

DIREITO INDÍGENA, TERRITORIALIDADES E A TESE DO MARCO TEMPORAL: PERSPECTIVAS BRASILEIRAS

Vanessa Aparecida Campagna Acordi¹

Marlei Angela Ribeiro dos Santos²

RESUMO: O direito dos indígenas à terra está garantido na Constituição Federal de 1988, porém, sempre foi alvo de contestação, e nesse contexto adentra a tese do Marco Temporal. A tese do marco temporal estabelece que as populações indígenas só podem reivindicar terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Nessa assertiva, o tema gera debates e reflexões nos mais variados campos do conhecimento, aja visto que os Povos Indígenas ficaram alijados do direito a participação cidadão por séculos no Brasil. As denominadas “Terras Indígenas” (TIs), as quais se refere o artigo 231 da Constituição, dizem respeito àquelas que são ocupadas por esses povos desde antes mesmo da configuração do estado brasileiro. Assim, são igualmente reconhecidos sua ancestralidade, cosmologia de saberes, [cultura](#) e seus valores. Nesse contexto, o trabalho busca analisar a tese do marco temporal em vistas a Terra Indígena Ibirama La Klãnõ, sobre a qual o povo Xokleng aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal, decisão esta que poderá solucionar tantas outras demarcações. Utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo.

PALAVRAS-CHAVE: Demarcação; Povo Xokleng; Terra indígena; Tese do marco temporal.

1 INTRODUÇÃO

Conforme o Censo do IBGE (2010), aproximadamente, 897 mil indígenas habitam o território brasileiro, dos quais cerca de 517 mil vivem em terras indígenas, assim, é imprescindível que ocorra a delimitação de suas terras, bem como que sejam respeitados seus direitos, os quais estão previstos na Constituição Federal.

1 Vanessa Aparecida Campagna Acordi, graduanda no curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. E-mail: vanessacampagnaacordi@gmail.com.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC; Bolsista Prosc/Capes no curso de Doutorado; Mestra em Direitos Fundamentais. Membro da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos/UNOESC. Graduada em Direito - Faculdades de Ciências Sociais Aplicadas, CELER/FACISA. Tecnóloga em Gestão Ambiental - Universidade Norte do Paraná, UNOPAR. Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual - Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Entre os diversos povos espalhados pelo Brasil, o povo Xokleng compõe a menor população indígena em Santa Catarina, visto que este povo foi o mais afetado pela violência estrutural, devido à fome e as doenças, bem como pela violência simbólica, mais especificamente pelo etnocídio, ou seja, pela ofensa aos seus costumes e crenças.

Ainda, segundo o Censo do IBGE (2010), 2.169 pessoas se declaravam Xokleng em Santa Catarina, as quais estão divididas em duas terras indígenas, a Ibirama La klãno e a Rio dos Pardos. Atualmente, a primeira é alvo de processo judicial, e a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal será de repercussão geral, ou seja, definirá o futuro dessa e de outras demarcações de terras indígenas no Brasil.

Hoje, a ação encontra-se suspensa, e uma das teses apresentadas é a tese do marco temporal, a qual estabelece que os povos indígenas só podem reivindicar terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Ou seja, dessa maneira, o território reivindicado é de propriedade permanente dos indígenas, garantindo que usufruam, de maneira exclusiva, de seus bens. E é exatamente disso que se trata a tese de oposição: a tese do Indigenato.

Assim, o presente trabalho traça a trajetória sociocultural-jurídica dos povos indígenas, trazendo também, de forma breve, alguns tópicos da legislação pertinente. Ainda, aborda a territorialidade e o conceito de terra indígena, bem como a importância de se delimitar legalmente tais terras.

Além disso, discorre sobre o Projeto de Lei nº 490 e sua relação com a Ação de Reintegração de Posse envolvendo o Estado de Santa Catarina e o povo Xokleng. Outrossim, apresenta o povo Xokleng, em números, localização, cultura e fatos vivenciados ao longo dos anos.

Portanto, objetiva-se demonstrar a importância da delimitação de terras indígenas de acordo com o que prevê a Constituição Federal, em especial a Terra Ibirama La Klãnõ, expondo argumentos relacionados à tese do marco temporal, à territorialidade e ao direito que o indígena possui sobre suas terras. Utiliza-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo.

2 TRAJETÓRIA SOCIOCULTURAL-JURÍDICA DOS POVOS INDÍGENAS

No cenário atual, pode-se reconhecer que a maioria das terras indígenas foram demarcadas ou estão em processo de demarcação, porém, passaram-se aproximadamente 500 anos de desenvolvimento, período em que devido a interesses relacionados ao território brasileiro, estas terras tiveram sua importância por vezes questionada (MARCHINI, 2011, p. 6).

Sabe-se que desde o período da colonização até os dias atuais, muitas foram as leis e constituições que abordaram a questão indígena, até que tivéssemos a Constituição Federal de 1988. Segundo Marchini (2011, p. 17), a primeira constituição

brasileira, a Constituição de 1824, não tratava juridicamente sobre os indígenas e seus bens, portanto, as terras eram distribuídas por sesmarias, ou seja, pelo rei Dom Fernando I, mas, com a suspensão dessa forma de distribuição, restou uma lacuna legislativa sobre o assunto, fazendo com que a distribuição fosse feita segundo os costumes, tornando-se prejudicial aos povos indígenas, visto que não havia nenhuma lei que positivasse o direito dos índios, todos poderiam se apossar de qualquer terra, inclusive as indígenas.

Após o período em que a Coroa portuguesa entregava o poder de exploração de terras aos sesmeiros, objetivando a produção, a Lei de Terras de 1850 caracterizou-se como aquela que batizou o latifúndio, visto que somente quem comprasse a terra teria acesso a ela. Durante este período, a grilagem tomou grandes proporções, devido a falsificação de documentos que comprovavam a posse de terras (SILVA, 2018, p. 483).

Nesse sentido, somente com a Lei de Terras de 1850 o Estado passou a ser dono das terras destinadas aos povos nativos, a referida lei abordava que deveriam ser reservadas terras devolutas aos índios, sendo estas terras, as públicas que não tivessem outra destinação, porém, esta lei tratava apenas da proteção de terras reservadas aos indígenas, e não das originalmente ocupadas por eles (MARCHINI, 2011, p. 20).

Ainda, Silva (2018, p. 484) discorre que, do início da colonização até a Lei de Terras, houve destruição expressiva das populações nativas, bem como obrigou-se a migração destes povos, e que a referida lei foi a responsável pela institucionalização das formas de expropriação. Outrossim, aqueles que resistiram e chegaram aos sertões e lugares remotos do país, permanecem ameaçados pela exploração, visto que os casos frequentes de expulsão de indígenas fazem com que eles integrem o grupo de pessoas que trabalham em situações degradantes, seja nos campos, bem como nas pequenas ou grandes cidades.

