



MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO: A DESCONSTRUÇÃO DO PARADIGMA

THE TEMPORAL RESTRICTIONS THESIS: THE DECONSTRUCTION OF THE PARADIGM

José Paulo Gutierrez

Doutor em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. É Professor Adjunto da UFMS no Curso de Direito.

Daniela Saab Nogueira

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande. Pós-graduanda em Ciências criminais pela Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva.

Submissão: 07/06/17.
Aprovação: 22/10/17.

Resumo

Este artigo pretende demonstrar a inconstitucionalidade da tese do marco temporal da ocupação, que fixou a efetiva ocupação física dos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como referencial para se reconhecer os direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Cada procedimento demarcatório deve obedecer ao Decreto-Lei nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, exige um aprofundado estudo antropológico e deve considerar as características históricas e sociológicas próprias da área impactada. Resta demonstrado que esse instituto jurídico vai de encontro com preceitos fundamentais previstos na CF/1988 e com pactos e declarações internacionais de Direitos Humanos pelas quais o país se obrigou a respeitar, inviabilizando o pleno exercício do direito originário sobre a terra por parte dos indígenas brasileiros. Ademais, nega um passado de articulações dos movimentos indígenas junto à Assembleia Constituinte de 1987 para a positivação de direitos, perpetua a impunidade dos violadores de tais direitos, e, ainda, acirra os conflitos territoriais.

Palavras-Chave: Marco temporal. Terras tradicionais. Populações indígenas.

Abstract

This article intends to demonstrate the unconstitutionality of the thesis of the temporal restrictions on the occupation of traditional lands by indigenous people, with establishing the date of the promulgation of the Federal Constitution of Brazil as a reference for the recognition of the rights over this lands. Each demarcation procedure need to obey the law, demands a thorough anthropological study and must take into account the historical and sociological characteristics of the impacted area. Therefore, this legal institute is in conflict with Brazilian rules and with international documents accepted by the country. The temporal restriction thesis also denies a past of claims for the inclusion of rights in the legal system and a past of rights violations. In addition, it intensifies the territorial conflicts.

Keywords: Temporal restrictions. Tradicional lands. Indigenous population.

1 Introdução

Em que pese a presença de povos indígenas no país reportar à época da conquista, o reconhecimento formal e efetivo de seus direitos é um processo recente. As legislações pátrias, desde o Brasil colônia, por mais que reconhecessem a eles o direito ao usufruto e à inamovibilidade forçada de suas terras mediante o instituto do indigenato¹, mostravam-se ineficientes e contraditórias, pois, além de comportarem disposições que davam brecha para a submissão indígena (SANTOS, 1995), carecia-se de um órgão indigenista com jurisdição para impor o cumprimento daquelas determinações (MOTA; GALAFASSI, 2009).

No período republicano surge o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) através do Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910. Permeado pela obscuridade, tinha uma atuação duvidosa e incompatível com as finalidades de um órgão de proteção, pois suas ações e políticas, que deveriam ser em favor dos povos indígenas, vinculavam-se ao plano de desenvolvimento econômico, que objetivava integrá-los à sociedade, favorecendo o controle de novos espaços geográficos (BRAND, 1997).

As legislações infraconstitucionais vigentes no país antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e que versavam sobre a temática indígena, tais como a Lei nº 3.071/16, o Decreto nº 5.484/28, o Decreto-lei nº 1.794/39 e a Lei nº 6.001/73; tratavam os índios como seres culturalmente subdesenvolvidos e que precisavam ser incorporados/integrados à comunhão nacional, com uma necessária submissão ao regime tutelar do Estado até a sua total adaptação à civilização. Nesse sentido, tem-se que o próprio Estatuto do Índio foi inspirado na Convenção nº 107, de 26 de junho de 1957 da Organização

¹ O instituto do Indigenato caracteriza-se como o direito congênito e originário dos indígenas sobre suas terras, independentemente de título ou reconhecimento formal. (FUNAI, 2017)

Internacional do Trabalho (OIT), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966 e que versava sobre as populações indígenas e tribais.

