



II. A INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DA ANCESTRALIDADE

20

II. UNCONSTITUTIONALITY THROUGH ANCESTRY

Giovanna Lessa da Silva¹
Jéssica Bérghamo Miranda²
Caio Ramiro³

Recebido em:	16.07.2024
Aprovado em:	10.10.2023

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo compreender a situação territorial indígena, visando esclarecer os momentos históricos que levaram a atual realidade em que se encontram, sendo que as lutas por terem reconhecidos seus direitos vem desde a chegada do colonizador no território nacional. Considerando a história e que a questão levantada ainda não encontrou uma solução viável mesmo com o decorrer das décadas e todas as batalhas já travadas, tem-se o objetivo de ao menos trazê-la à luz para o debate. Este artigo se concretizou a partir de uma pesquisa bibliográfica focada principalmente na monografia de doutorado de Samara de Carvalho, que trata a respeito da judicialização da questão territorial indígena, fazendo uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil. Visa deixar claro mesmo aos mais leigos que um direito constitucionalmente garantido não é sinônimo de um direito efetivo, bem como trazer a luz o problema, para que pessoas devidamente capacitadas possam buscar uma resposta adequada para tal, uma solução que apresente o mesmo grau de complexidade que o problema abordado, visto que inexistem respostas simples para questões difíceis.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Ancestralidade; Território.

ABSTRACT: This paper aims to understand the indigenous territorial situation, aiming to clarify the historical moments that led to the current reality in which they find themselves, given that the struggles to have their rights recognized have been going on since the arrival of the colonizers in the national territory. Considering the history and that the issue raised has not yet found a viable solution even after the passing of the decades and all the battles already fought, the objective is to at least bring it to light for the debate. This article was written based on a bibliographical research focused mainly on Samara de Carvalho's doctoral dissertation, which deals with the judicialization of the indigenous territorial issue, analyzing the

¹ Acadêmica da Faculdade Maringá. giovannalessadasilva@hotmail.com

² Acadêmica da Faculdade Maringá. jessicabergamomiranda@gmail.com

³ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor no curso de Direito da Faculdade Maringá e na especialização em Filosofia, Psicanálise e Cultura da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR-Curitiba). caioramiro@yahoo.com.br



arguments of the Supreme Federal Court and its impacts on the (de)demarcation of indigenous lands in Brazil. It aims to make it clear even to the most layman that a constitutionally guaranteed right is not synonymous with an effective right, as well as to shed light on the problem, so that duly qualified people can seek an adequate answer to it, a solution that presents the same degree of complexity as the problem addressed, since there are no simple answers to difficult questions.

KEYWORDS: Constitution; Ancestry; Territory.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico pretende examinar a importância de compreender quem realmente deve ser considerado povo originário brasileiro e “proprietários” das terras que costumamos chamar de nossas, esclarecendo a importância desse tema além do direito ou mesmo da legislação indigenista. Cabe destacar que historicamente a luta indígena ainda persiste, não tendo se encerrada com a sua inserção na legislação na Constituição de 1988; agora há que se fazer valer seus direitos.

Há que se especificar que os povos originários, devendo inclusive ser chamados de nativos, decresceram exponencialmente em decorrência da “guerra” que os persegue desde 1500 até os dias atuais. Pode-se afirmar que há mais de 500 anos os nativos brasileiros são silenciados, fator que viabiliza ao colonizador a tomada de posse das riquezas e terras nacionais. Sendo assim, o presente trabalho tem como principal referência a importante dissertação de Samara Carvalho (2020, p. 20), com tema: “A judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil”. Olhando verdadeiramente a volta nota-se que muito do que ocorria no passado, persiste até os dias de hoje sobre essa faixa da população.

Além de evidenciar o problema, pretende-se explicar que a questão levantada só veio a existir pela tola necessidade do homem de querer sempre ser “dono” de todos os bens que sua mão puder tocar; essa incapacidade de compreender que nem toda coisa precisa possuir um dono determinado e exclusivo, associada ao ego humano, ocasionou toda a polemica atual



a respeito da demarcação de terras indígenas, já que nos recusamos a devolver o que nem mesmo era nosso.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, nessa suscinta quantidade de páginas visamos apenas uma aproximação ao problema criado para os “colonizados” e como a sociedade fez desse algo negativo sua base e os efeitos gerados por essa escolha. Abordando momentos importantes de diversos acontecimentos que têm seu reflexo nas concepções adotadas na atualidade.

Em sua extensa pesquisa, Samara Carvalho (2020, p. 28) afirma que para os povos indígenas a questão referente a terra está diretamente interligada com sua ancestralidade, em suas próprias palavras a autora demonstrou, em suma, a relação dos povos originários com a ancestralidade encontrada em seus territórios, tendo como essencial tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações desses povos.