Mais tarde, no início do século XX, Dom João VI declarou guerra aos índios, apenas teriam proteção aqueles que não fossem considerados “selvagens”, ou seja, os pacíficos e submissos (MARCHINI, 2011, p. 29). Também, de acordo com Silva (2018, p. 487), a Constituição de 1891 não tratava a questão das terras indígena de forma eficaz, mas somente mencionava a possibilidade de reconhecer terras que já tivessem sido reconhecidas pela Coroa Portuguesa, assim, os índios ainda eram vistos como empecilho para o progresso do país.

Outrossim, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre os direitos dos índios, buscando oferecer lotes de terras para que os indígenas fossem civilizados, por meio desta constituição protegeu-se a posse indígena, mesmo em terras devolutas. Ressalta-se que a proteção citada não se estendia a todas as terras que os indígenas ocupavam para viver de forma original, com seus costumes, mas apenas as terras que necessitavam para sobreviver, visto que não existia respeito pelo modo de vida tradicional dos povos nativos, pois a sociedade acreditava que estes povos passariam por uma transição, adquirindo um novo estilo de vida (MARCHINI, 2011, p. 48-50).

Segundo Silva (2018, p. 488), durante o século XX houve aumento na atuação do Estado e dos órgãos de proteção, mesmo que por vezes contraditórios, realizou-

-se procedimentos de mapeamento que deram visibilidade ao indígena no território brasileiro, mesmo que limitadamente, foi possível dimensionar a realidade dos povos.

Nesse sentido, em 1967 criou-se a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que substituiu o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), também foi criado o Estatuto do Índio, aprovado em 1973, sendo a Lei Federal nº 6.001, objetivando aculturar os índios. Outrossim, este estatuto determinou que as terras ocupadas por indígenas seriam protegidas, mesmo as que não tivessem sido demarcadas até então, bem como previu que o Estado poderia remover a população indígena de suas terras em casos de defesa da segurança nacional, construção de obras públicas, exploração de riquezas, e afins. Dessa forma, dispondo do poder de remover os nativos das terras originárias, o Estado iniciou a construção de estradas pelo território brasileiro, o que ocasionou problemas para a população nativa, além do deslocamento, sofreram a perda de recursos naturais e exposição a novas doenças, como consequência, muitos destes povos deixaram de praticar seus costumes (MARCHINI, 2011, p. 56-62).

Mais a diante, com o fim da ditadura e com Constituição de 1988, positivaram-se mudanças na forma de agir do governo, possibilitando alterações nas normas constitucionais relacionadas aos indígenas, principalmente, no que diz respeito as terras ocupadas por estes, as quais passam a ser consideradas bens da união, inalienáveis e com usufruto reservado ao indígena, reconhecendo seus costumes e modo de vida (MARCHINI, 2011, p. 66-67).

A respeito das leis atuais, Silva (2018, p. 496) dispõe que resultam de muita luta, dos indígenas e dos órgãos que os defendem. Ainda, afirma que os povos originários possuem seus direitos ameaçados, devido aos interesses capitalistas de exploração dos recursos naturais.

2.1 BREVE ESCORÇO DA LEGISLAÇÃO INDÍGENA

A partir do processo colonizador até a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948, é possível observar que o disposto sobre direitos humanos se construiu com a influência do liberalismo, socialismo, entre outras correntes (ACÇOLINI, 2010, p. 95).

Buscando que os povos indígenas deixassem de ser discriminados, e que pudessem viver de acordo com a sua cultura, bem como reconhecendo a urgência de respeitar os direitos provenientes de suas estruturas políticas, econômicas, sociais e religiosas, é que se criou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, possuindo 46 artigos. Nesse sentido, seu artigo 1º dispõe que os indígenas possuem o direito de desfrutar de todos os direitos humanos, e que estes direitos e liberdades são oriundos da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do direito internacional dos direitos humanos.

Segundo a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008), os principais direitos trazidos foram: fruir, de forma individual ou coletiva, os direitos humanos e as liberdades fundamentais, direito à igualdade e a não ser

discriminado, direito à autodeterminação, direito a uma nacionalidade, direito a não sofrer assimilação ou integração forçada, direito à terra ou territórios, de forma individual ou coletiva, e de não ser molestado, direito de preservação e propagação às gerações futuras de sua cultura, acesso aos direitos trabalhistas nacionais e internacionais, direito na participação de decisões que afetem seus direitos, direito de interação transfronteiriça, quando suas comunidades ultrapassarem as fronteiras nacionais e direito à atuação do Estado na garantia dos direitos ali previstos.

Outrossim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também exerce um papel importante na defesa dos direitos dos indígenas, e segundo o artigo 1º de seu Estatuto, trata-se de uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, de acordo com o disposto no artigo 105, “i” da CF/88, quando a referida Corte profere uma sentença, esta não necessita ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois a sentença é baseada em normas que mesmo sendo internacionais, foram acrescentadas ao ordenamento brasileiro, ou seja, a norma já foi recepcionada (CEIA, 2013, p. 135).

Visto isso, torna-se imprescindível a análise do texto constitucional referente aos povos nativos, o que é o caso do capítulo VIII - Dos índios, parte do Título VIII - Da ordem social, da Constituição brasileira de 1988, o qual dispõe os povos indígenas do Brasil possuem o direito à terra positivado, mais especificamente no artigo 231, §1º, da CF 88, o qual expõe o seguinte:

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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Porém, mesmo tendo esse direito disposto expressamente, ainda se mostra conturbada a garantia do direito à terra, pois na prática, entendimentos variados dificultam a demarcação das terras indígenas. Em 2009, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, alegou-se em acordão, que a Constituição Federal estipulou data certa, e seria dia 5 de outubro de 1988 a referência para a ocupação de um território.

A respeito do julgado supramencionado, Nóbrega (2011, p. 22) discorre que:

A decisão, embora tivesse reconhecido a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, culminou com a edição de 19 (dezenove) condicionantes ao exercício dos direitos indígenas reconhecidos na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, observado o artigo 231 da Constituição Federal, nota-se que referido artigo em nenhum momento cita datas para determinar a demarcação das terras indígenas, nem mesmo em seu §1º, o qual discorre sobre o direito à terra. Assim, diante de interpretações, por vezes vagas, nota-se que analisada somente a data da promulgação da Constituição, não se consideram outros fatores importantes. Ressalta-se que a demarcação é um ato formal de grande importância para a oficialização dos direitos indígenas, nesse sentido, Lauriola (2003, p. 166) discorre que:

O Ministério da Justiça, através da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), é responsável pelo reconhecimento de direitos territoriais indígenas, assim como pelo processo de demarcação das áreas. Porém, o processo demarcatório só é pleno e definitivo através de um ato formal final, o decreto de homologação, a ser assinado pelo Presidente da República.

