

INCONSTITUCIONALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E COLONIALIDADE DO MARCO TEMPORAL EM TERRITÓRIO INDÍGENA

UNCONSTITUTIONALITY, UNCONVENTIONALITY AND COLONIALITY OF THE TIME FRAME IN INDIGENOUS TERRITORY

Tiago Resende Botelho¹

Universidade Federal de Grande Dourados

Sebastião Patrício Mendes da Costa²

Universidade Federal do Piauí

Resumo:

O artigo tem como objetivo defender teoricamente e juridicamente que o marco temporal em território indígena é inconstitucional, inconvenção e colonial. Para tanto, será preciso compreender, por meio do Projeto de Emenda à Constituição 215/2000, da Petição 3.388/2009, do Parecer 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29.087, da Ação Rescisória (AR) 2.686 e do Recurso Extraordinário 1.017.365, como o marco temporal foi se estruturando na esfera política e jurídica. Após a análise de tais documentos a pesquisa conclui que o marco temporal, enquanto fixação da data de promulgação da Constituição de 1988 como limite para a demarcação dos territórios indígenas, rompe, em especial, com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e reforça todos os tipos de violências coloniais sofridas pelos povos originários por meio da colonialidade do poder, do saber e do ser. O artigo é fruto do estágio de pesquisa pós-doutoral junto ao programa de Direito na linha de pesquisa Direitos Humanos e Direitos Contemporâneos da Universidade Federal do Piauí.

Palavras-chave:

marco temporal; Constituição Federal; Tratados Internacionais de Direitos Humanos; povos indígenas; território.

Abstract:

The article aims to defend theoretically and legally that the temporal framework in indigenous territory is unconstitutional, unconventional and colonial. To this end, it will be necessary to understand, through the Draft Amendment to the Constitution 215/2000, the Petition 3388/2009, the Opinion 001/2017 issued by the Attorney General's Office (AGU), the Ordinary Appeal in Writ of Mandamus (RMS) 29087, Rescissory Action (AR) 2686 and Extraordinary Appeal 1,017,365, how the temporal framework was structured in the political and legal sphere. After analyzing these documents, the research concludes that the temporal framework, while setting the promulgation date of the 1988 Constitution as a limit for the demarcation of indigenous territories, breaks, in particular, with the Federal Constitution, the International treaties on human rights and reinforces all the types of colonial violence suffered by native peoples through the coloniality of power, knowledge and being. The article is the result of the postdoctoral research internship at the Law program in the Human Rights and Contemporary Rights research line at the Federal University of Piauí.

Keywords:

temporal frame; Federal Constitution; international human rights treaties; Indian people; territory.

¹Pós-doutor em Direitos Humanos e Direito Contemporâneo (UFPI), Doutor em Direito Socioambiental (PUCPR), Mestre em Direito Agroambiental (UFMT). Especialista em Direitos Humanos (UFGD), licenciado em História (UFGD) e bacharel em Direito (UEMS). Professor e coordenador do curso de Direito (UFGD). Professor do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD). Líder do Grupo de Pesquisa Luta pela Terra. Editor-chefe da Revista Videre. Advogado.

² Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg, Alemanha. Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito (UnB). Mestre em Antropologia e Arqueologia (UFPI). Bacharel em Direito (UnB). Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPI. Advogado.

INTRODUÇÃO

A pesquisa busca apresentar embasamentos teóricos e jurídicos que sustentem que o marco temporal se edifica a partir da colonialidade, da inconstitucionalidade e da inconveniência colonial, pois fixar a data de promulgação da Constituição de 1988 como limite para a demarcação dos territórios indígenas é romper com os preceitos constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos e reforçar todos os tipos de violências coloniais sofridas pelos povos originários. A parte teórica da pesquisa será feita a partir dos estudos decoloniais e do constitucionalismo latino-americano, desenvolvendo embasamento histórico e jurídico imprescindível à compreensão das lutas e conquistas decoloniais dos povos indígenas no Brasil. Juridicamente, debruçar-se-á sobre a Petição 3.388/2009, o Parecer 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29.087, a Ação Rescisória (AR) 2.686 e o Recurso Extraordinário 1.017.365 com repercussão geral.

O objetivo da pesquisa é apresentar o marco temporal como tese frágil e problemática (colonial, inconstitucional e inconveniente) ao definir a promulgação da Constituição Federal de 1988 como o marco para que se possa ou não reconhecer uma terra como indígena.

Contudo, tendo em vista que o efetivo reconhecimento das áreas como indígenas depende, na prática, de uma atitude positiva pelo poder público brasileiro, para a demarcação das suas terras – em que pese a demarcação seja um ato meramente declaratório de direito preexistente – vários problemas se colocam, como na identificação da referida ocupação tradicional, nos limites da referida área, na persistência de tal ocupação. Nesse contexto, a judicialização do processo demarcatório e o marco temporal têm se apresentado como uma constante na realidade pátria.

1. O INDIGENATO E O DIREITO ORIGINÁRIO AO TERRITÓRIO

Os primeiros precedentes de legislações protetivas dos direitos territoriais dos povos indígenas datam, pelo menos, do século XVII, com a Carta Régia de 30 de julho de 1609. Ao longo do período colonial e mesmo depois, no período imperial e na república, ainda que dentro de muitas contradições e de um genocídio sistêmico implementado pela lógica integracionista, várias legislações reiteraram a necessidade de proteção ao direito originário às terras indígenas (CUNHA, 2012, p. 127). A Constituição da República de 1988, nesse sentido, não inaugura a proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas pelo Estado, em que pese tenha ampliado o rol protetivo.

O reiterado reconhecimento pelo poder público do direito às terras tradicionalmente ocupadas, desde os tempos da colonização e mantido ao longo dos séculos, deu origem ao instituto do indigenato. João Mendes Júnior (1912, p. 861), precursor da teoria do indigenato no Brasil, sustenta que os indígenas estavam aldeados com sua cultura e morada habitual antes da formação do Estado moderno, portanto o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam antecede o instituto do registro civil da propriedade.