Compartilhando dessa perspectiva, Macuxi (2019, online) também dispõe a respeito da ancestralidade e os territórios indígenas e ressalta que o território é um projeto de vida para seus povos, que para eles é considerado um solo sagrado, em que estão depositados suas almas e o próprio espírito e por isso lutam tanto pelo direito a essas terras.

Assim pretende-se demonstrar como uma análise detalhada das situações pode mostrar mais em um fato do que se imagina existir. Nunca deixando de retomar as raízes históricas para compreender que vivemos hoje as consequências de condições impostas a muito tempo. Sabendo que a história é cíclica, o passado se torna um fator de extrema relevância.

Para a realização do seguinte estudo a pesquisa bibliográfica foi escolhida como método, de acordo com Oliveira (2011) se desenvolve baseada em outras pesquisas publicadas em livros, revistas de artigos acadêmicos, monografias, teses, etc. Este método foi selecionado a fim de analisar textos e publicações que separadamente debatem sobre o tema, retirando dos mesmos, informações mais relevantes para discutir ao longo do trabalho.

2. ASPECTOS HISTORICOS



2.1 A Promessa de Efetivação de Direitos Inerentes

De forma inicial, pode-se afirmar que assim como os direitos fundamentais são inerentes a democracia, o direito territorial é inerente aos indígenas, visto que sua dignidade está intimamente ligada à sua ancestralidade, que consequentemente se resguarda nos territórios que lhes foram tomados de forma tão sanguinária.

Para que se compreenda da melhor forma possível a gravidade da situação vivida pelos povos originários brasileiros, há que se fazer uma breve retomada histórica. Sabe-se que após a Segunda Guerra e a morte em massa de milhares de pessoas, os países do globo se mostraram dispostos a vislumbrar um novo paradigma Constitucional, bem como um novo viés aos direitos humanos. Todavia, se percebe que mesmo com o avanço na área de direitos humanos, ainda há imensa segregação; ficando visível o retrocesso perante a ineficácia na efetivação de direitos previstos na Constituição de 1988, existindo vários obstáculos para sua real efetivação. Levando em consideração este fato e em prol da informação, se faz necessário demonstrar o art. 231 da Constituição Federal de 1988:

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.

Parafraseando Samara Carvalho, afirma-se que por não conseguir cumprir e trazer devida efetivação do que foi garantido no artigo de lei supracitado, o próprio país acabou criando vários outros obstáculos e trazendo novas implicações nas vidas e costumes dos povos originários daqui (Carvalho, 2020).

É necessário ressaltar que os direitos dos indígenas e as questões referentes a suas demarcações territoriais estão previstos na Constituição; sendo assim, possuem a mesma importância que qualquer outro direito constitucionalmente garantido (como, por exemplo, o direito à vida e a liberdade). Entretanto, é necessário ter em mente que a vida dessa parcela da população, sua liberdade e dignidade estão intimamente relacionadas com a própria terra e o



território que lhes pertence, visto o apego religioso e simbólico no que diz respeito à sua ancestralidade.

Em outras palavras, o território indígena é essencial para a perpetuação dos seus costumes e crenças, os quais foram devidamente garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil e merece a devida proteção, tanto para a presente quanto para as futuras gerações. Para que elementos importantes da história e da legislação brasileira não se percam e nem sejam ainda mais manipulados, se faz necessária não só a representação desses povos, mas sim sua aceitação como uma cultura diferente da do colonizador.

Todavia, o que ocorre na realidade fática é que os direitos territoriais que deviam ser reconhecidos e entregues aos povos originários vão de encontro aos interesses fundiários e econômicos de particulares e grandes cooperativas, o que ocasiona a inércia do estado – vista a alta representação dos monopólios do agronegócio nas lideranças estatais, fato que aumentou a judicialização de controvérsias no que se refere a demarcação de territórios indígenas. Diante da elevada procura do judiciário para resolver a questão, o STF (Supremo Tribunal Federal) está, desde a Constituição de 1988, frequentemente retomando o tema; todavia, a Suprema Corte serviu tanto para efetivar, quanto para negar os direitos indígenas.

Para que seus direitos fossem consolidados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual compreende-se nos artigos 231 a 232, foi necessário imenso esforço do movimento indígena, que com poucos aliados, demorou para mostrar sua força; assim, devem ser considerados mais do que meras linhas escritas em um texto legislativo qualquer. Trata-se de uma luta, mais propriamente uma guerra histórica e que ainda não teve fim, e que tem como figura principal os povos indígenas que sofrem com isso a mais de cinco séculos.

