



[Artigos inéditos]

## **Direito fundamental ao território sob a perspectiva do autoritarismo líquido: a prática de *lawfare* contra os direitos indígenas e ausência de políticas de não-repetição**

*Fundamental right to territory from the perspective of liquid authoritarianism: the lawfare practices against indigenous rights and the absence of non-repetition policies*

**Flávio de Leão Bastos Pereira**<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, São Paulo, Brasil. Email: professorflaviobastos@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9955-186X>.

**Giovanna Bolletta Perez**<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: giovanna.bolletta@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7906-1820>.

**Leonardo Delatorre Leite**<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: leonardoleite1998@usp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8276-2436>.

Artigo recebido em 22/04/2024 e aceito em 12/01/2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



## Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a(s) causa(s) estrutural(is) que vêm comprometendo o direito à existência titularizados pelos povos indígenas a partir de sua desterritorialização assim concebida como fenômeno que transcende a espoliação geográfica, historicamente imposta aos autóctones do Brasil e da América Latina. A partir da constatação da utilização do Direito com o intuito de gerar a corrosão da garantia existencial à terra tradicional solidamente consagrado pelas leis nacionais e internacionais, bem como em face da ressignificação dolosa do conceito jurídico de “terra indígena”, constatamos a prática do *lawfare*, com exemplo atual a proposição do denominado marco temporal das terras indígenas em suas versões perante os Poderes Judiciário e Legislativo. Finalmente, cumpre ressaltar que os reiterados e incessantes ciclos de violações do direito fundamental à terra indígena resultam da não efetivação das políticas de não-repetição no Brasil enquanto um dos eixos da Justiça de Transição, obstáculo estrutural que inviabiliza a plenitude da cidadania indígena, no Brasil. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, através de revisão de bibliografia.

**Palavras-chave:** Demarcação; Terras indígenas; *Lawfare*.

## Abstract

This article aims to analyze the structural cause(s) that come compromising the right to existence held by the indigenous peoples from their deterritorialization, thus conceived as a phenomenon that transcends the geographical dispossession historically imposed on the indigenous peoples of Brazil and Latin America. From the verification of the use of the Law with the intention of generating the corrosion of the existential guarantee to the solidly consecrated traditional land solidly enshrined by national and international laws, as well as in the face of the willful ressignification of the legal concept of "indigenous land", we found the practice of *lawfare*, with a current example, the proposition of the so-called time frame for indigenous lands in its versions before the Judiciary and the Legislative Branch. Finally, it should be noted that the repeated and incessant cycles of violations of the fundamental right to indigenous land result from the non-implementation of non-repetition policies in Brazil as one of the axes of Transitional Justice, structural obstacle that prevents the plenitude of indigenous citizenship in Brazil. To this end, the hypothetical-deductive method was used, through a literature review.

**Keywords:** Demarcation; Indigenous lands; *Lawfare*.



## Introdução

A questão indígena em território nacional, desde o período colonial, é permeada pelas tratativas relativas à terra. Isto, pois, no que diz respeito aos povos originários, trata-se de elemento fundamental para a reprodução biológica e cultural sendo, ainda, compreendida como uma propriedade comum da comunidade que a habita.

Entretanto, são constantes as violações ao direito originário à terra autóctone. O garimpo e a extração vegetal, ambos ilegais são responsáveis por contaminar solo e água, além de contribuir inevitavelmente para o agravamento da vulnerabilidade das comunidades. Não somente, a questão demarcatória, apesar de amplamente prevista na legislação brasileira, inclusive na Constituição de 1988, permanece sendo violada nas esferas de Poder. É o caso da Lei 14.701, que estabelece a data de 05 de outubro de 1988 como marco temporal para a demarcação, dentre outras providências no que tange ao usufruto exclusivo dos povos originários e aparente conflito com o interesse nacional.

É, nesse âmbito, a necessidade de promoção de políticas voltadas à não-repetição e de justiça de transição, a fim, de coibir ações civis e governamentais as quais sejam danosas à existência dos povos originários. O presente trabalho, para tanto, perpassará a impossibilidade da existência de um marco temporal para a demarcação das terras indígenas, bem como a manipulação do sistema jurídico como instrumento de “guerra” contra os autóctones, notadamente, a prática de *lawfare*.

De tal sorte, a presente pesquisa foi elaborada através de revisão bibliográfica, utilizando artigos científicos, notícias jornalísticas, dados e relatórios, compilados e analisados de forma comparativa e descritiva.

### 1. Impossibilidade da existência de um marco temporal das terras indígenas

Apesar de tratar-se, notadamente, de um tema objeto de debate que perpassa os ciclos históricos do Brasil, desde a colonização e ocupação das terras brasileiras pelos portugueses até os dias atuais, a questão relativa à construção da cidadania indígena plena prossegue atrelada à necessidade de solução para a contenção dos avanços espoliativos da sociedade dominante e do próprio Estado sobre o elemento central à efetivação da mencionada cidadania por meio da adoção de procedimentos políticos, legislativos e administrativos



manipulados de forma distorcida (*lawfare*).

Vale afirmar, a proteção das terras indígenas tradicionais a partir de suas demarcações e homologações constitui garantia constitucional, e é consagrada pelo Direito Internacional em textos como o da Convenção 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, mas que, atualmente, vem se revelando questionável quanto a alcançar os objetivos buscados pelo sistema jurídico, uma vez que a ausência da consecução da Justiça de Transição no Brasil por meio de sua realização global (em todos os seus eixos), especialmente a inexistência de políticas de não-repetição, impede a compreensão da sociedade brasileira sobre a fundamentalidade de tais direitos, bem como favorece a reiterada ação que debilita referidas garantias.

Em que pesem as incontáveis violações dos direitos humanos fundamentais dos povos originários no país, àquelas voltadas às suas terras ancestrais são especialmente responsáveis por uma cadeia de violência e mortalidade que atingem referidos povos, não apenas sob o aspecto “físico”, mas também sob uma ótica mais ampla, isto é, geradora do desaparecimento das culturas indígenas sob os prismas espiritual, mental, econômico, social e cultural, apesar das já mencionadas normas nacionais e internacionais protetivas vigentes.

Os ciclos de violações aos quais os povos indígenas do Brasil foram e continuam a ser submetidos são praticamente ininterruptos e marcados por contextos próprios de suas épocas. Se, no início do processo de colonização do Brasil a escravização e a eliminação dos corpos foi uma das principais dinâmicas impostas às vítimas, os séculos seguintes foram marcados pela tomada de suas terras e, atualmente, os objetivos de atores anti-indígenas dizem respeito ao avanço sobre o subsolo e suas riquezas (caso dos garimpos ilegais em terras Yanomamis, por exemplo), não sem desconsiderarmos as tentativas de imposição de monoculturas nas mencionadas terras tradicionais (assim considerada a sua previsão constitucional pelo artigo 231 da Constituição de 1988). Buscando conferir efetividade e operacionalidade às determinações constitucionais, é o processo administrativo de demarcação das terras indígenas detalhado pela legislação.

Nesses termos, apesar de a questão demarcatória ser debatida já em períodos anteriores, o Decreto nº 1.775 de 1996 estabeleceu o procedimento administrativo para a demarcação das terras, garantindo-se a participação dos autóctones envolvidos em todas as etapas do processo, nos termos de suas formas organizacionais próprias. De forma



simplificada, o processo demarcatório é iniciado a partir da elaboração dos estudos de identificação e delimitação das terras sob análise pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), etapa na qual haverá a elaboração de Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena<sup>1</sup>.