O próprio Alvará de 1º de abril de 1680, nunca revogado, definiu que os indígenas eram primários e naturais senhores. A Lei Pombalina de 6 de julho de 1755 garantiu que os indígenas possuíam inteiro domínio e pacífica posse das terras para gozar delas por si e todos os seus herdeiros. Indo além, afirma Mendes Júnior (1912, p. 861) que, se por algum motivo as terras não fossem dos indígenas, também não seriam de posteriores posseiros, uma vez que a Lei Imperial n. 601/1850, que define a repartição das terras públicas, estabeleceu que as terras devolutas seriam utilizadas por usufruto e sem alienação para colonização e aldeamento de indígenas. Portanto, se tais terras estão na mão de posseiros, é porque foram griladas.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 reconhecem o indigenato, ainda que de forma superficial, por meio do direito à posse das terras que habitam os indígenas, sendo vedada sua alienação. Quanto à temática, José Afonso da Silva (2007, p. 858) aduz que “os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato”. Sendo assim, o indigenato, como afirma Feijó (2014, p. 5) trata-se de “[...] um direito anterior e histórico, preexistente ao próprio sistema jurídico português e brasileiro e que, portanto, prevalecerá sobre qualquer outro direito se pretenda sobre territórios tradicionais”.

O indigenato, portanto, representa a garantia jurídica ao indígena de que, para além de ter o “*jus possessionis*, tem o *jus possidendi* das terras que ocupam, reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito” (MENDES JUNIOR, 1912, p. 58). Note que o direito, ao longo do processo de construção do Brasil, firma o entendimento no sentido de que “nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*. Vindo a Lei 601/1850, os grileiros de sempre, ocupando terras indígenas, pretendiam destes a exibição de registro de suas posses” (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 857).

A Constituição de 1988 amplia ainda mais o sentido do indigenato, pois não apenas garante o direito à posse e ao usufruto, mas vai além ao reconhecer que para a manutenção da organização social, dos costumes, das línguas, crenças e tradições é preciso garantir os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (COSTA, 2020, p. 329), restando à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Os direitos dos povos indígenas sobre as áreas que ocupam tradicionalmente têm sido objeto de centenas de demandas judiciais. Tal estratégia vem sendo utilizada principalmente por grupos econômicos ligados ao agronegócio para obstruir o processo administrativo demarcatório, que, em tese, seria medida simples e de responsabilidade do Poder Executivo.

O texto constitucional define que terras indígenas são propriedade da União, em usufruto dos indígenas, competindo, portanto, a esse ente federado o dever de demarcá-las, protegê-las e respeitar todos os seus bens (art. 231). Indo além, o constituinte originário, conhecendo o histórico expropriatório e de negação ao acesso à terra no Brasil, deixou claro, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a responsabilidade da União em concluir a demarcação das terras indígenas no prazo máximo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, ocorrida em 5 de outubro de 1988 (art. 67). Sendo assim, no ano de 1993, todas as terras indígenas teriam que ter sido demarcadas por meio de atos administrativos declaratórios, mas, como restará claro neste artigo, tais demarcações seguem incompletas, e, como resultado de tal omissão, milhares de vidas indígenas são expostas à indignidade.

Segundo a Lei n. 6.001/1973, criada ainda na Ditadura Militar e precariamente recepcionada pela Constituição Federal, é direito dos indígenas a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-se-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades nelas existentes, bem como, sob a orientação da FUNAI, as terras indígenas devem ser demarcadas, no prazo de cinco anos, seguindo o processo definido em decreto pelo Poder Executivo.

Para além de atos de violência, de fome, de desnutrição, de falta de água potável e de tantos outros direitos decorrentes da omissão do Poder Executivo em cumprir o que determinam os Direitos Humanos dos Povos Indígenas, o Poder Judiciário, por meio de uma atuação morosa e de negação dos direitos territoriais dos povos indígenas nos processos judiciais em que se discute a titularidade de áreas por eles disputadas, torna-se, ainda que “involuntariamente”, um forte aliado do projeto arquitetado por parcela do agronegócio brasileiro.

O conflito agrário, portanto, sai da esfera administrativa e se arrasta para a esfera jurídica por décadas, beneficiando econômica e politicamente parcela do agronegócio às custas da negativa

dos direitos indígenas “[...] os processos são marcados por grande morosidade e, não raro, influenciados por inúmeras pressões políticas” (BATISTA; GUETTA, 2018, p. 238).

Como exemplo da morosidade com que o Judiciário enfrenta a problemática, importante destacar, como afirma Souza Filho (2018, p. 96), que Raposa Serra do Sol, uma das demarcações mais paradigmáticas e importantes, demorou 82 anos para ser concluída, pois iniciou em 1917, tendo sido finalizada administrativamente apenas em 2005. Contudo, mesmo após solucionadas as questões administrativas e homologada a demarcação, grupos de interesses contrários ao reconhecimento do território indígena questionaram a demarcação, chegando por caminhos pouco ortodoxos ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, levou quatro anos até o julgamento definitivo, no ano de 2009, favorável à demarcação.

O advogado indígena Eloy Terena e a advogada Ana Carolina Vieira afirmam que “ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, que comportam uma série de ameaças aos direitos indígenas, o Judiciário também se tornou palco de ofensivas contra esses direitos” (VIEIRA; ELOY AMADO, 2018, p. 228).

Note que a crise humanitária está relacionada à negação do direito ao território, pois todos os demais direitos se originam da demarcação. Sendo assim, a soma da judicialização proposta pesadamente por parcela do agronegócio, a morosidade com a qual o Judiciário enfrenta a temática e o marco temporal ensejam grave crise humanitária.

3. O MARCO TEMPORAL NOS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Desde a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, concluída administrativamente em 2005, com o decreto presidencial, mas judicializada e confirmada no julgamento da Petição n. 3.388, em 19 de março de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), houve várias tentativas de construir teses frágeis que neguem a luta dos povos indígenas pela demarcação territorial e a fundamentação jurídica desse julgamento histórico. Raposa Serra do Sol não se apresenta como um caso isolado: inúmeros outros povos indígenas, de diversos estados e etnias, lutam por seus territórios utilizando o julgamento como exemplo bem-sucedido de respeito ao que determinam os tratados internacionais de direitos humanos e o texto constitucional do Brasil.

O STF, na decisão de Raposa Serra do Sol, para resolver o conflito gerado pelos arrojados diante dos indígenas das etnias Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona, decidiu que estes possuíam o direito sobre suas terras, inclusive destacando que já estavam lá na promulgação da

Constituição Federal de 1988. Na esfera jurídica o marco temporal se aprisiona neste trecho: “[...] as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988” (BRASIL, 2009).

Portanto, uma parcela, em especial do agronegócio, passa a sustentar juridicamente que a demarcação da terra indígena depende do lapso temporal para ter a garantia do direito territorial. Só os povos indígenas que estivessem em seus territórios em 5 de outubro de 1988 teriam direito à demarcação.

