos, impactaram no âmbito jurídico, recolocando e redefinindo conceitos.

Nesse contexto, o historiador Edson Silva ressalta que as novas abordagens da narrativa indígena não se limitaram ao debate científico, alcançando a dimensão jurídica na própria elaboração da Constituição Federal de 1988:

[...] essa mudança ocorre em razão da visibilidade política conquistada pelos próprios índios. As mobilizações dos povos indígenas em torno das discussões e debates para a elaboração da Constituição em vigor aprovada em 1988 e as conquistas dos direitos indígenas fixados na Lei maior do país possibilitaram a garantia dos direitos (demarcação das terras, saúde e educação diferenciadas e específicas etc.), além da ênfase de que a sociedade em geral (re)descubra os índios (SILVA, 2018, p. 216 apud SOUSA JUNIOR, 2018, p. 33).

Destarte, evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 não é apenas uma mudança unilateral estatal, mas uma atuação direta dos indígenas na sua formulação, bem como essas novas abordagens de intelectuais na compreensão desses espaços.

Assim, fica evidenciado que os estudos de antropólogos e historiadores como, Maria Regina Celestino de Almeida, Manuela Carneiro da Cunha, João Pacheco de Oliveira, Edson Silva, Mariana Albuquerque Dantas, o saudoso historiador John Manuel Monteiro entre outros, serviram de base para uma revisão historiográfica e conceitos antropológicos da cosmologia indígena. Essas revisões de conceitos e significados, por exemplo, enfatizam uma concepção de que as terras indígenas são espaços de memória, pertencimento e ancestralidade indo muito além da concepção positivada de propriedade.

Essa reformulação epistemológica impactou na compreensão jurídica do território indígena enquanto espaços de existência e memória, não só de meros bens patrimoniais, fundamentando o “direito originário” previsto no art. 231 da Constituição, além de outras conquistas para os povos originários no país.

2.3 A Constituição Federal de 1988 e a consolidação de normas internas

A promulgação da Constituição Federal de 1988 rompeu com a visão integracionista mencionada anteriormente, ou seja, as relações entre os indígenas e o Estado brasileiro foram modeladas para um novo paradigma no campo jurídico, na qual entendia os indígenas como

sujeitos originários de direitos sobre suas terras e modo de viver (AMADO, 2020, p. 1298).

Nesse mesmo sentido, enfatiza Deborah Duprat:

Não há controvérsias quanto ao fato de que a Constituição de 1988 representa uma clivagem no trato da questão indígena à vista dos ordenamentos constitucionais pretéritos: rompe com o paradigma da assimilação, institui e valoriza o direito dos povos indígenas de se considerarem diferentes e serem respeitados como tais e reforça as suas instituições, culturas e tradições (DUPRAT, 2018, p. 85).

A nova ordem constitucional consagrou um capítulo específico “Dos Índios” o artigo 231 da referida Constituição reconhece aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma inédita, o reconhecimento oficial da organização social dos povos indígenas, de suas maneiras próprias de vida e de suas tradições, bem como assegurou a importância fundamental dos seus territórios. De igual modo, garantiu a possibilidade de participação ativa nos processos que lhes dizem respeito (NÓBREGA; NASCIMENTO, 2022, p.193).

Assim, se antes era integrar a comunhão nacional, a Carta Magna inaugura um novo patamar de reconhecimento do direito de ser diferente, tendo os indígenas autonomia de serem o que quiserem ser, preservando sua cultura e crenças. Não precisando, portanto, deixar de ser indígena para ser incorporado no contexto nacional, pois já possui sua própria organização (AMADO, 2017, p. 80).

Outra importante mudança nesse novo contexto jurídico foi introduzida pelo artigo 232 na qual menciona que os indígenas “são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, foi reconhecida a capacidade processual dos indígenas, bem como instituiu o Ministério Público a missão institucional de preservação e efetivação desses direitos.

Nesse contexto, Eloy Amado (2017, p. 81) ressalta que a Constituição Federal reconheceu, o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, entendendo ser um direito de nascença e anterior a qualquer outro. Assim, a terminologia “originários” traz uma gênese pré-jurídica e anterior a própria formação do Estado nacional brasileiro.

Nessa dimensão, na forma do §1º do artigo 231, terra tradicionalmente ocupada é aquela “habitada em caráter permanente; utilizada para suas atividades produtivas; imprescindível à

preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (BRASIL, 1988).

Desse modo, podemos perceber que a Constituição de 1988 emerge com um novo conceito jurídico de proteção das terras indígenas, na qual se estabelece a sua distinção em relação à propriedade civil sob o prisma individual, devendo o Estado protegê-las. Embora, no contexto brasileiro ainda encontre óbices para sua efetivação, a norma constitucional de 1988 é um marco na seara de proteção dos direitos indígenas no país.

2.4 A Teoria do Indigenato

A Teoria do Indigenato se caracteriza como um fundamento central nas discursões e afirmações sobre as terras indígenas no Brasil, sendo um alicerce de interpretação constitucional que funda o direito originário.

A referida teoria foi elaborada pelo professor João Mendes Júnior na primeira metade do século XX, e foi apresentada em 1902, em conferência na Sociedade de Ethnografia e Civilização dos Índios (DUPRAT, 2018, p. 78 apud AMADO, 2020, p. 1302). Nessa conferência, Mendes Júnior afirmou:

[...] já os philosophos gregos afirmavam que o indigenato é um título congenito, ao passo que a occupação é um título adquirido. Com quanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1o de abril de 1680, ‘a primária, naturalmente e virtualmente reservada’, ou, na phrase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), – ‘um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento’. Por conseguinte, não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a occupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. (DUPRAT, 2018, p. 78 apud AMADO, 2020, p.1302).

Nesse sentido, podemos perceber que o indigenato se fundamenta no princípio de que o vínculo territorial indígena é pré-estatal e congênito, ou seja, anterior ao próprio Estado brasileiro, não necessitando desse reconhecimento estatal para que só assim venha a produzir efeitos jurídicos. Assim, lança-se a ideia de que o direito dos povos indígenas sobre as suas terras não depende de nenhuma concessão do Estado, mas é um direito anterior a sua própria formação.

