

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Alvaro Andrei Tedesco da Silva

O MARCO TEMPORAL INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUINTE

Porto Alegre

2020

ALVARO ANDREI TEDESCO DA SILVA

O MARCO TEMPORAL INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUINTE

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dra. Roberta Camineiro Baggio.

Porto Alegre

2020

ALVARO ANDREI TEDESCO DA SILVA

O MARCO TEMPORAL INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUINTE

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em ___ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Roberta Camineiro Baggio - UFRGS (Orientadora)

Mestra Alice Hertzog Resadori- UFRGS

Mestre Paulo Eduardo de Oliveira Berni - UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Carla e Alvaro, pela persistência.

À minha namorada Inaiara, pelo apoio.

Ao meu irmão Bruno, pela ajuda.

Aos meus amigos, pelo companheirismo.

E à professora Baggio, pela orientação.

"E hoje nós somos alvo de uma agressão que pretende atingir na essência a nossa fé, a nossa confiança de que ainda existe dignidade, de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos, que sabe respeitar aqueles que não tem dinheiro para fazer uma campanha incessante de difamação, que saiba respeitar um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado de jeito nenhum como o povo que é inimigo do Brasil, inimigo dos interesses da nação e que coloca em risco qualquer desenvolvimento. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos 8 milhões de quilômetros quadrados do Brasil. Os senhores são testemunhas disso."

*Aílton Krenak, falando em Plenário na
Constituinte.*

RESUMO

Este trabalho busca identificar a compatibilidade entre a tese do Marco Temporal Indígena, também denominada tese do Fato Indígena, e os debates constituintes que construíram originariamente a redação constitucional que reconhece direitos originários aos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Assim, o trabalho acompanha primeiramente a formulação da referida tese, no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal (Petição 3.388, de Roraima). Após, traça um breve histórico da legislação indigenista metropolitana e brasileira e da formação do movimento indígena brasileiro e da Constituinte de 1987-8. Finalmente, analisa os debates constituintes, começando pela Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, passando à Comissão da Ordem Social, à Comissão de Sistematização e ao Plenário, até finalmente compreender o percurso para a redação do artigo 231 e verificar sua conformidade com a tese do Fato Indígena.

Palavras-chave: Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8. Demarcação de terras indígenas. Marco Temporal Indígena. Terras tradicionalmente ocupadas. Tese do Fato Indígena.

ABSTRACT

This work seeks to identify the compatibility between the thesis of the Indigenous Temporal Framework, also known as the Indigenous Fact thesis, and the constituent debates that originally built the constitutional text that recognizes indigenous peoples' original rights over the lands they traditionally occupy, in article 231 of the Federal Constitution of 1988. Thus, the work first accompanies the formulation of the aforementioned thesis, in the judgment of the demarcation of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land at the Supreme Federal Court (Petition 3.388, of Roraima). Afterwards, it traces a brief history of the metropolitan and Brazilian indigenous legislation and the formation of the Brazilian indigenous movement and the 1987-8 Constituent. Finally, it analyzes the constituent debates, starting with the Subcommittee on Black, Indigenous Populations, Disabled People and Minorities, moving on to the Social Order Commission, the Systematization Commission and the Plenary, until finally understanding the route to writing Article 231 and verifying its accordance with the Indigenous Fact thesis.

Keywords: Demarcation of indigenous lands. Indigenous Fact Thesis. Indigenous Temporal Framework. Traditionally occupied lands. 1987-8 National Constituent Assembly.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ORIGENS E CONSOLIDAÇÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL INDÍGENA OU TESE DO FATO INDÍGENA A PARTIR DO JULGAMENTO DA DEMARCAÇÃO DA TI RAPOSA SERRA DO SOL NO STF	12
2.1	O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DA TI RAPOSA DO SOL	13
2.2	A INSTRUÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL	15
2.3	O INSTITUTO DO INDIGENATO	20
2.4	O JULGAMENTO E OS ARGUMENTOS DA TESE DO MARCO TEMPORAL INDÍGENA OU TESE DO FATO INDÍGENA.....	22
2.5	O RENITENTE ESBULHO	29
3	CONTEXTO HISTÓRICO E DEBATES DA CONSTITUINTE DE 1987-8 ACERCA DOS DIREITOS INDÍGENAS À TERRA	31
3.1	INDIGENISMO HISTÓRICO	31
3.2	O MOVIMENTO INDÍGENA E O CONTEXTO DA CONSTITUINTE DE 1987-8.....	37
3.3	OS DEBATES NA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS	43
3.4	A CONTINUAÇÃO DA CONSTITUINTE E A REDAÇÃO FINAL DO ARTIGO 231	50
4	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Em 1964, no Brasil, um golpe de Estado dá início a décadas de ditadura civil-militar. As reiteradas violações aos direitos dos povos indígenas, comuns à história do país, intensificam-se. O Estado brasileiro promove milhares de expulsões, remoções forçadas e, ao menos, 8.350 mortes de indígenas, conforme indica o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV)¹, responsável por investigar as graves violações aos direitos humanos ocorridas no país entre 1946 e 1988. A partir da década de 1970, entre diversos outros grupos, o crescente movimento indígena apoia e promove o processo de redemocratização do país. Essa mobilização culmina na Constituinte de 1987-8 e na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88), apelidada Constituição Cidadã. Neste momento, são assegurados no texto constitucional direitos importantíssimos, entre eles alguns que dizem respeito especificadamente aos indígenas do Brasil.

No capítulo VIII - Dos índios, parte do Título VIII - Da ordem social, da Constituição brasileira de 1988, os povos originários do país têm a base da garantia legal dos seus direitos. Dentre eles, o direito à terra, positivado no artigo 231 da CF 88, que traz a seguinte redação em seu caput e em seu § 1º:

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.

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

Mesmo assim, a interpretação de tal artigo apresenta diversos conflitos, demonstrando que a história do reconhecimento de direitos territoriais indígenas ainda está longe de ser pacificada.

Uma das questões de maior relevância e discussão diz respeito à polêmica tese do Marco Temporal Indígena (também denominada tese do Fato Indígena). Essa, é apresentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no midiático julgamento do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR). Questionando a interpretação do artigo 231 da CF 88 vigente até então, a tese defende que o termo “ocupam”, trazido no caput do

¹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. v. 2., p. 199.

dispositivo, diz respeito ao exato momento da promulgação da CF 88. Exclui, portanto, terras reivindicadas pelos indígenas de onde foram expulsos violentamente no período ditatorial ou antes desse. Ainda, o § 1º do artigo 231 é percebido de modos divergentes no significado das referidas ocupação tradicional e habitação permanente.

Para elucidar estas questões e analisar se a tese, conforme a encontramos no julgamento recém referido, é válida, resolvemos nos voltar ao momento de elaboração do artigo 231: a Constituinte de 1987-8. Cremos que uma lei, principalmente tratando-se de uma constituição, não se dá em um vazio. Ela é resultado de um ou mais movimentos, de força política, que busca positivar aspectos que são ou devem ser, segundo eles. Assim, realizaremos uma investigação factual, identificando se a tese do Marco Temporal Indígena é compatível com os debates constituintes de 1987-8. A principal hipótese com a qual trabalhamos é a de que não encontraremos tal compatibilidade.

Para a realização deste trabalho, iremos primeiramente buscar os argumentos trazidos pela tese e alguns dos contra-argumentos que a atacam. Na primeira parte apresentaremos as principais alegações sobre a tese do Fato Indígena encontradas no famoso caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, através Petição 3.380 de Roraima, no STF. Para melhor compreensão destes, será necessário também o acompanhamento do processo desta demarcação, desde seu período administrativo até o julgamento no STF. Embora saibamos que este não é o único local em que as argumentações sobre a tese se apresentam, entendemos a necessidade de estrita delimitação de material para análise em um trabalho breve como uma monografia. Foi neste caso em que a tese do Marco Temporal Indígena foi criada, razão pela qual pensamos que possa ser um bom local para encontrar os argumentos centrais a respeito da tese. Ademais, mesmo não sendo uma sentença vinculante a outros casos, a decisão tomada na demarcação de Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi usada para embasamento de outras decisões, como a dos casos Porquinhos (RMS 29.542/STF), no Maranhão, Guyaroká (RMS 29.087/STF) e Limão Verde (RE 803642/STF), no Mato Grosso do Sul. Finalmente, o julgamento definitivo da tese do Marco Temporal deverá ocorrer em breve, através do caso da Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ (RE 1.017.365/STF), em Santa Catarina, que teve repercussão geral reconhecida.

Voltando à apresentação do presente trabalho, apontamos que a segunda parte, começará com um breve panorama histórico do indigenismo na América portuguesa e no

Brasil, assim como de elementos da historiografia que trata do período da redemocratização, de modo a elucidar melhor o contexto histórico da Constituinte e da legislação acerca da demarcação de terras indígenas. Como já relatamos, acreditamos que uma constituição não se dá no vazio, mas que é formulada em determinado período, com determinadas intenções, o que poderá ser melhor elucidado neste trecho do trabalho. A Constituinte de 1987-8 ocorre após décadas de uma brutal ditadura e se dá em um contexto de redemocratização do país e de busca por garantia de direitos. Ademais, daremos especial atenção ao movimento indígena, sua formulação e sua atuação na elaboração da nova constituição brasileira.

Ainda, este capítulo vai buscar os debates travados na própria Constituinte. Primeiramente, as discussões ocorridas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, com importantes contribuições de lideranças indígenas, antropólogos, membros do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e de Organizações Não Governamentais (ONGs) pró-indígena, entre outros. Depois, as mudanças e disputas em torno do texto que virá a ser o artigo 231 e as justificativas para a sua redação. Assim, finalmente, chegaremos à redação final apresentada pela CF 88.

Por fim, a conclusão do trabalho buscará analisar os argumentos expostos na primeira parte, aqueles favoráveis e contrários à tese do Fato Indígena apresentados no STF no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, à luz dos debates da Constituinte de 1987-8, evidenciados na segunda parte do presente trabalho.

Acreditamos que a discussão acerca dos direitos indígenas no atual contexto de agravamento das condições de vida dos povos originários no Brasil seja central caso queiramos um país realmente democrático. Assim, neste trabalho buscaremos contribuir para a efetividade constitucional e, portanto, para o respeito ao Estado Democrático de Direito.

2 ORIGENS E CONSOLIDAÇÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL INDÍGENA OU TESE DO FATO INDÍGENA A PARTIR DO JULGAMENTO DA DEMARCAÇÃO DA TI RAPOSA SERRA DO SOL NO STF

A tese do Marco Temporal Indígena ou tese do Fato Indígena propõe uma modificação dos marcos regulatórios para demarcação de Terras Indígenas. Enquanto pelo entendimento anteriormente utilizado, o instituto do Indigenato, se considera o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam como direito congênito e originário, anterior ao seu reconhecimento estatal, a tese do Fato Indígena afirma que são Terras Indígenas apenas aquelas ocupadas fisicamente por estes quando da promulgação da CF 88, no dia 5 de outubro de 1988.

Para realizarmos a análise proposta, começaremos nos inteirando dos argumentos que embasam a tese do Marco Temporal Indígena. Com a certeza de que há vasta bibliografia sobre o tema, além de muitos processos que tratam de tal tese, nos focaremos no primeiro momento em que ela foi exposta no STF, na Petição 3.388 de Roraima, no famoso caso envolvendo o processo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Embora a tese do Fato Indígena se apresente nesse caso apenas como uma condicionante, entre diversas outras, e ainda que esse julgamento não tenha eficácia vinculante, o uso da tese do Marco Temporal Indígena passa a contar com a chancela da mais alta corte do país, embasando diversos processos em outras situações de disputa. Os Ministros apontam diversas vezes no decorrer do processo que estão estabelecendo os marcos para demarcação de Terras Indígenas no Brasil, o que é seguido nos casos das Terras Indígenas Porquinhos (RMS 29.542/STF), no Maranhão, Guyraroká (RMS 29.087/STF) e Limão Verde (RE 803642/STF), no Mato Grosso do Sul. O julgamento definitivo da tese ocorrerá no caso da Terra Indígena Ibirama-La Klãñõ (RE 1.017.365/STF), de Santa Catarina, que teve repercussão geral reconhecida, porém ainda não foi julgado. Assim, traremos um breve histórico do longo processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol para compreensão de como se formulou tal tese.

Para melhor entendimento do ocorrido, cabe apresentar rapidamente as etapas do processo administrativo para a demarcação de Terras Indígenas no Brasil, regulado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. De acordo com o documento, primeiramente serão demarcadas por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (a Fundação Nacional do Índio - FUNAI) com base em trabalhos de identificação elaborados por antropólogos reconhecidamente qualificados. Ainda, estudos técnicos complementares de

caráter etno-histórico, sociológico, jurídico, cartográfico, ambiental e levantamentos fundiários serão feitos por grupo especializado. Todo processo terá participação do grupo indígena envolvido, representado conforme suas próprias formas. Haverá prazo de noventa dias para manifestação de contraditório por parte de Estados e municípios em que a área se localiza, além de demais interessados, que deverão apresentar razões para a impugnação e provas destas razões. O procedimento será então enviado ao Ministro de Estado da Justiça que decidirá os limites e determinará sua demarcação através de portaria. Finalmente, haverá a homologação através de decreto presidencial e o registro da Terra Indígena pela FUNAI.