Caso aprovado pelo órgão indigenista competente, o documento deverá ser publicado em Diário Oficial, com memorial descritivo e mapa da área, para que possa prosseguir-se a segunda fase: a do contraditório administrativo, a fim de que as partes interessadas manifestem-se a respeito da questão (CIMI, 2024a). Julgado o procedimento administrativo pelo Ministério da Justiça, este, caso favorável, fará a declaração dos limites da terra indígena por meio de portaria, sendo subsequente a demarcação física pela própria Funai, mediante decreto.

O órgão indigenista também será responsável pelo levantamento fundiário com a finalidade de avaliar eventuais benfeitorias implementadas na terra por não-indígenas, podendo estabelecer valores financeiros como indenização na hipótese das ocupações de boa-fé. Na sequência, ocorrerá a homologação da demarcação, por decreto presidencial, seguido da retirada de ocupantes não-indígenas, o registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União e, por fim, a interdição das áreas em caso de indígenas isolados<sup>2</sup> (CIMI, 2024a).

A situação das terras indígenas no Brasil, em que pese ter-se verificado um avanço no número de demarcações no ano de 2023 após quatro anos sem qualquer demarcação

---

<sup>1</sup> Cumpre-nos mencionar que o denominado relatório circunstanciado, conforme apresentado na referida legislação, deverá ser elaborado por antropólogos, cientistas sociais e demais profissionais que se fizerem necessários na composição da equipe multidisciplinar, devendo atravessar aspectos históricos, ambientais, cartográficos etc. Trata-se de uma importante ferramenta para a efetivação do direito à terra, tendo em vista a possibilidade de abordagem diversa da etnocêntrica na etapa demarcatória. No entanto, é imprescindível o conhecimento específico da equipe escolhida sobre a área e a comunidade abordadas no relatório, sob pena de produzir um documento cuja finalidade não seja compatível com a generalização da abordagem. O texto deverá, ainda, abordar aspectos relativos ao levantamento fundiário, informações quantitativas e qualitativas a respeito da ocupação e eventuais títulos de posse para a área.

<sup>2</sup> Conforme o artigo 4º do Estatuto do Índio, os povos indígenas deverão ser considerados isolados quando estiverem em grupos tidos como desconhecidos, cujos informes sejam poucos e vagos, por meio de eventuais contatos com elementos da comunhão nacional; em vias de integração, quando estiverem em contato permanente ou, ainda, intermitente com grupos estranhos, mas conservando um grau maior ou menor das condições de sua vida nativa, aceitando algumas práticas e modos de existência comuns e, por fim; integrados, quando estiverem incorporados à denominada comunhão nacional, no exercício pleno de seus direitos civis, mesmo que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. No entanto, é imprescindível ressaltar o mito da integração. Os povos indígenas manifestam-se das mais diversas formas, além de terem sido vítimas da política assimilacionista. O assimilacionismo, incontáveis vezes disfarçado sob o codinome da integração, foi responsável por tolher as práticas culturais originárias, forçando os povos indígenas ao etnocentrismo que permeou a construção do país.



(CIMI, 2023), permanece sendo objeto de ações no âmbito das vias legislativas, judiciárias e políticas com o escopo de lhes retirar as garantias protetivas.

A despeito dos termos constitucionais que garantem a posse permanente das terras indígenas tradicionais em seu artigo 231, bem como a multiculturalidade consagrada como fator fundamental e premissa para o estabelecimento de políticas públicas pelo Estado brasileiro e seus sucessivos governos, não são poucas as ações inconstitucionais encetadas no âmbito jurídico com o intuito exatamente de obstaculizar a preservação e demarcação das terras indígenas, fenômeno que vem assinalando atualmente as inúmeras tentativas de questionamento da ordem constitucional democrática a partir da manipulação abusiva das interpretações jurídicas e direcionamento de críticas.

A sucessão ininterrupta de proposições e interpretações normativas e judiciárias flagrantemente contrárias à efetivação, preservação e aperfeiçoamento dos direitos existenciais indígenas parece caminhar no sentido de uma evidente caracterização de prática de *lawfare* em face dos povos indígenas do Brasil, vale dizer, a utilização distorcida do Direito como instrumento sistemático eficaz o suficiente para a eliminação das bases culturais e cosmológicas indígenas e, em relação ao objeto temático da presente pesquisa, tendo por alvo a posse permanente das terras indígenas, núcleo duro e essencial que condiciona a própria subsistência das culturas indígenas que inauguram o processo de formação do povo brasileiro.

Não são poucos os exemplos. Recentemente, em 27 de dezembro de 2023 o Congresso Nacional, após derrubada do veto do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei nº 14.701 de 2023, trazendo à tona não apenas o denominado marco temporal, mas diversas outras medidas anti-indígenas.

A proposição conhecida por “marco temporal”, por muitas denominada como uma “tese” mas que não se sustenta jurídica, histórica ou sociologicamente, considera a data de 05 de outubro de 1988, isto é, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, como “marco no tempo” para que sejam consideradas tradicionalmente ocupadas as terras pelos povos originários. A questão já foi debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal no ano de 2023, e derrubada pela maioria dos votos – sendo considerada, assim, na esfera judicial, a inexistência de data para definir a ocupação tradicional.

Em realidade, referida proposição guarda estreita relação com um dos pontos fulcrais deste trabalho, na medida em que o marco temporal consiste em autêntica anistia



aos perpetradores dos históricos crimes cometidos contra os povos indígenas, incluída a espoliação de suas terras tradicionais. Ora, considerando que a Justiça de Transição no Brasil, em relação aos povos originários, não foi efetivada de modo global em todos os seus eixos, natural que setores interessados em se apossar das terras indígenas busquem, uma vez mais, referida anistia, inclusive incidente sobre as remoções forçadas cometidas durante o período ditatorial militar, a partir do golpe de Estado de 1964.

O caráter sistemático das ações adotadas nos planos legislativo e político para eliminação e apagamento dos direitos e das culturas indígenas no Brasil desponta mais evidente quando são analisadas as principais proposições. Em resumo objetivo, o *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)* publicou em 2023 estudo denominado *A Questão Indígena e a Flexibilização de Direitos no Brasil: Ameaças Legislativas em um Contexto de Fragilização Política* (IPEA; Bastian, Valadares, Alves, Silva; 2023), título que se revela adequado uma vez que um dos objetivos da prática do *lawfare* é exatamente, por meio do lançamento de uma “guerra jurídica”, abalar as estruturas que dão sustentação aos direitos fundamentais do grupo-alvo, conforme voltaremos a tratar.

Diversas outras medidas poderiam ser ainda mencionadas, como a PEC nº 870/1.1.2019. Fato é que a terra constitui elemento fundamental para a existência coletiva e individual das nações originárias, com todas as suas particularidades. Para os povos indígenas, o acesso à terra é de todos, de forma coletiva, pertencendo de forma igual ao grupo (KOLLING; SILVESTRI, 2019, p. 216). Assim, a organização social de cada comunidade, dentro de suas características étnicas próprias, constitui também a forma de vivência do espaço.

É na terra que ocorre a reprodução biológica dos povos originários. Muito além desse aspecto, é nela também que vivem e sobrevivem os costumes, tradições, elementos religiosos e organização social.