Ademais, o índio não é um resquício do passado que deixará de existir, ele é parte da sociedade em que vivemos, e possui sua forma de organização. Mesmo que para os índios não exista cercados em suas terras, cada grupo tem seus limites, respeitando as áreas dos outros, e seu espaço vem se tornando pequeno frente ao aumento da população indígena (LAURIOLA, 2003, p. 183).

Outrossim, segundo Nóbrega (2011, p. 50), para os povos indígenas a terra não tem apenas um valor econômico, mas sim um valor espiritual e fortemente ligado com a vida, no que diz respeito aos rios, árvores, animais, frutos, e todos os seres vivos inseridos nela.

Dessa forma, estipular uma data (marco) como requisito para delimitar as terras indígenas, ignora muitos outros aspectos e deixa de fazer considerações altamente relevantes, como, por exemplo, o fato de que os direitos indígenas, durante muitos anos, não possuíam espaço na área dos Direitos Humanos. Nesse sentido, Nóbrega (2011, p. 60) discorre que até o final do século XX, as normas garantiam muito mais o direito de os europeus invadirem os territórios do que asseguravam os direitos aos povos que sofriam com a colonização violenta.

Além disso, só em meados de 1960, iniciou-se o reconhecimento dos direitos aos povos indígenas. Um dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos que previu expressamente os direitos de minorias foi o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Entretanto, infelizmente não foi o suficiente para que os direitos do povo indígena fossem levados a sério. Assim, em 1989, foi aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Convenção nº 169, que assegurou direitos aos povos indígenas e tribais brasileiros pela Constituição Federal de 1988 (NÓBREGA, 2011, p. 60 - 61).

A Convenção da OIT nº 169,³ de 07/06/89, do artigo 13 ao 15, dispõe que os governos deverão respeitar a ligação espiritual que os povos indígenas possuem com as

3 Convenção da OIT, nº 169. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

terras que ocupam, bem como reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre estas terras, devendo instituir procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. Também, deverão ser respeitados os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras, sendo estes protegidos, incluindo a participação dos povos na utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

Neste cenário, pode-se notar que os direitos dos índios ganhavam maior notoriedade, momento em que passaram a integrar as discussões jurídicas, sociais e políticas. Para Nóbrega (2011, p. 63) a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007, ampliou internacionalmente o reconhecimento dos direitos dos índios. Mesmo que a referida declaração não possua a força de uma convenção, a qual se fixa na legislação de cada país membro, representa um avanço mundial na defesa dos direitos indígenas, reconhecendo que estão inseridos nos direitos humanos, ampliando as disposições sobre direito à livre determinação e ao território.

Ademais, a inserção do indígena nas questões sociais está densamente ligada a democracia, pois a partir do momento em que o nativo possui seu espaço de fala e protagonismo, é possível visualizar um processo de inclusão, mesmo que paliativa.

Nesse sentido, Bim (2014, p. 207), utilizando como exemplo o artigo 1º, II e V da Constituição Federal de 1988, discorre que o Brasil possui sua democracia fundada na cidadania e no pluralismo, e que a democracia não deixa de ouvir determinado grupo ou povo. Assim, entende-se o “pluralismo” como a existência de diferentes povos, opiniões e culturas.

De acordo com Verdum (2009, p. 96-97) ainda não se vislumbra condição multicultural e pluriétnica da sociedade brasileira, visto que para isso são necessárias a participação e a representação política dos povos indígenas no âmbito do poder legislativo do Estado, bem como o reconhecimento dos seus territórios, não somente com a demarcação de terras, mas sim oferecendo a autonomia, podendo o povo exercer sua forma de governar, porém isso não está presente na Constituição.

Outrossim, a Convenção OIT nº 169, em seu artigo 6º 1, “a”, “b” e “c”, 2, dispõe sobre o dever que os governos possuem de consultar os povos interessados todas as vezes que medidas legislativas ou administrativas possam lhes afetar de forma direta, estabelecendo meios de participação destes povos. Além disso, havendo a participação, deverá existir a boa-fé nas consultas realizadas, objetivando-se o consentimento por meio de acordo. O procedimento da consulta está previsto no artigo 15, 2 da referida Convenção, esclarecendo que durante a oitiva será determinado se existe ou não prejuízos, e quais suas proporções, caso ocorra exploração de recursos em área onde habitem os indígenas.

No ano de 2002, com o Decreto Legislativo nº 143⁴ o Brasil ratificou a Convenção nº 169 da OIT, e a promulgou por meio do Decreto Presidencial nº 5.051/2004, hoje consolidado pelo Decreto Legislativo nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.⁵

4 Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 5 jun. 2022.

5 Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 5 jun. 2022.

Porém, percebe-se que mesmo tendo sido ratificada e promulgada a Convenção, nenhum dos governos que a sucederam, realizou mudanças consideráveis nas práticas e estruturas político-administrativas do Estado, principalmente para a construção de um Estado verdadeiramente plurinacional (VERDUM, 2009, p. 94).

3 TERRITORIALIDADE E CONCEITO DE TERRA INDÍGENA

Mostra-se totalmente adequada a indagação quanto ao uso da tese do marco temporal na demarcação de terras indígenas, visto que o tema tem se mostrado alvo de opiniões distintas e de necessidade social.

Para a FUNAI, as aldeias são unidades sociopolíticas dentro de uma terra indígena, além disso, não é correto considerar que uma equivale a outra, sendo aldeia e terra indígena conceitos diferentes. Ademais, não são criadas terras indígenas, elas apenas são reconhecidas pela União, exceto quando forem criadas reservas indígenas. Assim, este reconhecimento é um ato de grande importância, visto que por meio deste ato, os indígenas exercem a posse total de suas terras, o que facilita a prestação de serviços públicos aos mesmos (CAVALCANTE, 2016, p. 6-7 e 10).

Entre os fatores não observados ao se analisar somente a data da promulgação da Constituição Federal para delimitar as terras indígenas, destaca-se a colonização, momento em que os costumes, cultura e direitos da população indígena não foram respeitados, nem mesmo sua religião, visto que estes foram obrigados a evangelizar a população mais selvagem e oferecer mão de obra em troca de mínimos direitos (MIQUELINO, 2018 p. 2.).

No Brasil, segundo o §1º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, as terras indígenas são as tradicionalmente ocupadas pelos mesmos e 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ademais, o §2º do referido artigo deixa explícito que tais terras destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Segundo Cavalcante (2016, p. 5) a Constituição Federal de 1988 deu um novo entendimento ao ampliar o conceito de terras habitadas pelos indígenas, para terras que sejam imprescindíveis para a reprodução física, cultural e social destes povos.