2.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DA TI RAPOSA DO SOL

O processo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol havia começado muito antes, ainda em 1975, durante a ditadura civil-militar. Entretanto, diversos grupos de trabalho foram criados e desmanchados, conforme ocorriam dificuldades diversas para conclusão do trabalho (variando desde mudanças de legislação, não aceitação dos resultados por parte das autoridades da FUNAI, ou dificuldades relacionadas à própria complexidade da tarefa em si). Finalmente, em 1993, é aprovado pela FUNAI o relatório de um grupo de trabalho formulado em 1992, que determina a área a ser demarcada. Tem assim início o processo administrativo número 889/93.²

Alguns anos depois, com o já referido Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, em vigor, passa a ser obrigatória a presença de contraditório também dentro do processo administrativo. Assim, uma contestação feita pelo Estado de Roraima traz dois argumentos contrários à demarcação. O primeiro deles não é tão importante para nosso estudo, e iremos analisá-lo apenas tangencialmente no decorrer do trabalho. Diz respeito ao quão integrado estaria cada grupo indígena com relação à sociedade em geral, afirmando que apenas os grupos indígenas isolados deveriam ter suas terras demarcadas e reconhecidas. Já o segundo argumento, de central importância para esta monografia, é a primeira versão da tese do Marco Temporal Indígena encontrada neste processo: afirma que deve ocorrer demarcação apenas

² STF. Petição n. 3.388/RR. Relatório do Min Carlos Ayres Britto, 2009, p. 454-458. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 08 de outubro de 2020.

quando a ocupação física dos indígenas tenha perdurado até a data exata da entrada em vigor da CF 88, ou seja, 5 de outubro de 1988.³

No Despacho n. 80, publicado no Diário Oficial da União de 24/12/1996, o então Ministro da Justiça Nelson Jobim se pronuncia acerca da tese, rechaçando-a e afirmando que:

[...] não encontra fundamento jurídico a fixação do advento da Constituição atual como marco de aferição da ocupação indígena porque as Constituições anteriores, desde a de 1934, já havia estabelecido a intangibilidade das terras ocupadas pelos índios, sendo ineficazes em relação aos mesmos, pelo menos desde então, todos os atos que tenham por objeto ocupação, domínio ou posse de áreas por eles tradicionalmente ocupadas.⁴

Ainda, o Despacho ajusta certas questões, retirando da área demarcada algumas propriedades privadas, o município de Uiramutã e certas vilas da região, além de remover a exclusividade de uso por parte dos indígenas das vias públicas existentes no local.

Os autos retornam assim à FUNAI, que discorda destes ajustes acima narrados e solicita reconsideração do Despacho n. 80/96. O novo Ministro da Justiça, Renan Calheiros, que ocupa o cargo entre 1998 e 1999, assina então a Portaria 820/98, declarando a TI Raposa Serra do Sol de posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas, em área contínua. Quanto aos entendimentos conflitantes entre a FUNAI e o Despacho do já ex-Ministro Jobim, resolve deixar para que sejam definidos posteriormente.⁵

Os embates jurídicos estão, entretanto, longe do final. Uma liminar concedida ao governo de Roraima no Mandado de Segurança n. 6.210, pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Aldir Passarinho, em 18 de junho de 1999, suspende a Portaria assinada pelo Ministro Calheiros. Assim, a TI não pode ser homologada. O já citado Mandado é julgado então pela Primeira Seção do STJ, em 27 de novembro de 2002, sendo extinto.

Em 2003 se inicia grande campanha política favorável à homologação da TI e também diversas manifestações contrárias passam a ocorrer, pleiteando principalmente outros modelos de demarcação. A FUNAI remete mais uma vez o processo demarcatório ao Ministério da Justiça, porém outra liminar, nos autos da Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, suspende os

³ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 251.

⁴ NÓBREGA, Luciana Nogueira. "Anna pata, Anna Yan - Nossa Terra, Nossa Mãe": a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 97.

⁵ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 329.

efeitos da Portaria e é confirmada posteriormente pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pelo STF.⁶

Para evitar as reiteradas ações contrárias à Portaria n. 820/1998, Márcio Thomaz Bastos, o Ministro da Justiça entre 2003 e 2007, publica uma nova Portaria, em 13 de abril de 2005, com o número 534. Buscando evitar algumas controvérsias da Portaria anterior, são excluídos da demarcação:

[...] o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes.⁷

Além disso, a portaria estipula que os não-indígenas deverão ser retirados em até um ano. É finalmente esta Portaria que, após tantas reviravoltas, será questionada na ação popular decidida na Petição 3.388, que analisaremos com maior atenção, principalmente no que se refere à tese do Marco Temporal Indígena.

2.2 A INSTRUÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Em apenas dois dias o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologa a TI Raposa Serra do Sol através de Decreto. Mesmo assim, a demarcação segue sendo questionada. Manifestações contrárias à demarcação se acentuam, com ocorrência de conflitos como fechamento de rodovias, sequestros e incêndios de imóveis.⁸ Ainda em abril de 2005, Augusto Affonso Botelho Neto, na época Senador pelo Estado de Roraima, ajuíza ação popular com pedido de efeito suspensivo liminar contra a União por conta de Portaria 534/2005 e do Decreto presidencial. Esta ação popular receberá no STF a denominação de Petição 3.388.

Conforme traz o inciso LXXIII do artigo 5º da CF 88, a ação popular se trata de um instrumento jurídico através do qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público (federal, estadual ou municipal), à entidade com participação estatal, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

⁶ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 620.

⁷ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 230.

⁸ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Cronologia, Terra Indígena Raposa Serra do Sol, 2016. Disponível em: <<https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/raposa/index45f2.html?q=cronologia>>. Acesso em: 08 de out. de 2020.

Com este modelo de ação, o autor alegava que o patrimônio público do Estado de Roraima estaria sendo reduzido com a demarcação. Mesmo que a princípio exista dúvida se este seria o instrumento correto a ser utilizado, o STF julga o mérito da ação, uma vez que tal instituição já havia decidido nas Reclamações n. 2.833 e 3.331 que todas as ações que dizem respeito ao processo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol seriam de sua competência. Entendeu-se que por existirem disputas entre a União, o Estado de Roraima e os municípios envolvidos a matéria seria de competência do STF, conforme o artigo 102, I, *f*, da CF 88.⁹

Voltando à ação popular proposta pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, encontramos o argumento de que a Portaria 534/2005, homologada pelo então Presidente Lula, trazia os mesmos vícios da Portaria 820/1998. O autor aponta então elementos que já foram usados em processos anteriores ao questionar a portaria antiga. O ponto central da ação popular era a defesa de que a mencionada demarcação deveria ser feita de forma não contínua, pleiteando, portanto, a anulação da homologação.

Afirmava-se que a área demarcada era excessiva, abrangendo uma área contínua englobando as centenas de aldeias locais, ao invés de meras "ilhas" demarcadas, que seriam cada aldeia, sendo assim toda a área entre elas livre de demarcação. Além disso, fez uso do Relatório dos Peritos José Hamilton Godim Silva, Jaime de Agostinho, Carlos Schafer e Cleber Batalha Franklin, elaborado no decorrer de outro processo anterior acerca da polêmica demarcação, a Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, tramitada na Justiça Federal de Roraima.

Este relatório trazia questões como a falta de participação no processo administrativo de demarcação dos municípios envolvidos (Uiramutã, Pacaraima e Normandia), do Estado de Roraima, do Ministério Público Federal, de todas as etnias indígenas envolvidas (pois teria sido considerada apenas a representação do grupo Macuxi, e não dos grupos Wapixana, Patamona, Ingaricó e Taurepang, que também habitam a área) e de todos não indígenas que ocupavam o local. Também o laudo antropológico elaborado no processo demarcatório foi contestado: haveria a assinatura apenas de uma pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo; alguns nomes constariam como técnicos e seriam apenas motoristas, sequer tendo ciência de que constavam em tal laudo; somente grupo ligado à Igreja Católica (CIMI) teria

⁹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 255.

sido ouvido, e não todos os grupos religiosos que atuam na região (evangélicos teriam sido desconsiderados).¹⁰

Argumentos de que a demarcação seria prejudicial aos indígenas ditos integrados à sociedade nacional que habitam a área também foram utilizados. Ainda, afirmou-se que, por estar em área de fronteira, tal Terra Indígena comprometeria a soberania e a segurança nacional. Finalmente, também arguiu-se que a economia do Estado de Roraima seria prejudicada pela demarcação, que afrontaria, portanto, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal, entre outros.

A ação popular foi distribuída ao então Ministro do STF Carlos Ayres Britto, que também havia sido relator da Reclamação n. 2.833/RR. Este, em caráter monocrático, indeferiu a suspensão liminar requerida pelo autor e determinou a citação da União no processo. Após o ingresso, à pedido do autor, de outro Senador da República, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, no polo ativo da ação, a União apresenta sua contestação, feita pelo Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, em 28 de agosto de 2006.

Nesta, além de atacar cada um dos pontos trazidos pelos senadores, faz um levantamento histórico da ocupação indígena no local e das mutações da legislação indigenista desde o período colonial. Fecha o raciocínio afirmando que "não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um *habitat* indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais"¹¹. Já podemos notar aqui uma argumentação que busca estudar a legislação histórica e relacioná-la a uma ocupação tradicional anterior ao processo demarcatório e que é apenas reconhecida por esse. Entretanto, seguem dúvidas quanto ao significado desta "ocupação tradicional".

O processo é então remetido à Procuradoria-Geral da República, que apresenta parecer pela improcedência da demanda dos autores. Defende a validade dos atos demarcatórios administrativos e legais, ressaltando a necessidade da demarcação para preservar tradição e cultura das comunidades indígenas do local. Também aponta a legitimidade do estudo antropológico, o respeito ao contraditório em todo processo e a falta de real risco à soberania nacional, uma vez que, caso necessário, existem mecanismos para atuação das Forças

¹⁰ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 246.

¹¹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 19-20.

Armadas na área. Finalmente, diferencia a posse civilista daquela posse indígena, que teria caráter originário e anterior à criação do Estado de Roraima. Notamos nesta arguição, assim como na contestação da União, argumentos que são importantes para análise da pertinência da tese do Marco Temporal Indígena, porém ainda não são delineadas com maior vigor suas relações.¹²

Em maio de 2008, depois de finalizada a instrução do processo, a FUNAI pleiteou seu ingresso, considerando-se juridicamente interessada, e anexou diversos documentos demonstrando sua posição contrária à dos autores. Também apresentou argumentos que podem ser percebidos como contrários à tese do Fato Indígena, relacionando a posse indígena ao instituto do Indigenato, que seria anterior a qualquer outra e não perderia este caráter pela expulsão de seus genuínos habitantes.

Apenas dois dias depois, o Estado de Roraima tomou a mesma atitude, porém situando-se no polo oposto dentro do pleito e trazendo novos pedidos, que não dizem respeito diretamente à tese do Marco Temporal, e, portanto, serão apenas citados:

a) a inconstitucionalidade do Decreto n. 22-91. b) nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e) necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; f) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.¹³

Também fizeram outros requerimentos, que afirmaram aplicáveis "a qualquer demarcação de terras indígenas":

a) adoção a forma descontínua, ou "em ilhas"; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundações da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima¹⁴.

Já notamos nestes argumentos, que tem pretensão de servirem de base para outros processos de demarcação, o uso de marcos temporais para delimitação de direitos originários à terra aos povos indígenas. O Estado de Roraima defende que ocupações anteriores a 1934, ou até mesmo anteriores a 1988, desde que com titulação do INCRA, sejam válidas. Portanto,

¹² STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 248-249.

¹³ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 251.

¹⁴ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 251.

desconsidera a ideia de direitos originários dos indígenas sobre estas terras no caso de eles não mais estarem em posse destas.

Começamos assim a nos aproximar do cerne da questão: o que significa a expressão trazida no art. 231 da CF 88: "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"? Veremos como podemos ir delineando as posições apresentadas na Pet 3.388/RR e como elas se relacionam com a tese do Marco Temporal Indígena.

No caso, de acordo com a argumentação do Estado de Roraima (que se aproxima da tese do Fato Indígena, porém não completamente), estes direitos originários, que tornam "nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras", como afirma o § 6º do art. 231 da CF 88, existiriam apenas a partir de 1988. O argumento chega a admitir o direito dos indígenas sobre as terras em que se localizam a partir de 1934 (uma vez que a Constituição brasileira de 1934 os garante constitucionalmente, o que veremos com maior detalhe adiante), porém sem considerá-los direitos originários. Portanto, sem considerar as terras "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis", conforme o § 4º do mesmo artigo 231 da CF 88. Assim, nos casos em que os indígenas deixassem de ocupar (no sentido civilista do termo) a terra entre 1934 e 1988, e esta terra fosse titulada como propriedade de qualquer pessoa pelo INCRA, tal titulação seria legítima e válida.

Voltando à Pet. 3.388/RR, ainda em meados de 2008 se tornou evidente que esta seria a ação, entre diversas outras que corriam neste momento, a resolver a questão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Assim, foram apresentados vários pedidos de ingresso na ação.

Solicitaram participação diversas pessoas físicas e jurídicas não indígenas como assistentes litisconsorciais do autor, afirmando que a demarcação iria afetá-los, pois se consideravam proprietários de imóveis na área. Também as Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai, fizeram requerimento de ingresso como assistentes litisconsorciais da ré ou como litisconsortes passivos¹⁵. Apresentaram uma petição que, além dos argumentos jurídicos, traz reflexões de diversos indígenas dos povos afetados acerca dos conflitos da região. Assim, nesta peça se trata das degradações ambientais, das várias e reiteradas violências cometidas pelos brancos contra os indígenas, incluindo

¹⁵ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 252.

assassinatos, incêndios criminosos, ameaças, agressões e sequestros, perpetrados não apenas por milícias, como também por agentes do Estado. Ainda, se ataca o modelo desenvolvimentista e integracionista¹⁶, e sua lógica colonizadora, que é, segundo a petição, contrária à CF 88.¹⁷ Por fim, a Comunidade Indígena Socó também requer ingresso como litisconsorte passiva necessária.

Questionando as partes do processo sobre tais pedidos de ingresso, a União concorda com a admissão da FUNAI e das várias comunidades indígenas. Ainda, entende que o Estado de Roraima poderia ingressar no máximo como assistente litisconsorcial, não sendo admissível que fizesse pedidos além dos feitos pelo autor da ação. A União aproveita também para novamente contestar os argumentos e pedidos do Estado de Roraima e defender o uso do Instituto do Indigenato¹⁸ (que apresentaremos logo adiante) ao tratar da demarcação.

Abriu-se vista então ao Ministério Público Federal para dar seu parecer acerca das requisições de ingresso na ação. Ele entendeu que a FUNAI e as comunidades indígenas deveriam participar como assistentes da União e o Estado de Roraima como litisconsorte ativo necessário. Com o ingresso destes, houve peticionamento das Comunidades Indígenas Barro requerendo a realização de sustentação oral e juntando um Parecer do constitucionalista José Afonso da Silva. Ele se demonstra contrário à tese do Marco Temporal e defende o Instituto do Indigenato, do qual trataremos neste momento, de modo a facilitar o entendimento dos argumentos do julgamento da ação.