2.2 A Perda dos Povos Originários com a Chegada do Colonizador

Inicia-se aqui uma breve abordagem sobre o “descobrimento” do Brasil, nos anos de 1500. Neste ponto, há muita manipulação e o que podemos chamar de uma verdadeira



“maquiagem” histórica, vez que já haviam povos nativos na região. Pero Vaz de Caminha em sua carta quando desse momento histórico, relata:

Dali **avistamos homens que andavam pela praia**, obra de sete ou oito, segundo disseram os navios pequenos, por chegarem primeiro. Então lançamos fora os batéis e esquifes, e vieram logo todos os capitães das naus a esta nau do Capitão-mor, onde falaram entre si. E o Capitão-mor mandou em terra no batel a Nicolau Coelho para ver aquele rio. E tanto que ele começou de ir para lá, acudiram pela praia homens, quando aos dois, quando aos três, de maneira que, ao chegar o batel à boca do rio, já ali havia dezoito ou vinte homens. **Eram pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas.** Nas mãos traziam arcos com suas setas. Vinham todos rijos sobre o batel; e Nicolau Coelho lhes fez sinal que pousassem os arcos. E eles os pousaram (Vaz Caminha, 2023).⁴

Ainda, no decorrer da carta, os europeus demonstraram alguns de seus próprios costumes aos nativos brasileiros, costumes estes que não os agradavam, visto que os indígenas já possuíam sua própria cultura, como pode-se ver no seguinte trecho:

Deram-lhes ali de comer: pão e peixe cozido, confeitos, fartéis, mel e figos passados. Não quiseram comer quase nada daquilo; e, se alguma coisa provaram, logo a lançaram fora. Trouxeram-lhes vinho numa taça; mal lhe puseram a boca; não gostaram nada, nem quiseram mais. [...] (Vaz Caminha, 2023).

Entretanto, mesmo que Pero Vaz de Caminha tenha descrito os povos que ele encontrou na costa brasileira, este sequer tinha noção da vasta quantidade de povos na região. Em verdade, sequer hoje se tem ideia dessa quantidade; sabe-se que tinham muitos povos e que pouco a pouco foram exterminados, em detrimento da exploração. Uma pesquisa feita pela própria FUNAI (Fundação Nacional dos Índios), afirma que houve a clara diminuição dos povos indígenas de 1500 até 1970⁵. Aqui, usa-se dessa informação para desmentir a tola história que a relação entre os colonizadores e os povos nativos da região era amigável; os números provam que muitos povos originários daqui foram extintos para que o colonizador pudesse se considerar dono de todo o território que nacional.

⁴ Disponível em: https://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf.

⁵ FUNAI. Apud Samara Carvalho, 2020, p. 16.



Ademais, houve a segregação, de tal forma que os nativos tiveram que se sujeitar a passar por diversas políticas que tinham como intuito conter esses povos, alterando-os para que coubessem dentro da comunhão nacional, com políticas chamadas de integracionistas e assimilacionistas, com o enfoque de exterminar e acabar com qualquer cultura e memória indígena. Sendo assim, nas palavras de Samara de Carvalho Santos (2020, p. 17):

[...] tem-se que os povos indígenas que resistiram ao histórico de genocídio, escravização, catequização dentre outros processos violentos e exterminadores, tiveram que se “transformar” em cidadãos integrantes da comunhão nacional, e com isso, criou-se o entendimento de que o “ser índio” era uma condição transitória.

Ante o exposto, fica um pouco mais fácil entender que a motivação do Estado Brasileiro com esse tipo de políticas, mais uma vez nos é apresentada uma maneira de dominação, para que ocorra a exploração dos territórios e o extermínio dos costumes e diversidades dos povos indígenas.

3. O DIREITO E OS POVOS ORIGINARIOS

3.1 Evolução Legislativa

Em 1973, a Lei nº 6.001 (Estatuto do Índio) sofreu uma modificação, na qual passou a definir a situação jurídica dos silvícolas⁶, esse termo estava previsto também no Código Civil de 1916, em seu Artigo 6º, parágrafo único que determinava: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à civilização do país”. Ainda, o próprio Estatuto do Índio, apesar de em seu art. 1º estabelecer como motivação a preservação da cultura, tem por objetivo a inserção harmoniosa do índio na comunhão nacional.

⁶ Silvícola: Índio. Indígena. Pessoa que vive na selva, com ou sem conhecimento da civilização. Não é incapaz penalmente, embora sua conduta possa deixar de configurar infração penal ou ausência de reprovabilidade (Brasil, Vade Mecum, 2023).