Como espaço vivido, o território se constrói ao mesmo tempo, como um sistema e um símbolo. Um sistema porque se organiza e se hierarquiza para responder às necessidades e funções assumidas pelo grupo que o constitui. Um símbolo porque se forma em torno de polos geográficos representantes dos valores políticos e religiosos que comendam sua visão de mundo. Ou seja, a paisagem é o reflexo visual, porém, tem uma parte ligada ao mundo subjacente da afetividade, das atitudes mentais e das representações culturais. A paisagem-convivência é, muitas vezes, o lugar de um encontro e de uma emoção quase sensual entre os homens e a terra. O território toma aí um sentido que lhe foi atribuído por séculos de civilização campestre: ele é, ao mesmo tempo, raiz e cultura. Para além do uso dos recursos naturais e do “ter”, o “ser” diz mais sobre o território nessa perspectiva (KOLLING; SILVESTRI, 2019, p. 215- 216).



Notadamente, a concepção etnocêntrica colonialista da terra não se confunde com aquela contemplada pelos povos indígenas, e, como consequência da incompreensão desse aspecto, há a perpetuação de elementos coloniais e assimilacionistas sobre os povos originários.

Também a Lei nº 14.701 de 2023 (BRASIL, 2023) que, no bojo do parágrafo único do artigo 20, possibilita a instalação de intervenções militares, como postos, bases e unidades, além da expansão da malha viária, exploração de alternativas energéticas e resguardo de riquezas, que poderão ser implementados independentemente de consulta às comunidades envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente. Referida norma, resultante da derrubada do veto presidencial acima já referida, implica em flagrante inconstitucionalidade e, também, inconveniência, por violar tanto a Constituição Federal de 1988, bem como normas interamericanas e internacionais, como a *Convenção Americana de Direitos Humanos* e a Convenção nº 169, da *Organização Internacional do Trabalho* (OIT).

Referida utilização frontalmente ofensiva às normas nacionais e internacionais implica em estratégia política que supõe a utilização distorcida do Direito e de suas técnicas hermenêuticas com o específico intuito de minar as bases de sustentação existenciais dos povos indígenas, técnica contemporânea normalmente utilizada para fragilizar os regimes democráticos e a efetivação dos direitos humanos.

A partir da constatação da utilização do Direito com o intuito de gerar a corrosão da garantia existencial à terra tradicional solidamente consagrado pelas leis nacionais e internacionais, bem como em face da ressignificação dolosa do conceito jurídico de “terra indígena”, vislumbramos a prática, no Brasil, do *lawfare*, definição cunhada por Charles Dunlap Jr. (DUNLAP, Jr.; 2001), isto é, *a manipulação do sistema jurídico como instrumento de “guerra” contra oponentes políticos*, no caso, os povos indígenas e que tem como exemplos aqueles acima mencionados.

Na realidade, a relativização de direitos constitucionais e fundamentais tão claramente consolidados e necessários à existência dos autóctones vale dizer, base fundamental para suas existências assim consideradas em amplo sentido (físico, cultural, religioso, econômico, espiritual etc.), como é o caso da terra tradicional indígena, traduz dinâmica atualmente passível de compor um contexto maior de corrosão e depreciação do regime democrático.



Neste sentido, grupos reacionários à multiculturalidade valem-se das ferramentas normativas próprias da democracia para, em verdade, enfraquecê-la e, se possível, extingui-la. Assim, os debates nas Casas Legislativas; o próprio devido processo legislativo; a reinterpretção das cláusulas pétreas e suas constantes excepcionalizações, dentre outras medidas, são ocorrências típicas do mencionado processo e que encontram no uso belicoso e distorcido do Direito (*lawfare*) eficaz mecanismo de propagação da desinformação com o objetivo de deslegitimar grupos vulnerabilizados em suas lutas por cidadania e reconhecimento.

Em situações tais, a *exceção* se torna a regra. Assim, a despeito das claras determinações internacionais, constitucionais e legais às quais o Brasil aderiu<sup>3</sup> voluntariamente no exercício de sua soberania, raramente se vê os processos demarcatórios de terras indígenas chegarem a termo em prazo razoável. Cuidamos de estratégias políticas que se valem de estratagemas para excepcionalizar gradativamente, as garantias democráticas e de direitos humanos.

É comum que a demarcação de terras indígenas seja alvo frequente de afirmações falsas por parte dos grupos interessados na sua espoliação: *indígenas são obstáculos ao desenvolvimento; a rejeição do marco temporal poderá gerar prejuízos à produção de alimentos no Brasil e produzirá insegurança jurídica; indígenas não gostam de trabalhar; são invasores de terras etc.*

A mobilização nas redes sociais por tais espécies de falsidades e desinformação gera repercussão na composição do Poder Legislativo e na própria sociedade. A mobilização de um “inimigo” ou de um grupo considerado “obstáculo” ao desenvolvimento traduz estratagemas próprios do fenômeno. Neste sentido, explica Luis Manuel Fonseca Pires:

Uma equação amigo-inimigo, a transpassar todas as formas de relações sociais nos estados de exceção, dos espaços públicos aos privados, locais físicos ou encontros virtuais...No Brasil de 2019, não faltam exemplos. A grave crise das queimadas na Floresta Amazônica não foi enfrentada com amplas políticas de fiscalização, investigação dos responsáveis, mas com acusações por parte da presidência da república contra organizações não governamentais (ONGs), muitas com amplo reconhecimento internacional, que se dedicam a combater os ataques à Amazônia. Ódio, enquanto afeto político a arrematar adesão social, e para isso inimigos, mesmo fictícios, precisam ser combatidos. O presidente da república, ainda sobre o meio ambiente, confrontou a própria estrutura do Estado, criticou as atribuições constitucionais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), uma autarquia federal e

---

<sup>3</sup> Como é o caso da Convenção nº 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas.



ameaçou de sumariamente dispensar a diretoria da Funai, órgão federal vinculado ao Ministério da Justiça, porque o presidente defende a exploração mineral em terras indígenas – vontade política sobre o Direito, a Constituição. (PIRES, 2021, p. 127-128)

É de se notar que a exceção, sob o regime democrático, decorre de medidas emergenciais que visam afastar ou debelar ameaças à democracia. Contudo, a atenta observação às práticas políticas e jurídicas relacionadas à relativização de categorias jurídicas definidas, tais como “terra indígena”; “terra tradicional”; “propriedade” ou “posse permanente” permite a percepção de que passaram a compor o cotidiano das práticas políticas no Brasil, não mais atreladas a situações de emergência ou ameaçadoras do regime democrático.

Como analisa Nathalia França sobre os pensamentos de Marie Goupy e Carl Schmitt:

É uma mudança da natureza da exceção, não há mais interrupção do Estado democrático para instaurar o de exceção, mas mecanismos do autoritarismo típicos de exceção que passam a existir e conviver dentro da rotina democrática como verdadeira técnica de governo. (FRANÇA, 2021, p. 69)

O caso do povo Yanomami é exemplificativo, uma vez que a invasão de suas terras por milhares de garimpeiros foi também decorrente da omissão do Estado brasileiro entre os anos de 2019 e 2020 (MPF, 2023), sob cuja gestão elevou-se em 252% o índice de invasões de terras indígenas, com a morte de mais de três mil crianças indígenas; elevação de assassinatos à proporção de 30%, além da desassistência à saúde indígena ter dobrado, conforme explicita o relatório anual sobre a violência contra os povos indígenas elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI, 2022).

O mesmo relatório registra o resumo de violações cometidas no Brasil contra seus povos originários e, no que tange às questões possessórias e invasões de terras tradicionais indígenas, apresenta os seguintes dados: a) 407 conflitos territoriais entre 2019 e 2022; b) 1.133 invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio.

Ainda em relação ao povo Yanomami, a crise humanitária foi evidenciada no ano de 2022, anunciada pelas organizações indigenistas anos antes de vir à tona na mídia. Tais organizações recorreram ao Poder Judiciário para tentar retirar garimpeiros ilegais, cuja atividade resultou na contaminação com altos níveis de mercúrio o solo e as águas e, conseqüentemente, na mortalidade em massa da comunidade (STEINER; PEREIRA, 2023).