2.3 O INSTITUTO DO INDIGENATO

O Instituto do Indigenato foi formulado com robustez pela primeira vez pelo jurista João Mendes Júnior, em conferências realizadas em 1902, na Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios e que podem ser encontradas no livro *Os Indígenas do Brasil seus Direitos Individuais e Políticos*. Na obra, se demonstra que o Instituto do Indigenato já era reconhecido desde o período colonial pela legislação portuguesa. E a denominação correta é

¹⁶ Integracionismo é "movimento ou doutrina [que] promove a integração de minorias (étnicas, sociais, etc.) no seio de uma comunidade alargada" (Verbetes integracionismo. *In.*: Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2020), passando por cima de diferenças socioculturais, entre outras.

¹⁷ NÓBREGA, Luciana Nogueira. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁸ STF. Petição n. 3.388/RR. *Op. cit.*, p. 253.

realmente reconhecido, e não criado, pois "[...] o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação", uma vez que:

[...] não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquillo que lhes é *congenito e primario*, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um titulo *immediato* de dominio; não há, portanto, posse a legitimar, há dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado¹⁹.

Esse direito originário, que não se confunde com direitos advindos da posse ou da ocupação, é o cerne da tese do Indigenato.

De acordo com Mendes Júnior, tal direito já seria reconhecido por Provisão assinada por Pedro II, Príncipe e Regente da Coroa Portuguesa, em 10 de novembro de 1680, no seguinte trecho:

E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha de prezente melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejam senhores de suas fazendas como o são no Certão sem lhes poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão logares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores dellas.²⁰

Ainda, ressalta que a primeira lei colonial que se refere aos direitos territoriais indígenas data de 1611, e afirma em determinado trecho:

E os ditos Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitãias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer²¹.

Continuando a análise da legislação histórica do período colonial sobre os direitos territoriais indígenas, Mendes Júnior demonstra que também a Lei de 6.6.1775 determina o

¹⁹ MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brasil e seus Direitos Individuais e Políticos. São Paulo, Hennis Irmãos, 1912, p. 58-59. Disponível em: < https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Os_Indigenas_do_Brazil.pdf>. Acesso em: 08 de out. de 2020.

²⁰ Provisão. 01-04-1680, in Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 51-56.

²¹ SILVA, José Justino de Andrade e, "Collecção Chronologica da Legislação Portugueza - 1603-1612", Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, pp. 309-312. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>>. Acesso em: 08 de out. de 2020.

respeito aos "primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas" na concessão de sesmarias.²²

Seguindo a evolução histórica dos direitos indígenas no Brasil, o constitucionalista José Afonso da Silva aponta que no ano de 1934, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, o Instituto do Indigenato é acolhido constitucionalmente no nosso país pela primeira vez. No artigo 129 desta constituição se encontra a seguinte redação: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las". Esta lei será então repetida nas próximas constituições brasileiras, com praticamente a mesma redação, até o advento da Constituição Cidadã de 1988, que altera em muito a sua redação e, conseqüentemente, seu sentido.

Afonso da Silva afirma então que este direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles são direitos naturais, anteriores ao seu reconhecimento constitucional. O Instituto do Indigenato seria então fonte primária e congênita desta posse.²³

2.4 O JULGAMENTO E OS ARGUMENTOS DA TESE DO MARCO TEMPORAL INDÍGENA OU TESE DO FATO INDÍGENA

Voltando à Pet. 3.388/RR, finalmente, no dia 27 de agosto de 2008 começa o julgamento, que ocorre em quatro sessões e acaba no ano seguinte, em 19 de março. Primeiramente, o relator, Ministro Ayres Britto, submeteu ao pleno do STF se os diversos pedidos de ingresso na ação seriam aceitos ou não. Decidiu-se, unanimemente, pelo ingresso de todos como assistentes litisconsorciais nos polos passivos ou ativos, conforme os pedidos.

O Ministro relator vota então contra o pedido dos autores, julgando a ação totalmente improcedente e negando a suspensão da Portaria n. 534/2005 e do Decreto que homologou a TI. Após tratar de questões processuais, discorre acerca de questões como o significado da palavra índios²⁴ e faz louvações ao processo de aculturação²⁵ (entendido pelo Ministro como uma aproximação da cultura indígena e da brasileira), o que leva a um elogio do velho

²² MENDES JÚNIOR, João. Op. cit., p. 33-34.

²³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 5.

²⁴ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 266.

²⁵ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 288.

argumento da formação da nação brasileira a partir das três raças (branca, indígena e negra)²⁶. No decorrer do trabalho iremos analisar se estas ideias estão de acordo com as encontradas nos debates da Constituinte e se são coerentes com conhecimentos atuais trazidos por disciplinas como Antropologia e História.

Sobre a questão central do processo, a legitimidade da demarcação contínua ou "em ilhas", o Ministro reconhece a necessidade da demarcação contínua. O faz para respeitar o modo tradicional de ocupação indígena, que, diferentemente da ocupação similar à posse civilista, tem de contemplar outro modo de ser e de viver no território.²⁷

Finalmente, ao tratar do conteúdo positivo dos atos de demarcação de TI no Brasil, o Ministro aponta os seguintes marcos regulatórios: o marco temporal da ocupação, o marco da tradicionalidade da ocupação, o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade"²⁸.

Focar-nos-emos no primeiro destes marcos, objeto deste trabalho. Assim, afirmou o Ministro:

I - **o marco temporal da ocupação**. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, 'dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam'. Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine.²⁹

Neste trecho fica formulada com maior exatidão a tese do Marco Temporal, que assim desconsidera o Instituto do Indigenato para aferição temporal da demarcação de terras

²⁶ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 267-268.

²⁷ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 235-237.

²⁸ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 295-304.

²⁹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 296-297.

indígenas, marco anteriormente utilizado. Após pedido de vistas aos autos, feito pelo Ministro Menezes Direito, o processo fica parado. Volta a ser julgado em dezembro do mesmo ano, quando este Ministro dá seu voto, no qual poderemos compreender melhor a tese do Fato Indígena. Sobre o significado do verbo "ocupam", do artigo 231, afirma:

Em primeiro lugar, 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 1988.³⁰

Na visão do Ministro, portanto, o verbo "ocupam" deve ser interpretado como uma referência ao presente do exato momento da entrada em vigor da CF 88. Esta leitura seria ainda corroborada pela palavra "permanente", do § 1º do art. 231, que trazemos novamente abaixo:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Assim, em seu voto, o Ministro Menezes Direito compreende que:

O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da idéia de posse imemorial não pode retirar do advérbio 'tradicionalmente', de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo 'permanente' (que, segundo o Aurélio, é '1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável') não faria nenhum sentido. [...]

'Terras que os índios tradicionalmente ocupam' são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro **fato** a ser verificado.³¹

Portanto, na visão do Ministro, as terras que os indígenas "tradicionalmente ocupam" são as "habitadas em caráter permanente". Mais especificadamente, as terras ocupadas seriam as terras onde estes permaneceram espacialmente, fisicamente, até o momento de promulgação da CF 88, as terras que estavam de posse dos indígenas em 5 de outubro de 1988, fato a ser constatado para demarcação. Daí a outra denominação da tese do Marco

³⁰ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 378.

³¹ STF. Petição n.3.388/RR. Op. cit., p. 380.

Temporal Indígena como tese do Fato Indígena. Mesmo assim, seguindo a leitura do voto do Ministro, encontramos o seguinte:

Segundo os artigos 20, XI, e 231, § 2º, da Constituição, as terras indígenas são de propriedade da União, mas destinam-se à posse permanente dos índios.

Por essa 'posse permanente' entenda-se uma disposição para o futuro, que se alinha com a norma do § 5º do art. 231.

'A permanência exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro', afirma Fernando da Costa Tourinho Neto na obra já citada. E prossegue: 'Observe-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se 'as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente' (Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas, in SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. págs. 9 a 43 - destaques originais).

José Afonso da Silva também o diz:

'(...) A Constituição tem duas cláusulas sobre isso, referindo-se a terras habitadas permanentemente pelos índios e terras que se destinam a sua posse permanente (art. 231, §§ 1º e 2º).

(...)

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 (op.cit. págs. 45 a 50).³²

Primeiramente, notamos que o Ministro cita o jurista José Afonso da Silva, defensor do Instituto do Indigenato, e que tem posição contrária à tese do Marco Temporal. Ainda, questionamos: afinal, o "caráter permanente" diz respeito ao passado ou ao futuro? E diz respeito à permanência espacial, de modo similar ao da posse civilista ou à permanência segundo os usos, costumes e tradições indígenas? Se disser respeito ao passado e à permanência espacial, seria um ponto favorável à interpretação feita pela tese do Marco Temporal, pois, não sendo permanente a ocupação física da terra pelos indígenas até a promulgação da Constituição Cidadã, este caráter de permanência desde o passado ao presente (data da promulgação) não estaria configurado.

Entretanto, se o "caráter permanente" estiver se referindo ao futuro, entendemos que a permanência da ocupação seria um direito garantido aos indígenas a partir da CF 88, dali para o futuro, não sendo necessário que estes estivessem ocupando fisicamente aquela terra naquele momento exato da data da promulgação da CF 88.

³² STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 390.

Ainda, o § 1º aponta a habitação em caráter permanente como apenas um dos elementos que caracterizam "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", havendo ainda questões como sua utilização para atividades produtivas, seu caráter imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos indígenas, e sua necessidade para a reprodução física e cultural. Ponto importante: todas esses elementos são segundo usos, costumes e tradições indígenas. Assim, por exemplo, caso algum grupo indígena expulso há anos de determinada terra siga considerando-a sua terra, habitando-a não espacialmente, mas de acordo seus usos, costumes e tradições, estaria configurada a "terra tradicionalmente ocupada"?

Os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Menezes Direito são certamente os de maior envergadura neste processo, principalmente ao tratar da tese do Marco Temporal Indígena. No mesmo dia 10 de dezembro de 2008, o Ministro Marco Aurélio, citando uma matéria da Folha de São Paulo que afirma que o julgamento refletirá em 227 áreas demarcadas ou em processo de demarcação, também pede vista aos autos do processo.³³ Mesmo assim, por conta da prolongada situação conflituosa na região, em Roraima, o Ministro-relator solicita que sejam apresentados os votos de seus outros colegas Ministros antecipadamente. Com o aceite destes, há continuidade do julgamento³⁴.

A Ministra Carmen Lúcia, diferentemente de seu colega Britto, apresenta críticas aos ideais integracionistas, apontando que

[...] a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para 'vir a compor a comunhão nacional' ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias, e não como opção - que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana -, mas como orientação estatal.³⁵

Embora não trate em seu voto diretamente da tese do Fato Indígena, a Ministra afirma concordar com a tese em debate ocorrido diretamente após a leitura do voto.³⁶

Também o voto do Ministro Ricardo Lewandowski demonstra preocupação com as mudanças trazidas pela CF 88 no que se refere ao respeito à permanência dos indígenas como indígenas. Descartando concepções evolucionista, traz citações de antropólogos como Darcy Ribeiro e Claude Lévi-Strauss. Ainda, trata diretamente da tese do Marco Temporal apenas no

³³ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 419.

³⁴ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 425-431.

³⁵ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 448- 450.

³⁶ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 482.

aditamento, meramente acompanhando os votos de Britto e Direito e afirmando que a tese substitui, com vantagem, o Instituto do Indigenato.³⁷ Por fim, afirma entender que neste julgamento o STF estaria fixando o regime jurídico das Terras Indígenas do país.

Trazendo considerações que afirmam a existência de apenas uma nação brasileira, o Ministro Eros Grau também acompanha o voto do Ministro Carlos Alberto Direito³⁸, e não discorre particularmente acerca da tese do Marco Temporal Indígena. Da mesma maneira vota o Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Cezar Peluso igualmente acolhe o voto de Menezes Direito. Já na primeira página de seu voto defende a tese do Fato Indígena, comparando a posse indígena a ser aferida quando da entrada em vigência da CF 88 com a posse civilista. Pensa, assim, no aproveitamento econômico da terra. Seguindo seu voto, embora traga dúvidas sobre a necessidade de demarcação contínua, Peluso aceita o julgamento dos outros ministros por não encontrar "elementos retóricos suficientes para estimar que essa situação subjacente não corresponde à ocupação efetiva na data prevista pela Constituição".³⁹

Em um voto recheado de elogios às políticas integracionistas, o Ministro Peluso afirma que às Forças Armadas não são reconhecidas quaisquer restrições no exercício de suas funções dentro de Terras Indígenas, inclusive para "[...] reprimir, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas", uma vez que "[...] há algumas populações [indígenas] que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional".⁴⁰ Notamos aqui que o Ministro defende ideias evolucionistas, imputando aos indígenas um "estado primitivo de sobrevivência", do qual afirma que podem escapar pelo desenvolvimento.

A Ministra Ellen Gracie apresenta por escrito seu voto, no qual não trata diretamente do Marco Temporal e acolhe o voto do Relator.⁴¹ O julgamento é então interrompido pelo pedido de vistas e retomado já no ano seguinte, em 18 de março de 2009, com o voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

³⁷ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 509.

³⁸ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 518-519.

³⁹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 536.

⁴⁰ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 540.

⁴¹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 551.

Depois de meses analisando os autos, o Ministro compõe um voto em que discorda da demarcação contínua da TI Raposa Serra do Sol. Ignorando a própria situação a ser analisada em Roraima, interpreta a história do Brasil como um pacífico encontro entre "raças":

É certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.⁴²

O ponto central do voto de Marco Aurélio é a defesa da soberania nacional, que estaria ameaçada a partir da demarcação contínua da TI em área de fronteira.⁴³ A solução seria a integração nacional, defendida com o uso de argumentos evolucionistas, como a afirmação de que o processo de miscigenação ajudaria no avanço intelectual dos indígenas:

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marquês de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se, com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios.⁴⁴

Por fim, quanto à tese do Marco Temporal, a acolhe, porém de modo divergente ao de seus colegas, pois considera que a ocupação indígena não apenas deve permanecer do passado ao presente da data da promulgação da CF 88, como deve ser comparada ao conceito de posse do Direito Civil, não se necessitando assim de vastas extensões a serem demarcadas, mas apenas daquelas terras ocupadas fisicamente por cada etnia.⁴⁵

Depois de alguma discussão, o Ministro-Relator passa a atacar tal argumento, apontando que a interpretação dos termos "tradicionalmente ocupam" do artigo 231 indica o modo de ocupação dos indígenas, que é muito diferente da posse civilista:

A semântica adotada pela Constituição nos seus artigos 231 e 232 - eu já estou concluindo - é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica os índios, e não a semântica dos não-índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica 'habitação' a ser utilizada pelo intérprete não é a dos não-índios, a tradicional, coloquial; é a dos índios propriamente ditos.⁴⁶

⁴² STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 604.