Nesse sentido, Cupsinski et al. (2017, p. 4) discorre que além de prever que a União deve proteger, fiscalizar e garantir o respeito aos bens, cultura, crenças e tradições dos povos originários, a Constituição estabelece que o Estado deve reconhecer os direitos indígenas, principalmente por meio da demarcação de suas terras, a qual deve garantir a posse permanente e o usufruto particular dos benefícios que a natureza pode oferecer, sendo estes as riquezas encontradas no solo e na água, visto que tais áreas são ocupações tradicionais.

Cabe ressaltar que o índio usa a terra de forma coletiva, não a vende ou a usa como moeda de troca, e por vezes tendo laços de ancestralidade tornando-sagrada. Assim, percebemos a importância do debate acerca do marco temporal na delimitação de terras indígenas, não somente pela importância social, ambiental e política, mas também pelo fato de que interpretar o §1º do art. 231, da Constituição Federal, de forma a delimitar condições inexistentes e exigindo provas sequer conhecidas pelos índios para que possam utilizar do que é seu por direito, fere diretamente os direitos garantidos constitucionalmente aos mesmos.

O parágrafo XI do artigo 20 da Constituição, estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas são bens da união. Ou seja, prevê que o indígena não detém o título de propriedade. No mais, mesmo a norma não prevendo a titularidade da propriedade, ela protege o direito à ocupação tradicional (CUPSINSKI et al., 2017, p. 4).

3.1. COLONIALISMO, COLONIALIDADE E OS POVOS INDÍGENAS

Com a exploração existente na colonização, a cultura, a religião, as línguas e o espaço indígena foram se perdendo como consequência dos genocídios, epistemicídios e memoricídios (WENCZENOVICZ, 2019, p. 18). Se analisado este fato, entende-se que os povos indígenas possuem a necessidade de reconquistar, reocupar e principalmente o direito de retornar às suas terras, e os que nelas já estão, permanecer mediante a demarcação, ato que oficializará a garantia do referido direito.

Nesse sentido, podemos tomar como exemplo o caso da Raposa Serra do Sol, onde os nativos foram perdendo seu espaço de forma sorrateira, até que não exercessem mais autoridade sobre o local.

Conforme Nóbrega (2011, p. 76), na área da Raposa Serra do Sol particulares instauraram a criação extensiva de gado, e para obter a aprovação dos índios que ali habitavam, realizavam trocas, momento em que contactavam o Tuxaua (nome dado ao líder da aldeia de Roraima). Com o passar do tempo, o local recebeu muitos gados, e o posseiro passou a tomar decisões sobre estas terras sem a autorização do líder político indígena, cenário em que o índio passa a ser visto como invasor em suas próprias terras.

Outro aspecto a ser analisado é o fato de que as sociedades dos países latino-americanos não são totalmente nacionalizadas, visto que para isso, deveria ocorrer a descolonização nas áreas sociais, políticas e culturais entre as raças, porém, estas sociedades ainda são organizadas partindo da colonização, agindo contra a maioria dos povos, sendo estes índios, negros e mestiços, nomeada como a colonialidade do poder, exercendo este poder contra quase toda a América Latina, recaindo sobre a democracia, a cidadania, a nação e a evolução do Estado moderno (QUIJANO, 2005, p. 135).

Dessa forma, ao dificultar a garantia de direitos dos povos indígenas, reforçam-se aspectos oriundos da colonização, momento em que estes povos foram desrespeitados, anulados e explorados. É importante reconhecer que no Brasil, a colonização

ocorreu por meio da exploração e da desvalorização dos indígenas, principalmente do seu trabalho.

Nesse sentido, devido ao trabalho escravo dos povos colonizados, disseminou-se a ideia, principalmente entre os europeus, que somente os brancos teriam o direito de serem remunerados por suas atividades, tanto que atualmente ainda é possível presenciar a mesma ideia sendo disseminada, quando por exemplo, determinadas raças recebem um salário inferior aos brancos, exercendo o mesmo trabalho (QUIJANO, 2005, p. 120).

Também, atualmente são raras as etnias e culturas indígenas fiéis às suas origens, devido à aculturação, ao aldeamento e à assimilação que os nativos da América Latina passaram, perderam grande parte de sua identidade (WENCZENOVICZ, 2019, p. 24).

Assim, é possível notar que os traços da colonização ainda se mantêm presentes por meio do controle do trabalho, derivados da aceitação do trabalho não remunerado para as raças colonizadas, e da aceitação do trabalho pago para os brancos colonizadores.

Outrossim, além da colonização, existe o termo “colonialismo”. Esse entende-se como o controle que é exercido por autoridades governamentais sobre determinados territórios, os quais não o pertenciam, contra a vontade dos povos que habitam o local, os quais perdem seus bens, como por exemplo sua terra, língua e cultura, bem como direitos políticos (WENCZENOVICZ, 2019, p. 28).

Apesar de o colonialismo não ser mais uma política institucionalizada, na América Latina, por exemplo, o genocídio afetou diretamente as relações de modernidade e colonialidade, tendo significado a destruição de vidas de forma violenta, resultando na destruição de famílias e etnias inteiras, bem como de culturas. Por este motivo, até hoje as redes de poder global se fundam a partir da subordinação gerada pela devastação destas formas de vida e de conhecimento, e que atualmente atuam em nível político, subjetivo e epistemológico (DE OLIVEIRA E BOMBA, 2018, p. 67).

A respeito do colonialismo e colonialidade de poder e saber, Wenczenovicz, (2019, p. 81) discorre que:

Etnocídios, genocídios e memoricídios acompanharam a trajetória histórica dos coletivos indígenas no decorrer dos últimos séculos. Já o processo de colonialismo e colonialidade de poder e saber incidem decisivamente para o processo de subalternização e vulnerabilidade das comunidades indígenas do Sul do Brasil.

Nesse sentido, para De Oliveira e Bomba (2018, p. 68) a colonialidade do poder também envolve a colonialidade do saber, como ocorre no caso do genocídio, o qual é uma forma de extermínio de vida e de conhecimento, fazendo parte do mecanismo de criação da diferença colonial.

4 PROJETO DE LEI Nº 490 (TESE DO MARCO TEMPORAL) E SUA RELAÇÃO COM A AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE (SANTA CATARINA X POVO XOKLENG)

A tese do marco temporal estabelece que as populações indígenas só podem reivindicar terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Em 2009, ao julgar o caso Raposa Serra do Sol, território localizado em Roraima, o STF decidiu que os indígenas tinham direito à terra em disputa, pois viviam nela na data da promulgação da Constituição. A partir daí, passou-se a discutir a validade do oposto: se os indígenas também poderiam ou não reivindicar terras não ocupadas na data da promulgação.