Em relação a esse entendimento, o jurista José Afonso da Silva reforça que se trata de um direito congênito, não necessitando de reconhecimento estatal por ser um direito de nascença, ou seja, enquanto a ocupação necessita ser reconhecida pelo ordenamento jurídico, o indigenato não necessita desse ato estatal constitutivo (SILVA, 2006, p. 858 apud AMADO, 2020, p. 1303).

Destaca-se, então, que a partir da Constituição Federal de 1988, a Teoria do Indigenato foi alicerçada no texto constitucional ao estabelecer no seu caput do artigo 231, os "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (BRASIL, 1988). Logo, a interpretação extraída desse fragmento materializa o conceito originário do constituinte, adotando, intrinsecamente, o direito dos povos indígenas sobre as suas terras.

No tocante a tradicionalidade e a perspectiva constitucional adotada pela Carta Constitucional, Silva afirma que:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado (SILVA, 2015, p, 878).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o art. 231² e mencionar “competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” Não significa dizer que é a partir dessa demarcação que decorrerá o direito dos indígenas sobre as suas terras, pois esse direito independe dessa demarcação, pois não se confunde com título de posse (SILVA, 2015, p. 878).

Por conseguinte, a Teoria do Indigenato se consagra como um fundamento constitucional essencial na defesa dos direitos territoriais indígenas no Brasil. Por meio da interpretação do STF, da Convenção 169 da OIT e de outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos é criado um arcabouço de proteção jurídica que funciona como um mecanismo na efetivação dos direitos dos povos originários.

2.5 A Tese do Marco Temporal

A Tese do Marco Temporal sustenta que os povos indígenas apenas teriam direito à demarcação das terras, mediante a sua efetiva ocupação territorial, impondo o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, como condicionante para esse direito.

Essa compreensão foi consolidada no âmbito do Poder Judiciário no julgamento do caso

² Art 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Raposa Serra do Sol na Petição 3.388/RR no ano de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o STF decidiu favoravelmente à demarcação da terra em faixa contínua, mas no julgamento foram estabelecidas condicionantes, e foi a partir dessas condicionantes que a Tese do Marco Temporal ganhou espaço como parâmetro jurídico nos processos de demarcações que se seguirem (AMADO, 2020, p. 1308).

Mesmo após a Corte decidir que as condicionantes não vinculariam os demais processos de demarcação, várias decisões judiciais foram embasadas levando em consideração o referido julgamento (AMADO, 2020, p.1309).

Como foi o caso da terra indígena Limão Verde homologada em 2003, e teve sua demarcação anulada perante o Supremo Tribunal Federal, utilizando a Tese do Marco Temporal como parâmetro no julgamento (DUPRAT, 2018, p. 91 apud AMADO, 2020, p. 1309).

Entretanto, foi em 2023 que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Tese do Marco Temporal no âmbito do julgamento do Caso do Povo Xokleng em sede de Recurso Extraordinário 1.017.365/SC. A Suprema Corte do país, na ocasião, solidificou o entendimento que a Constituição protege o direito territorial indígena, e que não condiciona a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. A ministra Rosa Weber, no referido momento, reafirmou que as terras indígenas são direitos fundamentais e não podem ser mitigados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

A referida decisão foi histórica no que concerne a proteção dos direitos territoriais indígenas no país, mas encontrou resistência legislativa, pois o Congresso Nacional aprovou, em resposta, a Lei nº 14.701/2023, na tentativa de positivizar o marco temporal, numa clara afronta ao entendimento do STF e ao texto constitucional, cuja constitucionalidade está atualmente sob análise no STF.

Nesse sentido, se estabelece no cenário nacional conflitos e debates feitos por juristas historiadores e antropólogos, mencionados anteriormente no trabalho, evidenciando que o marco temporal é uma tentativa de consolidar uma agenda com interesses da bancada ruralista sobre esses territórios indígenas e um desrespeito, tanto ao constituinte originário, quanto na esfera internacional de proteção dos povos indígenas.

Portanto, é possível afirmar que a Tese do Marco Temporal representa uma distorção de interpretação jurídica do artigo 231 da Constituição, e uma tentativa de apagamento dos direitos indígenas reconhecidos tanto no ordenamento jurídico interno, quanto na seara dos Direitos Humanos perante instrumentos internacionais de proteção que o Brasil é signatário, portanto, tendo força vinculante e obrigatória no seu cumprimento.

3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E POVOS INDÍGENAS

O movimento de proteção dos direitos dos povos indígenas não aconteceu apenas na seara jurídica interna do Brasil, no arcabouço normativo internacional tem se constituído um sistema de proteção de Direitos Humanos que reconhece e protege os direitos dos povos originários.

Nesse sentido, esses instrumentos essenciais se constituem de tratados internacionais, assim como decisões das cortes regionais no âmbito dos tribunais internacionais, como a sentença da Corte IDH no Caso do povo Xukuru que vinculam, intrinsecamente, os Estados signatários sendo de observância obrigatória no Brasil essa condenação. Nesse âmbito internacional observa Deborah Duprat:

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção n. 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura com o modelo anterior (DUPRAT, 2018, p.86).

Nesse contexto, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), se constitui como um elemento central na proteção jurídica dos povos indígenas, na qual estabelece o compromisso dos Estados de respeitar suas formas de existência, sua cultura e seus territórios. Da mesma forma, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem protagonizado um papel significativo na consolidação do direito à propriedade coletiva das terras tradicionalmente ocupadas, o que reverbera na consolidação da Teoria do Indigenato.

Por meio dessa perspectiva, o presente capítulo busca analisar, sob à ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a estrutura normativa de proteção dos direitos territoriais indígenas. Para isso serão analisadas a Convenção nº 169 da OIT, a condenação do Brasil no caso do povo indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como o entendimento da Corte regional quanto ao conceito de propriedade coletiva e como isso impacta na seara jurídica brasileira. Busca-se demonstrar a influência que essa decisão tem na dimensão interna, no tocante ao fortalecimento da Teoria do Indigenato.