O tema é controverso no STF, pois, apesar de a Segunda Turma já ter utilizado o marco temporal, em face do recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, que reverteu a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e invalidou a declaração da Terra Indígena Guyraroká, em Mato Grosso do Sul, essa não é uma consolidada jurisprudência e tampouco condicionante. Importante destacar que o próprio Supremo, em outros processos demarcatórios, deixou claro que as condicionantes fixadas no caso Raposa Serra do Sol não se aplicavam automaticamente a outros povos.

Todavia, o marco temporal, por ter sido utilizado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e por ir ao encontro dos interesses de parcela do agronegócio brasileiro, vem sendo replicado por diversos julgadores em instâncias inferiores quando constatada a situação de “esbulho renitente”, que consiste, nas palavras do Ministro Teori Zavascki por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no RE com Agravo n. 803.462, sob sua relatoria, em acórdão publicado em 09.12.2014, na “situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”.

Sendo assim, o entendimento firmado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol vem sendo aplicado a diversas outras demandas envolvendo a titularidade sobre os indígenas, em contextos e realidades diversos. Apenas a título exemplificativo, citem-se os seguintes casos concretos de terras indígenas e que tiveram recentemente decisões judiciais contrárias à demarcação a partir do acatamento do marco temporal: a) Terra Indígena Guyraroká, na região de Caarapó, em Mato Grosso do Sul, a partir de decisão do STF, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 29.087; b) Terra Indígena Herarekã Xetá, na região conhecida como Serra dos Dourados, oeste paranaense, a partir de sentença proferida nos autos de ação judicial sob o número 5000382-10.2011.4.04.700, pelo juiz da Vara Federal de Umuarama/PR, confirmada pelo TRF da 4ª Região; c) Terra Indígena Panambi – Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, entre os municípios de Douradina

e Itaporã (MS), como se constata nos autos de ação judicial sob o número 0001665-48.2012.403.6002, na Vara Federal de Dourados/MS.

O marco temporal consiste em uma ficção mal construída de defesa de interesses econômicos contrários aos direitos socioterritoriais dos povos indígenas que aos poucos foi sendo inserida nos poderes constituídos. Insistir que os indígenas que não estavam no território dentro do lapso temporal da promulgação do texto constitucional não tenham o direito ao reconhecimento de suas terras é adotar uma interpretação abusiva à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos.

O marco temporal sustenta-se no negacionismo científico, histórico e jurídico, uma vez que o motivo de não estarem em suas terras em 1988 está ligado diretamente ao processo de expropriação feito por séculos de colonização e por apossamentos ilegítimos que duram até os dias de hoje. A lógica que define se tal terra é ou não indígena não pode ser atrelada à data de promulgação da Constituição Federal, pois seria nitidamente culpar a vítima que foi privada de estar em sua morada, uma vez que muitos indígenas não se encontravam em seu território na data de 5 de outubro de 1988, não por não desejarem, mas por terem sido expropriados, violentados e confinados em reservas espalhadas pelo território brasileiro.

No Poder Legislativo houve uma tentativa frustrada, inclusive anterior ao julgamento de Raposa Serra do Sol, de inserir o marco temporal por meio do Projeto de Emenda à Constituição n. 215/2000, de autoria do Deputado Amir Moraes Sá (PL/RR). A PEC tinha como máxima outorgar ao Congresso Nacional a competência exclusiva para aprovar a demarcação das terras indígenas, ratificar as demarcações já homologadas pelo Poder Executivo, bem como estabelecer o marco temporal.

A PEC sustentava a necessidade de atender dois marcos: o marco temporal e o marco da tradicionalidade. O marco temporal estabeleceria que a ocupação fundiária fosse coincidente com o dia e o ano da promulgação. O marco da tradicionalidade exigia que a relação dos povos indígenas com o território atendesse uma qualificante tradicional. São tantas inconstitucionalidades que, apesar de ter tramitado por 14 anos, na data de 17.12.2014, por não ter sido analisado pela comissão especial, o projeto teve que ser extinto e arquivado, seguindo o Regimento da Câmara.

No Poder Executivo, o marco temporal se insere um ano após Michel Temer assumir o questionável mandato de presidente, com a interrupção do governo Dilma Rousseff, por meio do Parecer n. 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), que criou uma interpretação vinculante, com base no entendimento do STF no caso Raposa Serra do Sol de que a demarcação possui como pré-requisito a existência de indígenas em suas terras na data de promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

A AGU, indo além, apropriou-se do marco temporal, questão controversa no STF, e passou a impor, de forma obrigatória, sua aplicação em todas as esferas da Administração Pública. É preciso frisar que o marco temporal não é objeto de nenhuma das 19 condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.

Os efeitos negativos do “parecer antidemarcação” da AGU foram tamanhos que, na data de 7 de maio de 2020, o Ministro Edson Fachin, do STF, suspendeu seus efeitos por meio de medida cautelar e, portanto, colocou em xeque o único instrumento que tenta institucionalizar a inconstitucional tese do marco temporal.

Indo além, a Frente Parlamentar da Agropecuária, popularmente conhecida como Bancada Ruralista, sustenta que o art. 231 da Constituição Federal, que reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos tradicionais sobre as terras que ocupam, usa o verbo “ocupar” no presente, portanto teriam direito ao reconhecimento de suas terras apenas aqueles povos indígenas que se encontravam sobre elas no ano de 1988.

A tese do marco temporal é uma mentira que busca chancelar várias outras mentiras e violências estruturais e institucionais, pois imputa aos indígenas a responsabilidade por não estarem em suas terras em 1988, como se as tivessem abandonado, quando na verdade lhes foi negado por meio de muita violência o direito de ser, fazer e viver em seus territórios ancestrais. Assim, o marco temporal valida todos os tipos de violências sofridas por esses povos. Como sustenta Souza Filho (2018, p. 99), “O marco temporal, assim, é uma decretação de morte da comunidade ou povo por ele atingido, portanto, é uma violação aos direitos coletivos reconhecidos nacional e internacionalmente”.

Definir uma temporalidade fixa para garantir direitos territoriais aos indígenas representa o contrário do projeto definido a esses povos pelo constituinte originário. Inclusive, o Estatuto do Índio, de 1973, criado na ditadura militar e com perspectiva integracionista, fortemente criticada, define que cabe ao Poder Executivo, no prazo de cinco anos, demarcar as terras indígenas. Não pode a Constituição de um Estado Democrático de Direito ser menos protetiva que uma lei pensada no regime militar.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.017.365, que trata do território Xokleng, na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, no estado de Santa Catarina, definiu que a decisão sobre esse caso terá repercussão geral, ou seja, repercutirá para centenas de casos semelhantes de demarcação de terras indígenas. Assim, o Supremo terá a oportunidade de pôr fim ao confronto do indigenato e do marco temporal. O indigenato, claramente incorporado pela Constituição Federal de 1988, compreende que a terra indígena se faz imprescindível para a manutenção dos seus modos de vida. Portanto, todas as etnias expropriadas que demandem sua terra possuem o direito originário, inclusive sendo tal direito anterior à própria criação do Estado brasileiro, pois não estar em seu

território resulta de uma política integracionista de expulsão que foi amplamente praticada até a promulgação do texto constitucional. A história dos povos indígenas não inicia com a Constituição Federal de 1988, e o STF sabe disso.