Em que pese a proteção à terra por meio da demarcação não ser meio exclusivo para



que ocorra a garantia e preservação dos direitos existenciais dos povos originários, não deixa de se constituir em importante instrumento para que sejam estabelecidas medidas e políticas públicas mais eficazes em âmbitos geográfico e antropológico. E são diversas as iniciativas voltadas à propagação de violência contra os povos indígenas dentro e fora de seus territórios, inclusive pelas vias judiciais e legislativas, como é o caso do já mencionado marco temporal.

Ainda, importante ressaltar que as terras demarcadas ou, ainda que não o sejam, representam grandes polos de conservação da biodiversidade, contribuindo para além da reprodução biológica e social dos povos originários – essenciais para a manutenção e preservação das áreas verdes e conservadas. É o que demonstra estudo recente das Nações Unidas, o qual aponta que, apesar de constituírem apenas 5% da população mundial, 82% da biodiversidade está dentro de territórios indígenas (BRASIL, 2023).

A problemática permeia diversas searas. Nesse ínterim, é imprescindível que haja a compreensão das terras como sendo parte da reprodução dos povos originários, bem como da preservação da biodiversidade e combate às mudanças climáticas, buscando o resguardo não só de sua própria existência, mas do bem comum em detrimento dos interesses econômicos.

Referida consciência cidadã tem por premissa o Estado democrático multi e pluricultural respeitado em suas bases constitucionais. Se o Estado democrático pressupõe normas de convivência e disciplinadoras dos limites para o exercício de direitos fundamentais e liberdades, a busca por sua subversão – como vem sendo pretendido por dados grupos pela prática do *lawfare* também contra os povos indígenas, implica no reconhecimento de uma crise de cunho normativo, acaso considerada como principal fundamento do Estado, sua estrutura normativa.

Significa reconhecer que, apesar da intenção da Constituinte ao reconhecer as bases constitucionais que conferem sustentáculo ao direito fundamental dos povos indígenas às suas terras tradicionais (artigo 231 da Carta Constitucional), a relativização intencional e de má-fé de seus significados por força de uma hermenêutica viciada e distorcida tem o condão de gerar a crise normativa citada que impacta diretamente o próprio regime democrático.

Explica Rômulo Monteiro Garzillo ao tratar do autoritarismo sob a lente normativa:

Como ponto de partida do estudo do autoritarismo a partir de uma lente normativista, é imperioso reconhecer que, para esta corrente, o Estado é concebido em termos estritamente jurídicos e/ou normativos. Significa dizer que, para a visão *normativista*, as normas jurídicas constitucionais não apenas



*definem*, mas elas próprias são o Estado, enquanto Estado normativo (ou Estado de Direito). Desse primeiro passo, resulta que qualquer manifestação *autoritária* não pode ser interpretada como fenômeno político, isto é, oriunda das relações de poderes que emanam da realidade concreta (*ser*), mas como *crise* das próprias normas jurídicas que *são e compõem* o Estado de Direito (*dever-ser*). Em resumo, para a visão *normativista* o *autoritarismo* é uma crise da esfera do *dever-ser* (Direito), não uma crise do *ser* (política). (GARZILLO, 2022, p. 111-112)

A prática rotineira de relativização de garantias que traduzem cláusulas pétreas, incluídas aquelas relacionadas à erradicação dos direitos fundamentais indígenas, encetadas na esfera dos três Poderes da República, conformam um Estado de Direito no qual a exceção se torna a regra e independente das causas justificadoras para a implementação dos recursos de legalidade extraordinária, fenômeno denominado como um autoritarismo líquido, nas palavras de Pedro Serrano, que ensina:

O autoritarismo líquido se instala por meio de ações fragmentadas, cirúrgicas, e convive com medidas democráticas, passando a falsa impressão de que a norma jurídica está sendo cumprida, quando, na realidade, está sendo apenas performada. (SERRANO, 2020, p. 96)

A quantidade de medidas mencionadas e que se valem das vias institucionais inspiradas pelo Estado Democrático de Direito, mas cuja concretização implica no enfraquecimento deste regime a partir do esfacelamento das bases existenciais indígenas, seja por meio da interpretação restrita e privatista acerca do conceito de propriedade e posse; seja pela proposição de medidas normativas e judiciais sem qualquer sustentação constitucional, têm por consequência a contaminação do sistema jurídico pelo autoritarismo líquido.

É o exemplo do marco temporal. Conforme introduzido, a denominada tese do marco temporal das terras indígenas busca estabelecer o dia 05 de outubro de 1988, isto é, data de promulgação da Constituição do mesmo ano, como data limítrofe para a demarcação, devendo ser tradicionalmente ocupadas à época, sob pena da impossibilidade de demarcar.

A questão foi marcada por momentos importantes no ano de 2023. Durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031) no Supremo Tribunal Federal, o Plenário decidiu não ser possível utilizar a data de promulgação da Constituição para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades.

A tese estabelecida sanou pontos fundamentais como a definição da demarcação tal qual um procedimento de ordem declaratória do direito originário territorial à posse das



terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, distinguindo, ainda, a posse tradicional indígena da posse civil. Este último constitui aspecto de suma importância para o prosseguimento das tratativas acerca do tema: a posse tradicional indígena consiste na ocupação das terras habitadas em caráter permanente, consideradas imprescindíveis para a realização de suas atividades produtivas, na preservação dos recursos necessários ao bem-estar da comunidade, bem como de sua reprodução física, cultural, de seus usos, costumes e tradições.

A decisão, em conformidade com os termos estabelecidos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, determinou que os direitos originários à terra e a proteção que a eles recai independe do estabelecimento de um marco temporal, ou até mesmo da eventual existência de um conflito físico ou de uma controvérsia judicial.

No entanto, no mesmo ano, o Congresso Nacional, em que pese os reiterados protestos da sociedade civil, das entidades indigenistas<sup>4</sup>, e do veto do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei 14.701/23, fruto do Projeto de Lei 2.903 de 2023 e já apelidado pelos povos indígenas e indigenistas como *lei do genocídio*<sup>5</sup> (APIB, 2023), determinando a data de 05 de outubro de 1988 como marco temporal, além de permitir a sobreposição de interesses econômicos nacionais ao usufruto exclusivo dos povos originários nas terras demarcadas.

Trata-se de direitos subjetivos, reconhecidos (“São reconhecidos aos índios...”). Ao reconhecê-los, não os cria, mas os aceita tal como preexistiam. A formulação não deixa de ser ambígua, posto que implicaria, de um lado, o uso de uma expressão cuja formação é própria da cultura ocidental (direito subjetivo, direito natural) e, de outro, sua aplicação a uma situação subjetiva própria, que não se confunde com aquela conformação dada pela civilização. Na verdade, o que se reconhece é um direito num sentido transposto, uma situação jurídica de contornos dados pela noção técnica, da cultura ocidental, de diversidade. Trata-se da afirmação da capacidade humana de reger o próprio destino, expressando sua singularidade, ser distinto entre seus iguais. De um lado, direito num sentido desenvolvido pela técnica jurídica civilizada, mas esclarecido conforme o modo de ser dos índios. Nesse sentido, tais direitos não são estruturalmente diferentes dos direitos fundamentais do art. 5.o da CF, estes também, como afirma predominantemente a doutrina, reconhecidos. Portanto, não se lhes sobrepõem nem lhes são subordinados, mas equiparam-se a eles em dignidade. Compõem-se, com eles, em harmonia. No particular, têm a ver com a proscrição da

---

<sup>4</sup> É o caso da Articulação dos Povos Indígenas no Brasil, a APIB, que em nota divulgou através de seu coordenador executivo, Dinamam Tuxá que “Esta lei é inconstitucional e deve ser analisada pelo STF. Porém, enquanto a ADI não for julgada pelos ministros do Supremo, os parentes estão enfrentando invasões nos territórios, assassinatos e a devastação do meio ambiente. É por isso que solicitamos que seja concedida a tutela de urgência antecipada! Não podemos ficar esperando enquanto as comunidades estão morrendo” (APIB, 2023).