Desse modo, o art. 4º do referido diploma legal⁷ definiu os indígenas em três categorias, sendo elas: isolados, em vias de integração e integrados. Apenas aqueles que são considerados isolados ou em via de integração é que seriam tutelados pela FUNAI. Nesses moldes fica claro a questão do integracionismo do índio à comunhão nacional, de modo que isso leve ao fim de qualquer indício cultural dos povos originários brasileiros, o que, em análise, pode inclusive ser considerado uma forma de controle político.

Neste mesmo caminho, iniciaram-se o aumento das discussões no que diz respeito às questões indígenas no país, porquanto apenas eles enxergavam o real objetivo das políticas integracionistas e as questionavam verdadeiramente. Assim, os povos indígenas do Brasil se viram na necessidade de fundar o movimento indígena. Este movimento pode ser devidamente definido por Baniwa (2006, p. 58 Apud Santos), como “o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos”. Fator que ocorreu a partir de 1970, momento em que as lideranças indígenas de todo o país se juntaram e fizeram a ruptura de suas comunidades originárias para em 1980 ter o fortalecimento e alianças. A partir dessas alianças foram se formando “Assembleias”, em que vários líderes indígenas foram motivados a militância para lutar contra as desigualdades e segregações que afetavam essa parcela da população.

O principal acontecimento que fez com que os povos indígenas tivessem voz foi a Consolidação da União das Nações Indígenas (UNI), em meados de 1980, o que culminou na participação do povo nativo na Constituição Federal de 1988, de tal maneira que este diploma legal trouxe consigo políticas indigenistas. Tal situação foi possível por conta da Assembleia Nacional Constituinte em que as minorias viram a oportunidade de tentar garantir seus direitos diante da nova constituição que estava por vir. Assim, em algumas reuniões

⁷ Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.



organizadas pela UNI, em conjunto com diversos outros profissionais (dentre eles antropólogos, cientistas e líderes sindicais) deu-se o surgimento do “Programa Mínimo” que tinha como enfoque os direitos indígenas.

[...] o qual possuía 5 pontos: reconhecimento do direito à terra aos povos indígenas; a demarcação e garantia de tais terras; o uso exclusivo pelos povos indígenas das riquezas da superfície e do subsolo que se encontram nelas; a transferência de núcleos habitacionais dos pobres sem-terra, que vivem ilegalmente em terras indígenas; o reconhecimento e respeito em relação às organizações sociais e culturais dos povos indígenas” (Santos, 2020, p. 20).

Todavia, para essas metas tivessem sua eficácia reconhecida perante a Assembleia Nacional Constituinte seria necessário maior representatividade no Poder Legislativo, principalmente considerando a força da oposição, que visa como objetivo principal de exploração econômica e das áreas que deveriam ser terras indígenas. Porém, com o propósito de dar maior enfoque às questões indígenas, muitos de seus líderes se dirigiram até Brasília para intervenções diretas no plenário nacional. Como grande exemplo tem-se Ailton Krenak, que era um dos principais representantes da UNI perante a Assembleia Constituinte, e que enquanto falava pintava seu rosto com tinta preta, que tinha como ato simbólico de luto e luta.

Dessa forma, é necessário salientar a fala de Ailton Krenak, na Assembleia Constituinte, em 4 de setembro de 1987:

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 têm o dinheiro para manter 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 um povo que é inimigo dos interesses do Brasil, inimigo dos interesses da nação, e que coloca em risco qualquer desenvolvimento.⁸

⁸ Trecho retirado do discurso de Ailton Krenak na Assembleia Nacional Constituinte, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TYICwl6HAKQ&t=2s>.



Diante deste discurso foi politicamente impossível não acrescentar na Constituição Federal um capítulo destinado especificamente para os povos indígenas. Porém, após vigorar a Constituição, o movimento indigenista ganhou um novo papel, em que seu principal enfoque é a efetivação de seus direitos conquistados. Apesar das tentativas a UNI não conseguiu se manter forte suficiente para representar todos os povos indígenas do país, visto tratar-se de diferentes culturas e etnias, sendo assim, posteriormente criou-se uma nova instituição, o Conselho Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB); porém não perdurou após os anos 2000, época em que esse movimento passou por um período de autoavaliação. Após três anos, o movimento retorna em decorrência da política indigenista que estava se formando no governo de Luiz Inácio Lula da Silva e o descaso para com os povos originários. Assim, foram criadas outras instituições: o Acampamento Terra Livre (ATL), Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

3.2 Direito de Ser e a Determinação de Propriedade

Foi apenas após a publicação do texto da Constituição que as populações indígenas adquiriram novamente o direito a existir e sem ter como fim a integração que levaria a sua extinção, nas palavras de Samara Carvalho (2020, p. 24) “podemos compreender que os povos indígenas conquistaram o direito de serem quem são, e não mais como invisíveis ou titulares de direitos especiais provisórios, condicionados a uma capacidade civil relativa”.