Apesar da Convenção nº 107 ter sido o marco da legislação específica de proteção aos direitos indígenas no plano internacional (SIMONI, 2009), seu caráter integracionista e sua visão deturpada e até preconceituosa dessas sociedades, culminou na necessidade de uma nova normativa que abarcasse o respeito à diversidade cultural. Assim, impulsionada pelas aspirações de movimentos e entidades indígenas (SIMONI, 2009), surgiu no cenário internacional a Convenção nº 169, de 27 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, pautada no princípio da autodeterminação.

O entendimento multiculturalista (SANTILLI, 2005) baseado no respeito à diferença só começou a ser abordado de fato no país em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da CF/1988, elaborada e aprovada no contexto de redemocratização e fruto de pressões reivindicatórias de diversos povos e lideranças indígenas em articulação com diferentes segmentos da sociedade brasileira, cujo foco era o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas (SANTOS, 1995). Constitucionalizou-se, assim, o direito à autodeterminação; à autonomia social, política, econômica e cultural; à consulta prévia, livre e informada; às terras tradicionalmente ocupadas; ao usufruto exclusivo; à educação diferenciada; bem como o respeito às instituições, aos costumes e às tradições indígenas; em consonância com o apregoado pela Convenção nº 169/1989.

Todavia, o país encontrou resistência por parte de grupos econômicos dominantes da sociedade para se comprometer formalmente com os direitos indígenas no plano internacional, pois eles se consideravam prejudicados com o fato de os direitos dos povos indígenas terem sido assegurados pela nova Carta (LUZ, 1995). Esse foi o motivo pelo qual a Convenção nº 169 foi promulgada apenas em 19 de abril de 2004, mediante o Decreto nº 5.051, delonga que não a impediu de alcançar o status de norma constitucional (PIOVESAN, 2015). Esse ordenamento jurídico contemporâneo teve o condão, ainda, de não recepcionar legislações incompatíveis, influenciar as posteriores (como a Lei nº 10.406/2002) e delinear o posicionamento adotado pelo país na seara internacional, o que foi determinante para que o Brasil fosse um dos primeiros signatários da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, que também pregava o respeito à autodeterminação e à autonomia dos povos indígenas e o direito destes sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Nesse contexto de reivindicações e conquista de direitos que se insere o caso do procedimento demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TI RSS), que culminou no ajuizamento da Ação Popular nº 3.388, em 20 de maio de 2005, donde se fixou a tese do marco

temporal. Esta tese vem sendo infaustamente aplicada para anular portarias declaratórias² de Terras Indígenas (TI), como ocorreu com as portarias da TI *Guyraroká* e da TI Panambi-Lagoa Rica, pertencentes aos Guarani Kaiowá de Mato Grosso do Sul (MS), e com a portaria da TI Limão Verde, dos Terena de MS (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2015). Por isso, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental, com fins exploratórios, este artigo pretende demonstrar a incongruência dessa tese, que imola a Lei Maior, principalmente ao desconsiderar as graves e sistêmicas violações aos Direitos Humanos dos povos indígenas sofridas antes da promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

2 Tese do marco temporal da ocupação

A tese do marco temporal da ocupação tem sua gênese nos autos da Ação Popular nº 3.388, referente ao procedimento demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sendo um dos cinco marcos regulatórios³ para extração do conteúdo positivo do ato de demarcação de terras indígenas discriminados no voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto na ocasião do julgamento.

Assenta-se na ideia de que a Constituição Federal considerou o dia de sua promulgação, qual seja, 05 de outubro de 1988, como insubstituível referencial para o reconhecimento dos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (BRASIL, 2009). Nesse sentido, a ocupação fundiária por parte da coletividade deveria ser efetiva nessa data, salvo renitente esbulho⁴.

Em que pese o esclarecimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 23 de outubro de 2013, quando do acolhimento parcial dos embargos de declaração opostos pelas Comunidades Indígenas de que “a decisão proferida na PET 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas” (BRASIL, 2013, p. 2), esse entendimento já causa impactos substanciais nos consagrados direitos indígenas, vez que é utilizado como orientação jurisprudencial em decisões de Instâncias

² Uma Portaria declaratória é expedida pelo Ministro da Justiça e anuncia, após publicização dos estudos de identificação e delimitação devidamente aprovados pela FUNAI, os limites da terra indígena e determina sua demarcação física, consoante dispõe o Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996.