⁴³ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 677.

⁴⁴ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 653.

⁴⁵ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 679.

⁴⁶ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 706.

No mesmo dia, deu seu voto o Ministro Celso de Mello, aderindo aos argumentos dos Ministros Britto e Direito. Na sua argumentação, defende a tese do Fato Indígena e também diferencia a posse do Direito Civil da posse indígena:

[...] a posse indígena das terras ocupadas na data em que passou a vigor a Constituição de 1988 exige, para configurar-se, para além da mera ocupação física, a conjugação de outros fatores, como aqueles de caráter econômico, de natureza cultural e antropológica e, ainda, os de índole ecológica, a evidenciar, em decorrência de sua própria complexidade, que a posse indígena, tal como disciplinada pelo texto constitucional, não se reduz à dimensão nem se confunde com a noção ou o conceito de posse civil.⁴⁷

No dia seguinte há o último voto, elaborado pelo então presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes. Embora apresente preocupações com a soberania nacional, acolhe as soluções apresentadas pelos Ministros Carlos Britto e Menezes Direito.⁴⁸ Igualmente diferencia a posse civil da posse indígena⁴⁹.

Assim, temos a decisão final do STF demarcando a TI Raposa Serra do Sol de modo contínuo. A Suprema Corte, entretanto, impõe condições e métodos para este processo demarcatório, que devem servir para os próximos processos de demarcação. Entre estes, o Marco Temporal para aferição dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

2.5 O RENITENTE ESBULHO

Entretanto, cabe salientar que este Marco Temporal não é absoluto. De modo a suavizar os efeitos da adoção da tese do Fato Indígena para as demarcações, o que simplesmente daria legitimidade e legalidade a todas expulsões de indígenas ocorridas antes do dia exato da promulgação da CF 88, o Ministro Britto propõe que, em casos de renitente esbulho por parte dos não-índios, impedindo a reocupação dos indígenas, seja afastado o Marco Temporal:

A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade

⁴⁷ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 724.

⁴⁸ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 832.

⁴⁹ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 813.

de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'.⁵⁰

Este renitente esbulho, porém, diz respeito apenas aos casos em que ainda exista conflito de fato ou jurídico promovido por parte dos indígenas em busca de reaver estas terras quando da promulgação da CF 88. Caso a expulsão tenha ocorrido anteriormente e os indígenas não permaneçam em contenda, ou recorram ao judiciário contra os novos ocupantes, não haveria área indígena. Em decisões mais recentes do STF, se decidiu desta forma:

[...] renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.⁵¹

Obrigar os indígenas à manutenção de contenda física ou jurídica com os invasores, entretanto, desconsidera tanto a disparidade de meios para enfrentamento físico entre indígenas e não-indígenas, quanto o fato de que os primeiros eram considerados incapazes até 1988, sendo tutelados pela FUNAI, à época sob o controle dos militares, conforme vamos demonstrar nos próximo capítulo, conferindo a história e os trabalhos da Constituinte de 1987-8. Ainda, pretendemos observar se os diversos elogios de alguns Ministros do STF acerca da marcha de integração nacional, com uma busca pelo acultramento dos indígenas, o processo pelo qual estes estariam se tornando menos indígenas, encontra guarida nos debates da Constituinte.

⁵⁰ STF. Petição n. 3.388/RR. Op. cit., p. 235-235.

⁵¹ STF. ARE 803462 AGR / MS, 2014, p. 10-11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

3 CONTEXTO HISTÓRICO E DEBATES DA CONSTITUINTE DE 1987-8 ACERCA DOS DIREITOS INDÍGENAS À TERRA

3.1 INDIGENISMO HISTÓRICO

Para analisarmos o contexto da Constituinte e o papel do movimento indígena nesta, precisamos iniciar com um breve panorama da legislação e do pensamento indigenista, ou seja, do sistema legal feito para os indígenas pelo Estado (metropolitano, imperial ou republicano), sem contar com qualquer participação destes em sua elaboração até a Constituinte de 1987-8.

Com as primeiras décadas de contato, a partir de 1500, o *status* dos vários e diversos povos que habitavam este continente foi seriamente discutido por legisladores europeus, em um debate de caráter teológico. Pensaram que, uma vez que os indígenas não teriam ainda contato com o cristianismo, deveriam ser considerados infiéis, necessitando assim ser convertidos. Aqueles que pareciam mais fáceis de catequizar e que se apresentavam como aliados dos portugueses eram denominados tupis. Já os considerados agressivos e arredios, de difícil conversão, eram chamados tapuias. Esta classificação foi extremamente arbitrária e não dizia respeito a características étnicas ou culturais dos povos indígenas. Mas serviu para determinar quais poderiam ser escravizados ou não.⁵²

Os tapuias, sendo resistentes à conversão, poderiam ser capturados, no que era considerada uma "guerra justa", pois cristã. Através da "descida" (aprisionamento pelos bandeirantes no sertão) eram levados para servir de escravos à colonos ou para viver nos aldeamentos dos missionários religiosos, que buscavam ali catequizá-los e torná-los bons súditos da Coroa. Os tupis, aliados, deveriam ser livres e considerados donos de suas terras em suas aldeias originais ou nos aldeamentos (reduções ou missões para onde eram levados).⁵³ Nestes aldeamentos viviam indígenas de diferentes grupos, que nestes locais misturavam e ressignificavam aspectos culturais diversos através de suas próprias lógicas

⁵² SANTOS, Maria Cristina dos; FELIPPE, Guilherme Galhegos. Debates sobre a questão indígena: histórias, contatos e saberes. Porto Alegre, Edipucrs, 2018, p. 97-104.

⁵³ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e Índios escravos. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil, São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 115-132.

(incluindo aí, em algum grau, os trazidos pelos missionários), conforme, na realidade, todo grupo humano faz.⁵⁴

Estas leis metropolitanas sofreram modificações com o passar do tempo, principalmente considerando as disputas entre as ordens religiosas e os colonos que queriam os indígenas como mão de obra escrava. Esta legislação também foi inúmeras vezes descumprida, levando à sua reafirmação em novas leis, como a Provisão de 1680, apontada pelo jurista João Mendes Junior, que analisamos anteriormente neste presente trabalho. Ainda, os próprios povos indígenas, considerando seus próprios ganhos e perdas, dentro de suas perspectivas, buscavam por vezes aliança com um ou outro grupo europeu (muitas vezes para confrontar outro povo indígena), ou declaravam guerra, por vezes se deslocavam fugindo do contato, ou procuravam proteção das ordens religiosas nos aldeamentos.

Com o passar do tempo e o advento do Iluminismo, o problema do Estado passa da catequização dos indígenas infiéis para a civilização dos indígenas selvagens. A Companhia de Jesus, ordem religiosa dos jesuítas e principal catequizadora dos indígenas, é expulsa da América portuguesa (e logo depois da espanhola também). No geral, a situação das populações indígenas fica mais difícil, pois, mesmo com diversos conflitos, os jesuítas representavam alguma proteção aos povos indígenas e um ponto de mediação e negociação.

Com o Diretório dos Índios, conjunto de leis publicado em 1757, há continuidade da garantia dos indígenas à liberdade e ao acesso às suas terras, porém ocorre uma alteração na percepção estatal acerca dos povos indígenas. Os aldeamentos passam então a ser classificados como vilas, os indígenas ali residentes como livres e, através da instrução laica e do trabalho, se busca que sua civilização, com a integração à sociedade envolvente e o abandono de suas práticas culturais.⁵⁵ Estas políticas foram ainda mais intensificadas a partir da Independência do Brasil, num processo de etnocídio, ou seja, de:

[...] destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreenderam essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito. Em ambos os casos, trata-se sempre da morte, mas de uma morte diferente: a supressão física e imediata não é a

⁵⁴ OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos "índios misturados"? Situação colonial, territorialização e fluxo culturais. In: MANA 4(1):47-77, 1998.

⁵⁵ SANTOS, Maria Cristina dos; FELIPPE, Guilherme Galhegos. Debates sobre a questão indígena: histórias, contatos e saberes. Porto Alegre, Edipucrs, 2018, p. 104-116.

opressão cultural com efeitos longamente adiados, segundo a capacidade de resistência da minoria oprimida.⁵⁶

No Império brasileiro os indígenas passam a ser vistos como um empecilho à expansão da ocupação territorial no país, que é cada vez maior. A violência contra estes povos fica ainda mais grave e se debate se seria melhor exterminá-los todos ou buscar sua integração à sociedade envolvente, deixando estes de ser indígenas e assim se tornando mão de obra "civilizada". Neste século XIX estavam em voga as teorias racialistas de evolucionismo social. Acreditando na existência de não apenas uma, mas diversas raças humanas, se afirmava que a branca-europeia era a mais evoluída, superior às outras (negra-africana, amarela-asiática e parda-indígena), que estavam atrasadas nesta evolução. Neste período se chega a questionar inclusive se os indígenas eram mesmo humanos.⁵⁷

Estas teorias pseudocientíficas já não têm mais qualquer validade para o mundo acadêmico, já que há muito a genética mostrou que há apenas uma raça humana. Ainda, ao menos desde 1952 a academia reconhece que a diferença cultural, além de não estar atrelada à características biológicas de "raças" diferentes, não pode ser vista de maneira linear, pois todos os povos vivem e se desenvolvem ao seu modo. Não há uma única maneira de evolução e nem algum povo que esteja "parado no tempo", em uma fase anterior de desenvolvimento. Neste ano de 1952 ocorre a publicação do ensaio *Raça e História* do antropólogo francês Claude Lévi-Strauss, encomendado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) poucos anos após a Segunda Guerra Mundial (e considerando tudo que ocorreu a partir do uso das pseudociências racistas neste período):

Para tratar determinadas sociedades como 'etapas' do desenvolvimento de outras seria preciso, portanto, admitir que enquanto algo acontecia com estas, nada - ou quase nada - acontecia naquelas. Com efeito, costuma-se falar em 'povos sem história' (às vezes para afirmá-los mais felizes). Essa fórmula elíptica significa apenas que sua história é e permanecerá sendo desconhecida, mas não que não existe. Durante dezenas e até centenas de milênios, lá também houve homens que amaram, odiaram, sofreram, inventaram, lutaram. Na verdade, não existem povos criança. Todos são adultos, mesmo os que não fizeram um diário de sua infância e adolescência.⁵⁸

Assim, essa ideia de que estes povos indígenas não são tão evoluídos quanto os povos brancos advindos da Europa reconhece como evoluído, como positivo, apenas aquilo que é

⁵⁶ CLASTRES, Pierre. Do etnocídio. In: *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2011. p. 78-79.

⁵⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 133-154.

⁵⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. In.: *Antropologia estrutural dois*. São Paulo, Cosac Naify, 2013, p. 370.

similar ao europeu. Esta ideologia se percebe como o auge da evolução. Este tipo de pensamento chamamos de etnocentrismo:

Sempre que tendermos a qualificar uma cultura humana como inerte ou estacionária devemos, portanto, nos perguntar se o aparente imobilismo não resulta de nossa ignorância quanto a seus verdadeiros interesses, conscientes ou inconscientes, e se, tendo critérios diferentes dos nossos, essa cultura não seria vítima, em relação a nós, da mesma ilusão. Ou seja, pareceríamos desinteressantes um para o outros, simplesmente porque não nos parecemos.⁵⁹

O Império brasileiro, embalado nestas ideias evolucionistas, busca construir sua nacionalidade e sua nação. Percebe o indígena como um ser do passado, em estágio transitório para o futuro, quando evoluirá e não será mais indígena. Para isto, além de reprimir questões culturais, incentiva a miscigenação da população, buscando embranquecê-la. Ao mesmo tempo, para construir as origens desta identidade nacional, busca a figura idealizada do indígena bom selvagem do passado, que, junto dos africanos e dos europeus, teria formado a nação brasileira. Ocorre que o papel destas "raças" negra e indígena ocupa sempre um papel menor com relação à "raça" branca nesta mitologia de passado nacional.

Voltando à legislação indigenista, embora o Regulamento das Missões promulgado em 1845 garantisse que os indígenas eram senhores das terras que ocupavam, inclusive dos aldeamentos, estabelecia que os indígenas assimilados através do bom comportamento no trabalho deveriam adquirir terras separadas. Com a já referida expansão territorial promovida pelo Império, os indígenas vão sendo expulsos de suas terras e colocados nestes aldeamentos tornados vilas. A partir da Lei de Terras de 1850, todas as terras não ocupadas são consideradas devolutas e se torna necessária a compra para sua aquisição. Para se expulsar os antigos aldeamentos se passa a afirmar que aqueles indígenas que ali habitam estão assimilados e, portanto, não são mais indígenas, configurando então uma terra devoluta.⁶⁰

Assim são legitimadas inúmeras expulsões e remoções:

O processo de espoliação torna-se, quando visto na diacronia, transparente: começa-se por concentrar em aldeamentos as chamadas 'hordas selvagens', liberando-se vastas áreas, sobre as quais seus títulos eram incontestes e trocando-as por limitadas terras de aldeias; ao mesmo tempo, encoraja-se o estabelecimento de estrangeiro em sua vizinhança; concedem-se terras inalienáveis às aldeias, mas aforam-se áreas dentro delas para o seu sustento; deportam-se aldeias e concentram-se grupos distintos; a seguir, extinguem-se aldeias a pretexto de que os índios se acham 'confundidos com a massa da população'; ignora-se o dispositivo de lei que atribui aos índios a propriedade da terra das aldeias extintas e concedem-se-lhes apenas lotes dentro delas;

⁵⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In.: Antropologia estrutural dois. São Paulo, Cosac Naify, 2013, p. 377.