<sup>5</sup> Importante esclarecer que apesar da denominação como “lei do genocídio”, não deve ser confundida com a Lei 2.889/1956, que define e pune o crime de genocídio.



discriminação e a proteção das minorias (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 624).

Dessa forma, os direitos inerentes aos povos originários são, não retoricamente, direitos originários – isto é, não são adquiridos, tendo em vista que não pressupõem a sua incorporação a um patrimônio moral ou econômico (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 692), como, à guisa exemplificativa, ocorre na aquisição de um lote por um fazendeiro.

Não seria possível, por esse viés, a perda de um direito de caráter originário. Cumpre mencionar que até o advento da Constituição de 1988, com o reconhecimento de uma nação multiétnica, sequer havia a possibilidade de uma comunidade indígena postular em Juízo, representando seus interesses.

Trata-se, portanto, de uma medida eivada de assimilacionismo, isto é, do ato de incorporar os nativos à cultura etnocêntrica, promovendo a aniquilação de seus elementos básicos, como a organização social, idioma e religião – os quais dependem diretamente da terra para sua reprodução. De tal sorte, o marco temporal promoveria o etnocídio<sup>6</sup> dos povos indígenas brasileiros. Assim, a referida legislação, além de representar uma cristalina violação aos direitos dos povos originários, incorre em inconstitucionalidade, posto o desacordo com o artigo 231 do texto constitucional.

## 2. Terra indígena como propriedade comum

O conceito de terra para os povos originários é distinto daquele estudado e explorado na concepção etnocêntrica propagada no mundo ocidental. De início, a invisibilidade das questões indígenas, fator altamente contributivo para a manutenção da perspectiva colonial, deve-se muito ao projeto de integração e catequização das etnias no período de colonização

---

<sup>6</sup> O “[...] etnocídio não se caracteriza pelos meios, mas pelos fins. Ele é um processo que visa a destruição sistemática do modo específico de vida (técnicas de subsistência e relações de produção, sistema de parentesco, organização comunitária, língua, costumes e tradições) de povos diferentes, sob estes aspectos, do povo, agência ou Estado que leva a cabo a empresa de destruição. Se o genocídio consiste na eliminação física deliberada de uma etnia, povo ou população, o etnocídio visa o “espírito” (a moral) de um povo, sua eliminação enquanto coletividade sociocultural diferenciada. Naturalmente, o genocídio é um dos meios mais eficazes de cometer o etnocídio — já que é um meio suficiente para tal fim —, mas não é um meio necessário. Ademais, os dois crimes podem se combinar, como se deu no caso do genocídio dos judeus (e outros “não-arianos”, tais os ciganos) perpetrado pelo nazismo, quando não só milhões de seres humanos deste povo foram friamente assassinados, como todo traço, comportamento ou objeto cultural identificado, corretamente ou não, como “judeu”, foi banido e obliterado pelo governo nazista (literatura, obras de arte, trabalhos científicos, língua, habitações etc.)” (CASTRO, 2020, p.02).



e às imagens estereotipadas estabelecidas.

Conforme expõe Edson Kayapó (2021, p. 40), há uma condenação social dos povos originários a um passado da História nacional, associando-os ao folclore, com a imagem de um indivíduo genérico, falante do Tupy, vivendo nu em meio a matas fechadas e adorando ao deus Tupã. Em que pese a desconstrução paulatina de tal conceito, é inegável que a perpetuação de tal imagem auxilia, de certa forma, em sua desumanização – o que leva o homem médio a crer em uma suposta extinção<sup>7</sup> deste “índio” estereotipado da sociedade, sendo assim, conseqüentemente, desmerecedor de terras (diríamos, de “suas próprias terras”).

É por esse viés que haveria, em tese, a permissão intrínseca para que fossem ocupadas as terras indígenas, tornando-as produtoras e, assim, economicamente úteis. Sustentou Joênia Wapichana perante o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, *a imprescritibilidade do direito à terra pelos povos indígenas, no enfrentamento aos anos de colonização, ao processo de ocupação e exploração, expulsão das comunidades* (T.I. Raposa Serra do Sol, 2008).

Por óbvio, é importante compreender que o processo de reconhecimento das terras indígenas não se daria apenas a partir do ato demarcatório. No sentido da sustentação oral anteriormente mencionada, a ocupação tradicional já existia, cabendo ao Estado, portanto, somente seu reconhecimento administrativo – corroborado pelo efeito meramente declaratório das respectivas portarias de demarcação, não constitutivas de direitos.

Não se trata de um debate circundado pelo restrito e limitado conceito civilista de posse e propriedade. Compreende-se o entendimento de ser a terra indígena uma posse coletiva da comunidade que a habita, de propriedade da União.

Ao tratar de terras de ocupação tradicional necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, ampliou-se a compreensão, antes limitada às terras habitadas (no sentido de local de moradia) pelos indígenas, para todas aquelas que sejam de importantes

---

<sup>7</sup> Assim, conforme preceitua Alvaro de Azevedo Gonzaga (2021, p. 64-65) “a verdade é que muita gente procura uma projeção do indígena originário, purificado, ao qual se confere autenticidade, ou seja, o status de indígena real, de verdade. Essa representação de um indígena associada ao passado e a uma situação fixa e inalterável não apareceu por acaso. Muita coisa foi feita, especialmente através de políticas públicas, para que fosse valorizado esse indígena romântico, fictício e inacessível e se ignorassem os indígenas verdadeiros, ou seja, aqueles que lutaram e até hoje militam em prol de anseios e projetos diferenciados, valendo-se de tática heterogêneas e criativas. Dessa forma, desde o período colonial brasileiro, políticas de Estado vêm sendo praticadas no sentido de absorver e integrar os indígenas à sociedade brasileira e invalidar sua identificação étnica”. O crescimento da autoidentificação da população indígena é retratado de forma quantitativa conforme dados do Censo Demográfico de 2022, que demonstra 1.693.535 indígenas em território brasileiro (BRASIL, 2023).



e necessárias para a reprodução física, cultural e social desses povos. Desta maneira, ao se realizar a identificação e a delimitação de uma terra indígena, o grupo técnico não se limita a levantar os espaços necessários para a habitação e reprodução econômica de um povo, mas também inclui aqueles locais de relevância para a sua cultura, religião e organização social. O reconhecimento da “originalidade” dos direitos territoriais indígenas funda-se na chamada tese do “indigenato”, o que significa dizer que se trata de direito “congenito”, anterior a todos os outros reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, até porque é anterior ao próprio ordenamento (CAVALCANTE, 2016, p. 06-07).

Nesse sentido, a posse tradicional indígena e a propriedade exclusiva da União não se confundiriam com o negócio jurídico disposto no Código Civil – são congenitamente possuídas, o que as enquadra em uma relação constitucional, fundada no Indigenato. Não seriam, assim, aplicáveis conceitos civilistas, como é o caso da posse justa, isto é, aquela “que não for violenta, clandestina”, ou ainda a respeito de posse de boa-fé (SILVA, 2016, p. 12-14).