Sendo assim, os indígenas deixaram de ser considerados um “estágio de vida” e passaram a ser considerados uma verdadeira forma de resistência, transformando o etnocídio em etnogênese, a qual passou a ser compreendida por uma construção de identidade coletiva contra uma ação de desrespeito, uma reparação história diante de anos de sofrimento e extermínio. Como salienta a autora supracitada:

[...] foi nesta região que ocorreu todo o processo de colonização que levou à extinção de muitas vidas, aldeamentos e culturas indígenas. Também em razão de pressões políticas, econômicas e religiosas e por terem sido expulsos de suas terras e discriminados em função dos seus costumes e



tradições, foram forçados a esconder e a negar suas identidades étnicas como estratégia de sobrevivência por muitos anos. (Santos. 2020 p. 25)

Para realmente fazer valer o art. 231 da Constituição Federal, a respeito da organização social, costumes e memórias, seria necessário em primeiro lugar assegurar os direitos territoriais como principal assunto, visando as populações das tribos atuais e futuras em existirem. Sendo assim, reafirmamos que não há que se falar em direitos indígenas, sem lhes garantir seu território. Posto isto, importa ratificar que a pauta territorial sempre teve inúmeras oposições, inclusive com ataques físicos por parte daqueles que tinham interesse em manter territórios que não eram seus; demonstrada assim a necessidade de garantir na própria constituição o direito à terra desses povos. Ainda mais levando em conta a história e os ancestrais presentes naquelas terras, fator religioso e cultural que não poderia ser negligenciado pelo estado brasileiro.

Todavia, a terra é entendida para a população comum como valor econômico, uma mera matéria prima que é usada unicamente para atender a produção capitalista, fatores que vão de encontro aos objetivos indígenas, pois é uma terra que não se vincula apenas a propriedade de um alguém específico, mas de todos. Sendo assim, se mostra necessário informar e definir a questão da terra para os povos originários, sempre levando em consideração a ancestralidade, que para os povos indígenas é de imensa importância, pois seus “heróis” – vivos ou mortos – estavam ali, é mais que um mero território ou um simples espaço de terra. Este ponto mostra-se fundamental para se entender a sustentabilidade e a noção dos povos indígenas que é essencial a preservação do meio ambiente para as futuras gerações e não o uso econômico e exacerbado dos territórios visando apenas a propriedade privada e o ganho imediato.

Se faz necessário demonstrar a paixão e a conexão que esses povos têm com seus territórios, como exemplo tem-se a fala de Edinho Macuxi o qual é pré-coordenador do Conselho Indígena de Roraima, “as terras indígenas são um projeto de vida para os povos



indígenas do Brasil. Os territórios indígenas são sagrados, são fonte de vida. É onde está nossa alma, nosso espírito e nossa luta, que vai ser vivida para sempre⁹”.

Nesses termos, é inegável a relação da ancestralidade e o território indígena, destarte, é necessário considerar as terras indígenas e suas memórias como forma de trazer sentido jurídico das terras indígenas. Nesse sentido, sabe-se que sobre a perspectiva constitucional, as terras indígenas se caracterizam como um bem público da União, ainda levando em conta o art. 20, inciso XI da Constituição Federal de 1988, porém desde a Constituição de 1967, em que assegurou o usufruto exclusivo dos indígenas, ainda conforme Samara Carvalho (2020, p. 28):

Vale registrar ainda as disposições da Emenda Constitucional nº 1/1969 que, apesar de não ter modificado o regime jurídico da matéria, trouxe a previsão de nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação das que se encontravam habitadas pelos “silvícolas” e ainda a vedação de qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a FUNAI.

Os bens do estado podem ser divididos em diversas partes, sendo eles o domínio público do estado e domínio privado do estado. Os primeiros tipos de bens determinam o uso, ou seja, estes não poderão sofrer prejuízo ou enquadrar qualquer tipo de negócio jurídico, como fazer parte de penhora, hipoteca, usucapião, dentre outros. Sendo assim, esses tipos de bens público de domínio público tem como característica a não onerabilidade e inalienabilidade. Enquanto os bens de domínio privado do estado são responsáveis justamente pela função patrimonial e financeira, visto que traz rentabilidade ao estado, em que a administração é o proprietário privado do bem. No que tange às terras indígenas, são consideradas bens públicos de uso especial, enquadrando-se a questão da inalienabilidade e indisponibilidade, nos termos do parágrafo quarto do art. 231 da Constituição Federal, em conjunto com o art. 99 do Código Civil; porém, na prática essas terras indígenas na realidade possuem um tratamento jurídico especial.

