

TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA, DIREITO ORIGINÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL ANTE A PROEMINÊNCIA DO ART. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Adelar Cupsinski¹

Alessandra Farias Pereira²

Íris Pereira Guedes³

Rafael Modesto dos Santos⁴

Roberto Antônio Liebgott⁵

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar alguns dos aspectos acerca da demarcação de terras indígenas no Brasil, em especial, o entendimento e aplicação do denominado “marco temporal” pelos tribunais, como condicionante para determinar a tradicionalidade, ou não, destas terras. Da mesma forma, serão analisados os possíveis avanços dos direitos indigenistas após a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988. Este estudo se justifica na medida em que se percebe que mesmo diante da existência de um arcabouço jurídico de proteção e promoção dos direitos dos indígenas (no âmbito nacional e internacional) o Estado brasileiro não tem conseguido atuar de forma significativa para alterar a realidade de muitas destas comunidades. Ao contrário, notam-se processos sistemáticos que visam o retrocesso destes direitos, nas mais diversas esferas da sociedade. Portanto, este estudo pretende demonstrar que este tipo de fenômeno pode-se apresentar também através de novas interpretações e entendimentos na aplicação do direito, acarretando em decisões judiciais sem respaldo constitucional e violadoras de direitos e garantias fundamentais e coletivos. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa documental, bibliográfica, jurisprudencial e análise de sites eletrônicos de forma qualitativa.

Palavras-chave: Direito originário, Demarcação de Terras Indígenas, Marco Temporal, Inconstitucionalidade.

Resumen: Este artículo pretende abordar algunos de los aspectos relacionados con la demarcación de las tierras indígenas en Brasil, en particular, la interpretación y aplicación del llamado "marco temporal" por los tribunales, como condición para determinar el tradicionalismo, o no, de estas tierras. Del mismo modo, serán analizados los posibles avances de los derechos indígenas después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Este estudio se justifica en la medida que se identifica que mismo con la existencia de um aparato legal (nacional y internacional) para la protección y promoción de los derechos de los indígenas, el gobierno brasileño no ha actuado de manera significativa a cambiar la realidad de muchas de estas comunidades. En su lugar, se identifican procesos sistemáticos para la regresión de estos derechos en los más diversos espacios de la sociedad. Por lo tanto, este estudio tiene como objetivo demostrar que este tipo de fenómeno puede presentarse también por el medio de nuevas interpretaciones en la aplicación del derecho, lo que resulta en decisiones judiciales inconstitucionales y en violación de los derechos fundamentales y garantías colectivas. El método de investigación utilizado fue el hipotético-deductivo, con las técnicas de investigación documental, literatura, jurisprudencia y análisis de sitios electrónicos cualitativamente.

Palabras clave: Derecho Originario, Demarcación de Tierras Indígenas, Marco Temporal, Inconstitucionalidad.

¹ Advogado e assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

² Bacharel em Direito e assessora do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

³ Advogado e assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

⁴ Pesquisadora nas áreas de Direitos Humanos, Direito Internacional Público, Direitos Indigenistas, Estado, Democracia e Administração Pública e Social. Bolsista CAPES/CNPQ no Mestrado em Direito – UNIRITTER.

⁵ Bacharel em Direito, formado no Curso de Filosofia e missionário do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

I - Introdução

Neste artigo propomos uma análise do que vem sendo denominado, no âmbito do Poder Judiciário, de “marco temporal”. Trata-se de uma interpretação que restringe o alcance do direito à demarcação das terras indígenas, já que vincula este direito à presença física das comunidades e povos indígenas na terra ao período de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal do país.

Neste sentido, o estudo tem como objetivo apresentar uma reflexão crítica a esta orientação interpretativa dos direitos constitucionais dos povos indígenas que, na prática, trazem insegurança jurídica para estas populações no Brasil. Entende-se que o limite constitucional às demarcações, expresso no estabelecimento de um marco temporal, relaciona-se ao emprego do instituto civilista da posse em contraponto ao usufruto e posse imemorial indígena.

Especialistas do Direito e da Antropologia, assim como as próprias comunidades indígenas, alertam para o perigo de retrocesso dos direitos reconhecidos, já que o uso do marco temporal como condicionante na demarcação de terras, se aplicado pelos tribunais, afrontarão o disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, assim como, Tratados e Convenções Internacionais a respeito.