Não haveria de se falar em possuidor de boa-fé, tendo em vista que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis no âmbito da propriedade da União, constituindo assim um obstáculo responsável por impedir sua aquisição, não havendo “possuidor não-índio com justo título de que fala o parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil” (SILVA, 2016, p. 13).

Não obstante, o debate do marco temporal das terras indígenas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário RE nº 1017365) apresenta importantes elementos para que seja sequenciada a tratativa da posse tradicional. Nesse diapasão, a proposta de indenização seria contraditória na forma em que se apresenta – a fim de promover a responsabilização da União e indenização sobre o valor total dos imóveis, não sendo o ato indenizatório apenas em caso de benfeitorias úteis e necessárias. Assim, compreende-se a ocupação de boa-fé como passível de indenização nas benfeitorias responsáveis por aumentar a utilidade do imóvel rural, consideradas úteis; e naquelas que impedem a deterioração do bem, as necessárias (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023).

Já no que diz respeito à indenização por terra nua, é necessário esclarecer que, segundo a decisão proferida pelo Pretório Excelso, os títulos de posse considerados de boa-fé nas terras indígenas cuja ocupação tradicional não foi constatada ou que tenha sido objeto de conflito territorial até a data de 05 de outubro de 1988, promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, face a inviabilidade de reassentamento, são indenizáveis,



ainda que desconsideradas as benfeitorias, sejam elas úteis ou necessárias. Ora, no entanto, é necessário questionar: como haveria de se falar em indenização sobre o valor total face à impossibilidade do reconhecimento de posse de boa-fé? Haveria, dessa forma, uma incompatibilidade entre o instituto civilista e o constitucional no que diz respeito às terras indígenas.

Retornamos, assim, ao Parecer da lavra do Professor José Afonso da Silva (2016, p. 15): o Indigenato não pode ser confundido com a posse nos termos do Direito Civil, sendo legítimo por si, uma vez que constitui um direito congênito, vez que a ocupação é um título adquirido. Por conseguinte, a posse de indivíduos não-indígenas sobre as terras não poderia ser legitimada em quaisquer hipóteses, vide seu caráter indisponível e inalienável<sup>8</sup>. Assim, incabível a percepção de cabimento de indenização no valor total do imóvel.

O conceito é inclusive abordado em legislações internacionais, como é o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que reconhece expressamente o direito de propriedade dos povos indígenas em seu artigo 14 sobre a terra tradicionalmente ocupada; e da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo artigo 21 assegura o direito à propriedade, texto interpretado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a fim de promovê-la através da compreensão de “objetos imateriais suscetíveis de valorização” (GUEDES; SCHÄFFER; LARA, 2020, p. 188-189).

A compreensão da posse e propriedade indígena sobre suas terras, como percebido, tem sido cercada de interpretações envoltas em sua cosmovisão, fator que nos leva a compreender, mais uma vez, a essencialidade da propriedade coletiva indígena – a terra não é individual, mas da comunidade, sendo essencial para a sua reprodução.

Numerosos povos foram transferidos de seus territórios tradicionais, em função da construção de rodovias, represas hidrelétricas e outras intervenções que supostamente

---

<sup>8</sup> E prossegue dizendo José Afonso da Silva (2016, p. 16-17) que “a ocupação das terras tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso, é que João Mendes Júnior lembra que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat* no sentido visto antes. Essa ideia este consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, sendo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a ideia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional. Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat.”



buscavam trazer o “desenvolvimento” e “progresso” da região. Tal transposição colocou em risco a subsistência de famílias e povos inteiros. Enfermidades e falecimentos não foram somente uma consequência da coação física e da alteração ambiental e alimentar que essa transferência, na maioria dos casos, ocasionou. Ocorreram muito mais males e deve-se compreender o sentido profundo que o território representa para os povos indígenas, o que sob a concepção ocidental é algo complicado de se compreender. A sociedade do Ocidente, especialmente a capitalista, encara a terra como sendo uma propriedade, ou seja, algo possível de ser comprado, alienado, cambiado e explorado até seu esgotamento. Por conseguinte, a um latifundiário, por exemplo, não faz diferença possuir certa faixa de terra ou qualquer outra, se as duas possuírem iguais dimensões e o mesmo potencial de produção. Por seu turno, as comunidades indígenas não se associam à terra como sua propriedade. Isto porque eles se sentem componentes do território em que habitam e possuem em relação a ele uma vinculação não somente econômica, como o meio que lhes assegura a subsistência, mas também sentimental, pois nele residem também seus ancestrais, seres vivos e espíritos que compõem sua sistemática de crenças e seus mitos e rituais (GONZAGA, 2021, p. 44).

É necessário ressaltar, novamente, que a relação estabelecida entre a terra e a comunidade é coletiva, portanto, as lentes etnocêntricas, muitas vezes, não a reconhecem como sendo válida – fator que, conseqüentemente, implica na inefetividade das políticas públicas aplicadas às terras indígenas, demarcadas ou não.

### 3. Políticas de não-repetição

A continuidade das violações dos direitos indígenas, especialmente voltadas sobre a posse permanente das terras indígenas tradicionais e demais consequências decorrentes de seu desapossamento historicamente praticado no Brasil, mais recentemente ao longo da ditadura militar de 1964 e, ainda, durante o período do governo de Jair Bolsonaro (2019-2022), a despeito dos esforços de governos mais democráticos no sentido de conferir mais visibilidade e cidadania aos povos indígenas, tende à não cessação em virtude da ausência de compreensão da importância da adoção de medidas estruturantes de não-repetição, ou seja, eixo componente do processo de efetivação da denominada *Justiça de Transição*.

Para Ruti G. Teitel, que cunhou o termo *justiça de transição*, seus contornos podem ser definidos sob os seguintes termos: "Transitional justice refers to the view of justice



associated with periods of political change,' as reflected in the phenomenology of primarily legal responses that deal with the wrongdoing of repressive predecessor regimes”<sup>9</sup>. (TEITEL, 2002, p. 893)

Referido processo transicional implica, portanto, no conjunto de medidas a serem desenvolvidas em períodos históricos marcados pela busca de pacificação e redemocratização social, via de regra após o fim de regimes autoritários, ditatoriais, totalitários etc.

A necessidade de pacificação social e implementação de regimes democráticos sólidos e estáveis depende, em larga medida, da adoção global dos eixos que compõem a Justiça de Transição: verdade e memória; justiça; reparação; reformulação das instituições; e, adoção de políticas de não-repetição.

O Estado brasileiro e sua sociedade são marcados pela grande dificuldade não apenas na compreensão da importância de tais processos, mas também no enfrentamento de seu passado de violência e opressão, seja em relação ao regime escravagista ou, ainda, em relação às suas ditaduras, dentre outros períodos. Neste sentido, pode-se afirmar com elevado grau de precisão que as violências sofridas atualmente pelos povos indígenas decorrem exatamente da não-efetivação adequada dos processos transicionais, especialmente a inexistência de políticas de não-repetição.

O caso do genocídio Yanomami bem ilustra tal constatação: povo vitimado por diversos genocídios no passado remoto e recente, durante o governo de Jair Bolsonaro volta a ser vítima de omissões e ações que levaram centenas, a óbito, tanto por inanição, quanto por malária e violência direta praticada por garimpeiros invasores e incentivados pelo mencionado governo.

Os ciclos de violência contra os povos indígenas são reiterados e com dinâmicas muito próximas, guardados os distintos contextos de cada época em que cometidas tais opressões. Mas, são sucessivos, uma vez que o Estado brasileiro, por seus distintos governos, jamais se mostrou capaz de adotar medidas consolidadas de não-repetição e que implicam não apenas na apuração da verdade histórica, da memória e da punição dos perpetradores que insistem na continuidade de um dos maiores genocídios da história.