Outrossim, a referida tese não considera alguns fatores, como por exemplo o fato de que por conta da colonização realizada de forma violenta, a maioria dos povos teve que sair de suas terras, ou seja, não estavam onde deveriam estar para que hoje reivindiquem seu espaço, bem como deixa de observar as distintas etnias existentes, conforme cita Nóbrega (2011, p. 72), vejamos:

É preciso esclarecer, no entanto, que as definições da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não foram sempre as mesmas. Elas decorreram de processos de territorialização específicos, gestados no jogo de forças entre as potências coloniais e os povos indígenas, definindo uma ocupação que ora aproximou ora compeliu as populações indígenas, através da escravidão, descimentos e aldeamentos, para dentro ou às margens do sistema produtivo colonial.

De acordo com o Movimento Survival Brasil (2021), os indígenas Xokleng da Terra Ibirama La Klãnõ, entre o século XIX e XX, foram expulsos violentamente de seu território para que os alemães pudessem se estabelecer em Santa Catarina, inclusive, o governo financiou bugreiros (grupos armados que exterminavam povos indígenas) para intensificar o roubo das terras.

Após anos de conflitos na referida região, a terra Indígena Ibirama La Klãnõ foi demarcada em 1956, porém com uma área muito inferior ao acordado com o governo, que além disso, mais tarde, permitiu a construção de uma barragem na referida área, prejudicando ainda mais o povo Xokleng. Contudo, suspendeu-se a demarcação do território nos anos 2000, devido a uma ação proposta por uma empresa madeireira e demais não-indígenas interessados na terra mencionada, os quais argumentaram que na data de 5 de outubro de 1988 (data da assinatura da Constituição Federal) o povo Xokleng ocupava somente algumas porções do território, e que por isso não teriam direito ao que excedesse o território anteriormente ocupado. Este argumento é baseado no marco temporal.

Atualmente, o território citado é objeto de processo judicial, e neste cenário, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o caso será de repercussão geral, ou seja, julgará a validade do marco temporal e definirá o futuro dessa e de outras demarcações de terras indígenas no Brasil.

Sendo assim, na data de 15 de novembro de 2021, durante o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o processo que trata da ação de reintegração de posse movida pelo governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng, referente à Terra Indígena Ibirama-Laklãnô, onde também vivem indígenas Guarani e Kaingang, em seu voto, o relator do caso, ministro Edson Fachin, manifestou-se contra a tese do marco temporal na demarcação de terras indígenas, alegou que o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 2009, teria criado precedente para casos semelhantes quando o STF entendeu que as populações indígenas tinham direito às terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988.

Fachin, argumentou no sentido de que “é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Petição nº 3.388 (caso Raposa Serra do Sol), longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, [...] com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil.”

Além disso, afirmou que a decisão não incide automaticamente às demais demarcações de terras ocupadas tradicionalmente por índios no Brasil. Segundo o ministro “somente quem pacifica os diferentes e as distintas etnias pode dizer que a solução tem que ser a mesma sempre. Quem não vê a diferença não promove a igualdade”.

Dessa forma, conforme o voto do relator do caso, “a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam, independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição) porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal. Por fim, o julgamento foi suspenso depois do pedido de vista aos autos, feito pelo ministro Alexandre de Moraes.

Nesse sentido, é possível verificar que a Constituição Federal dispõe que são terras tradicionalmente ocupadas por indígenas 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Nota-se que não existe data, apenas o termo “tradicionalmente”, o qual também pode ser interpretado como “originalmente”, portanto, visto isso, não se mostra necessária a comprovação de que os índios estavam em determinado território no dia 05 de outubro de 1988 para que este possa ser demarcado a seu favor. Ressalta-se que a ação que está em análise no Supremo Tribunal Federal afeta o futuro de 303 demarcações de terras indígenas no Brasil.

O Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365⁶ que tramita no Supremo Tribunal Federal, é um pedido de reintegração de posse, movido pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina contra a Funai e indígenas do povo Xokleng. A terra em disputa é parte do território Ibirama-Laklãnô, que foi reduzido ao longo do

6 Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

século XX. Os indígenas nunca deixaram de reivindicar a área, que foi identificada pelos estudos antropológicos da Funai e declarada pelo Ministério da Justiça como parte da sua terra tradicional (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2021).

Ainda, conforme o CIMI (2021) o julgamento do referido recurso tem grande importância, pois em decisão publicada no dia 11 de abril, o plenário do STF reconheceu por unanimidade a repercussão geral desse julgamento, ou seja, a decisão proferida neste recurso servirá para fixar uma tese que será referência a todos os casos relacionadas as terras indígenas, em todas as instâncias do judiciário. Atualmente existem muitos casos de demarcação de terras e disputas possessórias sobre terras tradicionais, os quais estão sendo judicializados.

Nesse sentido, o órgão supracitado aborda que existem duas teses principais em disputa, uma encontra-se na Constituição Federal de 1988, baseada na tese do Indigenato que garante aos indígenas “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, enquanto a outra, também encontrada na Constituição, é a tese do marco temporal, sendo a interpretação de que os povos só teriam direito à demarcação das terras que estivessem sob sua posse no dia 05 de outubro de 1988, ou que estivessem sob disputa física ou judicial.

Além disso, existem muitas medidas legislativas com o objetivo de retirar ou tornar relativo os direitos constitucionais dos povos indígenas. Ao admitir a repercussão geral, a Suprema Corte, admite também que há necessidade de definição urgente sobre esse tema.

Portanto, dependendo da decisão do recurso em questão, os conflitos existentes a nível nacional poderão ser solucionados, bem como centenas de processos judiciais seriam resolvidos, assim, as 310 terras indígenas atualmente estagnadas no processo de demarcação, e as 537 que nem sequer estão sendo discutidas deixariam de ter impedimentos (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2021).

4.1 SOBRE O POVO XOKLENG: OLHARES SÓCIO-HISTÓRICOS

No Estado de Santa Catarina, concentram-se três grupos étnicos indígenas: Guarani, Kaingang e Xokleng, sendo que o território Guarani se encontra nas terras baixas (área litorânea até a bacia do Paraná-Paraguai), e os Kaingang se encontram nas terras altas (interior do estado de São Paulo até o centro norte do Rio Grande do Sul), e, por fim, o território Xokleng, o qual abrange a região intermediária (planalto ao litoral e do Paraná ao Rio Grande do Sul (BRIGHENTI, 2012, p. 1).

Em 2010 existiam 2.169 pessoas que se declaram Xokleng em Santa Catarina, as quais se encontram em duas terras indígenas: TI Ibirama Laklâno (localizada em José Boiteux, Vitor Meireles, Dr. Pedrinho e Itaiópolis, onde vivem 2.153 pessoas) e TI Rio dos Pardos (localizada em Porto União, onde vivem 16 pessoas). Também, várias famílias estão reivindicando terras e se declarando Xokleng no estado do Rio Grande do Sul. O território histórico deste grupo se estende desde Curitiba/PR a Porto Alegre/RS (BRIGHENTI, 2012, p. 20).