3.1 A Convenção 169 da OIT

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada em

1989, se consolidou como um instrumento efetivo de proteção dos indígenas, representando um rompimento com a visão integracionista da convenção anterior, estabelecendo, portanto, garantias de direitos. Entrou em vigor internacionalmente em setembro de 1991 tornando-se, um importante instrumento dedicado aos direitos dos povos indígenas (MAZZUOLI, 2019, p. 335).

Assim, podemos ressaltar já em seu preâmbulo:

considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram; observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram, e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente (Convenção nº 169 da OIT, 1989).

Com essa passagem, podemos perceber o efetivo rompimento com a convenção anterior, que previa a integração e assimilação dos indígenas, ou seja, a referida convenção se constitui um instrumento de afirmação da autodeterminação e os direitos coletivos dos povos indígenas e tribais.

No plano interno, foi em 2002 que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção através do Decreto Legislativo nº 143/2002, o que possibilitou o depósito de ratificação da referida convenção junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002. Com isso, a Convenção passou a ter efeito no Brasil em 25 de julho de 2003. Posteriormente, o Presidente da República promulgou a Convenção pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Atualmente, o referido decreto encontra-se revogado com nova redação pelo Decreto nº 10.088/2019 (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT passou a vigorar na seara jurídica interna brasileira, sendo um compromisso vinculante assumido pelo Brasil. Assim, nesse panorama internacional, os Estados que ratificam seu cumprimento, assumem o dever de garantir sua efetividade de forma obrigatória na dimensão interna dos seus ordenamentos jurídicos vigentes.

Consoante, a Convenção 169 da OIT estabelece, já em seu artigo 2³, que os Estados

³ 1.Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2.Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que

possuem esse dever de realizarem de forma coordenada, com a participação dos próprios indígenas, ações com o intuito de proteger seus direitos. De igual modo, asseguram medidas que garantem tratamento de igualdade material de acesso à direitos, reduzindo as diferenças históricas e consolidando a organização social dos povos indígenas (Convenção nº 169 da OIT, 1989).

Outro aspecto central é que os povos indígenas precisam ser consultados de maneira prévia, livre e informada caso alguma medida legislativa ou administrativa possa afetá-los diretamente. As consultas devem ser realizadas com a participação das próprias instituições que representam os indígenas, garantindo, assim, respeito aos povos indígenas e suas comunidades (Convenção nº 169 da OIT, 1989).

Sobre a importância desse dispositivo na convenção, o professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho esclarece que:

A obrigação da consulta deriva da necessidade de os Estados nacionais preservarem os direitos dos povos — ou, dito de forma inversa, a incolumidade dos direitos dos povos tradicionais gera aos Estados a obrigação de consultar. É claro que a consulta deve ser feita pelas instituições representativas de cada povo. É neste exato ponto de inflexão que reside a possibilidade do rompimento com as práticas de subordinação ou das instituições representativas (SOUZA FILHO, 2019, p.30-31).

Nesse entendimento, podemos destacar que o Estado teria a obrigação de se fazer a consulta para se chegar a um acordo ou contrato, conforme a convenção, originando o que podemos chamar de protocolo, estabelecendo os limites do consentimento desse ato (SOUZA FILHO, 2019, p.33-34).

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, usando como parâmetro o conceito de tratamento dos territórios indígenas por meio da Convenção 169, no caso Saramaka, expressamente deixou claro que se exige o consentimento nesses projetos de grande impacto sobre esses territórios, pois são espaços de existência dessas populações (DUPRAT, 2014, p.67).

Entretanto, a efetivação desse referido dispositivo da Convenção nº 169 da OIT no Brasil ainda enfrenta relevantes obstáculos políticos e institucionais no tocante à efetividade da

a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

consulta prévia nas mais variadas obras de infraestruturas e ambientais em áreas indígenas.

Um exemplo atual desse cenário foi objeto de litígio no Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da ADI 5905, na qual temos de um lado o Governo de Roraima contestando a exigência de consulta às comunidades indígenas em situações de instalação de linhas de transmissão, de estradas e demais estruturas necessárias à prestação de serviços públicos (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2025).

Na ocasião, a Advocacia-Geral da União, realizando a sustentação oral pelo advogado Marcelo Vinícius Miranda Santos, sustentou e defendeu a constitucionalidade da Convenção nº 169 e afirmou sua compatibilidade com os preceitos da Constituição Federal, e reforçou que a consulta prévia, livre e informada deve ser uma garantia constitucional para os povos indígenas, e o Estado deve assegurar sua efetivação (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2025).

Ato contínuo, a referida Convenção menciona no artigo 13⁴ a relação dos povos indígenas com suas terras, afirmando que ultrapassa a dimensão patrimonial, na qual se entende como espaços culturais e identitários da própria existência indígena. Assim, o território é compreendido em sentido abrangente, não considerando apenas áreas ocupadas fisicamente, mas aquelas tradicionalmente usadas nas práticas culturais e memória coletiva (Convenção nº 169 da OIT, 1989).

Algo importante a ser observado, no que concerne ao cenário internacional de importância da convenção em comento, é que a Corte IDH (2018) no julgamento do Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil, recorreu as interpretações da Convenção 169 como referência nas suas sentenças e decisões, o que fundamentou sua condenação ao Brasil no referido caso.

Ante o exposto, a Convenção 169 da OIT, consolida um conjunto de normas que atua como instrumento normativo de proteção dos direitos indígenas, possibilitando a concretização da sua existência e das diversas formas de viver das populações indígenas, respeitando a pluralidade étnica, mas ao mesmo tempo, possuindo instrumentos concretos de efetivação, o que se amolda com os Direitos Humanos e constitucionais.