4. A RELEVANTE ATUAÇÃO DOS *AMICI CURIAE* NA DEFESA DE DIREITOS INDÍGENAS PERANTE O STF

Como já exposto, o Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (BRASIL, 2023), que trata do território Xokleng, na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, no estado de Santa Catarina, poderá, por meio de repercussão geral, pôr fim às ameaças que sofrem os povos originários em face da possível definição de 5 de outubro de 1998 como um marco temporal que defina a viabilidade ou não da demarcação de terras indígenas.

O julgamento do recurso, que se arrasta no STF desde 2016, foi iniciado, tendo os advogados de ambas as partes apresentado suas teses e argumentações, bem como o relator, Ministro Edson Fachin, apresentado voto contrário ao marco temporal. O Ministro Nunes Marques votou no sentido favorável ao marco temporal. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, inclusive, já devolveu o processo para que possa ser continuado o julgamento.

O objetivo deste tópico é demonstrar ao leitor alguns dos argumentos jurídicos e políticos utilizados pelos *amici curiae* contrários ao marco temporal por ser uma nítida afronta aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas e à Constituição Federal.

Na via oposta, as teses sustentadas pelos advogados ruralistas, apesar de não encontrarem sustentação jurídica sólida, defendem que o marco temporal: I. melhoraria a interpretação do art. 231 da Constituição Federal, estabelecendo um lapso temporal para a demarcação das terras indígenas; II. colocaria limites à demarcação das terras indígenas, pacificando, portanto, o conflito fundiário; III. é uma condicionante já definida pelo STF no caso Raposa Serra do Sol; IV. dá estabilidade ao desenvolvimento econômico nacional; V. garantiria o direito humano à propriedade; VI. está pacificado por meio do Parecer n. 001/2017 da AGU; VII. daria segurança jurídica e ordem pública (BRASIL, 2023).

Foram admitidos 78 *amici curiae* no referido julgamento, sendo que dezenas apresentam grande comprometimento com a causa de defesa dos direitos dos povos indígenas. Neste tópico destaca-se a atuação de alguns amigos da corte, buscando fortalecer a inviabilidade política, jurídica e social do marco temporal.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) afirma que o julgamento é uma grande oportunidade para o STF se pronunciar a respeito dos direitos originários dos povos indígenas, em especial por ser o contexto político com a presidência de Jair Messias Bolsonaro totalmente adverso. Sustentam que atualmente existem 305 povos indígenas no Brasil, falantes de 274 línguas, sendo 114 povos indígenas isolados e de recente contato. Ao todo são 1.298 terras indígenas, sendo 408 homologadas e 829 em processo de regularização e/ou reivindicação (BRASIL, 2023).

Tais dados demonstram nitidamente o risco que os povos indígenas estão vivendo caso o marco temporal seja chancelado pelo STF, pois 63% das terras indígenas ainda possuem pendências para finalização do processo demarcatório. Para a APIB, o marco temporal se apresenta como uma situação “a-histórica, anacrônica, casuística e inadmissível”. Estabelecer uma fração de tempo como requisito para demarcar ou não terras tradicionais é usar o tempo contra os povos originários, pois “exigir que tivessem resistido à espoliação até o dia 05 de outubro de 1988, é exigir que os povos indígenas tivessem tido seu direito fundamental à vida violado para que pudessem tentar preservar seu direito originário ao território” (BRASIL, 2023).

O Instituto Socioambiental (ISA), em seu memorial, apresentado no Recurso Extraordinário n. 1.017.365, sustenta que o marco temporal é questionável sob diversos aspectos, destacando: I. a inexistência constitucional da fixação de um marco temporal; II. a relação de sobrevivência física e cultural dos indígenas com a posse das terras tradicionais; III. a não demarcação de terras ou a anulação de demarcações já realizadas, utilizando o marco temporal, para além de ser insustentável juridicamente, condenará os indígenas ao relento e ao assimilacionismo, práticas condenadas pela Constituição Federal; IV. definir o “renitente esbulho” ou controvérsias possessórias judicializadas como exceção à utilização do marco temporal como suposta proteção aos indígenas é na verdade advogar contra, pois exigir a comprovação de um conflito ou de um processo judicial que justifique o motivo de não estarem os indígenas em suas terras em 5 outubro de 1988 é na verdade maquiagem a história violenta deste país, como se fosse possível que as vítimas que foram expropriadas de suas terras consigam comprovar a violência sofrida (BRASIL, 2023).

A Conectas Direitos Humanos destaca em seu memorial que o marco temporal constitui grave e direta violação aos direitos humanos, ao posicionamento firmando pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e é incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, bem como vai de encontro à Constituição Federal, em especial o art. 231 (BRASIL, 2023).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sustenta em seu memorial que os indígenas vêm sendo privados das suas terras, na história passada, recente e atual, e seus territórios entregues à exploração econômica. Todavia, “[...] a Constituição Federal ao incorporar o instituto do indigenato

reconheceu que os direitos originários dos povos indígenas sobre as suas terras são preexistentes e por isso, independem de ato de demarcação ou demais atos de reconhecimento”. Indo além, afirma que o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é cláusula pétrea, uma vez que está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, por ser o direito dos povos indígenas cláusula pétrea, ficam vedados o retrocesso e as barreiras de imutabilidade. O marco temporal, portanto, restringe o direito congênito e ignora o processo histórico do país (BRASIL, 2023).

A Associação Brasileira de Juízes pela Democracia (ABJD) traz em seu memorial manifestação no sentido de que o marco temporal não possui respaldo jurídico nos tratados internacionais de direitos humanos, tampouco na Constituição de 1988, uma vez que o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas preexiste; inclusive, na esfera nacional tal direito é balizado por todas as constituições, desde 1934 (BRASIL, 2023).