⁶⁰ SANTOS, Maria Cristina dos; FELIPPE, Guilherme Galhegos. Debates sobre a questão indígena: histórias, contatos e saberes. Porto Alegre, Edipucrs, 2018, p. 104-116.

revertem-se as áreas restantes ao Império e depois às províncias, que as repassam aos municípios para que as vendam aos foreiros ou as utilizem para a criação de novos centros de população. Cada passo é uma pequena burla, e o produto final, resultante desses passos mesquinhos, é uma expropriação total.⁶¹

Também existem muitos casos de populações indígenas que não são sedentárias e, ao se deslocarem dentro de um grande território em que habitam, têm espoliadas as terras que não estavam pisando naquele exato momento.

Este paradigma de transição dos indígenas segue em voga com o final do Império e o advento do Brasil republicano, embora com algumas mudanças. Embalada em ideais positivistas, a racionalidade estatal intensifica seu papel tutelar, passando a existir uma ideia de que o período de transição dos indígenas será longo e deverá ser feito de modo a respeitar a lenta evolução destes, protegendo-os. É criado neste contexto, em 1910, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), subordinado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Este órgão tinha como principal intenção a transformação dos indígenas em trabalhadores nacionais. Neste período também os direitos dos indígenas às terras por eles ocupadas permanentemente são garantidos textualmente na Constituição de 1934, o que se repetirá nas próximas constituições. Sabemos, entretanto, que muitas destas intenções ficavam no papel e que, na realidade, também ocorreram sérias agressões neste período.

Ao passo que a ocupação do território nacional se intensifica e as delimitações de fronteiras vão ocorrendo, assim como vão sendo instaladas linhas telegráficas, os membros do SPI deslocam-se à frente, encontrando os grupos indígenas e buscando "pacificá-los", de modo a não atrapalharem o progresso.⁶² Se almejava estimular o nacionalismo nestes indígenas, de maneira que se sentissem também brasileiros e pudessem servir como guarda de fronteiras ou trabalhadores rurais. Além disso, demarcam-se pequenas áreas para estes indígenas viverem, onde reiteradas vezes, como nos períodos anteriores, etnias diversas são colocadas juntas.

Tudo isto se intensifica com a Ditadura do Estado Novo e as políticas de colonização do interior do país chamadas Marcha para o Oeste. A presença de militares nos quadros do SPI, que sempre existiu, aumenta neste momento, com uma expansão das remoções e realocações.

⁶¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 146.

⁶² SANTOS, Maria Cristina dos; FELIPPE, Guilherme Galhegos. Debates sobre a questão indígena: histórias, contatos e saberes. Porto Alegre, Edipucrs, 2018, p. 116-127.

Ainda, no episódio do Parque do Xingu, idealizado em um curto período no qual civis com formação antropológica lideraram as políticas indigenistas, se pensa pela primeira vez um modelo diferente de demarcação: em um território de grande extensão, com diversas etnias, que deveriam ser assim preservadas do contato brusco com a civilização branca para poderem se assimilar progressivamente, em seu próprio tempo. Embora estas políticas representem melhoras por sua suposta orientação pacífica e de busca por preservação das culturas indígenas, ainda percebem estes povos como atrasados, que logo deixarão de existir, ao se civilizarem. Acredita-se que se um indígena entrar em contato com o mundo não indígena será assimilado e deixará de ser indígena.⁶³

Com o golpe militar de 1964, o SPI, alvo de muitas críticas, acaba sendo extinto e é substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1967. A burocracia estatal se preparava para um novo fluxo de expansão da fronteira agrícola e da economia do país.⁶⁴ Em 1968, na esteira do AI-5, decreto usado pela Ditadura para, entre outras coisas, suspender qualquer garantia constitucional, a repressão aumentou para diversos grupos sociais. Muitas vezes se contabiliza os mais de 400 mortos e desaparecidos políticos da época,⁶⁵ porém, por motivos que desconheço, não se contam neste número os mais de 8 mil indígenas assassinados pela ditadura.⁶⁶

Enquanto a propaganda oficial vendia o "milagre econômico" brasileiro, que era materializado apenas para uma parcela da população, as políticas desenvolvimentistas dos militares buscavam realizar grandes obras de infraestrutura. Construíram estradas, pontes, hidroelétricas e centros de mineração em zonas do interior (principalmente, mas não apenas, na Amazônia), integrando o país e incentivando a colonização destas áreas, que diziam estar inabitadas,⁶⁷ em uma política similar à da Marcha para o Oeste. Ocorre que estas terras, como aquelas, não estavam desabitadas: ali residiam diversas populações indígenas.

Os militares então agiram de modo duro. Os indígenas eram cada vez mais entendidos como entraves ao progresso. As várias agressões sofridas pelas populações indígenas no período do SPI ocorriam informalmente, com o Estado intencionalmente deixando seus

⁶³ LIMA, Antonio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 155-172.

⁶⁴ LIMA, Antonio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 155-172.

⁶⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. v. 3., p. 26.

⁶⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. v. 2., p. 199.

⁶⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. Brasil: uma biografia. São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 351-385.

agentes, poderes locais e privados atacarem os indígenas, os expulsando de suas terras. Esta política já não basta a partir de 1968, e se intensificam ações mais agressivas de ataque direto sistematicamente promovidas pelo Estado em diversas regiões do país.⁶⁸

Introdução proposital de roupas, brinquedos e outros objetos inoculados com doenças como varíola e sarampo, oferta de alimentos envenenados, sequestros de crianças, intimidações, ameaças, estupros, prostituição forçada, massacres com armas de fogo, lançamentos de dinamites em aldeias, remoções à força em caminhões ou aviões, prisões em campos de concentração, torturas físicas, castigos, apropriações forçadas de trabalho, escravidão, incêndios criminosos e destruições de roças foram algumas das ferramentas utilizadas, com aval e direcionamento estatal, para eliminar ou remover os indígenas, que eram percebidos como obstáculos ao desenvolvimento.⁶⁹

Assim demonstra a CNV, que reconhece que o número de 8350 indígenas assassinados é seguramente menor do que a realidade, principalmente considerando a falta de acesso destas populações aos canais de comunicação, de busca por justiça e o próprio genocídio, com a extinção de diversos povos. A Comissão também aponta que, de defensores das fronteiras, os indígenas passam a ser vistos como potenciais inimigos pelos militares, que afirmam que estes estão sendo manipulados por forças estrangeiras disfarçadas de Organizações não Governamentais (ONGs), intelectuais e religiosos, que visam as riquezas nacionais.

3.2 O MOVIMENTO INDÍGENA E O CONTEXTO DA CONSTITUINTE DE 1987-8

É neste contexto que podemos encontrar o início de um novo movimento indígena no Brasil. Embora tenham existido anteriormente diversos movimentos indígenas de resistência, desde revoltas de um ou mais povos unidos em federações e confederações, até suicídios coletivos e micro resistências de todo gênero, é nos anos 1970 e 1980 que vai se gerar um movimento indígena organizado brasileiro.

Cabe notar que as palavras “indígena” ou “índio” provêm de um erro do navegador Cristóvão Colombo que, ao chegar ao continente que posteriormente seria denominado

⁶⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. v. 2., p. 204.

⁶⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. v. 2., p. 203-264.

América, acreditou estar nas Índias e denominou seus habitantes todos de índios. Assim, o termo índio ou indígena é usado para catalogar uma enorme pluralidade de povos que habitavam e habitam o continente americano. Krenakes, aimarás, mapuches, guaranis, ianomâmis, quéchuas, cherokees, entre centenas de outros, são povos com culturas extremamente diferentes entre si, e não existiam como coletividade indígena até que os europeus assim os classificassem. Mesmo assim, esse termo externo, que homogeneiza o heterogêneo, a partir do movimento indígena é apropriado por estes classificados, de modo a ser usado como identidade coletiva.⁷⁰

O início do movimento indígena como uma unidade de povos se reconhecendo e utilizando o termo indígena como bandeira de luta pode ser encontrado no Brasil a partir das Assembleias Indígenas, organizadas primeiramente pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) em 1974. Criado pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil (CNBB) em 1972, o CIMI defende o direito à diversidade cultural dos povos indígenas, inserido dentro de uma lógica alinhada à Teologia da Libertação, setor progressista da Igreja Católica.

No início, as Assembleias eram organizadas e apoiadas pelo CIMI, com o objetivo de:

[...] dar aos chefes indígenas a oportunidade de se encontrarem, se conhecerem e se falarem, com toda liberdade, sem pressão, sem orientação de fora, sobre seus próprios problemas, e descobrindo por si mesmos as soluções, superando assim todo o paternalismo, seja da FUNAI, seja das Missões.⁷¹

Com as discussões realizadas por estes diversos povos nestas Assembleias Indígenas, as pessoas ali discutindo se reconhecem como coletividade pan-indígena, ressignificando os termos índio ou indígena, antes vistos pejorativamente, como algo positivo. Assim, passam a afirmar a sua permanência como indígenas, rejeitando aquelas ideias evolucionistas que afirmavam que, com o tempo, seriam todos assimilados à população brasileira. Defendem seu direito à diferença, pois têm suas próprias culturas diferenciadas entre si e diferentes da cultura nacional, porém também defendem seu direito à igualdade, a serem tratados sem opressão pelo Estado brasileiro, como cidadãos. Se antes as lutas dos povos indígenas normalmente se davam de modo autônomo, agora passa a ser organizada uma unidade, de modo a se fortalecerem.

⁷⁰ BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

⁷¹ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009). Tese (Doutorado em História), Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p 156.

Vão também questionando a ideologia de tutela, e gradualmente deixando de necessitar de ajuda externa para se organizar enquanto movimento. O que não significa que não se articulem junto de setores e instituições da sociedade e do Estado brasileiro e até mesmo da opinião pública internacional e de instâncias intergovernamentais, como a Organização das Nações Unidas (ONU). Além do já referido CIMI, ONGs pró-indígena e muitos antropólogos são fortes aliados, ajudando na interlocução com todos estes. Ainda, muitos que depois de anos de políticas assimilacionistas não se reconheciam mais como povos indígenas passam a assim fazê-lo, invertendo a lógica evolucionista segundo a qual ninguém poderia voltar a ser indígena, apenas deixar de sê-lo.⁷²

Uma forte vitória do movimento indígena neste período ocorre por volta de 1978, com a resistência ao Decreto de Emancipação, prometido pelo governo. Esta lei pretendia "emancipar" diversos grupos indígenas, afirmando que, por estarem já integrados à sociedade brasileira, não necessitariam mais de tutela e nem de qualquer direito especial, como o direito à terra indígena. Já não seriam mais indígenas. Entendendo que ser indígena não é algo estático, uma condição que se deixaria com o progresso, mas sim uma identidade diferencial que está em um constante processo de mutação, há forte mobilização do movimento indígena, que, com o apoio dos já referidos grupos, consegue impedir o Decreto.⁷³

De modo similar, na década de 1980, o movimento indígena luta contra os indicadores de indianidade, instrumento através do qual o governo definia se certas populações eram "ainda" indígenas ou se "já" teriam sido assimilados à sociedade nacional, liberando assim a desocupação de suas terras, sua expulsão portanto.⁷⁴

Tudo isto ocorre enquanto o Brasil vive uma reabertura política "lenta, segura e gradual" nas palavras e na visão de Ernesto Geisel, o general ditador no comando do Poder Executivo do país entre 1974 e 1979. Neste perigoso e lento processo, alguns políticos, setores da classe média urbana, da Igreja Católica, da Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB), da grande imprensa, dos artistas, os movimentos negro, feminista, LGBT, ecológico,

⁷² VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. "No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é". In: Sztutman, R. (org.). *Encontros: Eduardo Viveiros de Castro*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008.

⁷³ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009)*. Tese (Doutorado em História), Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p 179-189.

⁷⁴ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009)*. Tese (Doutorado em História), Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p 135-136.

estudantil, sindical, seringueiro, sem-terra, camponês, e o próprio movimento indígena, entre outros, pressionam pelo fim da repressão e do autoritarismo, buscando garantia de direitos.

A redemocratização brasileira vai assim ocorrendo na tensão entre as pressões destes e a tentativa de manutenção de poderes dos militares e de seus aliados, que procuram "tutelar" a reabertura política e assim impedir mudanças abruptas que possam prejudicá-los. Passada a conquista da Lei da Anistia em 1979, quando os perseguidos políticos puderam voltar ao país, e a fracassada campanha por eleições diretas para presidência da república em 1984, estes diversos grupos se voltam para a Constituinte, percebida como uma oportunidade para consolidar o processo de transição para a democracia e sanar diversos problemas estruturais do país.

A proposta de uma nova Constituição para o Brasil vem em 1985, no governo de José Sarney, primeiro civil a chefiar o Executivo federal desde 1964. Neste momento o país está muito longe daquele período de "milagre econômico" e vive uma séria crise econômica, em meio à hiperinflação. Os militares não gozam mais de uma boa imagem na opinião pública e circulam ideias e informações sobre alguns dos horrores ocorridos no período ditatorial, como as trazidas pelo livro *Brasil: Nunca Mais*, de Dom Paulo Evaristo Arns.⁷⁵

Mesmo assim, grandes empresários, a velha classe política, grandes fazendeiros, entre outros grupos que deram apoio e inclusive compuseram a ditadura (classificada por muitos historiadores como não apenas militar, mas civil-militar⁷⁶), além das próprias Forças Armadas, seguem com grande poder, o que pode ser percebido no já referido fracasso na campanha por eleições presidenciais diretas. Na Constituinte estes grupos também estarão presentes exercendo pressão. Assim, cabe notar que a redemocratização brasileira foi um longo período de transição política, em um país cuja história traz poucas rupturas políticas e muitos acordos entre as elites.

A Constituinte brasileira de 1987-8 pode ser considerada a culminação deste processo de redemocratização, acabando com a validade daquele corpo de leis ditatorial, que já estava sendo aos poucos desativado desde o final dos anos 1970. Esta Constituinte ocorre durante o governo de José Sarney, presidente não escolhido diretamente pelo povo, que havia sido líder

⁷⁵ SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 437-498.

⁷⁶ REIS, Daniel Aarão. Entrevista: As conexões civis da ditadura brasileira. *O Globo*, 15/02/2014. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/528372-daniel-aarao-reis-as-conexoes-civis-da-ditadura-brasileira-> >.

da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), partido político que dava sustentação à ditadura no período do bipartidarismo, entre 1966 e 1979, quando todos partidos da época foram cassados, e se permitiu apenas um partido governista, ARENA, e um partido de oposição consentida, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Ainda, a Constituinte é presidida por Ulysses Guimarães, do PMDB (partido que sucede o recém citado MDB), que embora tenha feito forte oposição ao autoritarismo e expressado seu ódio e nojo pela ditadura, inicialmente foi apoiador do golpe de 1964.