⁴ Art 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

3.2 A efetivação dos direitos originários no Sistema IDH: O Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil

O julgamento do Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 5 de fevereiro de 2018, constitui um marco jurídico importante na afirmação dos direitos territoriais dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O presente caso e a condenação do Estado brasileiro no caso Xukuru (Corte IDH, 2018) evidenciou uma falha estrutural do país na proteção dos povos originários. O cerne da questão em comento residiu na demora injustificada para a titulação das terras, o que a Corte IDH interpretou como uma violação direta ao princípio do prazo razoável, além de ter configurado um desrespeito às garantias previstas no Sistema Interamericano e em outros dispositivos da convenção ora analisada.

A Corte IDH (2018) destacou que o Estado brasileiro, não cumpriu sua obrigação internacional reconhecendo apenas o território de maneira formal, mas é necessário a delimitação física, a desocupação e a proteção desses territórios, pois dessa maneira o povo indígena garantiria o usufruto da propriedade coletiva em consonância com o princípio da segurança jurídica no Brasil.

Segundo a Corte IDH (2018) a demora excessiva também violou o direito à garantia judicial de prazo razoável, pois os procedimentos de reconhecimento e seu devido registro demoraram e se arrastaram por longos 16 anos, ou seja, prejudicou totalmente a fruição plena sobre o território do Povo Xukuru, gerando esse estado de incerteza e demora na efetivação desse direito comunal sobre as terras.

Para a Corte IDH (2018) a permanência de terceiros nos territórios indígenas, constitui como uma violação direta à propriedade coletiva, pois diante desse cenário, impossibilita a fruição, o uso e posse plena do direito à terra. Por essas circunstâncias, foi determinada que o Brasil garanta a desintrusão dessas áreas para garantir esse direito por um prazo máximo de 18 meses.

Nesse sentido, a Corte IDH (2018) reconheceu que o contexto de insegurança e tensões criadas pela demora do Estado em tirar terceiros desses territórios, repercutiram na integridade física de lideranças, devido a incerteza sobre o território, prejudicando, assim, seu usufruto pleno.

A Corte IDH (2018) demonstrou que a atuação do Brasil foi incompatível com o dever de assegurar a razoável duração dos procedimentos administrativos, em razão da demora

excessiva nos processos de demarcação territorial, o que para a Corte regional em comento caracterizou uma afronta direta ao artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, foi evidenciada, também, a falta de mecanismos eficazes de segurança jurídica, pois comprometeu a proteção judicial e o exercício do direito à propriedade coletiva, na forma dos artigos 21 e 25 todos em relação ao artigo 1.1 da referida convenção, demonstrando, dessa forma, a falha estatal na garantia do usufruto desses territórios tradicionalmente ocupados pelos povos indígenas no país.

Foi decidido também, nos termos da decisão da Corte IDH (2018) como mencionado anteriormente, deverá ser realizado a desinstrução do território para a garantia da posse no prazo máximo de 18 meses, assim como ao pagamento de indenização por danos imateriais e custas processuais, com apresentação de um relatório anual de cumprimento, sob supervisão direta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Trazendo uma abordagem decolonial ao debate, observa-se que o próprio Estado brasileiro tem negligenciado esse processo de relação dos povos indígenas com seus territórios, o que decorre de uma visão de matriz europeia, que ignora uma identidade e concepções próprias desses povos. Essa perspectiva dificulta esse processo de demarcação do território, pois concebe de maneira determinante os ditames do direito civil brasileiro, que por sua vez é pautado numa visão eurocêntrica e permeada por uma perspectiva individualista (NÓBREGA; LIMA, 2021, p.358).

Algo salutar corroborado na decisão, é a perspectiva de propriedade coletiva, consoante a jurisprudência da Corte IDH tem sido determinante na consolidação desse conceito e sua devida aplicação.

A sentença da Corte IDH (2018) enfatiza que a propriedade indígena decorre de um vínculo cultural e espiritual, e não apenas um título emitido pelo Estado, possuindo a sua forma comunal ou coletiva sobre a propriedade de seus territórios, concentrada de forma coletiva e não de maneira individual.

Nessa direção, a compreensão feita pela Corte IDH aglutina o conceito de propriedade coletiva desses territórios levando em conta o conceito desses territórios trazidos pela antropologia, mencionada anteriormente no presente trabalho, mostrando na prática a instrumentalidade dessa interdisciplinariedade para o campo jurídico, fazendo essa interpretação extensiva do conceito. Conforme Nóbrega e Lima:

Assim, identificamos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou a noção territorial da antropologia ao conceito jurídico de propriedade (também prescrito no artigo 26 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos

Indígenas e no artigo 23 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem). Embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ACRH) mencione expressamente o “direito à propriedade privada” em seu Artigo 21, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos avançou e amadureceu devido às suas próprias experiências reais com a América Latina. Estas experiências permitiram que o conceito de propriedade privada enunciado no Artigo 21.1 da Convenção incluísse também a dimensão coletiva ou comunal, em vez de se limitar à compreensão da propriedade a partir da perspectiva individual (NÓBREGA; LIMA, 2021, p.364) (tradução nossa).

Tal entendimento evidencia que a tradicionalidade da ocupação não se confunde com continuidade física ou presença permanente, mas se refere à relação histórica e simbólica que os povos indígenas mantêm com a terra e esses espaços. Nesse sentido, a propriedade coletiva compreende o território como espaço de reprodução social, política e pertencimento desses grupos.

Em alguns julgados como nos casos, “Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, de 2001, Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, de 2005, Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, de 2010, e Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, de 2015” (MAZZUOLI, 2019, p.340), a Corte IDH tem reforçado que as relações que comunidades indígenas possuem com seus territórios, não são unicamente de uma questão de posse, produção ou individual, mas, sobretudo, existencial e coletivo.

Como podemos perceber, essa lógica se distancia da perspectiva individualista que tradicionalmente estrutura o direito de propriedade no Brasil. Tanto no contexto da sentença do Povo Xukuru, quanto em outros julgados pela Corte, como fora supramencionado, a propriedade indígena não se submete à titulação estatal, mas decorre do vínculo indígena com o território, consolidando um direito que antecede o reconhecimento estatal. Assim, temos uma construção jurisprudencial que reforça o pluralismo jurídico, ao reconhecer que os povos indígenas possuem sistemas próprios quanto aos seus territórios.