⁹ Audiência Pública realizada no dia 17 de outubro de 2019, na sede do Conselho Federal da OAB em Brasília. Apud Samara Carvalho, 2020, p. 28.



Assim, entende-se que a propriedade dessas terras é da União para que continuem resguardadas para a população indígena, como forma de proteção e preservação, evitando a espoliação da propriedade. Nesses termos, cabe salientar o art. 22, parágrafo único do Estatuto do Índio que dispõem que cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Ante o exposto, demonstra-se que o usufruto das terras é exclusivamente do povo indígena e que não poderá a União aliená-los, mesmo que devidamente enquadrado nos moldes das vendas dos bens públicos, podendo ser chamada de “propriedade vinculada”.

Os primeiros documentos a reconhecerem posse indígena sobre suas terras, foram a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, a qual foi editada por Rei Filipe III, o qual garantia e reconhecia os povos indígenas como donos de suas terras, assim como o Alvará de 01 de abril de 1680, que versava sobre as sesmarias, declarou que os indígenas eram os primeiros proprietários dessas terras e em conjunto com entendimento de Marquês de Pombal, em 1755, determinou que fosse feita uma reserva de terras para os indígenas do país, caso houvesse outorgas particulares, sendo essas “reservas de terras” chamadas de Indigenato. Posteriormente, houve um regresso na Constituição de 1891, pois não mais considerava essas reservas e posses aos indígenas, fator que já estava vigente desde a Lei de Terras em 1850.

Sendo assim, deve-se levar em conta o Indigenato e em decorrência disto, seria ilógico pensar que os indígenas adquiram aquilo que já lhe era primário e originário. Visto que, esses povos estavam em território brasileiro antes da existência das próprias questões de direito. Nesses ditames a supracitada autora declara:

A Constituição nada mais fez do que proclamar que os direitos já preexistiam, antes mesmo de serem proclamados no ordenamento jurídico. Com isso, podemos até considerar que a lógica dos direitos originários se assemelha com a ideia do direito natural, na medida em que tratam de um direito preexistente ao direito positivo, porque deriva da essência de algo, e com isso, entende-se que o direito à terra coexiste com o próprio ser das populações indígenas, por estar intimamente ligado com sua dignidade (Santos, 2020, p. 32).



Ainda, é necessário notar que o capítulo destinados aos índios na Constituição de 1988 veio para declarar direitos já preexistentes; assim, levando em consideração o Indigenato, reconhecendo a ancestralidade e o direito originário dos índios, mesmo considerando seus processos históricos ainda se tem dificuldade em delimitar um marco temporal. Nesses moldes, a demarcação das terras indígenas não deve ocorrer de forma a considerar apenas o espaço habitado, mas também deve-se levar em conta o espaço vital, o qual compreende-se pela reprodução física e cultural.

Por fim, diante de tantos marcos e diversas lutas vivenciadas até hoje pelos povos indígenas, entende-se que a ancestralidade é uma forma de ser compreendida como fundamento jurídico a sustentar a inconstitucionalidade de projetos de lei que consideram a demarcação de terras indígenas, podendo seus direitos e suas memórias.

4. LEGISLAÇÃO NOVA?

4.1 A (In)Constitucionalidade dos Atuais Projetos de Lei que Versam Sobre o Território Indígena

A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade é levantada analisando alguns projetos de lei que atualmente se encontram em votação, como o Projeto de Lei 490/2007, em que em sua ementa declara ser uma forma de regulamentar o artigo 231 da CF, versando sobre o território indígena e a sua devida demarcação. Todavia o texto original, proposto por Homero Pereira, com a justificativa de “aperfeiçoamento da legislação indigenista”, acaba sendo contraditório, porquanto um de seus principais argumentos é que está nas mãos apenas do executivo a questão, mais propriamente dito nas mãos da FUNAI e que essa questão deveria ser na verdade de competência do legislativo. Porém, é reconhecida como competência da FUNAI a questão pelo próprio estatuto do índio. Entretanto, o Projeto em questão afirma:

[...] vemos, no cotidiano, que as áreas reivindicadas e que, por isso, são



objeto de demarcação, envolvem interesses diversos, tanto públicos quanto privados. Isto que os atos demarcatórios implicam em sobreposições de áreas indígenas às áreas de proteção ambiental, estratégicas para a segurança nacional, como, por exemplo, as localizadas na faixa de fronteiras, de propriedades privadas destinadas à produção agropecuária e outras atividades produtivas importantes para a viabilidade econômica de Estados e Municípios.