Portanto o presente artigo será dividido em dois capítulos de desenvolvimento textual, sendo o primeiro destinado à análise do texto constitucional, buscando aclarar ao leitor os avanços das garantias e direitos fundamentais conquistados após 1988, para então, no segundo capítulo, abordar os entendimentos e possíveis retrocessos decorrentes da aplicação do marco temporal nas decisões sobre demarcação das terras indígenas pelos tribunais brasileiros.

O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo e o de revisão bibliográfica, portanto, parte-se da hipótese de que existem controvérsias acerca das novas interpretações e do uso do entendimento do marco temporal pelos tribunais brasileiros, para por fim, após a análise das bibliografias e material doutrinário, verificar a possibilidade de dedução de que tal entendimento não possui base constitucional, afrontando diretamente o disposto nos artigos 231 e 232 e demais direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal Brasileira de 1988. As técnicas de pesquisa foram a jurisprudencial, documental, bibliográfica e análise de sítios eletrônicos, com análise de dados de forma qualitativa.

II- Os Direitos Consagrados na Constituição Federal

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 (CF), rompe-se a perspectiva da política estatal da aculturação, que tinha como premissa a integração indígena à comunhão nacional. Com isto, passou-se a reconhecer o direito à diferença aos povos indígenas suas organizações sociais, seus usos, costumes, crenças, tradições, línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. O reconhecimento destes direitos no texto constitucional consolida garantias individuais e coletivas de todos os povos, base essencial de qualquer direito humano.

O Capítulo VIII da Constituição, intitulado “Dos Índios”, em seus artigos 231 e 232 explicitam o reconhecimento à identidade cultural própria e diferenciada dos povos indígenas, bem como, os seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nota-se que, em que pese tais direitos não estejam dispostos no rol dos direitos e garantias fundamentais, os mesmos são compreendidos como tais, portanto, de aplicação imediata.

De acordo com o Artigo 231:

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 ao seu bem-estar, e as necessárias à sua reprodução física cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.⁶

O texto constitucional determina que o Estado brasileiro deve promover a demarcação das terras, reconhecendo os direitos originários e imprescritíveis dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo, nos rios e lagos das áreas caracterizadas como sendo de ocupação tradicional. Há, além disso, a obrigação da União em proteger, fiscalizar e fazer respeitar todos os bens, inclusive os imateriais, tais como as culturas, costumes, crenças e tradições de cada povo.

Para além das especificidades no que tange ao modo de ser de cada povo e de seus vínculos e concepções com a territorialidade, o artigo 232 consagra

⁶ BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

o entendimento de que os povos indígenas são donos de seu futuro, assegurando-lhes a possibilidade de exercitarem a cidadania desvinculada da tutela estatal. Afirma-se que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público Federal em todos os atos do processo”.

Tal dispositivo configura-se em importante ferramenta de luta para os povos indígenas, uma vez que suas comunidades passam a ser consideradas entes com personalidade jurídica (não necessitando, para isso, obter registros e estatutos específicos), dispensando inclusive a intermediação (tutela) de órgãos indigenistas em ações ajuizadas de seu interesse ou da comunidade.

É necessário fazer referência também ao que determina o Artigo 20, XI, da Constituição. Nele fica estabelecido que as terras tradicionais indígenas são bens da União e, portanto, a propriedade não é indígena. Essa norma protege não somente a ocupação física da terra, mas também o direito à ocupação tradicional. Se extrai deste conteúdo, combinado com o artigo 231, que o uso da terra não se restringe aos aspectos econômicos e sociais, pois projetam uma expectativa futura, onde os povos tenham condições de se expressarem (social, política e economicamente) a partir das suas diferenças étnicas. E é obrigação do Estado assegurar-lhes proteção às áreas ambientais, os espaços sagrados e aqueles de caráter simbólico, tendo como referência o futuro do povo.

O direito à posse da terra é explicitado como direito originário, portanto não depende de titulação e precede os demais direitos (Art. 231, caput). Por isso que o parágrafo 6º deste artigo expressamente estabelece que os títulos que incidem sobre uma terra indígena são declarados nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos.