Ademais, o povo Xokleng compõe a menor população indígena em Santa Catarina, visto que este povo foi o mais afetado pela violência estrutural, devido à fome e as doenças, bem como pela violência simbólica, mais especificamente pelo etnocídio, ou seja, pela ofensa aos seus costumes e crenças.

Dentre tantas ameaças sofridas pelos indígenas atualmente, é comum terem seus documentos retidos, serem impedidos de utilizar vias de comunicação, terem o transporte escolar cancelado, serem segregados devido a sua etnia, além da convivência com os discursos de ódio, inclusive nos meios de comunicação (WENCZENOVICZ, 2019, p. 79).

Ainda, pelo fato de perderem cada vez mais seu território e terem praticamente desaparecido, o povo Xokleng sofreu também com o etnocídio. De acordo com Peres (2009, p. 47) igualmente aos demais indígenas do Brasil, constituíam um povo apócrifo (que não utiliza a escrita), dessa forma transmitiam sua cultura oralmente. Assim, tornou-se cada vez mais difícil transmitir e dar continuidade a sua cultura, visto os ataques sofridos e o modo como foram desaparecendo aos poucos.

Figura 1: Localização aproximada das Terras Indígenas em Santa Catarina.



Fonte: BRIGHENTI, Clovis Antonio, 2012. Elaborado por Carina Santos de Almeida

Outrossim, de acordo com o censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em Santa Catarina a população indígena totaliza 16.041 pessoas, considerando moradores de terras indígenas (rurais), e aqueles que vivem em área urbana.

Ademais, o censo de 2010 demonstra que nos últimos anos houve aumento no número da população indígena urbana (fora das terras indígenas) a nível nacional, conforme demonstra a tabela a seguir, o número de indígenas vivendo em área urbana fora de terras indígenas é alto.

Tabela 1: População indígena, por situação de domicílio, segundo a localização do domicílio – Brasil – 2010.

Localização do domicílio	População indígena por situação do domicílio		
	Total	Urbana	Rural
Total	896 917	324 834	572 083
Terras Indígenas	517 383	25 963	491 420
Fora de Terras Indígenas	379 534	298 871	80 663

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010

Sendo assim, tornou-se comum a migração dos povos tradicionais para as áreas urbanas, devido a escassez de alimentos, o desmatamento e o avanço das cidades e do agronegócio sobre as terras indígenas, os quais mesmo buscando melhores condições de vida na cidade, vivem em condição de pobreza, enfrentando violências e vulnerabilidades. Normalmente, comercializam peças de arte e artesanato, permanecendo temporariamente em certos locais, o que favorece a vitimização desses povos, que ocupam espaços públicos para pernoitar, facilitando episódios de violência (WENCZENOVICZ, 2019, p. 77).

Segundo Brighenti (2012, p. 2), em Santa Catarina não foi diferente, sendo notório o aumento da população indígena nas cidades, bem como das famílias que vivem nas áreas rurais (que não constituem terra indígena), as quais sobrevivem de trabalhos temporários, como por exemplo a colheita da erva-mate, atividades agropastoris e a confecção de artesanatos, neste último caso, acampam-se próximo às cidades para facilitar a venda do produto.

Dessa forma, percebe-se que muito se distingue dos costumes e do modo de sobrevivência adotado pelos povos indígenas no passado. De fato, a colonização e as diversas tentativas de extermínio dos povos indígenas, fizeram com que seus hábitos assentados na ancestralidade e cosmologias fossem alteradas ou deixassem de existir.

Ademais, é possível notar que muitos retornaram ao nomadismo na tentativa de sobreviver, e, grande parte desses deslocamentos ocorre para buscar trabalho, escola aos filhos e até atendimento na área da saúde. No tocante aos trabalhos que encontram nas cidades, geralmente são temporários, informais e com pouca ou nenhuma seguridade social, já que instalam-se em acampamentos próximos aos centros, como anteriormente mencionado.

Nesse mesmo sentido, estudos demonstraram que no passado os homens do povo Xokleng se encarregavam da caça, e a coleta era realizada pelas mulheres, e por serem nômades o grupo era pequeno, porém, durante a coleta do pinhão, ambos auxiliavam, visto que esse era um de seus principais alimentos (PERES, 2009, p. 15).

Segundo o referido estudo, entende-se que a economia indígena possui objetivos relacionados a subsistência, alçada na coletividade.

Conforme Buba e De Paula (2012, p. 73) os Botocudos, como também se chamavam os Xokleng, era um povo nômade sazonal, pois durante o inverno habitavam o planalto para colher o pinhão, e durante o verão deslocavam-se ao Vale do Itajaí e em algumas faixas litorâneas.

Ainda, quando o governo imperial, após o século XIX, passou a incentivar a imigração europeia com o objetivo de aumentar a população branca, surgiram ainda mais problemas para os indígenas, pois quando os italianos e os alemães chegavam à Província de Santa Catarina, buscavam prosperar no local, sem saber que ali já existia um povo, dessa forma, o conflito não foi somente cultural, mas também bélico, principalmente na região do Vale do Itajaí, localizada dentro do território Xokleng, onde hoje se encontra Blumenau, uma das principais colônias alemãs do estado de Santa Catarina (PERES, 2009, p. 15).

Por certo, ao passo que os Xokleng tinham suas terras invadidas, ficava cada vez mais difícil manter seus costumes e seu modo de subsistência. Este povo foi o mais insistente em lutar contra às violências do governo, e como consequência foram fortemente atingidos, principalmente, por assassinatos.

Nesse sentido, Brighenti (2012, p. 23) discorre que os Xokleng representavam um povo persistente, sendo que não se subordinavam ao processo colonial, impedindo muitas vezes o domínio de certos locais, situação que motivava ainda mais o ódio dos colonizadores, visto não lograrem êxito na conquista de algumas colônias.

Sendo assim, o governo vendo o indígena como um empecilho frente ao desenvolvimento, e acreditando que o imigrante europeu colaboraria com o desenvolvimento da região no século XIX, passou a tomar medidas contra os povos indígenas, buscando afastá-los, tanto por meio da catequização, quanto pelo assassinato (BUBA e DE PAULA, 2012, p. 74).

Ainda, a respeito do custeio aos meios de eliminação dos povos indígenas por parte do governo, Brighenti (2012, p. 23-24) aborda que:

Se o governo da província do Paraná contratava grupos Kaingang para atacar os Xokleng, o governo catarinense contratava não indígenas denominados 'batedores do mato', que tinham a atribuição de afugentar os indígenas. Porém eles não se limitaram a afugentar. Em 1905, batedores do mato mataram 145 botocudos entre adultos e crianças, e como troféu de sua campanha trouxeram para a capital dez crianças, que o governador entregou ao Asilo de Órfãos São Vicente de Paula, onde logo faleceram. Posteriormente os batedores do mato foram denominados bugreiros, contratados pelo governo, por particulares e pelas empresas colonizadores, encarregados de exterminar os indígenas (...).