Nesse sentido, a respectiva Corte IDH (2018) reconhece esse direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios, conforme a sua interpretação extensiva sobre propriedade coletiva, conceito trazido pela antropologia e, incorporado na sentença e jurisprudência da referida corte, o que constitui como uma estrutura que direciona os Estados no âmbito de proteção desses direitos coletivos sobre suas terras tradicionais.

Assim, fica evidenciado o quanto a antropologia impactou na seara jurídica sobre os territórios indígenas, o que também é o cerne do trabalho, através desse olhar interdisciplinar para o campo jurídico.

Portanto, o julgamento e a referida condenação do Brasil, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi uma resposta à negligência e inércia estatal na proteção

efetiva desses espaços pelo Brasil, e solidificou um campo de proteção jurídica dos povos indígenas, consolidando o direito à propriedade coletiva desses territórios, estabelecendo que esses espaços formam a própria existência dos povos originários, não sendo possível, portanto, uma interpretação sob o aspecto meramente individual de propriedade.

3.3 A influência da Corte IDH na consolidação dos direitos territoriais indígenas sob a ótica constitucional e dos Direitos Humanos

A condenação do Brasil na seara internacional, por meio da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do povo indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil, impactou na seara jurídica interna do país, no que concerne ao direito de propriedade coletiva indígena e sua devida efetivação pelos estados signatários, tendo em vista ter força vinculante de cumprimento.

Nesse sentido, a observância de cumprimento pelo Brasil é obrigatória e integral das decisões por ela proferidas pela respectiva Corte Regional, após ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 1992 e reconhecendo a jurisdição da Corte IDH em 1998, mas só sendo internalizado de forma efetiva em 2002, com a promulgação do Decreto nº 4.463 (BRASIL, 2002).

Ou seja, os Estados signatários devem cumprir as decisões da convenção, portanto, a condenação do país e sua devida reparação possuem efeito obrigatório de cumprimento.

Essas medidas buscam, justamente, uma harmonia entre o direito internacional dos Direitos Humanos e a seara jurídica interna no país.

Nesse sentido, o grande desafio é implementar o controle de convencionalidade que corresponde na análise de compatibilidade dos atos internos, em relação às normas de direito internacional como tratados, princípios, resoluções e a respectiva decisão da Corte regional em comento (RAMOS, 2021, p. 976).

Desse modo, o Caso do povo Xukuru, entra como referência nesse Controle de Convencionalidade tanto no âmbito interno na compreensão de propriedade coletiva e sua efetiva proteção, quanto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois tem efeito obrigatório de cumprimento.

Nesse contexto, conforme Ramos (2021), ao conceituar o “Diálogo das Cortes”, menciona que é fundamental que exista uma interação interpretativa entre os tribunais nacionais e os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. Essa interação buscaria garantir que as decisões internas estejam em conformidade com os parâmetros das cortes regionais, o

que evitaria decisões conflitantes.

Em suma, portanto, trata-se de um instrumento que harmonizaria o controle de constitucionalidade feito internamente, e o controle de convencionalidade, realizado na esfera internacional. A saber:

Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. [...] Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional (RAMOS, 2021, p. 984-985).

Na seara jurídica interna do Brasil, a influência da sentença foi evidente, usando como referência o Caso do Povo Xukuru, a decisão da Corte IDH se tornou um elemento norteador na interpretação e refletiu na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Para efeito de análise do impacto interno da sentença da Corte IDH no Caso do Povo Xukuru, verifica-se que, entre 2018 e 2021, foram identificadas cinco decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro que dialogam com os efeitos da referida condenação do Brasil na seara internacional em comento, envolvendo o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal, dentre eles o Caso do Povo Xokleng (NÓBREGA; NASCIMENTO, 2022, p. 216–217).

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC Tema 1.031, Caso do Povo Xokleng, se torna um marco jurídico na consolidação da tese contrária ao Marco Temporal, bem como consolidou o conceito de propriedade coletiva, conceito trazido pela antropologia mencionado anteriormente no trabalho por meio dessa interdisciplinaridade no debate jurídico e, reafirma, assim, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à natureza originária dos direitos indígenas, em total consonância com a Teoria do Indigenato.

Portanto, percebemos que a atuação da Corte IDH exerce de maneira decisiva, um papel na consolidação da Teoria do Indigenato como instrumento basilar dos direitos territoriais. Por meio do diálogo entre as Cortes e do controle de convencionalidade, o cenário jurídico nacional é provocado a reconhecer a natureza originária desse direito, rechaçando, o reducionismo da Tese do Marco Temporal.

Dessa maneira, a sentença reforça o dever estatal de proteção desses espaços, bem como funda princípios constitucionais e dos Direitos Humanos dos povos indígenas, respeitando os laços históricos que essas comunidades mantêm com as suas terras no Brasil.

4 O MARCO TEMPORAL EM DISPUTA: STF X REAÇÃO LEGISLATIVA

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 o Caso do Povo Xokleng,

representou uma grande expectativa tanto para os povos indígenas interessados no litígio, devido a sua magnitude de impacto quanto para os demais atores sociais envolvidos na causa indígena no país. Nesse sentido, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, significou um marco nessa trajetória de lutas dos povos indígenas no tocante ao direito às suas terras, pois reafirmou seus direitos originários rechaçando a Tese do Marco Temporal.

Por conseguinte, o julgamento foi decidido por maioria de votos (9x2), o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese, consolidando a interpretação de que os direitos originários à terra não estão condicionados à ocupação indígena em 5 de outubro de 1988 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

Entretanto, em posição oposta ao decidido pela Suprema Corte do país, o Poder Legislativo aprovou, logo após o julgamento, a Lei do Marco Temporal 14.701/23, configurando um total retrocesso aos direitos indígenas no Brasil, desprezando a interpretação constitucional, bem como os compromissos internacionais do Brasil na proteção da propriedade coletiva desses espaços.