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé⁷.

⁷ BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

De acordo com notícia veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça em 19 de abril de 2016⁸, estão catalogadas atualmente aproximadamente 115 decisões colegiadas sobre processos envolvendo as demarcações de terras indígenas no órgão. Em suma, foram analisadas diretamente as decisões concedidas nos Recurso Especial (REsp) 1133648, REsp 1551033, na Medida Cautelar (MC) 25148, Mandado de Segurança (MS) 21572, MS 14987 e MS 15822⁹ que abrangem análises do parágrafo 6º do artigo 231. Nas decisões abordadas, o entendimento é o de garantir os direitos dos povos indígenas às demarcações de terras, posse e ao seu usufruto exclusivo. O STJ dá essa garantia sem nenhum tipo de vínculo interpretativo que tenha por objetivo limitar seu alcance e abrangência. Reforça, além disso, o entendimento de que todo e qualquer título de propriedade que incida sobre as áreas indígenas são efetivamente nulos, mesmo aqueles considerados de boa-fé. Também reconhece que é dever da União, através de seu ente indigenista,

⁸ STJ. “Demarcação de Terras Indígenas é Tema de 115 Decisões Colegiadas no STJ”. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas-%C3%A9-tema-de-115-decis%C3%B5es-colegiadas-do-STJ. Acesso em 26 de setembro de 2016.

⁹ Na análise do REsp 1133648, a Segunda Turma do STJ considerou que somente com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) surgiu o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a serem demarcadas pela União (Ministro Herman Benjamin). Para ele o artigo 231, parágrafo 6º, da CF/88 diz que a nulidade e a extinção de direitos relativos à ocupação, ao domínio e à posse privada sobre as terras indígenas não geram direito de indenização contra a União. No julgamento do REsp 1551033, a Segunda Turma do STJ consignou que a demarcação das terras indígenas é definida pelo Decreto 1.775/96, que regulamenta a Lei 6.001/73, sendo expressa em seu artigo 2º a necessidade de elaboração de estudo técnico-antropológico e de levantamento da área demarcada. Na análise do MS 14987, a Primeira Seção do STJ decidiu que a existência de propriedade, devidamente registrada, não impede que a Funai investigue e demarque terras indígenas, tradicionalmente ocupadas. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena”, lê-se no acórdão. No MS 15822 sobre a demarcação de terras da etnia Guarani Nhandéva, a Primeira Seção do STJ considerou que a demarcação processada e conduzida na instância administrativa, sem necessidade de apreciação judicial, é prática reiterada na administração pública federal, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. Os atos administrativos são passíveis de revisão judicial segundo o princípio da inafastabilidade. Isso não implica, todavia, que o Poder Judiciário tenha que intervir, sempre e necessariamente, como condição de validade de todo e qualquer ato administrativo, referiu o acórdão. Na decisão, o relator do caso, ministro Castro Meira, salientou ainda que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se incluem no domínio constitucional da União. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. Mesmo que comprovada a titulação de determinada área, se essa for considerada como de ocupação indígena tradicional, os títulos existentes, mesmo que justos, são nulos, de acordo com o já citado Art. 231, § 6º, da CF/88”, disse Castro Meira. Fragmentos da notícia supracitada *in* STJ. “Demarcação de Terras Indígenas é Tema de 115 Decisões Colegiadas no STJ”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas-%C3%A9-tema-de-115-decis%C3%B5es-colegiadas-do-STJ. Acesso em 26 de setembro de 2016.

proceder aos estudos administrativos de demarcação, através das regras estabelecidas pelo Decreto número 1775 de 1996.

O STJ segue, neste caminho de reconhecimento dos direitos indígenas, afirmando que as terras habitadas por estes são inalienáveis – o que significa dizer que o seu domínio não pode ser transferido a outro - bem como indisponíveis, portanto ninguém pode dispor desse direito independentemente das finalidades ou interesses.