Resta claro para os amigos da corte que, caso o STF chame o marco temporal, como já fez sua Segunda Turma, adotará a perspectiva assimilacionista, que por séculos desconsiderou a penosa trajetória de inúmeros povos originários despejados de suas terras.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL NO VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.017.365

O objetivo deste tópico é demonstrar a inconstitucionalidade do marco temporal por meio do entendimento do Ministro Luiz Edson Fachin, Relator do Recurso Extraordinário n. 1.017.365, diante do pedido de reintegração de posse ajuizado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente em face de índios da etnia Xokleng, de Santa Catarina, em área que teve sua ocupação tradicional reconhecida, mas que sem estudo concluído encontra-se sob domínio da Fundação (BRASIL, 2023).

Na decisão há resistência por parte do Ministro Edson Fachin a chamar os indígenas de povos; ele os nomeia índios e indígenas. Os autores divergem de tal entendimento. São povos, pois essa é a forma como internacionalmente e nacionalmente se apresentam. Entretanto, neste tópico, seguiremos a forma descrita pelo Ministro, uma vez que é assim que o faz.

Abre seu voto afirmando que a tutela do direito à posse das terras pelas comunidades indígenas está intrinsecamente relacionada ao próprio direito de existir dos indígenas e que esses sujeitos vivem uma dramática história de dizimação e tomada de suas terras.

A posse e o uso das terras das comunidades indígenas são um direito que acompanha o constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1934, mas com a Constituição Federal de 1988 a posse e o uso da terra se conectam com outros elementos, como a cultura, a identidade, o modo tradicional, entre outros.

Tornam-se, portanto, indisponíveis os títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como tradicionais de ocupação indígena. A tutela possessória se alia à proteção ao modo de ser e viver indígena. De tal modo, para além de proteger a cultura e as identidades dos índios, assegura o modo tradicional de ocupação das terras.

Outro importante avanço da Constituição de 1988 é o seu rompimento com o assimilacionismo, falaciosa pretensão de progressivamente integrar o índio à sociedade nacional, buscando que deixe sua condição indígena.

Já exposto no artigo, mas vale frisar novamente, o entendimento do Ministro Fachin de que, apesar de a decisão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ter eficácia de coisa julgada material, ela não incide automaticamente sobre as demais demarcações, como fundamentado nos embargos declaratórios opostos ao acórdão da Petição n. 3.338.

A decisão tomada na Petição n. 3.388, em vez de pacificar, trouxe a paralisação das demarcações de terras indígenas no Brasil. Somado à petição, o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU intensificou o acirramento dos conflitos e a piora da condição dos indígenas.

Quanto ao descumprimento do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece que cinco anos após a promulgação da Constituição a União concluiria a demarcação das terras indígenas, o ministro não deixa dúvida de que a inobservância do prazo não gera prejuízo, mesmo porque não se trata de prazo decadencial, mas programático.

Os direitos indígenas são direitos fundamentais, portanto: I. firmam-se como cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (art. 60, § 4º); II. os direitos expostos no art. 231 da CF, enquanto direitos fundamentais, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, firmada, também, internacionalmente; III. por se tratar de direitos fundamentais, recaem sobre os direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente, uma vez que tais direitos estão intrinsecamente ligados à condição de existência e sobrevivência; IV. a soma dessas situações garante que se aplique ao art. 231 a máxima eficácia das normas constitucionais.

Indo adiante, Fachin afirma que a interpretação de que os direitos territoriais dos índios são preexistentes à promulgação da Constituição é própria do texto constitucional. A demarcação não constitui a terra, mas a forma como se declara a área em que se conjuga o modo de viver indígena.

A tentativa de equiparar a posse civil à posse indígena é amplamente criticada pelo relator. Afirma ele que a posse indígena “deságua na própria formação da identidade das comunidades dos índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra”. A terra para os indígenas está para além do valor privatista e comercial, conecta-se à identidade, à espiritualidade e à existência. Inexiste comunidade indígena sem terra.

Há uma defesa por parte do agronegócio, alimentada pelo voto do Relator da Petição n. 3.388, de que o *caput* do art. 231, ao utilizar o tempo verbal “ocupam”, garantiria direito às terras ocupadas no presente, mas não às ocupadas no passado e àquelas a serem ocupadas no futuro.

Para o ministro, tal interpretação não se sustenta, pois, levando em consideração a perspectiva legislativa histórica, em especial a proteção ao direito territorial indígena desde a Constituição de 1934, não há nenhuma fratura frente à tutela de tais direitos. Portanto, a apropriação de terras indígenas por particulares ou pelo Estado jamais foi permitida. Sendo assim, o direito originário estaria para além da Constituição Federal de 1988. A Constituição vigente não seria o marco de direito possessório, mas um *continuum* protetivo.

Reforçando sua defesa, aduz que a posse obtida por meio violento e injusto não é admitida tampouco no direito civil (art. 1.200 do Código Civil), que dirá na ordem constitucional. Logo, não é plausível legitimar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, bem como, se as terras indígenas não podem ser devolutas, tampouco podem ter ingressado do patrimônio particular ou estadual.

A existência da posse tradicional indígena se dá por meio de estudos antropológicos e laudo técnico, nos termos do Decreto n. 1.776/1996. Sendo assim, a avaliação da ocorrência da posse passa por objetivos para além do econômico, desaguando no hábitat, na alimentação e no modo cultural.

Quanto ao redimensionamento das terras indígenas, aduz ser possível, mesmo porque se precisa levar em consideração que muitas demarcações foram feitas sem a realização de laudo antropológico. Logo, possível o reestudo buscando adequar o dimensionamento, passando por processo administrativo demarcatório de acordo com a legislação.

Aponta, também, que é nulo e extinto título dominial ou possessório que se faça em terras indígenas, porquanto não existe conflito entre o direito de propriedade e a proteção à posse tradicional indígena. Este possui superioridade sobre títulos privados, a ponto de ser impossível o pleito de

indenização ou ação em face da União em razão da nulidade ou extinção do título de propriedade ou possessório, salvo as benfeitorias de boa-fé.

Após todos esses apontamentos, o relator proveu o recurso extraordinário, anulando a decisão recorrida e propondo, em apertada síntese, tese de repercussão geral: I. a demarcação é procedimento declaratório do direito originário territorial; II. a posse tradicional indígena é distinta da posse civil; III. o direito originário independe do marco temporal; IV. o direito originário está acima do renitente esbulho que exista à data da promulgação da Constituição; V. o laudo antropológico é instrumento essencial para comprovação da tradicionalidade; VI. o redimensionamento das terras indígenas não é vedado; VII. as terras indígenas são de posse permanente e usufruto exclusivo; VIII. as terras indígenas são públicas e, portanto, inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis; IX. são nulos e extintos atos que busquem a posse, o domínio, a ocupação das terras indígenas ou a exploração dos recursos naturais; X. há compatibilidade entre a ocupação das terras indígenas e a proteção do meio ambiente. Resta claro, portanto, que o marco temporal é inconstitucional por negar a originalidade do direito que antecede a própria Constituição Federal de 1988.