Assim, os 145 indígenas mortos foram apenas o início de uma série de atrocidades cometidas contra o povo Xokleng, visto que, posteriormente, os bugreiros além de serem contratados pelo governo também eram contratados pelos colonos.

Cabe salientar que o povo nativo também atacava os colonos quando se sentia ameaçado ou impedido de ocupar áreas onde até então viviam livremente. Sendo assim, criou-se a convicção de que o indígena era sinal de perigo, tal convicção acabou influenciando condutas violentas, causando um verdadeiro genocídio, até o século XX, aproximadamente 40 colonos perderam suas vidas durante os embates, porém, o número de indígenas mortos foi muito maior (SILVA, 2016, p. 29).

Além dos assassinatos, os não indígenas foram também os responsáveis por transmitirem diversas doenças aos povos nativos, nesse caso, aos Xokleng. Durante o XVI Congresso Internacional de Americanistas em Viena, no ano de 1908, o cientista Dr. Albert Fric usou como exemplo o caso Xokleng para denunciar a violência contra os indígenas no Brasil, pressionando o Brasil na adoção de medidas de proteção ao indígena, momento em que foi criado o Serviço de Proteção aos Índios – SPI. Mais tarde, em 1914, a facção Laklãno decidiu aceitar contatos amistosos com os não indígenas, e foi durante estes encontros que teve início a eliminação quase que total da população Xokleng pelas epidemias (BRIGHENTI, 2012, p. 24).

Desde então, a população indígena, não somente em Santa Catarina, mas a nível nacional, vem sofrendo as consequências do genocídio, é o que confirma o censo realizado pelo IBGE em 2010, o qual aponta que conforme as declarações fornecidas pela população brasileira, 47,7% consideraram-se brancos; 7,6%, pretos; 1,1%, amarelos; 43,1%, pardos; e somente 0,4%, ou seja, 896.917 pessoas consideraram-se indígenas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeras são as violências cometidas contra os povos indígenas na América Latina desde o século XV. Resultado esse que se visualiza em forma de epistemicídio, etnocídio, genocídio, memoricídios e outros. Razão pela qual torna-se relevante e necessário inserir esses coletivos enquanto reflexão científica e no campo do Direito.

Com o objetivo de dar maior visibilidade aos indígenas e garantir a sobrevivência de sua ancestralidade e cultura, em 2008, foi criada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e entre os direitos trazidos em seu artigo 1º, está o direito à igualdade, direito à autodeterminação, direito à terra ou territórios, direito de preservação e propagação às gerações futuras de sua cultura, direito na participação de decisões que afetem seus direitos, direito de interação transfronteiriça, quando suas comunidades ultrapassarem as fronteiras nacionais e direito à atuação do Estado na garantia dos direitos ali previstos.

Ademais, analisando o texto constitucional referente aos povos originários, nota-se que o artigo 231, §1º da CF/88 demonstra que os povos indígenas possuem o direito à terra positivado, reconhecendo aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

Ainda, o §1º do referido artigo, dispõe que se caracterizam como 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 à sua reprodução física e cultural.

Porém, mesmo estando expresso o direito a essas terras, se mostra conturbada a garantia deste direito, pois atualmente existem entendimentos variados que dificultam a demarcação das terras indígenas. A respeito disso, uma das teses apresentadas é a tese do marco temporal, a qual estabelece que os povos indígenas só podem reivindicar terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, tal tese foi acolhida no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, mas diante de interpretações, por vezes vagas, nota-se que analisada somente a data da promulgação da Constituição, não se consideram outros fatores importantes.

Outrossim, o Estado de Santa Catarina, como em grande parte dos Estados brasileiros, é repleto de atos, de narrativas e de dados que provam a diversidade cultural como fator de grande relevância na construção de sua trajetória histórica. Os povos indígenas que vivem há séculos no Brasil comumente são despercebidos, em suas culturais, saberes e protagonismos.

De acordo com o censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, dentro do território catarinense vivem aproximadamente 16.041 dos povos Guarani, Xokleng e Kaingang, diferentes nas suas culturas, iguais no respeito à terra e às cosmologias. Atualmente os Guaranis ocupam, em sua maioria, terras localizadas na região litorânea. Os Xoklengs, os únicos existentes no Brasil, vivem na Terra Indígena chamada Laklãno, localizada na região do Alto Vale do rio Itajaí. Já os Kaingangs ocupam, atualmente, quatro terras indígenas na região Oeste do Estado.

O povo Xokleng compõe a menor população indígena em Santa Catarina, no ano de 2010, conforme Censo do IBGE, 2.169 pessoas se declaravam Xokleng, e estas pessoas hoje, aguardam a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da demarcação da Terra indígena Ibirama La klãno. Assim, ao mesmo tempo que temem seu futuro e o futuro dos demais índios do Brasil, visto que a decisão será de repercussão geral, possuem a esperança de terem seus direitos garantidos na prática.

A tese do marco temporal, também está presente na ação de reintegração de posse movida pelo governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng. Em 15 de novembro de 2021, durante o julgamento desta ação, o relator, Ministro Edson Fachin, manifestou-se contra a tese do marco temporal, alegando que a mesma não pode ser aplicada de modo geral em todos os processos de demarcação de terra no Brasil, e que o julgamento do caso Raposa Serra do Sol teve como consequência a paralisação das demarcações de terra em questão, acirrando os conflitos e piorando a qualidade de vida dos indígenas no Brasil.

Além disso, segundo o ministro “somente quem pacifica os diferentes e as distintas etnias pode dizer que a solução tem que ser a mesma sempre. Quem não vê

a diferença não promove a igualdade”. Também, discorreu que não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal. Hoje, a ação encontra-se suspensa.

Portanto, dependendo da decisão do recurso em questão, os conflitos existentes a nível nacional poderão ser solucionados, bem como centenas de processos judiciais poderão ser resolvidos. Se aprovado, o Marco Temporal irá dificultar os processos de demarcação de terras ao demandar a comprovação de ocupação da etnia àquele território em período anterior à promulgação da Constituição Federal. Nos casos em que não seja possível a solicitada comprovação a terra não será, portanto, considerada de direito à parte reivindicante.

Uma única exceção à regra será os casos que se possam comprovar que havia disputas físicas ou judiciais pela terra, os então chamados “conflitos possessórios”.

REFERÊNCIAS

ACÇOLINI, Grazielle. Para relembrar... Direitos Humanos e povos indígenas. **Mediações-Revista de Ciências Sociais**, v. 15, nº 1, p. 92-107, 2010. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/6544>. Acesso em: 24 mar. 2022.