Consolida-se assim o conceito fundamental de que os direitos dos Povos Indígenas sobre as terras são originários, anteriores inclusive as normas estabelecidas e que estes são imprescritíveis, ou seja, não prescrevem com o passar do tempo (Art. 231, § 4º). E, neste sentido, destaca-se o fato de que os povos indígenas não podem ser removidos de suas terras em função de interesses outros – incluem-se os econômicos, políticos, ambientais - que não sejam em casos de catástrofe, epidemia e ou de interesse da soberania do país, com o referendo do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer dos casos supracitados, o retorno imediato da população indígena a sua terra, tão logo cesse o risco (Art. 231, § 5º).

A Corte reforça o entendimento, expresso no parágrafo 2º do artigo 231, de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas que não se encontram no subsolo. Vale ressaltar, no entanto, que a possibilidade de exploração dos recursos naturais só será permitida em caso de relevante interesse público da União, e esta depende de lei complementar (que ainda não foi aprovada). Em relação às ocupações de boa-fé, o mesmo artigo estabelece que a União deve indenizar as benfeitorias construídas pelos ocupantes – edificações, plantações perenes, por exemplo – mas não há previsão de indenização pela terra (pelas razões constitucionais expressas anteriormente).

No que tange a consolidação dos direitos à terra - sua posse e usufruto - as Disposições Constitucionais Transitórias (Artigo 67)¹⁰ determinam que o Estado brasileiro teria o prazo de 5 anos para a conclusão das demarcações das terras indígenas, tendo encerrado em 5 de outubro de 1993. Ainda hoje, no Brasil, existem,

¹⁰ SENADO FEDERAL. Art. 67 das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_18.02.2016/art_67_.asp>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

segundo dados do Conselho Indigenista Missionário¹¹, mais de 600 terras indígenas a serem demarcadas.

III - A Inconstitucionalidade do Marco Temporal

Como visto no capítulo anterior, o texto constitucional promove o caráter pluriétnico de sua população, dispondo sobre a proteção e manutenção das tradições culturais dos povos indígenas, a qual está intrinsecamente ligada à permanência em suas terras tradicionalmente ocupadas.

Segundo o acórdão do caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388)¹², terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas:

[...] demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade.

Significa dizer que terra indígena e posse nativa são conceitos mais amplos que permanência física em certo espaço territorial. Na perspectiva de terra tradicionalmente ocupada por esse ou aquele povo indígena, vale dizer, prevalece toda a área necessária à reprodução física e cultural do povo.

Nesse ínterim, para melhor compreender a extensão do direito originário às terras reconhecidas como de ocupação tradicional, deve-se levar em consideração as especificidades de cada povo que habita um determinado território. Estas especificidades, demonstradas pelo trabalho especializado que constituem os laudos antropológicos, delimitam os lugares de caça e pesca, por exemplo, que podem ser elementos indispensáveis para sua reprodução cultural. Se o povo depende de uma paragem sagrada, um acidente geográfico venerado ou se o seu

¹¹ Conselho Indigenista Missionário. Brasil – Quadro-Resumos das Terras Indígenas. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5719&action=read>. Acesso em 30 de maio de 2016.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Plenário. **Petição n. 3.388**. Augusto Affonso Botelho Neto e União Federal. Relator: Min. **Ayres Britto**. DJE de 1º/07/2010.

cemitério se encontra nos limites da área reivindicada, naturalmente aquela área pertence ao território indígena, independentemente da posse.

Neste sentido, não só devem ser consideradas como terras tradicionalmente ocupadas aquelas onde residem os indígenas, como também aquelas necessárias à sua reprodução física e cultural. José Afonso da Silva explica que da Constituição Federal se consegue concluir que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos originários¹³. O Jurista argumenta que esses direitos são "*direitos fundamentais dos índios*", que podem ser classificados na categoria dos "*direitos fundamentais de solidariedade*", tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁴.

A Constituição desfaz, portanto, o nexó entre o conceito civilista – posse e propriedade – da posse indígena, cujo reconhecimento passou a ser fixado como direito originário ou congênito (nato, natural). Há, portanto, o reconhecimento não apenas da ocupação física das terras habitadas pelos indígenas, mas também da ocupação de toda uma extensão de terras necessárias ao resguardo cultural e à manutenção de práticas econômicas e religiosas de cada povo.