À luz das tensões geradas entre os Poderes da República, torna-se necessário examinar os fundamentos jurídicos e políticos da decisão do STF, os desdobramentos institucionais a partir do seu julgamento e as repercussões dessa decisão para o processo de demarcação de terras indígenas no país.

O presente capítulo, será analisado levando em consideração três perspectivas principais, quais sejam, os argumentos centrais do julgamento com a explanação dos votos dos ministros, levando em conta as implicações jurídicas da decisão no âmbito interno, assim como à aprovação da Lei do Marco Temporal que demonstra o desprezo ao controle de convencionalidade e aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, e, por fim, os desafios e resistências na efetivação dos direitos territoriais dos povos indígenas.

O STF ao julgar e reconhecer os direitos territoriais indígenas sobre seus territórios, reforça a compreensão da própria hermenêutica constitucional, na efetivação tanto dos princípios norteadores da Carta Magna, quanto de preceitos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Assim, a Suprema Corte do país em harmonia com a Teoria do Indigenato, solidifica essa proteção.

4.1 O julgamento histórico no STF e a rejeição do Marco Temporal: implicações jurídicas na proteção dos territórios indígenas no Brasil

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, no Tema 1031 de repercussão geral, como mencionado anteriormente é histórico na concepção de consolidação da Teoria do Indigenato, pois se amolda com uma hermenêutica constitucional coerente com o constituinte originário, bem como com instâncias internacionais de proteção dos direitos indígenas.

O Caso do Povo Xokleng foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, reconhecido como de repercussão geral (Tema 1031). O recurso mencionado foi interposto pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), contra o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA). O cerne do litígio envolvia uma área reconhecida como de ocupação tradicional indígena, localizada na Reserva Biológica do Sassafrás, no estado de Santa Catarina, em sede de reintegração de posse (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

O debate jurídico em comento envolve a interpretação da Constituição Federal de 1988, tendo como ponto central de disputa a validade da tese do marco temporal, segundo a qual apenas as comunidades indígenas que estivessem ocupando suas terras na data da promulgação da referida Constituição de 1988, ou estivessem litigando judicialmente por elas, (o esbulho renitente), teriam direito à demarcação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

Na ocasião, o relator do caso, ministro Edson Fachin, sustentou um voto histórico, trazendo uma leitura constitucional comprometida com os ditames constitucionais, reconhecendo o direito originário dos povos indígenas sobre seus territórios que tradicionalmente ocupam, rechaçando o marco temporal, pois não se trata de um direito constitutivo, mas apenas declaratória do Estado brasileiro:

[...]a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe da conclusão ou mesmo da realização da demarcação administrativa dessas terras, é direito originário das comunidades indígenas, sendo apenas reconhecimento, mas não constituído pelo ordenamento jurídico.

A natureza jurídica do procedimento demarcatório é meramente declaratória, consiste na exteriorização da propriedade da União, vinculada e afetada à específica função de servir de habitat para a etnia que a ocupe tradicionalmente. É atividade do Poder Executivo, desempenhada por diversos órgãos, conforme o procedimento acima demonstrado, mas que não cria terra indígena, apenas reconhece aquelas que já são, por direito originário, de posse daquela comunidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, 2023, p. 106).

Dessa forma, como debatido anteriormente por outros autores citados no trabalho, os direitos originários dos povos indígenas preexistem a própria formação do Estado nacional brasileiro, e para o referido ministro, é preceito fundamental o direito às terras indígenas devendo ser interpretada à luz de uma perspectiva constitucional:

[...] por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, 2023, p. 99).

O voto do ministro Alexandre de Moraes, evidencia a violência sofrida do Povo Xokleng, tendo que sair dos seus territórios, portanto, colocar um marco temporal nesse contexto feriria frontalmente a própria Constituição Federal, que assegurou a proteção dos direitos fundamentais dos indígenas:

[...] o relato do livro Os Índios Xokleng: memória visual, publicado em 1997 pelo antropólogo Sílvio Coelho dos Santos. Em Santa Catarina, estado de onde estamos julgando, essa questão mostra a injustiça terrível que pode gerar a fixação somente do marco temporal. [...] estamos falando de 1930. Os sobreviventes dessa comunidade indígena, os índios Xokleng, fugiram do local. Eles se evadiram e foram procurar outras áreas, porque, se tentassem voltar, os poucos que sobreviveram seriam mortos. Há relatos históricos, livros, todos sabem qual era a área dos índios Xokleng. Óbvio que, em 5 de outubro de 1988, eles não estavam lá, porque, se estivessem, não teria sobrado nenhum (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, Min. Alexandre de Moraes, 2023, p. 289-290).

A ministra Carmén Lúcia, por sua vez, rechaça a Tese do Marco Temporal por ser flagrantemente contrária aos direitos fundamentais que protegem os direitos indígenas:

Afasto qualquer ideia de reducionismo dessas terras. Reducionismo não só fisicamente, do que é ocupado, mas também no tempo. Nesse sentido, afasto, portanto, o Marco Temporal. Quando foi definido, basicamente, com a referência feita na Petição 3.388, com a explicitação feita ali, deixei claro que esse Marco Temporal - e que o Ministro Carlos Britto dizia - era para trabalhar com uma data certa. A comprovação de que a comunidade ocupava a terra naquela data me parece realmente contrária à ideia tanto de direitos fundamentais quanto da possibilidade de se manter a integridade e a identidade dos grupos indígenas e das comunidades (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, Min. Cármen Lúcia, 2023, p. 812-813).

Os entendimentos contrários a Tese do Marco Temporal, foram seguidos pelo restante dos ministros, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Assim, o principal argumento no julgamento estava alicerçado na rejeição integral de qualquer critério de marco temporal do direito territorial indígena. Os votos vogais vencidos foram proferidos pelos ministros Nunes Marques e André Mendonça, que votaram no sentido de cancelar a Tese do Marco Temporal (BRASIL, Supremo Tribunal

Federal, Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, 2023).