³ Os outros quatro são: marco da tradicionalidade da ocupação, marco da concreta abrangência fundiária, marco da finalidade prática da ocupação tradicional e marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”.

⁴ A inteligência da Corte Suprema sobre renitente esbulho restou firmada no julgamento do Agravo Regimental nº 803.462, quando se entendeu que para configurá-lo deve haver situação de efetivo conflito possessório que persista até o marco demarcatório temporal (data da promulgação da Constituição de 1988) e materializado por circunstâncias de fato ou por uma controvérsia possessória judicializada, não servindo como comprovação da espoliação resistida o pleito por demarcação junto aos órgãos públicos (BRASIL, 2014).

inferiores do Poder Judiciário e há explícita pretensão de elevar essa tese a mandamento constitucional ao incorporá-la no substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional nº 215/2000⁵ adotado pela Comissão Especial de Demarcação de Terras Indígenas em 27 de outubro de 2015, ainda pendente de votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

2.1 Prolegômenos: caso da terra indígena raposa serra do sol

O procedimento demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, fronteira com a Venezuela e a Guiana, iniciou-se em 1977, motivado pela dependência que a construção da identidade, a coesão cultural e a estrutura social de diversas etnias tinham da permanência no local e cujo vínculo remonta à época da colonização, quando foram primordiais na estratégia política de demarcação das fronteiras nacionais.

O caso da TI RSS comportou uma gama de situações históricas e políticas que colocaram à prova a capacidade do Estado de compatibilizar e efetivar direitos fundamentais, dentre elas o estímulo à iniciativa privada; a expedição de títulos de propriedades a particulares; a contraposição entre os governos estadual e federal; a criação dos Municípios de Normandia, Uiramutã e Pacaraima; a criação do Parque Nacional do Monte Roraima; a construção de estradas; a instalação de equipamentos públicos; as políticas de desenvolvimento e segurança das fronteiras, mediante a implementação do projeto Calha Norte (MOTA; GALAFASSI, 2009); o conflito de aplicação de leis e o aumento da judicialização (AMADO, 2014), principalmente com a edição do Decreto nº 1.775⁶, de 08 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas e que viabilizou o direito ao contraditório.

⁵ “Art. 231..... § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as que, **em 5 de outubro de 1988, atendiam simultaneamente aos seguintes requisitos: I - por eles habitadas, em caráter permanente;** II - utilizadas para suas atividades produtivas; III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”(grifo nosso).

⁶ Este Decreto constituiu 05 (cinco) fases para o procedimento demarcatório de Terras Indígenas Tradicionais que se inicia com a 1ª fase denominada de **identificação** em que se inicia com a formação do grupo técnico (GT) de identificação e delimitação que juntamente com a comunidade indígena irá identificar e delimitar a Terra Indígena conforme preceitua a Lei nº 6001/73 e o Art. 231, § 1º da CF/88; na 2ª fase denominada de **declaração** o Ministro da Justiça analisa a proposta da terra indígena elaborada por GT e aprovada pela FUNAI e delibera pela continuidade ou não dos trabalhos; na 3ª fase denominada de **demarcação** é a fase em que com base na Portaria Declaratória da terra indígena se realiza o trabalho em campo da materialização da terra indígena com a colocação de marcos geodésicos; na 4ª fase denominada de **homologação** se confirma a demarcação da terra indígena com a assinatura do Decreto Homologatório pelo Presidente da República e na 5ª fase denominada de **registro** se promove o registro da terra indígena no cartório imobiliário da comarca em que está localizada a terra indígena (BRASIL, 1996)

A instabilidade jurídica e institucional predominou (MOTA; GALAFASSI, 2009) e, conseqüentemente, fez com que o procedimento administrativamente se arrastasse por décadas (até 2005) e se transformasse em um conflito federativo, cuja resolução ficou a cargo do STF, mediante o julgamento dos autos da Ação Popular nº 3.388, ajuizada em 20 de maio de 2005.