Apesar das garantias, há a necessidade de se assegurar, de modo prático, a aplicação desse direito, tornando-se imprescindível formalizá-lo em procedimentos demarcatórios específicos capazes de determinar qual(is) povo(s) habita(m) determinada área, quais os limites geográficos, considerando aspectos ambientais, arqueológicos, dentre outros. Estes aspectos dizem respeito ao preceito da tradicionalidade que deve ir além de circunstâncias temporais:

A tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos

¹³ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

¹⁴ Sobre a categoria dos direitos humanos de solidariedade, cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, "Derechos de Solidariedad", em Asdrúbal Aguiar Aranguren e outros, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, CR, IIDH, 1994, pp. 63s. e José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 551s.

pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições¹⁵.

O jurista Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 320) vai mais além, e vincula o direito constitucional ao que estabelece a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, pois para ele:

É possível sustentar que os objetivos inspiradores do art. 14 da Convenção nº 169 da OIT são coincidentes com os que deram origem ao art. 231 da Constituição. E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois se é verdade que pelo fato de não serem proprietários os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam é igualmente certo que também a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição.¹⁶

Analisando estes aspectos sobre a tradicionalidade, percebe-se equivocada e violadora dos preceitos constitucionais a imposição do marco temporal, apoiado na data de 05 de outubro de 1988, como data insubstituível e componente necessário para determinar ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Neste sentido, de acordo com o parecer de José Afonso da Silva não há previsão constitucional para tal orientação¹⁷:

Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explícita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa.

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal – STF disse o seguinte, deslocando o marco temporal, *incontinenti*, do complexo conteúdo do acórdão¹⁸:

É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido

¹⁵SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Plenário. **Petição n. 3.388**. Augusto Affonso Botelho Neto e União Federal. Relator: Min. **Ayres Britto**. DJE de 1º/07/2010.

anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Diante disso, não há que falar em aplicação do marco temporal por mais de um motivo: primeiro pela existência do esbulho e da titulação a particulares (nula e extinta, a partir da CF/88) e depois pela ininterrupta ocupação anímica, psíquica e de perdurabilidade para além do lugar de habitação, mas também aqueles necessários à preservação e física (caça, pesca, coleta,) e os necessários à reprodução cultural (religião, cemitérios, perambulação, rituais). Significa dizer, sem risco de erros, que o marco temporal, constante em um curto parágrafo no acórdão da Petição 3388/RR, de forma isolada e desproporcional ao arcabouço constitucional do direito indígena, não se sustenta, seja pela incidência do §6º do art. 231 da CF/88, pela posse nativa e anímica, seja pelo esbulho praticado face os povos originários. Diante da afirmativa extraída do art. 231 da CF/88, resta evidente que se haviam títulos sobre terras indígenas, a posse da terra era, em 05 de outubro de 1988, dos não-índios, seja por força de esbulho ou existência de títulos, que passaram a ser nulos e extintos a partir de então.

Significa dizer, ainda, que diante da interpretação sistêmica do direito constitucional indígena, e não apenas de uma palavra que se isola no *caput* do art. 231 da CF/88 (ocupam), não há que falar em marco temporal, já que o fato de não estar na data da promulgação na posse da terra não significa perda de direito, ante a previsão do §6º do art. 231 e que, independentemente desse fator, o título é nulo e extinto e a posse é originária.

São, portanto, equivocadas as interpretações do Poder Judiciário no tocante ao marco temporal, pois a atual Constituição não limita os direitos ordinários dos povos indígenas às suas terras ao dia 05 de outubro de 1988¹⁹:

O termo “marco” tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limite territorial. Em sentido temporal, como é o caso, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia algum fato evolutivo. O documento que marcou o início do reconhecimento jurídico-formal dos direitos dos índios foi a Carta Régia de 30 de junho de 1611, promulgada por Felipe III, que firmou o princípio de que os índios são

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2016.

senhores de suas terras, “sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstias ou injustiça alguma.

Acerca do instituto do renitente esbulho, o jurista observa que não é correto interpretar, à luz da Constituição Federal, que os conflitos envolvendo terras indígenas tenham um caráter tipicamente possessório na forma caracterizada pelo direito civil. Para o jurista, a ocupação indígena de suas terras não é uma mera posse, pois eles as ocupam com fundamento no indigenato. Para ele, a ocupação é fundada em direitos originários “de sorte que quando o não-índio se apossa dessas terras, ele não retira apenas a posse dos índios sobre elas, mas um conjunto de direitos que integram o conceito de indigenato”²⁰.