Percebe-se, outra vez, um verdadeiro retrocesso nos direitos dos povos originários, visto que se coloca como ponto principal a questão privada, da economia e do estado para a demarcação das terras indígenas, ao invés dos reais interesses dos povos originários e a questão dos seus ancestrais, memórias e culturas, fatores que lhes são garantidos constitucionalmente. Não se trata de mera mudança de competência sobre assuntos que tangem a demarcação do território indígena, a qual seria do Congresso caso o projeto seja aprovado, mas deve-se levar em conta o objetivo e a motivação por trás dessa mudança, que parece se demonstrar mais como uma supressão dos direitos dos indígenas do que qualquer coisa em benefício desses.

A única comissão da Câmara dos Deputados que votou contra a citada proposta foi a Comissão de Direitos Humanos, sendo assim, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e enviado para votação no Senado.

Importa informar que, inicialmente, no Senado Federal o Projeto teve 13 votos para a aprovação do PL e 3 contra. Diante do trâmite do processo legislativo houve alterações no texto inicial, uma delas determinando que para a demarcação de terras seria necessário levar em conta o marco temporal. Foi aprovado inclusive na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária no dia 23/08/2023, para em seguida ser encaminhada para a avaliação da Constituição, Justiça e Cidadania.

Este projeto teve a presença na votação de Kleber Karipuna, coordenador executivo da APIB, o qual disse, em resumo, que seria uma solução muito rasa, para um problema de tamanha magnitude e criticou inclusive a celeridade apresentada no projeto de lei, chegando a citar a Convenção 169 OIT (Organização Internacional do Trabalho), a qual determinou que que as audiências designadas para pautas indígenas deveriam ter uma consulta prévia e informada dos povos indígenas.



Uma das determinações feitas pela Apib (Articulação dos povos indígenas no Brasil) foi que o Projeto de Lei deveria apenas ser devidamente votado após o julgamento no Supremo Tribunal Federal, fato que inclusive foi garantido pelo senador Rodrigo Pacheco. Ante o exposto, é necessário dizer que o marco temporal é considerado uma questão contrária aos interesses indígenas, pois estes só teriam direito a devida demarcação de suas terras se esses locais estivessem em sua posse no dia 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal). Dito isto, cabe salientar que esse projeto de lei é de tamanha importância que a decisão tomada vinculará todos os outros processos que tratem de demarcação de terras indígenas no território nacional.

Ademais, considerando ainda o processo legislativo brasileiro cabe ressaltar o chamado controle preventivo de constitucionalidade, em que se faz presente antes da promulgação de um projeto, ou seja, se não houver declaração expressa de inconstitucionalidade, todos os projetos e as futuras leis que dele decorrem são presumidamente adequados perante a Constituição. O controle em questão deve ser realizado pelos três poderes, dentre eles, vale ressaltar a questão que tange o Legislativo. O controle pelo viés Legislativo ocorre quando o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, que poderá, de forma imediata, arquivar o projeto quando tiver clara certeza da sua inconstitucionalidade e em casos de dúvida enviará para votação em plenário (Manfrenato, 2021).

Sendo assim, a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) teria a chance de declarar o Projeto de Lei em questão inconstitucional antes mesmo de ser aprovado, todavia, isso não ocorreu na prática. Por mais que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha declarado a sua rejeição da tese que permeia o marco temporal no dia 21 de setembro de 2023, o próprio ministro Luiz Fux, o qual foi o primeiro a votar a respeito da tese declarou que a Constituição – norma base no estado brasileiro – diz que as áreas referentes aos povos originários têm vinculação com a ancestralidade e a cultura desses povos (STF, 2023, online). Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal decidiu de forma contrária, aprovando a questão do marco temporal para delimitar terras indígenas, em que uma data se



mostra suficiente para determinar o que seria o “lar”¹⁰ para esses povos, contradizendo totalmente o que foi dito no STF.

Posteriormente à análise do CCJ e o próprio pronunciamento do STF a questão foi aprovada pelos senadores, com o total de 43 votos a favor e 21 contra o Marco Temporal e a demarcação das terras indígenas, devendo caminhar em seguida para aprovação ou veto presidencial. Por fim, cabe salientar a fala de Marcos Rogério (PL-RO):

Nós estamos apertados no tempo e vivendo uma situação complicada imposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isso gerou violência nas áreas de contencioso, para produtores e indígenas, inclusive. Conseguimos, através do Parlamento, reafirmar o papel desta Casa e trazer paz ao meio rural.