Em suma, a Petição 3.388/RR impugnava o modelo contínuo de demarcação da TI em detrimento do insular, requerendo, no mérito, a anulação da Portaria declaratória nº 534/2005, alegando vícios no procedimento demarcatório, tais como fraude e parcialidade, bem como prejuízos comerciais, econômicos e sociais para o Estado de Roraima; comprometimento da segurança e soberania nacionais e desequilíbrio do pacto federativo, com a mutilação de boa parte do território, em tese, estadual, que passaria para o domínio da União.

No julgamento, datado de 19 de março de 2009, o acórdão declarou a constitucionalidade da demarcação contínua da área e do procedimento administrativo-demarcatório, mas impôs dezenove condicionantes⁷ e fixou a tese do marco temporal.

⁷ Quais sejam: “a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2a do art. 231 a Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6 a do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2a, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de

Utopicamente, essas prescrições ambicionavam dar efetividade prática à decisão, compatibilizando interesses e resguardando situações jurídicas pré-estabelecidas, porém, na realidade, significaram uma restrição dos direitos indígenas até então conquistados e se tornaram um perigoso estalão para outros procedimentos demarcatórios.

2.2 A desconstrução do paradigma

Os sustentáculos da tese jurídica aplicada na composição de uma lide devem ser argumentos sólidos e compatíveis com o ordenamento jurídico vigente, tornando-a defensável e apta a atingir os fins utilitários a que se destina, precipuamente quando empregada pela Corte máxima nacional, vez que seus julgados se revestem de um caráter moral subordinante, ainda que, na teoria, nem todos possuam caráter vinculante.

Nesse diapasão, a tese do marco temporal da ocupação, embasada na subjetividade de seu criador, não possui força argumentativa para se sustentar, tampouco respaldo legislativo indubitável que a torne hábil para aplicação no caso concreto sem que isso represente uma inconstitucional supressão de direitos fundamentais para as comunidades indígenas envolvidas.

O arrazoado (tão difundido quanto discutível) do Relator da Petição nº 3.388, em uma equivocada exegese restritiva, aduz que a Constituição Federal trabalhou com a data certa, a de sua promulgação, para que se proceda ao reconhecimento aos índios de seus direitos territoriais, enfatizando que o *caput* do Art. 231 menciona

[...] terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. (BRASIL, 2009, p. 295).

A boa técnica de hermenêutica constitucional requer a conjugação dos métodos clássicos de interpretação (gramatical, sistêmico, teleológico e histórico) sem absolutizações, de modo que se combinem e se controlem reciprocamente, resultando em uma atividade

frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento” (BRASIL, 2009).

exegética una e categórica, sendo consenso na doutrina de que as normas que asseguram direitos e estabelecem garantias comportam uma interpretação extensiva (BARROSO, 2009).

Não obstante a utilização no Art. 231 da CF/1988⁸ do verbo ocupar no presente do indicativo, o que, caso analisado de maneira isolada, denotaria uma intenção do legislador em refletir uma ação contemporânea, não se pode olvidar que a literalidade de um dispositivo específico deve ser afastada quando não corroborada pelo exame do todo estrutural.

Nessa senda, o § 1º do artigo em referência fez questão de significar o conceito de terras tradicionalmente ocupadas, tornando inócuo qualquer exercício interpretativo por parte do aplicador do direito tendente a delimitá-lo:

[...] são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

Como se pode observar, a Lei Maior não se ateu ao formalismo da conjugação verbal, ampliando a noção de terras tradicionalmente ocupadas para abarcar quatro modalidades: as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Assim, sob a óptica da CF/1988, principalmente pela análise dos dois últimos tipos mencionados, pode-se deduzir a prescindibilidade da efetiva ocupação física para o reconhecimento aos indígenas de seus direitos territoriais originários.

Inferese, portanto, na lógica da CF/1988, que a preocupação do legislador originário foi a de não fixar referências temporais ou marcos objetivos que restrinjam os procedimentos demarcatórios, mas de estender e flexibilizar conceitos para abarcar e realçar a cosmovisão indígena e a proteção de seus direitos, aquiescendo que para esses povos a terra não é só um recurso natural, é um recurso sociocultural que tem a ver com a vida coletiva e representa o suporte da vida social (AGUILERA URQUIZA; NASCIMENTO, 2013), donde emana o pleno exercício de sua dignidade e o gozo de seus direitos humanos, sendo certo que a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e a autodeterminação dos povos são

⁸ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

princípios constitucionais que, por espelharem a ideologia da constituição, devem balizar o comportamento interpretativo do operador do direito (BARROSO, 2009), que não pode resultar em privação infundada a direitos positivados.