Ao final, com o placar 9x2, o Supremo Tribunal Federal invalidou a Tese do Marco Temporal, e consolidou a originalidade do direito a propriedade coletiva, bem como evidenciou o caráter tão somente declaratório na demarcação desses territórios (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

Logo, o julgamento e a decisão, foi um marco histórico na proteção dos direitos indígenas, alinhando a interpretação constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos, reforçando o papel da Corte Constitucional na proteção dos direitos sociais e culturais dos povos indígenas. Desse modo, a jurisprudência consolidada reforça que a demarcação é procedimento declaratório, e não constitutivo dos direitos territoriais indígenas dos povos originários do país.

Portanto, o julgamento do Caso do Povo Xokleng consolida o entendimento de propriedade coletiva desses territórios, sendo esses espaços uma condição de existência dos povos originários. Assim, reforça a Teoria do Indigenato, impondo ao Estado brasileiro a responsabilidade de assegurar a integridade territorial, cultural e política dessas comunidades, em consonância com a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte.

4.2 A aprovação da lei do Marco Temporal e a ausência do Controle de Convencionalidade

A promulgação da Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023, representou uma transição no regime jurídico das terras indígenas no Brasil. Regulamentando o artigo 231 da Constituição Federal, a nova lei estabeleceu, entre outras disposições, a aplicação da Tese do Marco Temporal como critério central para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2023).

Isso implica que só serão consideradas como tais aquelas que estavam em ocupação indígena no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, salvo os casos de renitente esbulho comprovado. A referida legislação foi aprovada pelo Congresso Nacional após a derrubada de vetos presidenciais, em meio a polarização política entre as bancadas ruralista e indígena (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2023).

A referida Lei nº 14.701/2023 foi aprovada pelo Poder Legislativo sem levar em consideração os parâmetros de compatibilização com os compromissos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, tampouco levou em consideração a Convenção 169 da OIT e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que tem força vinculante de

cumprimento no ordenamento jurídico interno.

Destarte, a jurisprudência da Corte IDH é vinculante no tocante ao dever de cumprimento das suas decisões. Desse modo, a aprovação da Lei nº 14.701/2023, vai de maneira oposta ao decidido na condenação do Brasil no Caso do Povo indígena Xukuru.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade deve ser exercido não apenas pelo Poder Judiciário, mas, sim por todas as esferas de poder, em um contexto de diálogo institucional com o Sistema IDH, como uma espécie de “Diálogo das Cortes” mencionado anteriormente no presente trabalho, na qual recorro ao André de Carvalho Ramos nessa definição de conceito.

Além disso, como mencionado na sentença da Corte IDH (2018) no caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil, o Estado deve garantir a desinstrução dos entraves jurídicos e administrativa na concretização dos direitos sobre seus territórios. Bem como deixou claro que o Estado brasileiro violou diversos dispositivos previstos na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Desse modo, o controle de convencionalidade deve ser compreendido, como um instrumento indispensável para a harmonização entre a ordem jurídica interna no Brasil e os compromissos internacionais de cunho obrigatório de seu cumprimento, pois tem força vinculante. Objetivando a efetiva compatibilização de normas internacionais com as nacionais, visando, dessa maneira, a efetiva proteção dos Direitos Humanos dos povos indígenas.

4.3 Desafios e resistências: reflexões sobre a efetivação dos direitos dos povos indígenas

Em total afronta ao STF e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Poder Legislativo aprovou a Lei nº 14.701/2023, em flagrante oposição à efetivação dos Direitos Humanos e fundamentais dos povos indígenas, evidenciando um cenário institucional marcado por tensões e resistências.

Nesse sentido, o grande desafio é a própria insegurança jurídica entre os Poderes da República, pois de um lado temos o entendimento do STF, que rejeitou a Tese do Marco Temporal no julgamento do Tema 1031, e de outro, diametralmente oposta, a nova legislação regulamentando o marco temporal, aprovada pelo Congresso Nacional (cuja validade ainda é objeto de controle de constitucionalidade no STF), mas já tem um potencial de acirrar confrontos, gerando situações de ameaças e cenários de violência dirigida às comunidades indígenas nos seus territórios.

Como mencionado anteriormente, a própria sentença da Corte IDH (2018) no Caso do Povo Xukuru, evidenciou a omissão em prevenir essas situações de violências, na qual

prejudicou a plena fruição do território indígena.

Por conseguinte, os obstáculos na concretização das decisões que asseguram os direitos indígenas, que estejam em consonância com a Teoria do Indigenato, refletem a dificuldade de uma sociedade que respeite os direitos fundamentais dos povos indígenas, bem como os Direitos Humanos.

Portanto, o embate contra esses retrocessos deve ser compreendido como algo primordial por parte dos indivíduos que buscam e acreditam na efetivação dos direitos fundamentais, objetivando a reconstrução da justiça e de reconhecimento pleno da dignidade dos povos indígenas, reconhecendo um país multifacetado e plural.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trazendo uma perspectiva constitucional e dos Direitos Humanos, o trabalho buscou analisar o conflito entre a Teoria do Indigenato e a Tese do Marco Temporal, compreendendo como norte central o direito originário à terra pelos povos indígenas no Brasil. A pesquisa baseada em análise documental e bibliográfica, objetivou destacar o direito originário à terra dos povos indígenas, bem como no seu fundamento na Constituição Federal de 1988 e nos instrumentos internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ao fazer essa análise normativa, histórica e antropológica, foi demonstrado que a Teoria do Indigenato representa um fundamento jurídico que reconhece a ocupação indígena como anterior à própria formação do Estado nacional brasileiro, que independe de ato e reconhecimento estatal para os indígenas terem esse direito.

De modo antagônico, temos a Tese do Marco Temporal que condiciona a posse do território indígena à presença e à comprovação na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, ignorando os processos históricos de deslocamento forçado, esbulho e violências sofridas por essas populações.