6. A INCONVENCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2021, lançou o Relatório “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, externalizando preocupação com o impacto do marco temporal para os direitos humanos dos povos indígenas e apontando para os equívocos da referida lógica que a fundamenta (CIDH, 2021). O marco temporal confronta com as normas e padrões de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. O marco temporal desconsidera as inúmeras situações em que os povos indígenas foram deslocados à força e com extrema violência de seus territórios, motivo pelo qual não ocupavam seus territórios em 1988.

A Corte sustenta que cabe ao Estado o dever de proteger o vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras e territórios, bem como os recursos naturais e elementos incorpóreos. Indo além, sustenta que mesmo os povos indígenas que perdem a posse total ou parcial de seus territórios mantêm seus direitos de propriedade, sem limite de tempo, enquanto continuar existindo sua relação com o território ancestral. Por fim, chama o Estado brasileiro, ressaltando o Supremo Tribunal Federal, que reveja o marco temporal, uma vez que é incompatível com o parâmetro e a obrigação internacional.

A terra na esfera internacional faz-se um Direito Humano dos povos originários, e na esfera nacional adentra ao rol de Direitos Fundamentais, uma vez que a garantia de qualquer outro direito passa obrigatoriamente pela territorialização dos seus modos de ser, fazer e viver na e com a terra e a natureza. Assim, o marco temporal colide com a gramática dos Direitos Humanos à Terra e ao Território.

A Convenção n. 169, promulgada no Brasil em 2004, apresenta-se como o primeiro instrumento internacional a tratar os povos indígenas como sujeitos titulares de Direitos Humanos, estabelecendo “[...] padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos” (ARAÚJO, 2006, p. 60). Esse documento reconhece aos povos indígenas os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nos casos das terras que não estejam com eles, deverão ser adotadas medidas governamentais que garantam a proteção efetiva de seus direitos e das propriedades, bem como mecanismos via sistema de justiça que busquem solucionar as reivindicações territoriais (art. 14 da Convenção n. 169).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) deixa claro que os povos indígenas mantêm uma relação espiritual com a terra, portanto é direito não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por meio de atos que busquem aliená-los de suas terras e recursos. Refrisa que os povos indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios. Sendo assim, resta ao Estado a reparação por meio de mecanismos eficazes e o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), desde 1972, em Resolução sobre a Proteção Especial das Populações Indígenas, afirmou que, “por razões históricas, princípios morais e humanitários, era um compromisso sagrado dos Estados proteger especialmente os povos indígenas” (CIDH, 1972). Indo além, em seu informe sobre Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas terras ancestrais, a CIDH ressaltou a relação entre a livre autodeterminação e os direitos sobre a terra e os recursos naturais.

A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016) aduz que esses povos têm direito a manter e fortalecer sua relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, bem como aquelas utilizadas ou adquiridas, ou de que tenham sido proprietários. Cabe ao Estado estabelecer os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e a efetiva demarcação ou titulação.

Todos os tratados internacionais de direitos humanos também tutelam os povos indígenas, mas, buscando demonstrar a gritante inconveniência do marco temporal, fez-se um apanhado daqueles documentos que tratam dos Direitos Humanos dos povos indígenas.

Como se não bastasse a gritante inconveniência do marco temporal, a jurisprudência internacional é farta em casos que demonstram a violação do direito territorial dos povos indígenas por omissão dos Estados por não fazer cumprir a demarcação étnica em tempo razoável e com padrões que garantam a dignidade dos povos.

A CIDH, no caso *Awás vs. Nicarágua*, sustentou que se fazem imprescindíveis mecanismos efetivos de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, descartando o assimilacionismo e levando em consideração seu direito consuetudinário, valores e costumes (CIDH, 2001). No caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, defendeu que os direitos territoriais dos povos indígenas não se submetem à condição temporal (CIDH, 2006). No caso *Ilaka Hinhat vs. Argentina*, a Corte concluiu que houve violação do direito à propriedade comunitária, uma vez que não se criou óbice à presença de não indígenas no território, bem como que a Argentina não possui regulamentos que preservem o direito de propriedade da comunidade (CIDH, 2020).

Já no que se refere ao Brasil, em 2018 a CIDH, no caso do Povo Indígena Xucuru, reconheceu a violação ao direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal dos povos (CIDH, 2018). A Corte pontou que houve demora de mais de 16 anos (1989 a 2005) no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação, acarretando violações. Determinou, portanto, o Estado brasileiro que garantisse, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade.

Resta claro que o marco temporal é inconveniente, pois busca burlar os tratados internacionais, fixando uma cronologia nacionalizada da promulgação da Constituição Federal de 1988, que não se vê em nenhum desses pactos. Pelo contrário, os documentos sustentam a responsabilidade estatal de rever quaisquer impedimentos para a manutenção de suas relações étnicas com a terra sem estabelecer um marco de tempo para a demarcação.

7. A COLONIALIDADE DO MARCO TEMPORAL

Ainda que o marco temporal surja no debate legislativo com a PEC n. 215/2000, seu conteúdo e objetivo não são novos. É, na verdade, apenas uma nova roupagem para a prática assimilacionista de extermínio dos povos indígenas adotada desde a colonização. Como afirma Souza Filho (2021, p. 24).

Os avanços sempre se deram como invasão. Juridicamente sempre se deram com a negação dos direitos dos povos e o estabelecimento de um direito de propriedade sobre as terras, na forma de concessão de terras a proprietários privados, de regularização de aquisições ilegais, em geral com grosseiras fraudes, chamados no Brasil de 'grilos de terra', pela concessão de exploração mineral e até mesmo pela criação de unidades de conservação ambiental que exclui a permanência de povos que sempre conservaram a natureza daquele território. Em todas as modalidades a violência é a principal arma de ocupação.

É o arrastamento de um desejo egocêntrico e eurocêntrico implantado na colonização e perpetuado na colonialidade de exterminar não só o direito ao território étnico, mas também os povos indígenas, já que sua sobrevivência é codependente do Direito Humano à Terra e ao Território.