Mesmo assim, não apenas Guimarães, como diversas outras pessoas e grupos que haviam se envolvido com o regime autoritário estavam neste momento afastados dele, e a sociedade brasileira vivia este período com muito otimismo e verdadeiro anseio de mudança. Tudo isso se projetou na Constituinte de 1987-8.

Primeiramente, houve uma forte disputa sobre como se daria esse processo. Os grupos mais conservadores queriam apenas alterar algumas leis, como já estava sendo feito até ali, e manter a Constituição de 1967. O setor mais progressista queria uma constituição nova em que os constituintes fossem exclusivamente constituintes, e não membros do poder Legislativo. Já a proposta aprovada foi a de que haveria uma nova constituição, porém feita pelos senadores e deputados daquele momento, incluindo aí os 23 senadores biônicos, escolhidos antidemocraticamente pelo governo autoritário nas eleições de 1982. O voto de todos os 72 senadores (23 biônicos e 49 eleitos diretamente em 1986) e 487 deputados teria o mesmo valor.⁷⁷

Porém, também não é à toa que a Constituição de 1988 foi apelidada Constituição Cidadã: nunca houve tamanha participação popular em uma constituinte brasileira. Emendas populares, audiências públicas, sugestões, greves, manifestações, comícios, caravanas à Brasília, lobbies, coletas de assinaturas, cartas públicas, reuniões com constituintes, exposições artísticas e propagandas em diversas mídias foram algumas das maneiras pelas quais a população participou nesse processo.

⁷⁷ DUARTE, Aimée Schneider. Agenda oculta: a Constituinte de 1987-88 e seus fundamentos culturais. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense, 2017, p. 46-54.

Foram formados movimentos em diversos municípios para gerar propostas e buscar atuação na formulação da nova Constituição. Houve projetos do próprio Senado buscando a opinião da população, como o Diga Gente e Projeto Constituição.⁷⁸

Assim, embora exista um forte movimento conservador na Constituinte, que buscará atuar principalmente na Comissão de Sistematização, da qual falaremos em breve, a população em geral também faz forte pressão para impor suas demandas, em um período no qual diversas pautas progressistas e uma vontade de mudança estavam fortes na opinião pública. Alguns números que podem dar uma ideia do quão grande foi esta participação popular são os cinco milhões e quatrocentas mil pessoas que circularam nos espaços institucionais durante a Constituinte, além das várias manifestações em frente ao Congresso. Ainda, se calcula que entre 6 e 18% da população votante tenha assinado alguma emenda constitucional. Todas as 122 Emendas Populares foram à Plenário, mesmo as que não haviam cumprido todas as exigências regimentais, que foram então subscritas por algum dos constituintes.⁷⁹

Além da população em geral, mais especificamente, diversos grupos da sociedade, organizados em movimentos sociais, percebiam a importância daquele momento para conquista de direitos e buscavam se fazer ouvir na Constituinte. O movimento indígena se organiza ainda mais para atuar aí. Coloca-se fisicamente no Congresso Nacional, levando rituais simbólicos e culturas indígenas para dentro daquele espaço. Estas atitudes levam a alguns atritos. São barrados, junto de outros movimentos, na cerimônia de abertura da Assembleia, por exemplo. Porém, também traz exposição e apoio, conforme podemos perceber em outro caso, com a coroação de Ulysses Guimarães pelos indígenas com um cocar.⁸⁰

Estas manifestações pressionam os parlamentares e ajudam a angariar apoio na sociedade civil, que também fará pressão nos constituintes. Como em outros períodos, o movimento indígena tem como fortes aliados o CIMI, a comunidade antropológica brasileira e diversas ONGs pró-indígena. Eles têm êxito em atuar de modo a chamar a atenção da opinião

⁷⁸ DUARTE, Aimée Schneider. Agenda oculta: a Constituinte de 1987-88 e seus fundamentos culturais. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense, 2017, p. 69-90.

⁷⁹ DUARTE, Aimée Schneider. Agenda oculta: a Constituinte de 1987-88 e seus fundamentos culturais. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense, 2017, p. 81-84.

⁸⁰ BICALHO, Poliene Soares dos Santos. Protagonismo indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009). Tese (Doutorado em História), Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p 200-227.

pública e colocar suas demandas em pauta, influenciando os parlamentares. Ocorrem assim diversas falas de lideranças indígenas e de aliados no decorrer da Constituinte, e até mesmo uma audiência pública extraordinária realizada dentro de uma aldeia. É a primeira vez que os povos indígenas participam da elaboração de uma constituição brasileira.⁸¹

Assim, conscientes da legislação indigenista histórica e entendendo o contexto da Constituinte de 1987-8 e o papel do movimento indígena neste momento passamos ao próximo subcapítulo, no qual começaremos a acompanhar os debates da Constituinte relacionados à nossa busca pelas origens do artigo 231 e assim analisar a validade da tese do Marco Temporal Indígena.

3.3 OS DEBATES NA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS

Os trabalhos da Constituinte de 1987-8 foram primeiramente divididos em 8 Comissões Temáticas, cada uma delas dividida em três Subcomissões. Analisaremos assim os debates da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, parte da Comissão da Ordem Social, no que diz respeito às questões suscitadas pela tese do Marco Temporal Indígena.

Primeiramente, de 23 de abril a 6 de maio de 1987 ocorreram 8 audiências públicas tratando do tema, uma delas inclusive dentro da aldeia caiapó Gorotire. É neste período que ocorrem falas de diversas pessoas extra-parlamentares, com forte abertura à participação popular portanto. A partir dos debates aí gerados é elaborado um anteprojeto pelo relator, que terá emendas e se tornará então o anteprojeto da Subcomissão. Os anteprojetos de cada Subcomissão serão então analisados na sua respectiva Comissão e emendados até se tornarem um único anteprojeto da Comissão. Finalmente, na Comissão de Sistematização, todos os anteprojetos de cada Comissão temática serão emendados e daí finalmente votados em Plenário, até alcançar-se a redação final da CF 88.⁸²

⁸¹ DUARTE, Aimée Schneider. Agenda oculta: a Constituinte de 1987-88 e seus fundamentos culturais. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense, 2017, p. 106-111.

⁸² REGIMENTO INTERNO da Assembleia Nacional Constituinte, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento_interno_anc>.

Voltando à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, temos a eleição do deputado Ivo Lech, do PMDB, como presidente, afirmando em seu discurso inicial da necessidade de resgate da dívida social para com os negros, indígenas, deficientes e minorias do país, o que seria buscado através da Constituinte.⁸³ Neste momento de abertura da Subcomissão, uma liderança indígena é barrada na entrada do Congresso Nacional por estar trajando suas vestimentas tradicionais e não terno e gravata. Ivo Lech vai então ao local e autoriza a entrada, em uma demonstração de receptividade às culturas indígenas naquele espaço.

Através dos representantes indígenas Caciques Celestino, Antana, Raoni, Aleixo Póhi, Inocência e Alfredo Gueiro, além do presidente da União das Nações Indígenas, Aílton Krenak, do chefe de gabinete do presidente da FUNAI, Marcos Terena, do membro do Ministério da Cultura Jorge Terena e do Superintendente para Assuntos Indígenas do Estado de Goiás, Idjarruri Karajá, os constituintes integrantes da Subcomissão receberam sugestões dos indígenas para o anteprojeto.

Buscaremos apresentar os argumentos de algumas falas que acreditamos importantes para nosso tema. Uma delas, na primeira reunião da Subcomissão, feita pela constituinte Benedita da Silva, à época deputada pelo PT, e única mulher negra integrante desta Subcomissão. Ela aponta que, sobre todas as questões tratadas naquele espaço (negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias) haveria preconceitos seculares, para os quais aqueles constituintes ali presentes deveriam buscar sensibilização.⁸⁴ Assim, a Subcomissão procura realmente entender as questões ali discutidas, entre elas, a questão indígena, objeto de nosso trabalho.

No contexto de transição política, o antropólogo Carlos Sabóia, assim como o constituinte Severo Gomes afirmam da importância do respeito aos indígenas para que possa realmente existir democracia no Brasil, assim como se declara a necessidade de se aprender com os indígenas em questões como seu relacionamento com os animais e a natureza.⁸⁵

⁸³ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 53, 1 de maio de 1987, p. 179, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup53anc01mai1987.pdf#page=179>>.

⁸⁴ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 53, 1 de maio de 1987, p. 182, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup53anc01mai1987.pdf#page=181>>

⁸⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 127, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade->

Também o professor Paulo Roberto Moreira afirma, de modo mais geral, que negros, indígenas, pessoas deficientes e minorias contribuem para toda sociedade, por elaborarem discurso criativo, divergente daquele emanado pelos poderosos: "Temos medo de ser diferentes do normal, porque o normal é traçado pelos poderes à sua imagem e semelhança".⁸⁶

Assim, muitas falas ocorrem no sentido de rejeitar aquele ideal de assimilação, baseado nas teorias racistas de evolucionismo. Afirma-se da necessidade de respeito à diferença, do direito do indígena a ser e permanecer indígena, para que o Estado passe a "não integrar o índio, não colonizar o índio"⁸⁷, nas palavras de Gilberto Macuxi, liderança de Roraima, pois, como afirma Davi Kopenawa, indígena Yanomami: "Nós continuamos índio, nós não queremos mudar para o mundo do branco; nunca vamos mudar".⁸⁸

Para respeitar o direito do indígena a permanecer indígena, aponta-se a demarcação das suas terras como questão mais importante. Aílton Krenak, coordenador nacional do movimento indígena, explica a situação:

Não adianta os Srs. formularem uma proposta culturalista, não adianta formular uma proposta que venha a contemplar o direito do índio falar a sua língua, dançar a sua festa, e usar o seu cocar, porque antes de tudo isso é preciso ter uma terra para pisar em cima. [...] O que dá sentido de vida ao povo indígena é o sentido sagrado de ocupar o seu território, o lugar onde Deus colocou o povo indígena, o lugar onde a sua memória está vinculada e se alimenta, permanentemente. Não brinquem em cortar o vínculo do povo indígena com os seus lugares sagrados, esse é o maior crime que poderia ser cometido contra eles!⁸⁹

Podemos perceber aqui argumentos que tratam de questões temporais, úteis ao nosso trabalho de análise da tese do Marco Temporal. O que dá sentido ao povo indígena é sua ligação com a terra, mas não com qualquer terra, e sim com a terra vinculada à sua memória, uma vinculação que é permanente, ou seja, que não deixaria de existir por conta de alguma ocupação por parte de não-indígenas.

Ainda, o cacique do povo caiapó, Raoni Metuktire, ressalta que:

legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/ComissaoVII_SubC_Reuniao3.pdf>

⁸⁶ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 134, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/ComissaoVII_SubC_Reuniao4.pdf>

⁸⁷ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987, p. 145, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=143>>

⁸⁸ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987, p. 146.

⁸⁹ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987, p. 151.

[...] meu povo está morrendo na mão do seu povo [...]. A polícia prendeu meu povo [...]. Nós temos direito à terra, direito à mata, nós fomos criados dentro do mato. Nós não queremos a casa de vocês, eu não quero a casa de madeira nem a terra ruim, onde meu povo não pode entrar. Se o seu povo entrar como é que eu vou fazer com meu povo? Eu tenho que tirar seu povo.⁹⁰

E finaliza apontando a vontade central dos indígenas nesta Constituinte: "Seu povo não pode matar mais o meu povo".

Também nesta argumentação podemos perceber alguns aspectos temporais. Raoni afirma que os indígenas não buscam aquelas terras há tempos habitadas pelos não-indígenas, a "terra ruim", mas sim aquelas às quais tem direito, aquelas nas quais seus povos se criaram, mesmo que para isso tenha de se "tirar seu povo", isto é, retirar o povo não-indígena. Para o cacique caiapó, portanto, as terras indígenas já são terras indígenas antes da CF 88, mesmo que o povo não-indígena tenha entrado nela, ou seja, esteja ocupando-a neste momento no qual se formulava a Constituição. Raoni assinala também o papel dos agentes estatais na opressão dos indígenas.

Carlos Marés, Presidente da Fundação Cultural de Curitiba, Secretário Municipal de Cultura de Curitiba, Membro da Comissão de Criação do Parque Yanomani e Membro da Comissão Pró-Índio de São Paulo também vai na mesma linha, apontando um direito indígena anterior, que deve ser contemplado pelo direito não-indígena:

Já que é um contar de experiências, gostaria de abrir com a frase de um índio e que na verdade me foi uma grande e profunda aula de direito. Estava, eu justamente a pedido da Comissão Pró-Índio de São Paulo na área do Gavião, no sul do Pará, discutindo um problema gravíssimo, onde uma área estava sendo inundada pela represa de Tucuruí - área indígena e - justamente na construção da barragem, uns pilares da barragem se sentavam na montanha que dava nome à área e que era sagrada ao grupo Gavião. E como não havia defesa possível dessa montanha sagrada, porque a lei brasileira não garantia nenhum direito ao sítio sagrado, tentava eu explicar isso ao índio Tanharé. E depois de muita tentativa de explicação do que era lei, como era a lei, porque a lei não dava esse direito, ele me perguntou: 'Essa lei que você fala não é uma invenção dos brancos?' E eu, depois de toda a minha formação jurídico-positivista, acabei tendo de reconhecer que realmente aquela lei era uma invenção dos brancos. E ele respondeu: 'Pois, então, o direito a essa montanha é um direito que nós, como Nação Gavião, temos. Os brancos que inventem uma lei que reconheça esse direito'. E acho que é esse exatamente o argumento da Constituinte. A Nação brasileira inventa uma lei que necessariamente tem que reconhecer os direitos dos índios. E isso tem sido talvez um dos maiores problemas que tenho enfrentado no dia-a-dia na defesa dos direitos indígenas.