Com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1031 no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, consolidou-se o entendimento na Suprema Corte do país que os direitos territoriais indígenas não se subordinam ao marco temporal ou do renitente esbulho que seria o conflito físico ou a controvérsia judicial à data da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988.

Observou-se, também, que a referida jurisprudência consolida uma conquista na seara de hermenêutica constitucional para os povos indígenas, indo na direção da preservação e respeito aos direitos humanos, bem como coloca o Brasil no alinhamento às normas internacionais de preservação do território indígena, conforme às decisões da Corte IDH, como no caso *Xukuru vs. Brasil*.

Em que pese o avanço da jurisprudência do STF na proteção e alicerce da Teoria do Indigenato, a promulgação da Lei nº 14.701/2023 pelo Poder Legislativo escancara a persistência de forças políticas em matéria de direitos humanos, buscando restringir os direitos territoriais indígenas.

A referida lei traz retrocessos no campo de proteção ao querer introduzir o marco temporal, desconsiderando o controle de convencionalidade e, violando desse modo,

compromissos internacionais do Brasil, restando desse cenário à insegurança jurídica, sendo uma barreira na implementação dos direitos dos povos originários.

Identificou-se que se faz necessário uma atuação estatal coerente tanto com os princípios da Constituição Federal de 1988, que consagrou a Teoria do Indigenato sobre as terras indígenas, quanto os compromissos internacionais que o Estado brasileiro assumiu nesse arcabouço de proteção de Direitos Humanos.

O respeito aos direitos indígenas deve ser compreendido como parte estruturante do Estado democrático de direito, exigindo o fortalecimento do controle de convencionalidade, como o exercido pelo STF no caso do povo Xokleng, mas deve ser aplicada uma espécie de “Diálogo das Cortes” em todos os Poderes da República, a fim de uma harmonia institucional e segurança jurídica na concretização do direito à terra dessas comunidades.

Em suma, torna-se evidente, que a Teoria do Indigenato permanece como um preceito jurídico essencial para garantir o direito originário à terra, sendo incompatível com tentativas de esvaziamento de direitos e retrocessos legais. Com efeito, a construção de uma sociedade plural depende do reconhecimento dos diversos atores sociais que a compõe. Dessa forma, torna-se possível corroborar que apenas a partir de um cenário de respeito aos povos originários será possível concretizar os direitos indígenas no Brasil, por meio da promoção e efetivação dos direitos constitucionais e dos Direitos Humanos dessas comunidades no contexto nacional.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. **AGU defende consulta prévia em projetos que afetam comunidades indígenas e tradicionais.** Brasília, 03 set. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-defende-consulta-previa-em-projetos-que-afetam-comunidades-indigenas-e-tradicionais>. Acesso em: 3 dez. 2025.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Congresso promulga o Marco Temporal para terras indígenas, mas polêmicas seguem na Justiça.** Brasília, 20 out. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1029997-congresso-promulga-o-marco-temporal-para-terras-indigenas-mas-polemicas-seguem-na-justica/>. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.** Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em conformidade com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, 11 nov. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 11 jul. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas.** 2023. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnovicias/stf-derruba-tese-do-marco-temporal-para-a-demarcacao-de-terras-indigenas/>. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1031 – Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.** Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15364370153&ext=.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2024.

CARNEIRO DA CUNHA, M. **Índios no Brasil: História, Direitos e Cidadania.** 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2025.

DUPRAT, Deborah. **A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada / ILO's 169 Convention and the right to previous, free and informed**

consultation. RCJ – Revista Culturas Jurídicas, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 11 nov. 2024.

DUPRAT, Deborah. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – Terra Indígena Limão Verde.** In: ALCÂNTARA, G. K.; TINÔCO, L. N.; MAIA, L. M. Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018. p. 76-105. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/publicacoes/publicacoes-anpr/publicacoes/publicacoes-da-anpr/livro-indios-direitos-originarios-e-territorialidade>. Acesso em: 18 dez. 2024.

ELOY AMADO, L. H. **Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411>. Acesso em: 20 jun. 2025.

ELOY TERENA, L. **O judiciário e as terras indígenas no Brasil: notas sobre teoria do indigenato versus marco temporal.** II Seminário Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. Ourense: Universidade de Vigo, 2020. Disponível em: <http://sidecied.com/wp-content/uploads/2021/03/Libro-II-SIDECIED-2020.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **A força vinculante do protocolo de consulta.** In: GLASS, Verena (Org.). Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/livro/protocolos-de-consulta-previa-e-o-direito-a-livre-determinacao/>. Acesso em: 15 jun. 2025.

BITENCOURT NÓBREGA, Flavianne Fernanda; BARBOSA DO NASCIMENTO, Anne Heloise. **Indígenas e sistema de justiça: indicadores do monitoramento do impacto do caso Xukuru no Brasil.** Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, Distrito Federal, Brasil, v. 2, n. 2, p. 189–231, 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/140>. Acesso em: 14 abr. 2024.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; LIMA, Camilla Montanha de. **How the indigenous case of Xukuru before the Inter-American Court of Human Rights can inspire decolonial comparative studies on property rights / Como o caso do povo indígena Xukuru ante a Corte Interamericana de Derechos Humanos pode inspirar um estudo comparado decolonial sobre direitos de propriedade.** Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law, Brasília, v. 18, n. 1, p. 1-376, abr. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7313/0>. Acesso em: 20 jun. 2024.

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

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais 1989.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20I>

nd%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19 jul. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: UNESP, 2018.

SOUSA JUNIOR, Raimundo Gomes de. **Entre o protagonismo e a invisibilidade: a história indígena representada nos livros didáticos**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Licenciatura Plena em História) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Não publicado.

VIEIRA, A. C. A.; ELOY AMADO, L. H. **Aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena**. In: ALCÂNTARA, G. K.; TINÔCO, L. N.; MAIA, L. M. Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/publicacoes/publicacoes-anpr/publicacoes/publicacoes-da-anpr/livro-indios-direitos-originarios-e-territorialidade>. Acesso em: dez 2024.