Como afirmam Samara Pataxó, Debora Dubrat e Juliana de Paula Batista, “a luta por direitos territoriais indígenas já ultrapassa 500 anos” (PATAXÓ; DUPRAT; BATISTA, 2021). E, portanto, a luta contra o marco temporal é mais uma espécie da luta contra a expropriação, forma na qual o Brasil vem sendo estruturado. Negar direitos territoriais étnicos é a base sólida que garantiu e garante o latifúndio e a monocultura. A colonização é um dos maiores projetos de dizimação de seres humanos da história. De acordo com dados da FUNAI (2020), em 1500 havia no Brasil em torno de 3 milhões de povos indígenas, passando a 1 milhão e duzentos mil em 1570 e setenta mil em 1957. Como afirmam Botelho e Held (2017, p. 381).

[...] são quase quatro séculos em que indígenas e negros são violados em sua dignidade e invisibilizados, cujos direitos são negados pelo Estado além de serem coisificados pela sociedade. São quatrocentos anos em que homens brancos vindos da Europa cercaram a natureza/terra, escravizaram vidas, transformaram bens naturais em direitos invioláveis e via documento oficial, chamaram a terra de sua propriedade privada. Foi neste percurso que escolheram aqueles que seriam os condenados da terra.

A colonização ditou a modernidade. Foi ela que determinou que os modos de ser, fazer e viver dos povos indígenas e suas relações com a terra e a natureza confrontavam a civilidade moderna capitalista e, assim, impôs o assimilacionismo por meio de uma única língua, religião, direito e saber. A colonização definiu quem seriam os desterrados em suas próprias terras para além do seu tempo. O marco temporal é a extensão bem-sucedida da colonização na modernidade.

O processo de independência do Brasil (1822), também chamado de descolonização, seguiu as práticas violentas de extermínio e negação dos direitos territoriais étnicos. A realidade é que os efeitos da colonização foram pensados para perdurar para além do seu tempo. O marco temporal é a prova cabal do processo inacabado da colonização. Como sustenta Fanon (1968, p. 25), “[...] a descolonização é simplesmente a substituição de uma ‘espécie’ de homens por outra ‘espécie’ de homens”.

A maior prova de que a colonização é um projeto de modernidade é que os sujeitos construídos e violentados como inferiores no passado, como mulheres, negros, indígenas, LGBTQIA+, deficientes, quilombolas e tantas outras minorias, seguem sendo tidos como inferiores no presente. Dussel (1993, p. 7) afirma que a “[...] a modernidade aparece quando a Europa se afirma como ‘centro’ de uma História Mundial que inaugura, e por isso a periferia é a parte de sua própria definição”. Quijano (2005, p. 122) explica que “[...] a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus”.

O prolongamento da colonização vem se dando, de acordo com os estudos decoloniais, por meio da colonialidade do poder, saber (epistemológica) e ser (ontológica). Apesar de a colonização e a colonialidade terem sido engenhadas no mesmo momento histórico, a colonização se estendeu até o processo de independência e a colonialidade apresenta-se como os efeitos negativos da colonização, que perduram até os dias de hoje (BOTELHO, 2021, p. 817).

O marco temporal é mais uma negação que se constrói por meio de uma ficção jurídica mal elaborada que se estrutura por meio da colonialidade do poder, do saber e do ser. Dentro da colonialidade do poder, o marco temporal pavimenta a dominação executada nas colônias por meio da superioridade étnica e cognitiva que domina, dizima, explora, confronta, compra e vende a vida, o trabalho, a religião, a terra e a natureza, entre outros. Definir um marco de tempo para garantir ou não direitos territoriais sem levar em consideração o processo histórico de dizimação é usar do poder para beneficiar quem sempre teve o poder.

O marco temporal reforça a estratificação social daqueles que podem ter terra e daqueles que não podem ter terra. É uma tentativa cruel de usar a história a favor daqueles que tentam negar a história de luta e existência dos povos indígenas.

A colonialidade do poder usa, para construir e distribuir direitos e identidade social, características próprias para garantir espaços de privilégios. Portanto, culpar os povos indígenas por meio do marco temporal de não estarem em seus territórios em 5 de outubro de 1988 é usar da violência para perpetuar a violência, pois lá não estavam, exatamente, por terem sido violentados. O marco temporal pune duplamente a vítima por ter sido violentada e expropriada de seus territórios.

O marco temporal sustenta a desigual estrutura social e fundiária que trouxe o Brasil até aqui. A tentativa da colonialidade do poder por meio do marco temporal é construir uma ordem social e jurídica a fim de que nada exista para além do agronegócio, da monocultura, do latifúndio, da liberdade de mercado, da propriedade privada e da posse da terra e do território a uns poucos.

O marco temporal se impõe, também, por meio da colonialidade do saber, pois, se o saber indígena está relacionado com o seu modo de ser, fazer e viver na terra e no território, negar o direito à terra por meio da demarcação é negar a epistemologia dos povos indígenas. A epistemologia indígena é terra, é água, é floresta, é cosmovisão.

A colonialidade do saber é a dimensão epistêmica da colonialidade do poder (RESTREPO; ROJAS, 2010). É a sobreposição do poder epistemológico de um saber ao outro, cuja meta é o silenciamento, a marginalização, a desqualificação ou simplesmente a total eliminação por meio do epistemicídio, que é a “[...] supressão dos conhecimentos locais perpetrada por um conhecimento alienígena” (SANTOS; MENESES, 2010, p. 16) e que se dá “[...] desde a evangelização e a escolarização ao genocídio ou à devastação ambiental” (NUNES, 2010, p. 233). O marco temporal é a garantia da sobreposição de um poder epistemológico dominante, pois ignora o saber indígena para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. É na verdade uma tese que, ao se preocupar meramente com o prazo de promulgação da Constituição, ignora quanto saber se está a descartar.

Por fim, o marco temporal é uma colonialidade do ser, pois busca colonizar o imaginário do dominado e atuar no interior deste por meio da força psicológica. Essa dominação do imaginário busca a naturalização perante a realidade imposta pela colonialidade do poder e do saber. Fazer que os povos indígenas e a sociedade acreditem no marco temporal, bem como afirmar que apenas o agro “é pop, é tech, é tudo”, é uma forma de colonialidade do ser.

A colonialidade do ser se constrói por meio da racionalidade histórica pensada pelos homens que compõem o Estado que trata como bárbaros, incivilizados, atrasados, inferiores determinados grupos de seres humanos, como os indígenas, os negros e as mulheres (WALSH, 2008, p. 138). O marco temporal nega a possibilidade da territorialização do ser indígena. É a ontologia do ser encontrando resistência na data de promulgação da Constituição que sequer definiu esse momento como limítrofe para a demarcação de terras indígenas.