Infelizmente, muitas vezes o direito não é reconhecido porque não é estabelecido na lei. O que temos de fazer é que transpareça claramente nessa nova Constituição o fato de que os direitos dos índios são anteriores a própria lei e têm origem na própria existência dos índios, na sua formação social, na sua existência enquanto sociedade,

⁹⁰ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 127.

enquanto povo, enquanto Nação. Isso pelo simples fato da sua organização social não ser uma organização estatal, e não estar assentada na lei escrita, não significa que não haja para esta Nação direitos recíprocos entre eles e direitos à terra, à vida e à cultura.

Nesse entendimento é básico e fundamental que o respeito às nações indígenas, o respeito ao conjunto do que chamamos de grupo indígena, seja não apenas aqueles meros estabelecimentos legais. Apenas quando se diz que a terra é garantida na medida em que for localizada: apenas quando se diz que uma montanha sagrada ou um sítio onde enterram seus mortos será garantido se houver lei que o respalde.

Essas coisas devem ser garantidas e reconhecidas na Constituição brasileira, pelo só fato de estarem embutidas na cultura indígena daquele povo, naquele local e naquele momento.⁹¹

Marés aponta também a dificuldade dos indígenas em entrar em juízo, preocupação também demonstrada por Hamilton Kauná, indígena Kaimá, que relata a ocorrência de despejos recentes contra as populações indígenas no Mato Grosso do Sul, respaldados pela Justiça, pois "[...] a justiça a favor do índio nunca existiu! Existe a justiça a favor do fazendeiro, a favor dos grandes empresários."⁹² Segundo a tese do Fato Indígena, estas populações vítimas de despejos anteriores à CFF 88 realmente não estariam contempladas pela justiça, pois não estariam ocupando aquele local na promulgação da CF 88 e nem teriam ingressado em juízo ou permanecido em luta física contra os ocupantes, o que é esperado, considerando a dificuldade dos povos indígenas de fazer uso dos meios jurídicos, conforme relatado, e a disparidade em meios para lutar.

De modo a garantir os direitos indígenas a estas terras das quais foram expulsos antes de 1988, o povo indígena Bakairi propõe aos constituintes que os direitos assegurados na Constituição de 1946 devem ser mantidos e ampliados na nova constituição.⁹³

Por sua vez, a professora de Antropologia Social da Universidade de Campinas, Manuela Carneiro da Cunha, traz o histórico da legislação indigenista, apontando os direitos originários das populações indígenas e resgatando os estudos de João Mendes Junior, já analisados neste presente trabalho. Demonstra assim que os indígenas têm direito originário à terra, por serem os primeiros ocupantes, e que tal direito é reconhecido desde o século XVI, passando pela Lei de Terras de 1850 e por todas as constituições brasileiras a partir de 1934. A antropóloga também caracteriza a terra indígena como todo o habitat da população indígena

⁹¹ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 62, 20 de maio de 1987, p. 150, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=147>>

⁹² ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987, p. 149.

⁹³ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987, p. 144.

daquele local, todo meio ambiente, diferenciando-a assim da posse civilista. Ainda, aponta as 180 sociedades indígenas diferentes que hoje vivem no Brasil, compostas por cerca de 220 mil pessoas, que são os remanescentes dos 6 milhões que viviam antes da chegada dos europeus neste território que hoje chamamos de Brasil. Por fim, a professora afirma que esta valorização da diferença vem desde o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que aquelas ideias racistas de evolucionismo são derrotadas junto do nazifascismo. Por esta razão, aponta que devem ser revistas as políticas de assimilação brasileiras com a nova Constituição, que precisa reconhecer a existência não apenas de um passado indígena, mas também de um projeto de futuro indígena.⁹⁴

Outro intelectual a falar na Subcomissão é o sociólogo e antropólogo Florestan Fernandes, que traça um panorama daquela versão da colonização apresentada por Gilberto Freire, na qual não houve política de extermínio dos indígenas, cuja reação à colonização foi pacífica, uma vez que os brancos os trataram de forma benigna. Florestan rechaça esta narrativa, caracterizando-a como uma mitologia, afastada de qualquer preocupação científica, e aponta diversos casos históricos de violência colonial.⁹⁵

Em resumo, podemos afirmar que esta Subcomissão parece realmente preocupada com a garantia dos direitos indígenas, contando com importantes participações de indígenas e aliados destes. Apontam o genocídio e o etnocídio das populações indígenas e se posicionam contra aquelas teorias evolucionistas que buscam sua assimilação. Exigem respeito às culturas indígenas, que devem ser vistas como uma diferença positiva, que não vai deixar de existir. Para garantir tal direito à diferença cultural, afirmam a necessidade do respeito ao direito originário às terras indígenas, que sustentam existir antes do seu reconhecimento pelo Estado metropolitano e brasileiro. No entender da Subcomissão, o que faz uma terra ser terra indígena é a relação dos indígenas com aquele local, relação esta que é diferente da relação dos não-indígenas com o território. Seguramente, a tese do Marco Temporal Indígena não se sustenta nas ideias encontradas nos discursos proferidos na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

Assim, encontramos na redação final do Anteprojeto da Subcomissão praticamente o mesmo projeto encaminhado pelos indígenas:

⁹⁴ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 132.

⁹⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 137.

Art. 9º - Os índios gozarão dos direitos especiais previstos neste capítulo, sem prejuízo de outros instituídos por lei.

§ 1º - Compete à União a proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e a garantia à educação dos índios.

§ 2º - A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrada, no nível básico, nas línguas materna e portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.

§ 3º - São reconhecidos aos índios a sua organização social, seus usos, costumes, línguas, tradições e seus direitos originários sobre as terras que ocupam.

[...]

Art. 11 - As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis, destinadas à sua posse permanente, ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, assegurado o direito de navegação.

§ 1º - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.⁹⁶

A redação é próxima à encontrada no artigo 231 da CF 88 e podemos afirmar, com base nos debates analisados, que os "direitos originários" dizem respeito a esta ideia de anterioridade ao direito estatal. Ainda, não encontramos em momento algum nas discussões da Subcomissão a ideia de que serão terras indígenas apenas aquelas onde os indígenas estejam localizados quando da promulgação da CF 88, ou seja, a tese do Marco Temporal.

Entretanto, como já relatamos, a Constituinte não foi feita apenas por progressistas e pela pressão de grupos populares, no caso que analisamos, o movimento indígena. Havia também setores conservadores disputando a elaboração da CF 88, que se organizaram para atuar em peso numa etapa posterior da Constituinte, na Comissão de Sistematização, quando se poderiam alterar ideias das Subcomissões e das Comissões Temáticas. Nos debates da Subcomissão analisada podemos encontrar rechaço a ataques veiculados na imprensa, inclusive por parte de outros constituintes que não estavam nesta Subcomissão. Um deles, Bernardo Cabral, seria presidente da Comissão de Sistematização. Assim, os constituintes da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias sabiam da

⁹⁶ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 231 da Constituição Federal de 1988, p. 6-7.

necessidade de buscar sensibilizar os outros constituintes para as questões tratadas, de modo a deter votos o bastante para garantir suas pautas nas próximas fases da Constituinte.⁹⁷

3.4 A CONTINUAÇÃO DA CONSTITUINTE E A REDAÇÃO FINAL DO ARTIGO 231

Na Comissão da Ordem Social já aparecem falas de constituintes que, ignorando ou discordando do acordado na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, apresentam o mito da formação brasileira como a harmoniosa integração entre as três raças. Defende-se aí a integração da população brasileira e se rechaça a ideia de pluriétnicidade no país e o uso da palavra "nação" para referência aos povos indígenas.⁹⁸ Entretanto, as emendas solicitando a retirada destes termos são derrotadas, e consta no Art. 1º: "V - A sociedade brasileira é pluriétnica. São reconhecidas as formas de organização próprias das nações indígenas".⁹⁹

Quanto aos artigos que tratam das terras indígenas, a redação fica praticamente igual à da Subcomissão:

Art 100 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições.

[...]

Art 101 - As terras ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, ressalvado o direito de navegação.

§ 1º - São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.¹⁰⁰

⁹⁷ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 62, 20 de maio de 1987, p. 162.

⁹⁸ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 1, Suplemento ao nº 115, 05 de agosto de 1987, p. 137, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup115anc05ago1987.pdf#page=120>>.

⁹⁹ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, VII - Comissão da Ordem Social, Anteprojeto da Comissão (*), junho de 1987, p. 5, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>>.

¹⁰⁰ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, VII - Comissão da Ordem Social, Anteprojeto da Comissão (*), junho de 1987, p. 14.

No primeiro anteprojeto da Comissão de Sistematização, a referência à pluriétnicidade e às nações indígenas é cortada. Porém, no que diz respeito às terras indígenas, encontramos a mesma redação da versão final da Comissão da Ordem Social.¹⁰¹

Entretanto, no Substitutivo do Relator, o já referido constituinte Bernardo Cabral, ocorrem fortes mudanças no texto. Além de condicionar os direitos sobre a terra indígena à posse imemorial e permanente, o Substitutivo institui que para os indígenas considerados "aculturados" não seriam válidos os direitos previstos no capítulo:

Art. 302 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

[...]

Art. 303 - As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1 - São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios, aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[...]

Art. 305 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.¹⁰²

Conforme vimos até aqui, esta concepção de que os indígenas "aculturados" deixariam de ser indígenas e não necessitariam mais de direitos especiais é frontalmente oposta às ideias expostas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, estando próxima dos valores do governo ditatorial, com seu Decreto Emancipatório e seus indicadores de indianidade. Além disso, a obrigação de os indígenas estarem desde tempos imemoriais naquele local que se deseja demarcar desconsidera todo o histórico de remoções e expulsões destas populações, como se elas pudessem haver permanecido no mesmo local desde o início da colonização.

O movimento indígena assim se mobiliza de modo a tentar barrar este Substitutivo. Neste contexto ocorre um discurso muito impactante feito pela já referida liderança indígena,

¹⁰¹ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Comissão de Sistematização, Anteprojeto de Comissão, junho de 1987, p. 46, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>.

¹⁰² BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 231 da Constituição Federal de 1988, p. 8-9.

Ailton Krenak, no qual pinta seu rosto de jenipapo enquanto fala aos constituintes. Narra as campanhas midiáticas de difamação dos povos indígenas e o contínuo genocídio perpetrado contra estes povos, defendendo que a nova Constituição deve garantir a possibilidade de um futuro indígena.¹⁰³

Neste momento também são tomadas medidas pelos constituintes aliados dos indígenas buscando barrar as mudanças trazidas pelo Substitutivo. O Destaque n. 004206-87, de Euclides Scalco, por exemplo, propõe a supressão da expressão "de posse imemorial", e é defendido pelo constituinte Severo Gomes:

A razão da proposta é o fato de que são poucas as populações indígenas que hoje ocupam terras que poderiam ser qualificadas de 'posse imemorial'. São populações que vêm sendo remanejadas ao longo de nossa História, desde os aldeamentos de Marquês de Pombal, até os mais recentes, quando a própria Funai transferiu populações indígenas de uma região para outra com intuito até de preservá-las.

Quer dizer, a manutenção da expressão 'de posse imemorial' reduziria substancialmente as terras ocupadas hoje pelos indígenas.¹⁰⁴

Porém, como já salientamos, os grupos conservadores se mobilizaram para atuar fortemente nesta Comissão de Sistematização e, assim, conseguiram rejeitar as emendas e os destaques que atacavam o Substitutivo, usando de argumentos como o apresentado pelo constituinte Gerson Peres ao atacar o destaque de Euclides Scalco: "Há terra demais para pouco índio"¹⁰⁵. Assim, sai da Comissão de Sistematização, para apreciação em Plenário, a mesma redação dos artigos do Substitutivo do Relator, limitando os direitos às terras indígenas às terras ocupadas por estes desde tempos imemoriais e excluindo os direitos indígenas aos considerados aculturados.

No Plenário, neste momento final da Constituinte, o último antes da redação do texto que se tornaria a CF 88, ocorre nova reviravolta e são retirados o artigo referente à exclusão dos indígenas ditos aculturados e a ideia de posse imemorial do artigo que virá a ser o 231. Através da leitura da justificativa e do parecer da emenda 00281, proposta pelo constituinte Jarbas Passarinho, do Partido Democrático Social (PDS), que é aprovada e praticamente

¹⁰³ Índio cidadão. Documentário, 2014, trecho disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kWMHiwdbMQ>>.

¹⁰⁴ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 2, Suplemento C ao n. 171, 27 de janeiro de 1988, p. 667, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup171Canc27jan1988VolumeI-II.pdf#page=>>>.

¹⁰⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 2, Suplemento C ao n. 171, 27 de janeiro de 1988, p. 667.

institui a redação final da CF 88, podemos entender as motivações para a versão final do artigo 231 e os significados daqueles termos que buscamos compreender:

O 'caput' e o § 1º, com a, com a redação proposta, excluem as expressões 'posse imemorial' e 'localização permanente', retomando os termos do texto aprovado pela Comissão da Ordem Social. A Constituição atual, Emenda nº 1, de 1969, no art. 4º, IV, e no art. 198, utiliza as expressões 'terras ocupadas' ou 'terras habitadas' pelos índios, objetivando sempre a garantir o 'habitat' dos índios. Prefere-se, nesta emenda, o termo 'ocupados' porque a ocupação é o conceito jurídico adequado para a situação dos índios, primeiros ocupantes do território brasileiro. Ocupação é modo primário de aquisição de domínio (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987), enquanto habitação refere-se mais propriamente a residência, traduzindo, portanto, conceito mais limitado (ibidem).

A expressão 'posse imemorial' foi abandonada com a promulgação do Código Civil, em 1916. É expressão em desuso e vaga, que poderá ensejar a expulsão ou perda do direito à terra pelas comunidades indígenas, inclusive prejudicando irreversivelmente aquelas já vitimadas por processos de transferência forçada.

Por outro lado, a expressão 'localização permanente', foi rejeitada desde a Constituição de 1967, por se verificar que podia ser entendida através de concepção civilista, inadequada e inaceitável à situação das comunidades indígenas, muitas das quais praticam modo de produção extensivo, com migrações periódicas ao seu território.

O próprio Substitutivo aprovado prefere a expressão 'terras ocupadas' em seu art. 158, V; e em outros dispositivos, como o art. 206 e art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias, refere-se apenas às 'terras indígenas'.