O jurista alerta de modo enfático que a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada é absolutamente inaceitável porque²¹:

A controvérsia não é tipicamente possessória [...], ou seja, não é uma disputa individual em que um possuidor retira a posse do outro, pois os direitos ordinários dos índios sobre a terra, como visto no correr deste parecer, não pertence a eles como indivíduos, mas às comunidades indígenas; ademais os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual, pois estavam sujeitas ao regime tutelar.

Ademais, sobre o renitente esbulho, há que se ressaltar, como já observou o nobre jurista, que até 1988 os povos indígenas eram tutelados pelo Estado, portanto não poderiam pleitear seus direitos autonomamente (essa função era da União, através de seus órgãos de assistência). E há que se considerar as frequentes denúncias de que os próprios órgãos de assistência foram responsáveis pelo esbulho e exploração das terras, tendo alguns servidores públicos atuado para coibir e reprimir as comunidades e lideranças indígenas. No mesmo sentido, o Relatório Figueiredo²² traz com nitidez, atrocidades praticadas contra as comunidades indígenas nos anos de 1950 a 1970.

Em síntese, para o autor é na conjugação de conceitos que se subtraem direitos fundamentais e originários dos índios em favor de usurpadores de suas

²⁰SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2016.

²¹ *Idem*.

²²MPF. Relatório Figueiredo. Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

terras. Há, segundo, ele vários absurdos anti-índios nessa configuração do renitente esbulho²³:

O *primeiro*, bastante sutil, é esse modo de exprimir os termos do conceito: *renitente esbulho* em vez de *esbulho renitente*, pondo o destaque na qualificadora, para irrogar os ônus sobre a *renitência*, com o que impõe aos índios esbulhados a obrigação de provar os fatos. O *segundo*, e grave, é a utilização do conceito de esbulho num contexto que não lhe cabe, como veremos, como se se tratasse de um conflito de posse do direito civil. O *terceiro* é essa ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem que persistir até o marco temporal; quer dizer, forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que os seus direitos usurpados sejam restabelecidos. O *quarto* é essa exigência de que o conflito se materialize, pelo menos, *por uma controvérsia possessória judicializada*, como se se tratasse de uma disputa dentre dois possuidores tutelados pelo direito civil, mas os indígenas não são possuidores nesse sentido. É uma torção semântica calamitosa essa de tratar o *indigenato*, ou seja, os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam, como se se tratasse de posse do direito civil.

O Supremo Tribunal Federal deixa evidente que a existência do direito indígena originário de posse sobre uma determinada gleba de terra, não está vinculada à presença física da comunidade na área, nos casos em que os indígenas tenham sido expulsos das terras por força de renitente esbulho praticado por não-índios. As demais condicionantes oriundas do caso Raposa Serra do Sol, assim como o marco temporal, foram debatidas e julgadas como sendo decisão vinculada apenas àquela demarcação, portanto não se poderia vinculá-las a outros procedimentos para assim desqualificar o direito de outros povos. Se as condicionantes são generalizadoras, aniquila-se com o que é de mais precioso no direito, sua aplicabilidade.

IV – Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a aplicação do chamado marco temporal não recebe respaldo constitucional, ao contrário representa uma afronta

²³ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2016.

em uma série de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o disposto nos artigos 231 e 232 (CF/88). Ressaltando, que no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, houve entendimento de que as condicionantes que dele decorreram não seriam vinculantes, ou seja, não estenderiam seus efeitos em outros processos envolvendo demarcação de terra indígena.

Da mesma forma em que a figura do renitente esbulho, e a prova de sua existência, demonstram-se no mínimo contraditórios, o que gera insegurança jurídica no caso concreto. Não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca do seu conceito e requisitos. Esse argumento se fundamenta na concepção de que os conflitos não são tipicamente possessórios como prescreve o direito civil, haja vista que a ocupação das terras pelos povos indígenas não se restringe a posse conceituada no direito civil. Os povos as ocupam com base nos direitos originários, portanto, não se pode utilizar de uma interpretação restritiva acerca do renitente esbulho, como se a controvérsia judicializada fosse uma disputa possessória individual.