A Convenção nº 169 da OIT corrobora esse entendimento ao impor em seu artigo 13 o respeito por parte dos governos à importância especial que a relação com a terra, ocupada ou utilizada de alguma maneira pelos povos indígenas e tribais, possui para suas culturas e seus valores, bem como aos aspectos coletivos dessa relação. Ademais, preconiza em seu artigo 14 que

dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

A menção expressa a “terras utilizadas de alguma maneira” e a “terras que não estejam exclusivamente ocupadas” em uma legislação arraigada no ordenamento jurídico nacional com status constitucional, mais do que resguardar a integridade do Patrimônio Cultural Imaterial⁹, fulmina de vez a pretensão de assacar à Carta Magna a ideia da necessidade da ocupação física efetiva à época da promulgação para garantia de direitos territoriais.

A propósito, o ato demarcatório possui natureza declaratória de direitos originários e não constitutiva. Subentende-se, portanto, uma situação preexistente que é reconhecida constitucionalmente, o que não comporta delimitações de ordem judicial e ou administrativa, e que se traduz em “um direito mais antigo que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos” (BRASIL, 2009, p. 237).

A declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 8, infunde aos Estados o estabelecimento de mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair dos indígenas suas terras, territórios ou recursos (NAÇÕES UNIDAS, 2007). E isso inclui não só políticas públicas ou normativas específicas, mas qualquer feito que tenha o condão de causar esse impacto, como orientações jurisprudenciais.

⁹ O Patrimônio Cultural Imaterial corresponde a bens impalpáveis traduzidos em práticas e domínios da vida social e manifestados em saberes, ofícios, modos de fazer, celebrações, formas de expressões, bem como nos lugares que abrigam práticas culturais coletivas, como santuários, por exemplo (IPHAN, [201-]).

Nessa toada, não prosperam argumentos de que a fixação do marco temporal mira evitar a fraude da proliferação de aldeias não revestidas dos traços de tradicionalidade, bem como, por outro lado, impedir a descaracterização desse requisito pela força. Primeiro, porque terras tradicionais, ao contrário das imemórias que remetem a uma origem indefinida, revestem-se do traço da essencialidade e são passíveis de datação (ALMEIDA, 2005), sendo tudo aferido por aprofundados estudos multidisciplinares de natureza antropológica, etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e de levantamento fundiário previstos no bojo do Decreto nº 1.775/1996. Segundo, porque o marco temporal não se mostrou efetivo no combate aos conflitos territoriais, mas sim tornou-se um combustível propulsor do acirramento desses embates, sendo objeto de constantes protestos por parte dos indígenas.

A fragilidade da tese é ratificada com a admissão da exceção do renitente esbulho, entendido como a situação de efetivo conflito possessório que persista até 05 de outubro de 1988 e materializado por circunstâncias de fato ou por uma controvérsia possessória judicializada, não servindo como comprovação da espoliação resistida o pleito por demarcação junto aos órgãos públicos (STF, 2014).

O STF, no Mandado de Segurança nº 14.746 DF, asseverou que “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” (BRASIL, 2010, p. 1). Nesse mesmo sentido, é a lição de José Afonso da Silva (2015, p. 12):

De fato, o *esbulho* é um instituto do direito possessório civil, considerado o ato pelo qual o “possuidor” é privado da posse que lhe é arrebatada pelo esbulhador. Oras, as terras dos índios são congenitamente possuídas, e sua relação com ela é de direito constitucional, pelo instituto do *indigenato*, e não do direito civil.