A formulação da emenda harmoniza-se com os termos da Convenção nº 107, da OIT sobre populações indígenas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.824/66, e com as disposições da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).¹⁰⁶

Além de fazer referência a legislações anteriores, como as constituições brasileiras de 1967 e de 1969, o Código Civil brasileiro de 1916 e a Convenção nº 107, da OIT, o constituinte indica o grande problema trazidos pelo uso do termo "posse imemorial": a exclusão de comunidades vítimas de expulsões e remoções. Ainda, diferencia "ocupação" e "habitação", salientando que o primeiro termo deve ser utilizado, por ser mais abrangente e acolher também o habitat indígena e as populações que migram dentro de seu território, o que é reforçado pelo uso do termo "tradicionalmente", indicando o modo de ocupação, e não um aspecto temporal.

Assim, no último momento, depois de sofrer uma forte derrota na Comissão de Sistematização, o movimento indígena logra reverter esta derrota em Plenário e temos a versão que de fato foi promulgada, sem referência à posse imemorial, à localização permanente ou à perda de direitos dos indígenas considerados aculturados.

¹⁰⁶ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Projeto de Constituição, Emendas oferecidas em Plenário, vol. I, janeiro de 1988, p. 108, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-254.pdf>>.

O caráter permanente não diz mais respeito à localização, mas à ocupação conforme seus usos, costumes e tradições, e à sua posse futura. Neste mesmo sentido, o inciso XI, do artigo 20 da CF 88 se modifica. Primeiramente, encontramos que: "Incluem-se entre os bens da União: [...] IX - as terras ocupadas permanentemente pelos índios". Já na redação final: "São bens da União: [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"¹⁰⁷. Com a versão final da CF 88 o ponto central para caracterização dos direitos originários se torna a ocupação tradicional, conforme a tradição dos indígenas, não a ocupação permanente de acordo com o conceito de ocupação civilista.

Assim, é com a aprovação da emenda do senador Jarbas Passarinho, antigo aliado da ditadura civil-militar, que os direitos originários dos indígenas às suas terras são reconhecidos pela CF 88. Acreditamos que este possa ser um forte exemplo do momento pelo qual o país passava durante a Constituinte, e da maneira como a sociedade e os poderosos estavam inclinados para um pensamento progressista, tornando a Constituição Cidadã uma forte garantia de direitos.

¹⁰⁷ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Quadro Comparativo entre o texto aprovado em 1 turno, o texto renumerado e revisado, e a redação para 2 turno, organizado pelo Relator, Constituinte BERNARDO CABRAL, julho de 1988, p. 31-32, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-298.pdf>>.

4 CONCLUSÃO

Em uma série de entrevistas¹⁰⁸¹⁰⁹¹¹⁰ realizadas pelo Instituto Socioambiental entre 2016 e 2017, diversos Constituintes foram questionados acerca da possível intenção dos Constituintes em estabelecer um limite temporal à vigência dos direitos territoriais dos índios. Membros da Subcomissão analisada no presente trabalho (José Carlos Sabóia, Sarney Filho, e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), além de outros Constituintes (o também ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, Lídice da Mata, Fabio Fledmann, Luís Carlos Sigmaringa Seixas) e da política Marina Silva se posicionaram afirmando que a tese do Marco Temporal não havia sido vitoriosa na Constituinte. Além de diversas falas destacando a importância da atuação dos indígenas na Constituinte, notamos leituras como as feitas por Seixas, apontando a relação entre os debates e embates constituintes e a validade ou não de uma aferição temporal para demarcação de Terras Indígenas:

Para os que pensavam em termos de integração, inclusão, assimilação, esta ideia [estabelecimento de um limite temporal à vigência dos direitos territoriais dos índios] era compatível, ou seja, a partir de sua integração não haveria mais necessidade de uma legislação protetora específica. Mas o pensamento majoritário aderiu à ideia de uma espécie de soberania indígena, de integração, sem necessariamente assimilação. Nestes termos, não fazia sentido se pensar em prazos, mas, sim, em princípios.¹¹¹

Como afirmamos no começo desta monografia, acreditamos que uma Constituição não se dá em um vazio, mas que é fruto de vontades de determinados grupos em um determinado período. Neste trabalho, assim como na série de entrevistas citadas, buscamos compreender se a tese do Marco Temporal Indígena é compatível com estas forças manifestas na Constituinte de 1987-8.

A tese do Fato Indígena afirma que o verbo "ocupam", do artigo 231 da CF 88, diz respeito à ocupação física dos indígenas no exato momento da promulgação da Carta

¹⁰⁸ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. FHC, Lula e Marina defendem a continuidade da demarcação de Terras Indígenas, 2016. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/fhc-lula-e-marina-defendem-a-continuidade-da-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

¹⁰⁹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Constituintes de 1988 reafirmam caráter permanente dos direitos indígenas, 2017. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/constituintes-de-1988-reafirmam-carater-permanente-dos-direitos-indigenas>>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

¹¹⁰ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Direito à terra e meio ambiente ameaçados: democracia em risco, 2017. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/en/node/5487>>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

¹¹¹ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Constituintes de 1988 reafirmam caráter permanente dos direitos indígenas, 2017.

Constitucional. A permanência a ser verificado seria a permanência física, espacial, naquele local que se reivindica terra indígena, exatamente no dia 5 de outubro de 1988.

Depois de analisarmos o histórico da legislação indigenista, do movimento indígena e da sua atuação na Constituinte e os debates e disputas ocorridos nessa, acreditamos que esses não sejam compatíveis com a tese do Marco Temporal Indígena.

A CF 88 busca a garantia e a ampliação de direitos aos cidadãos, de modo a acabar com aquele ambiente autoritário advindo da ditadura civil-militar. A tese do Fato Indígena desrespeita princípios como o do não-retrocesso em direitos sociais, ou seja, o impedimento de que direitos humanos já garantidos sejam perdidos,¹¹² no caso aqueles direitos originários já garantidos constitucionalmente desde 1934. A tese do Marco Temporal Indígena reduziria direitos dos indígenas, ao invés de ampliá-los, o oposto do almejado pela CF 88.

Buscando nos debates constituintes o significado dos termos "ocupam", "terras tradicionalmente ocupadas" e "habitadas em caráter permanente", do artigo 231 da CF 88, também podemos notar aspectos importantes para nossa conclusão. A ocupação referida não é qualquer ocupação. É a ocupação tradicional, ou seja, a ocupação segundo o modo de ocupação indígena. Não é a ocupação física, fundiária ou espacial segundo a cultura dos não indígenas.

Nos debates da Subcomissão nos foi possível compreender um pouco deste modo de ocupação: "O que dá sentido de vida ao povo indígena é o sentido sagrado de ocupar o seu território, o lugar onde Deus colocou o povo indígena, o lugar onde a sua memória está vinculada e se alimenta, permanentemente", como apontou a já referida fala do líder indígena Ailton Krenak. Nesta mesma intervenção, podemos perceber o significado do "caráter permanente". Também podemos entendê-lo se notarmos que a "habitação em caráter permanente", do § 1º do artigo 231, ocorre segundo os "usos, costumes e tradições" dos povos indígenas, não segundo o conceito de posse civilista, segundo uma ocupação fundiária ou espacial. Assim, a jurista Deborah Duprat conclui:

[...] a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é

¹¹² SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 58, abr.-jun. 2010.

permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.¹¹³

Assim, notamos que, embora os Ministros Britto, Direito, Mendes e Mello, entre outros, diferenciem a posse indígena da posse do Direito Civil ao analisarem o significado do verbo "ocupam", ligando-o ao modo tradicional indígena, não fazem o mesmo ao interpretarem a "habitação em caráter permanente". Interpretam de maneiras diferentes elementos de um mesmo artigo.

Ainda, analisando o histórico da legislação indigenista e os debates trazidos pelo movimento indígena, que são presentes na Constituinte, notamos que aquelas velhas ideias de aculturação, do mito da formação pacífica do povo brasileiro com as três "raças" e principalmente do evolucionismo são totalmente ultrapassadas. Os indígenas atuais não são remanescentes do bom selvagem do passado que formou a nação brasileira, e não estão fadados a serem aculturados e assim evoluir, deixando de ser indígenas. Eles são remanescentes de populações dizimadas em um longo processo de genocídio e etnocídio, estimulado por uma narrativa desprovida de qualquer cientificidade, que colocava os brancos europeus e seus modos de viver como futuro, como progresso, como superiores. Já há muito se entende que estas ideias são racistas e que os indígenas devem ter garantidos seus direitos a permanecerem indígenas. E assim aponta Carlos Marés:

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem direito de ser índio.¹¹⁴

Novamente afirmamos: para que este direito de ser indígena seja possível, há necessidade do reconhecimento de seus direitos originários às suas terras.

Assim, notamos que a CF 88 reconhece aos indígenas seus direitos originários. Ela não cria, não estabelece, não institui estes direitos. Eles são originários, ligados à posse congênita, natural. Têm uma origem ligada ao Instituto do Indigenato, aquele estudado por Mendes Junior, e são muito anteriores à CF 88, meramente reconhecidos por esta. Acreditamos que a finalidade do artigo 231 seja a proteção destes direitos originários dos

¹¹³ DUPRAT, Deborah. Terras indígenas e o judiciário. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2006, p. 7.

¹¹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. 1ª Ed. (ano 1998), 7ª reimpressão (ano de 2010). Curitiba: Juruá, 2010. p. 106-107.

indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles, ou seja, às terras às quais sua memória, seu povo, está vinculado permanentemente, mesmo que tenha sido expulso do local.

É possível exigir que os indígenas tenham ingressado em juízo ou se colocado belicosamente contra a ocupação de suas terras, ao analisarmos a maneira como foram historicamente considerados inferiores e incapazes de pleitear uma ação, necessitando de tutela? É razoável fazer esta exigência, presente naquela necessidade de provar-se o renitente esbulho, considerando os massacres sofridos por estas populações e a gigantesca disparidade de armas destas com relação aos que as atacavam e expulsavam de onde habitavam? Acreditamos que a resposta seja negativa para ambas as perguntas.

Finalmente, fazemos coro com o jurista José Afonso da Silva:

Diz o texto [Pet. 3.388] que 'A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988'. Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explicita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão.¹¹⁵

E acrescentamos que os debates da Constituinte tampouco autorizam essa conclusão, pois relacionam a ocupação dos indígenas ao modo tradicional e não a aspectos temporais.

A necessidade de permanência da ocupação física desde tempos imemoriais foi derrotada em Plenário. Venceu a versão próxima aos ideais expostos na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, embasada em debates trazidos pelo movimento indígena e considerando a longa história da relação dos povos indígenas com o Estado metropolitano e brasileiro. Assim, concluímos que a tese do Marco Temporal Indígena é incompatível com os debates constitucionais, e temos esperança de que seja considerada inconstitucional no seu julgamento definitivo, a ser pautado em breve pelo STF, no caso da Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ (RE 1.017.365/STF), de Santa Catarina, que teve repercussão geral reconhecida.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso. Parecer sobre o Marco Temporal de 1988, São Paulo, 2016, p. 8, disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf>.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Associação Nacional dos Procuradores da República, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, Brasília: ANPR, 2018.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Ano 1, Suplemento ao nº 53, 1 de maio de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Ano 1, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Ano 1, Suplemento ao nº 62, 20 de maio de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Ano 1, Suplemento ao nº 63, 21 de maio de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Ano 1, Suplemento ao nº 115, 05 de agosto de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **VII - Comissão da Ordem Social**. Anteprojeto da Comissão (*), junho de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Comissão de Sistematização**. Anteprojeto de Comissão, junho de 1987.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Ano 2, Suplemento C ao n. 171, 27 de janeiro de 1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição**, Emendas oferecidas em Plenário, vol. I, janeiro de 1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Quadro Comparativo entre o texto aprovado em 1 turno, o texto renumerado e revisado, e a redação para 2 turno, organizado pelo Relator, Constituinte BERNARDO CABRAL, julho de 1988.

BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. **Protagonismo indígena no Brasil**: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009). Tese (Doutorado em História), Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2011.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**, São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

DUARTE, Aimée Schneider. **Agenda oculta**: a Constituinte de 1987-88 e seus fundamentos culturais. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense, 2017.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o judiciário**. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2006.

ÍNDIO cidadão. Direção de Rodrigo Siqueira. Distrito Federal, 2014.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Cronologia**, Terra Indígena Raposa Serra do Sol, 2016.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **FHC, Lula e Marina defendem a continuidade da demarcação de Terras Indígenas**, 2016.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Constituintes de 1988 reafirmam caráter permanente dos direitos indígenas**, 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Direito à terra e meio ambiente ameaçados: democracia em risco**, 2017.

LAURIOLA, Vicenzo. **Ecologia Global contra Diversidade Cultural?** Conservação da Natureza e Povos Indígenas no Brasil. O Monte Roraima entre Parque Nacional e Terra Indígena Raposa-Serra do Sol. In.: *Ambiente & Sociedade* - Vol. V-VI, n. 2/02-1/03, Campinas, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In.: **Antropologia estrutural dois**. São Paulo, Cosac Naify, 2013.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil e seus Direitos Individuais e Políticos**. São Paulo, Hennis Irmãos, 1912.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. "**Anna pata, Anna Yan - Nossa Terra, Nossa Mãe**": a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos "índios misturados"? Situação colonial, territorialização e fluxo culturais. In.: **MANA** Vol. 4, n. 1, Rio de Janeiro, 1998.

PORTUGAL, Provisão. 01-04-1680, In: *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão*, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

REIS, Daniel Aarão. **Entrevista**: As conexões civis da ditadura brasileira. *O Globo*, 15/02/2014.

SANTOS, Maria Cristina dos; FELIPPE, Guilherme Galhegos. **Debates sobre a questão indígena**: histórias, contatos e saberes. Porto Alegre, Edipucrs, 2018.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*, n. 58, abr.-jun. 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

SILVA, José Afonso. **Parecer sobre o Marco Temporal de 1988**, São Paulo, 2016.

SILVA, José Justino de Andrade e, "**Collecção Chronologica da Legislação Portugueza - 1603-1612**", Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.

STF. ARE 803462 AGR / MS, 2014.

STF. Petição n. 3.388/RR. Relatório do Min. Carlos Ayres Britto, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1ª Ed. (ano 1998), 7ª reimpressão (ano de 2010). Curitiba: Juruá, 2010.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. "**No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é**". In: Sztutman, R. (org.). Encontros: Eduardo Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2008.