Ao exigir a sua comprovação, como prova da tentativa de regresso e interesse por parte da comunidade indígena em ocupar a terra tradicional, o judiciário brasileiro desqualifica e desconsidera uma série de fatos históricos importantes desde o processo de colonização. Desconsidera também, questões básicas que envolvem as diferenças culturais, como a língua, costumes e formas de organização daquelas comunidades. A própria tutela por parte de entes do poder estatal serviu como barreira para que os indígenas pudessem reivindicar seus direitos. Situação comprovadamente agravada no período ditatorial (1964-1985), pois conforme mencionado neste estudo pela menção ao Relatório Figueiredo, foram anos de terror, com políticas voltadas para o extermínio das comunidades indígenas, orquestradas inclusive pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Portanto, exigir que as comunidades comprovem o esbulho renitente, em situação de conflito pela terra e anterior ao ano de 1988, por meio de boletins de ocorrência ou processos judiciais instaurados, apresenta-se pelo menos como um entendimento esquizofrênico. Salientando que os indígenas estavam submetidos à tutela do Estado, ou seja, deles não se poderia exigir o ônus de fazerem a defesa das terras que ocupavam, uma vez que estas são de propriedades da União e cabia a ela esse dever.

Quanto ao marco temporal, assume-se a convicção do ilustre Jurista José Afonso da Silva que sustenta não ser correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos ordinários dos povos indígenas as suas terras a ocupação em 5 de outubro de 1988. Isso, na prática, impede a demarcação das terras para aqueles povos e comunidades que só conseguiram retornar a elas depois dessa data. O Jurista afirma que o termo “marco” tem sentido preciso: em sentido espacial, marca limite territorial; em sentido temporal, como é o caso, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia algum fato evolutivo.

Por fim, além de se configurar como uma interpretação distanciada do contexto histórico e social, é visivelmente inconstitucional. A consequência disto será o desamparo e ceifamento de direitos dos povos indígenas. Assim como, viola os compromissos de proteção e promoção de direitos e garantias firmados com a comunidade internacional por meio de Tratados e Convenções ratificadas pelo Brasil. Verifica-se, que se tenta impor uma interpretação jurídica desvinculada dos sujeitos de direito de hoje – os povos indígenas –, como se não houvesse relação entre o passado, o presente e futuro das 305 etnias que vivem no território brasileiro atualmente.

Referências Bibliográficas:

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Judiciário**. ISA - INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL, Disponível em: www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/judic.shtm, acesso em: 13.07.2015.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Editora Plêiade, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Plenário. **Petição n. 3.388**. Augusto Affonso Botelho Neto e União Federal. Relator: Min. **Ayres Britto**. *DJE* de 1º/07/2010.

Conselho Indigenista Missionário. Brasil – Quadro-Resumos das Terras Indígenas. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5719&action=read.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 3. Método, 2004.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. *Hermenêutica Constitucional da Posse Indígena*. **Revista da AGU**. Brasília, Advocacia-Geral da União, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, v. 7, n. 15, p. 129–148, mar., 2008. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redde.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2008>, acesso em 1 de setembro de 2015.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença Não é Incapacidade: O Mito da Tutela Indígena**. São Paulo: Baraúna, 2009.

MPF. Relatório Figueiredo. Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

SENADO FEDERAL. Art. 67 das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_18.02.2016/art_67_.asp>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso Constitucional Positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>.

STJ. “Demarcação de Terras Indígenas é Tema de 115 Decisões Colegiadas no STJ”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas-%C3%A9-tema-de-115-decis%C3%B5es-colegiadas-do-STJ.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente. Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

Documentos legais:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Convenção 169/OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes**. 2ª Ed. Brasília, 2005.

BRASIL. **Decreto Presidencial n. 1.775 de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento de demarcação das terras indígenas.

BRASIL. **Lei nº 6.001/73**. 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL. **Portaria/FUNAI nº 14**, de 09 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996.

DJ 17-09-1999 PP-00059 EMENT VOL-01963-04 PP-00632 RTJ VOL-00171-01 PP-00338