O marco temporal ignora a ontologia indígena e os define como sujeitos de menor valor pelo simples fato de não produzirem aquilo que é determinado como importante pelo capital. Sendo assim, em sua lógica produtivista, por não garantirem o aumento do PIB, não merecem terras. O marco temporal nega o existir indígena e busca, por meio da violência, convencê-los a não serem ninguém, a pertencer e existir por meio da construção de um senso comum em que não se veem. É a lógica que se hospeda em seres pensados para serem gastos junto com a natureza e a terra. O não direito a ser em conectividade com a natureza e a terra faz parte de uma estrutura rígida imposta na colonização que permanece no presente com força para o futuro por meio de medidas como o marco temporal.

CONCLUSÃO

O marco temporal se insere no mesmo campo acientífico do terraplanismo, do tratamento precoce contra a covid-19, da ideologia de gênero, do marxismo cultural, do negacionismo histórico e de tantas outras teses que, sem evidências, passaram a pôr em risco a democracia brasileira. O STF sabe que, ao julgar o recurso extraordinário de repercussão geral, terá a oportunidade de pôr fim a uma teoria inconstitucional criada dentro do negacionismo social que alaga o país.

O tempo não pode ser inimigo do direito originário à terra. Pelo contrário, a escuta profunda, a oralidade, a memória, a sensibilidade, os saberes ancestrais dos caciques, lideranças, rezadores, guerreiros, anciões, xamãs e membros da comunidade indígena ajudarão o direito e, caso queira, o STF a entender o motivo pelo qual em 1988 os seres humanos indígenas não se encontravam na terra onde sempre desejaram estar. O marco temporal só pode ser defendido por aqueles que nunca foram até uma área de conflito e olharam nos olhos dos idosos e das crianças indígenas que vivem a amargura da incerteza do reconhecimento ao direito territorial expresso na Constituição Federal.

O marco temporal representa situação de interpretação/aplicação da norma constitucional de forma limitada, sem respaldo em critérios objetivos e confiáveis e que sejam passíveis de replicação para outras situações de interpretação do texto constitucional. Ademais, desconsidera o histórico legislativo secular e que protegeu os direitos territoriais indígenas.

O julgamento do marco temporal, parado desde 2022, foi retomado em junho de 2023, tendo Alexandre de Moraes votando contra o marco temporal, mas o Ministro André Medonça pediu vistas, portanto, adiando o resultado do julgamento. Vale lembrar que a morosidade do STF em resolver o impasse caminha lado a lado com o extermínio dos povos indígenas. Sem terra demarcada não há segurança jurídica étnica. Sendo assim, até o mês de junho de 2023 a tese inconstitucional, inconveniente e colonial do marco temporal segue sem desfecho no STF com dois votos contrários ao marco temporal, sendo do relator Luiz Edson Fachin e do ministro Alexandre de Moraes e um voto favorável ao marco temporal do ministro Kassio Nunes Marques. O momento que vive o Brasil é muito diferente dos últimos quatro anos; prova é que pela primeira vez em sua história o país passa a ter um Ministério dos Povos Indígenas e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprova reserva de vagas para a magistratura brasileira para indígenas. Há, portanto, uma expectativa de que o marco temporal volte a julgamento no STF e de que sua inconstitucionalidade, inconveniente e colonialidade se sobreponham, acabando de vez com mais uma herança negativa da colonização.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos indígenas e a Lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2006.
- ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Amicus curiae**. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2021/02/Pet.-APIB-ACO-2323_Ocultado.pdf. Acesso em: 18 nov. 2022.
- BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. A judicialização das demarcações de terras indígenas: o caso de Morro dos Cavalos. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018.
- BERNARDO, Leandro Ferreira. **Povos indígenas e direitos territoriais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.
- BOTELHO, Tiago Resende. A soberania alimentar como luta decolonial e territorial. **Revista Culturas Jurídicas**, V. 8, n. 20, 2021. Disponível: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/52391/30555> . Acesso em: 18 nov. 2022.
- BOTELHO, Tiago Resende; HELD, Thaisa Maira Rodrigues. A colonialidade e a inconstitucionalidade do marco temporal em face do direito ao território étnico indígena e quilombola. *In*: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 379-406.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 803.462**. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834> . Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf . Acesso em: 22 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4**. 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf> Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.017.36**. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no Recurso Extraordinário 1.017.365**. Relator: Min. Edson Fachin. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

CIDH. **Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguai**. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales**: normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. **Resolución sobre Protección Especial de las Poblaciones Indígenas**: Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. 1972.

CIDH. **Sentença no caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. Conhecimentos tradicionais, direitos culturais e direitos territoriais na perspectiva de povos indígenas na América Latina. In: HELD, Thaisa Maira Rodrigues; BOTELHO, Tiago Resende (org.). **Direito socioambiental e a luta contra-hegemônica pela terra na América Latina**. São Paulo: LiberArs, 2020. p. 329-343.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento antropológico e linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio *et al.* (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FEIJÓ, Julianne Holder da Camara Silva. O Direito Indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 17. N. 34, 2014. Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p274/7628>> Acesso em: 15 mar. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, jan./jun. 2004.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Quem são?** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 15 mar. 2023.

GRAU, Ero Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. ed. refundida do **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Amicus curiae*. 2021. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/memorial-recorso-extraordinario-n-1017365>. Acesso em: 7 dez. 2022.

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

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496861/RIL129.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NUNES, João Arriscado. O resgate da epistemologia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologia do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 261-290.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). *Amicus curiae*. 2021. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2021/06/86667a06-1747-4eea-9719-ba17b855c8eb.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2022.

PATAXÓ, Samara; DUPRAT, Deborah; BATISTA, Juliana. **O marco temporal fere direitos indígenas e prejudica o Brasil**. Instituto Socioambiental. 2021. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/marco-temporal-fere-direitos-indigenas-e-prejudica-o-brasil>. Acesso em: 3 jan. 2023.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Argentina: Clasco, 2005. p. 117-142.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. **Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos**. Colombia: Universidad del Cauca, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **Configurações histórico-culturais dos povos americanos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 15-30.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Jusdiversidade. **Revista Videre**. V. 13, n. 26, 2021. Disponível <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/13934/7793>> Acesso em: 7 dez. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e os direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; ELOY AMADO, Luiz Henrique. Aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. *In: ALCÂNTARA, Gustavo K.; TINÓCO, Livia N.; MAIA, Luciano M. (org.). Índios, direitos territoriais e territorialidade*. Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018. p. 227-64.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad**: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, p. 131-152, Julio-Diciembre 2008.

Submissão: 19/06/2023. Aprovação: 11/12/2023.