Outra fala importante durante as votações no Plenário foi a opinião do deputado federal Pedro Lupion, em que diz ter sido “uma vitória do povo”. Sendo assim, é necessário demonstrar a contradição da “vitória do povo”, sendo que membros deste dito “povo” são vários grupos de povos originários que estão em território brasileiro desde antes deste ser definido assim, pessoas que precisam lutar para demonstrar a importância da ancestralidade e de sua cultura, pois, não são facilmente reconhecidas e aceitas pela sociedade atual, conforme nota-se a partir dos votos da aprovação do Marco Temporal e as constantes lutas históricas enfrentadas pelos povos originários, os quais seus direitos estão reconhecidos de forma constitucional como direitos fundamentais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o capítulo que refere-se aos índios na Constituição Federal, ao contrário do que deveriam ser e do que se quer acreditar, acabam por ser meras palavras escritas em um papel, as quais não possuem eficácia alguma, afirmação essa que fica claramente comprovada diante do Projeto de Lei que se refere a demarcação das terras indígenas e delimita um marco temporal para tal. É necessário lidar com essas questões

¹⁰ “Local da pátria; terra natal.” (Dicionário Online, 2023)



considerando a ancestralidade como forma de declarar a inconstitucionalidade desses projetos que visam diminuir os direitos garantidos constitucionalmente aos povos indígenas de forma “maquiada”, e tendo sempre em mente o direito de ser quem são e ter sua cultura respeitada e resguardada.

A ancestralidade dos indígenas não se trata de noções de posse, mas de pertencimento aquela terra em que seus antepassados viveram. De fato, foram muitas lutas desde o “descobrimento” do Brasil para que os povos originários tivessem seu lugar garantido no território brasileiro, visto que estavam aqui muito antes dos colonizadores. Passaram por diversas políticas que tinham como objetivo sua integração em um novo sistema, que detinha como finalidade obscura acabar com qualquer cultura indígena.

Os povos originários lutaram e lutam até hoje para ter seus direitos reconhecidos, assim como o usufruto de seu território. As lutas foram tanto físicas quanto intelectuais, e levaram os indígenas à Assembleia Constituinte para garantirem seus direitos.

Seus ensinamentos e culturas são negligenciados desde o início do que se conhece atualmente como Brasil. Houve o que podemos considerar uma falsa esperança com a atual Constituição, pois diante das atuais situações e discussões o que se verifica é que os direitos desses povos estão sendo podados aos poucos, sendo necessário uma verdadeira política de conscientização sobre a proteção dos direitos desses povos, assim como maiores representantes indígenas no Congresso Nacional, para que se obtenha representatividade e o efetivo cumprimento do dever do estado para com os povos originários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) – Constituição da República Federativa do Brasil; Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 08 set. 2023.



BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro 1973. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 490/2007**, de 21 de março de 2007. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311>. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2903, de 2023**. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Cultura. Departamento Nacional do Livro. A Carta de Pero Vaz de Caminha. Disponível em: https://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

LAR. **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/lar/>. Acesso em: 02 out. 2023.

MANFRENATO, Henrique Rozim. **Os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-29/manfrenato-sistemas-controle-constitucionalidade-brasil>. Acesso em: 01 out. 2023.

MARCO TEMPORAL. Marco Temporal é Aprovado no Plenário do Senado Federal: texto segue para sanção presidencial. **Notícias Agrícolas**. 2023. Disponível em: <https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/questoes-indigenas/360321-marco-temporal-e-aprovado-no-plenario-do-senado-federal.html>. Acesso em: 01 out. 2023.

MIOTTO, T. Lideranças indígenas dizem não ao marco temporal e ao arrendamento em audiência pública na OAB. **Cimi**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/10/liderancas-indigenas-dizem-nao-marco-temporal-arrendamento-audiencia-publica-oab/>. Acesso em: 07 set. 2023.

NICACIO, Luís. **Ailton Krenak: Discurso na Assembleia Constituinte**. YouTube. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TYICwl6HAKQ>. Acesso em: 11 ago. 2023.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia Científica: um manual para realização de pesquisas em administração**. Universidade Federal de Goiás, Catalão, 2011.

SANTOS. Samara Carvalho. **A Judicialização da Questão Territorial Indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de**



terras indígenas no Brasil. 2020. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2020.

39

SILVICOLA. **Dicionário Vade Mecum Brasil**. Disponível em:
https://vademecumbrasil.com.br/palavra/silvicola#google_vignette. Acesso em: 30 set. 2023.

STF. Brasil. Plenário. **STF derruba tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>. Acesso em: 30 set. 2023.

SPEZIA, Adi. Luta continua: PL 2903 é aprovado na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado. 2023. **Conselho Indigenista Missionário**. Disponível em:
<https://cimi.org.br/2023/08/luta-continua-pl-2903-e-aprovado-na-comissao-de-agricultura-e-reforma-agraria-do-senado/>. Acesso em: 01 out. 2023.