Necessário é que medidas globais permanentes de Justiça de Transição garantam

---

<sup>9</sup> Em português: *A justiça transicional refere-se à visão de justiça associada a períodos de mudança política, tal como refletido na fenomenologia das respostas principalmente legais que lidam com os erros dos regimes repressivos antecessores.* (livre tradução)



que as dinâmicas de espoliação das terras indígenas e de extermínio jamais voltem a se repetir: medidas de segurança pública; serviços de saúde indígena; educação; valorização da história dos povos indígenas; aperfeiçoamento de currículos; estabelecimento de memoriais; reparação dos povos vitimados etc.

Ressalte-se que, ainda hoje, não foi estabelecida a Comissão Nacional Indígena da Verdade, imprescindível para que a sociedade brasileira possa conhecer o grau de violência cometida contra os povos originários do Brasil durante o regime ditatorial militar de 1964, ainda que a Comissão Nacional da Verdade (2014) tenha comprovado o extermínio sistemático de 8.350 indígenas, num trabalho inicial que envolveu apenas dez distintas culturas, num universo de mais de 400 culturas indígenas presentes no Brasil.

Explica Marcelo Zelic:

Faz-se urgente o desenvolvimento de mecanismos de não-repetição e a associação solidária da sociedade civil para sua construção, sem os quais não prospera a justiça de transição no Brasil, comprometendo qualquer reação democrática. Cada ciclo autoritário de desenvolvimento traz a marca da continuidade de práticas do passado, arraigadas na forma de agir da sociedade e do Estado brasileiro em sua relação com os povos indígenas e seus direitos, dando ao genocídio um caráter de “genocídio continuado” em busca de riqueza e terra. (ZELIC, 2021, p. 157)

Não há como dissociar o passado de opressão e racismo contra os povos indígenas de nossa história presente. Se no passado os corpos foram escravizados e violentados; se suas terras foram tomadas e os povos removidos pela violência, tornando-se refugiados em sua própria terra, ainda hoje suas riquezas prosseguem alvo da ganância e da violência da sociedade dominante que, para além das dinâmicas clássicas de extermínio físico, social, econômico, ambiental e cultural, encontra na manipulação do Direito e dos mecanismos democráticos, uma meio a mais para negar-lhes cotidianamente seu direito à existência.

### Considerações finais

Em que pese a temática indígena ser repetidamente tratada não somente pelas esferas de Poder, mas também pela sociedade civil, são incontáveis as violações que atingem os direitos dos povos originários cotidianamente. Como demonstrado na presente pesquisa, a questão fundiária atravessa percalços estabelecidos pela deslegitimação dos autóctones através da propagação da desinformação, bem como do uso dos mecanismos democráticos com a



finalidade de manipulação do sistema jurídico como instrumento de “guerra” contra oponentes políticos, isto é, *lawfare*.

Evidentemente, tal mecanismo se relaciona diretamente com o colonialismo e etnocentrismo disseminado em território brasileiro, fator representado, à guisa exemplificativa, por teses insustentáveis como a do marco temporal das terras indígenas. É inegável a existência de um obstáculo no que tange a compreensão da terra sob a ótica indigenista – isto é, entender que se trata de uma propriedade coletiva, essencial para a reprodução cultural e biológica, permeada de elementos religiosos e sagrados para a comunidade que a habita. Para que sejam efetivas, as medidas voltadas aos autóctones devem abordar a questão fundiária.

De tal sorte, a (não) relação estabelecida trata-se evidentemente de um ciclo vicioso enfrentado pelo Estado brasileiro quando perpetuada a não-efetivação das políticas de não repetição, fato esse inegavelmente contributivo para que seja inviabilizada a plenitude da cidadania indígena. Ora, vejamos, propriamente na questão fundiária, a análise devida ao julgamento do marco temporal permeia a possibilidade de indenização por terra nua e, não além da questão demarcatória, há a evidente crise e genocídio do povo Yanomami – ambos exemplos constituem obstáculos cristalinos para a plena cidadania autóctone.

As políticas públicas voltadas aos povos indígenas estão, portanto, eivadas do assimilacionismo, corroborado pelo interesse econômico. Em suma, as políticas públicas são permeadas pelo caráter etnocêntrico, circundado pelo mito de um indivíduo indígena perfeito e romantizado e pela preponderância da produtividade máxima sem que haja uma preocupação social e antropológica.

Portanto, para que seja possível tratar de terra indígena de modo a buscar, de fato, medidas efetivas, e, conseqüentemente, a efetivação de sua cidadania, é imprescindível a interpretação do *lawfare*, a interferência direta das ações tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da própria política estatal de não-repetição.

### Referências bibliográficas

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Genocídio Legislado: Congresso derruba vetos, aprova lei do Marco Temporal e outros crimes contra povos indígenas**. 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org/2023/12/14/genocidio-legislado-congresso-derruba-vetos-aprova-lei-do-marco-temporal-e-outros-crimes-contra-povos-indigenas/>. Acesso em:



10 jan. 2023.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **No STF, Apib protocola ação e pede que lei do genocídio seja declarada inconstitucional.** 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org/2023/12/28/no-stf-apib-protocola-acao-e-pede-que-lei-do-genocidio-seja-declarada-inconstitucional/>. Acesso em: 02 abr. 2024.

BASTIAN, Lillian; VALADARES, Alexandre Arbex; ALVES, Fabio; SILVA, Sandro Pereira. **A Questão Indígena e a Flexibilização de Direitos no Brasil: Ameaças Legislativas em um Contexto de Fragilização Política.** Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2023. Disponível em [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11877/1/TD\\_2868\\_web.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11877/1/TD_2868_web.pdf). Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Brasil tem 1,69 milhão de indígenas, aponta Censo 2022.** 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/08/brasil-tem-1-69-milhao-de-indigenas-aponta-censo-2022#:~:text=O%20Brasil%20tem%201.693.535,feira%20\(7%2F8\)](https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/08/brasil-tem-1-69-milhao-de-indigenas-aponta-censo-2022#:~:text=O%20Brasil%20tem%201.693.535,feira%20(7%2F8)). Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. PLANALTO. **Povos indígenas saem fortalecidos e otimistas da COP 28, avalia Sônia Guajajara.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/12/povos-indigenas-saem-fortalecidos-e-otimistas-da-cop-28-avalia-sonia-guajajara#:~:text=Dados%20da%20ONU%20j%C3%A1%20t%C3%AAm,est%C3%A1%20dentro%20dos%20territ%C3%B3rios%20ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Alexandre de Moraes vota contra marco temporal para demarcação de terras indígenas.** 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508605&ori=1>. Acesso em: 13 jan. 2024.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. "Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **História (São Paulo)**, [S.L.], v. 35, p. 1-22, 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1980-436920160000000075>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/XRTp9SKrKRwMV6D4MjHPMsp/>. Acesso em: 13 jan. 2024.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Sobre la noción de etnocidio, con especial atención al caso brasileño. **Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México**, [S. l.], n. 60, p. 111-144, 10 dez. 2020. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://dx.doi.org/10.22201/iih.24485004e.2020.60.71408>. Disponível em: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-26202020000200111&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-26202020000200111&script=sci_abstract). Acesso em: 21 set. 2023. p. 02

CIMI (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO). **A retomada das demarcações: os direitos territoriais indígenas de volta à pauta do governo.** 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/2023/05/retomada-demarcacoes-pauta-governo/>. Acesso em: 04 abr. 2024.