A colonização alemã no sul do Brasil e o marco temporal. **Survival**, 07 de maio de 2021. Disponível em: <https://survivalbrasil.org/ultimas-noticias/12581>. Acesso em: 26 set. 2022.

BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa nº 1 da Funai (*In*: FUNAI 01/2012). **Revista de Informação Legislativa**, p. 203-229, 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p203. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002**. Aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 10.088 de 05 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRIGHENTI, Clovis Antônio. Povos indígenas em Santa Catarina. **Etnohistória, história indígena e educação: contribuições ao debate**. Porto Alegre, p. 37-65, 2012.

BUBA, Nathan Marcos; DE PAULA, Aaron Fernando. O preço de uma “Alemanha sem passaporte”: as medidas contra os Xokleng/Laklânô no interior catarinense (1836-1912). **Revista Santa Catarina em História**, v. 10, nº 2, p. 70-82, 2016. Disponível em: <https://nexos.ufsc.br/index.php/sceh/article/view/1105>. Acesso em: 29 maio. 2022.

CAVALCANTE, T. L. V. “Terra Indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **SciELO**, São Paulo, v. 35, p. 1-22, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/XRTp9SKrKRwMV6D4MjHPMsp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 mar. 2022.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ, Rio de Janeiro**, v. 16, nº 61, p. 113-152, 2013. Disponível em: https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Corte-IDH-jurisprudencia-e-o-Brasil.pdf. Acesso em: 24. mar. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Direitos Indígenas, repercussão geral**, 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/repercussao geral/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CUPSINSKI, Adelar. et al. Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal ante a proeminência do art. 231 e 232 da constituição de 1988. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, p. 1-16, 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-6.Revisado.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022.

DE OLIVEIRA, Luciana; BOMBA, Pedro. COLONIALIDADE DA MEMÓRIA: apagamentos da luta pela terra Guarani e Kaiowá na constituição do moderno agronegócio brasileiro. **Dispositiva**, v. 7, nº 12, p. 63-88, 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/dispositiva/article/view/19233>. Acesso em: 11 jul. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Os indígenas no censo demográfico 2010**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

LAURIOLA, Vincenzo. 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. **Revista Ambiente e Sociedade**, v. 5, nº 2, p. 1-189, ago./dez. 2002 – v. 6, nº 1 – jan./jul. 2003. Disponível em:

<https://www.scielo.br/journal/asoc/about/#about>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. **A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, p. 1-123, 2012. DOI:10.11606/D.2.2012.tde-06062012-105130. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062012-105130/en.php>. Acesso em: 24 mar. 2022.

MIQUELINO, Rebeca Monteiro. A incidência da tese jurídico-política do marco temporal nos processos de reconhecimento de territórios indígenas. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 10, nº 1, p. 29-47, 2018. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/legisAugustus/article/view/417/187>. Acesso em: 08 mar. 2022.

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. **Universidade Federal do Ceará – Repositório Institucional UFC**, p. 1-312, Fortaleza, CE, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12595>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fi-leadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**. Genebra, 07 de junho de 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

PERES, Jackson Aleksandro et al. Entre as Matas de Araucárias: cultura e história xokleng em Santa Catarina (1850-1914). **Repositório Institucional UFSC**. Florianópolis, p. 1-159, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92792>. Acesso em: 16 abr. 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. **Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales**, Buenos Aires, p. 117-142, 2005. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.017. 365. **ConJur**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 07 out. 2021.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serviço social & sociedade**, p. 480-500, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/rX5FhPH8hjdLS5P3536xgxf/?format=html>. Acesso em: 06 out. 2022.

SILVA, Milene Félix da. Práticas rituais Laklãnõ/Xokleng: no” tempo do mato”. **Repositório Institucional UFSC**. Florianópolis, p. 1-106, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/179623>. Acesso em: 15 maio. 2022.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. **Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília, DF, p. 91-112, 2009. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf#page=91. Acesso em: 05 set. 2022.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. À escuta da aldeia: marcadores sociais e a memória nas comunidades indígenas no Brasil Meridional. **Editora Unoesc**, Xanxerê, SC, p. 1-88, 2019. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/miolo_a_escuta_da_aldeia.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

INDIGENOUS LAW, TERRITORIALITIES AND THE TIMEFRAME THESIS: BRAZILIAN PERSPECTIVES

ABSTRACT: The right of indigenous peoples to territory is guaranteed in the Federal Constitution of 1988, however, it has always been the target of contestation, and in this context the Temporal Framework thesis enters. The temporal framework thesis establishes that indigenous populations can only claim lands they occupied on the date of promulgation of the Constitution, on October 5, 1988. In this assertion, the theme generates debates and reflections in the most varied fields of knowledge, act since the Indigenous Peoples were excluded from the right to citizen participation for centuries in Brazil. The so-called “Indigenous territory” (TIs), to which article 231 of the Constitution refers, refer to those that have been occupied by these peoples since even before the configuration of the Brazilian state. Thus, its ancestry, cosmology of knowledge, culture and its values are also recognized. In this context, the work seeks to analyze the thesis

of the temporal framework in view of the indigenous territory Ibirama La Klãnõ, on which the Xokleng people await a decision by the Federal Supreme Court, a decision that can resolve many other demarcations. It uses the bibliographic-investigative methodological procedure.

KEY WORDS: Demarcation. Xokleng people. Indigenous territory. Time frame thesis.

DERECHO INDÍGENA, TERRITORIALIDADES Y LA TESIS DEL CRONOGRAMA: PERSPECTIVAS BRASILEÑAS

RESUMEN: Los derechos de los indígenas a la tierra está garantizado en la Constitución Federal de 1988, pero siempre ha sido objeto de contestación, y en este contexto entra la tesis del Marco Temporal. La tesis del marco temporal establece que las poblaciones indígenas sólo pueden reclamar las tierras que ocupaban en la fecha de promulgación de la Constitución, el 5 de octubre de 1988. En esta afirmación, el tema genera debates y reflexiones en los más variados campos del saber, dado que la Los Pueblos Indígenas fueron excluidos del derecho a la participación ciudadana durante siglos en Brasil. Las llamadas “Tierras Indígenas” (TIs), a las que se refiere el artículo 231 de la Constitución, se refieren a aquellas que han sido ocupadas por estos pueblos desde incluso antes de la configuración del Estado brasileño. Así, también se reconoce su ascendencia, cosmología del saber, cultura y valores. En ese contexto, el trabajo busca analizar la tesis del marco temporal con miras a la Tierra Indígena Ibirama La Klãnõ, sobre la cual el pueblo Xokleng espera una decisión del Supremo Tribunal Federal, decisión que puede resolver muchas otras demarcaciones. Utiliza el procedimiento metodológico bibliográfico-investigativo.

Palabras clave: demarcación; pueblo xokleng; tierra indígena; tesis del marco temporal