CIMI (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO) a. **Como é feita a demarcação das terras indígenas**. 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/terras-indigenas/demarcacao/>. Acesso em: 08 jan. 2024.

CIMI (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO) b. **Terras Indígenas**. 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/terras-indigenas/>. Acesso em: 08 jan. 2024.

CNV. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade** – Volume II, Texto 5: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018

DUNLAP Jr., Charles Jr. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts presented at **Humanitarian Challenges in Military Interventions Conference** (November 29, 2001). Disponível em [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3500/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3500/). Acesso em: 14 jan. 2024.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - Rbdc**, [s. l], n. 3, p. 689-699, 2004. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/92>. Acesso em: 10 jan. 2023.

FRANÇA, Nathalia. **Aspectos da Exceção no Direito Internacional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

GARZILLO, Rômulo Monteiro. **Elementos Autoritários em Carl Schmitt**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Decolonialismo Indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021.

GUEDES, Íris Pereira; SCHÄFER, Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. Territórios Indígenas: repercussões do sidh no direito brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 179-206, mar. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/34177>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/bx9drnDmydCk5JwwRVGTxyP/>. Acesso em: 14 jan. 2024.

KAYAPÓ, Edson. **O silêncio que faz ecoar as vozes indígenas**. In: CESCO, Susana; MAGALHÃES, Aline Montenegro; AGUIAR, Leila Bianchi; ALVES JUNIOR, Alexandre G. da Cruz (org.). **Ensino de História: reflexões e práticas decoloniais**. Porto Alegre: Letra 1, 2021. p. 39-54.

KOLLING, Patrícia; SILVESTRI, Magno. **Reflexões sobre território e terra indígena: aspectos culturais, sociais e jurídicos. Para Onde!?**, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 211-226, 12 set. 2019. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. <http://dx.doi.org/10.22456/1982-0003.94569>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/paraonde/article/view/94569>. Acesso em: 08 jan. 2024.



LIMA, Jairo; DOMINGOS FONSECA, Andrei; DE MOURA ALVES EVANGELISTA, Lucas. A participação e as reivindicações indígenas na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 68–102, 2024. DOI: 10.21910/rbsd.v11i1.772. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/772>. Acesso em: 27 mar. 2024.

Ministério Público Federal. **NOTA PÚBLICA - TERRA INDÍGENA YANOMAMI**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/NotaPblica23dejaneirode2023-PovoYanomami.pdf/view>. Acesso em: 02 abr. 2024.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Genocídio Indígena no Brasil: o desenvolvimentismo entre 1964 e 1985**. Curitiba: Juruá, 2018. 250 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. **Estados de Exceção – A Usurpação da Soberania Popular**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Estado de Exceção e Autoritarismo Líquido na América Latina**. *Poliética – Revista de Ética e Filosofia Política*. PUC/SP. V. 8, n. 1, pp. 94-125. São Paulo, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: [https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal\\_.pdf](https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf). Acesso em: 13 jan. 2024.

RESENDE, Viviane; MARTINELLI, Yara; MARTINELLI, Bruno. **Contra o Etnocídio: Da Violência Política da Extrema Direita à Resistência Coletiva dos Povos Indígenas no Brasil**. *Fórum Linguístico*, [S.L.], v. 20, n. 3, p. 9342-9357, 20 out. 2023. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/1984-8412.2023.e93113>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/forum/article/view/93113/54461>. Acesso em: 14 jan. 2024.

STEINER, Sylvia Helena; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Extermínio do Povo Yanomami e Repercussões no Direito Penal Internacional**. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em <https://diplomatie.org.br/exterminio-do-povo-yanomami-e-repercussoes-no-direito-penal-internacional/>. Acesso em: 17 fev. 2023.

TEITEL, Ruti G. **Transitional Justice in a New Era**. *Fordham International Law Journal*. Volume 26, Issue 4. The Berkeley Electronic Press.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. **Terra Indígena Yanomami**. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/4016>. Acesso em: 09 jan. 2024.

Terra Indígena Raposa Serra do Sol: assista ao início do julgamento (3/5). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. (52 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aEcR0gWHjmk&t=2s>. Acesso em: 13 jan. 2024



ZELIC, Marcelo. **Brasil, Um País em Interdito. Povos Indígenas, Reparação e Mecanismos de Não Repetição**. Obra coletiva Genocídio Indígena e Políticas Integracionistas: Demarcando a Escrita no Campo da Memória. Marcelo Zelic; Ana Catarina Zema; Elaine Moreira (Orgs.). São Paulo: Instituto de Políticas Relacionais, 2021.

#### Sobre os autores

##### **Flávio de Leão Bastos Pereira**

Pós-doutorado em New Technologies and Law - Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Departamento DiGiES Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália), bolsa integral. Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016- set.2020). Professor de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra ("Instituto Ius Gentium Conimbrigae"/IGC) e IBCCRIM. Especialização em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide, 2006 (Sevilla, Espanha). Especialista em Genocídios e Direitos Humanos pelo "International Institute For Genocide and Human Rights Studies" (Zoryan Institute) e University of Toronto (Canada). Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (2019 e 2024). Autor das obras "Genocídio Indígena no Brasil - Desenvolvimentismo entre 1964 e 1985", Ed. Juruá, 2018 a "Compliance e Direitos Humanos, Diversidade e Ambiental", Ed. Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021, em co-autoria. Membro do Comitê Acadêmico da Fundación Luisa Hairabedian de Derechos Humanos (Buenos Aires, Argentina). Conferencista no Brasil e no Exterior. Pesquisador Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção (PUC/SP CNPq). Correspondente no Brasil do Blog sobre Justiça de Transição da Universidade de Maastricht - coordenação do Professor Fabián Raimondo (Maastricht University Transitional Justice Blog). Vice-Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq Territórios e Direitos Humanos (LEA/UNIFESP). Membro do Conselho Editorial do Journal of International Criminal Law (Suécia). Coordenador da Clínica em Direitos Humanos MACKPEACE para orientação supervisionada para migrantes e refugiados da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Projeto Fighting Labour Exploitation through Education - Agricultural Sector Specialist Training (FLEE-ASSET) vinculado ao Programa Erasmus+ da Comissão Europeia. Colaborador do Grupo Técnico de Povos Indígenas para elaboração do Relatório Final do Gabinete de Transição Governamental (2022). Professor visitante na Universidade Technische Hochschule Nürnberg Georg Simon Ohm (Universidade Tecnológica de Nuremberg, Alemanha, 2021-2024). Advogado atuante perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Consultor, Parecerista e Advogado no Escritório Fregni Advogados Associados. Membro do Forum Memória, Verdade, Reparação Integral, Não Repetição e Justiça para os Povos Indígenas (MPF - 6aCCR; APIB; UNB; ITR).

##### **Giovanna Bolletta Perez**

Doutoranda (bolsa mérito da UPM) e Mestre (bolsa CAPES/PROSUC Mod. II) em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estagiária docente das disciplinas de Direito Eleitoral e Organização do Estado e Separação dos Poderes da Faculdade de Direito da mesma instituição. Membro dos grupos de pesquisa "Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania", "Direito e Desenvolvimento Sustentável", "Direito, Sociedade e Concepções de Justiça" e "Memória e Justiça de Transição". Advogada.

##### **Leonardo Delatorre Leite**

Doutorando em Educação, Arte e História da Cultura pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrado em Direito Político e Econômico. Mestrando em Filosofia pela USP. Graduando em Filosofia pela USP. Bacharel em Direito e Licenciado em História.

**Os autores contribuíram igualmente para a elaboração do artigo.**