No mais, o conceito de renitente esbulho ora aplicado olvida completamente o regime tutelar integracionista, pendente de representação e assistência, a que eram submetidos os indígenas antes da promulgação da Carta, bem como ignora todo o histórico de lutas e reivindicações que antecederam a nova era constitucional, negando precedentes legislativos do trabalho preparatório e os valores políticos e ideológicos que a inspiraram e omitindo uma política indigenista pautada pela ação, omissão e conivência do Estado perante sistêmicas violações de direitos¹⁰ ocorridas com a justificativa de fazer valer a política desenvolvimentista

¹⁰ Vide relatório da Comissão Nacional da Verdade e Relatório Figueiredo disponíveis, respectivamente, em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf> e <<http://midia.pgr.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>> Acesso em: 03 maio 2017.

e de segurança nacional, mas que também escondiam interesses privados de caráter prioritariamente econômico.

Além disso, mostra-se em total dissonância de precedentes do próprio STF, que já admitiram a veracidade de tais violações:

[...] uma vez constatada a posse imemorial na área, não se há de invocar em defesa da propriedade o seu título translativo, sendo ainda inservível a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente servem para demonstrar a boa-fé dos atuais titulares, sem eliminar o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a tornarem-se empregados nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de suas vidas. (BRASIL, 2010, p. 6)

Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam manu militari, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos - depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos -, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional. (BRASIL, 2014, p. 30).

Assim, em que pese ao argumento de que o Ministro Ayres Britto, no voto da Petição nº 3.388, “interpretou e conceituou termos ainda não enfrentados pela jurisprudência pátria de forma clara e objetiva” (BRASIL, 2010, p. 8); fato é que a Constituição Federal e o direito alienígena em vigor no país se incumbiram dessa tarefa e a executaram de modo que não restou margem a controvérsias.

3 Conclusão

Mesmo após muita luta para consagrar constitucionalmente seu direito à autodeterminação e aos seus territórios tradicionais, os povos indígenas ainda precisam lidar com as interferências externas à sua comunidade e o constante temor de verem suas conquistas tolhidas pelas diversas normativas e exegeses que interesses contrários pretendem implementar no país. A dificuldade do Estado brasileiro em adotar um posicionamento unidirecional para legislar, efetivar políticas públicas e julgar no que se refere aos direitos indígenas gera insatisfação, cria insegurança jurídica, acirrando conflitos territoriais, e não resolve a dramática violência contra os povos indígenas no Brasil, principalmente no Mato Grosso do Sul.

A utilização da tese do marco temporal da ocupação como balizadora dos procedimentos demarcatórios de terras indígenas caracteriza-se como uma ameaça concreta que

inviabiliza o pleno exercício do direito originário sobre a terra por parte dos índios e é um flagrante desrespeito às garantias constitucionais previstas na CF/1988.

É mister entender que cada procedimento demarcatório demanda um aprofundado estudo antropológico de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e de levantamento fundiário, que deve levar em consideração as características próprias da área impactada, decorrendo daí a impossibilidade da adoção de paradigmas.

Embora cada sociedade indígena possua uma cosmovisão peculiar, é certo que suas concepções políticas, sociais, econômicas e culturais giram em torno de seus territórios tradicionais. Assim, a imposição por parte do Estado de intervenções e de regras de acesso e posse territorial que são alheios às características da territorialidade dos índios podem afetar gravemente essa simbiose, pois tem significativas consequências na organização de suas comunidades, especialmente nas suas elaborações culturais e no gerenciamento das políticas de relacionamento interétnico (MURA, 2004). Por conta disso, toda iniciativa de apoio externo deve estar ancorada nas peculiaridades da sociedade que ali vive, sob pena de condená-la a uma espécie de confinamento geográfico e cultural e sua conseqüente desintegração e desestabilização (BRAND, 1997).

A extensão indiscriminada do marco temporal a todos os procedimentos demarcatórios traduz-se não só em uma incursão insidiosa do Judiciário sobre funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2010), mas, principalmente, em um retrocesso no que diz respeito aos direitos indígenas e um perigoso precedente que já resultou em decisões judiciais que anularam portarias declaratórias, em contrassenso ao apregoado pelo próprio STF em relação a não vinculação da decisão.

Outrossim, dar razão à tese do marco temporal é ignorar a necessária interpretação sistêmica, histórica e teleológica que o tema requer; negar um passado de articulações dos movimentos indígenas junto à Assembleia Constituinte para positivação de direitos; bem como perpetuar a impunidade pelas sistêmicas violações pelas quais esses povos foram submetidos com a conivência do Estado.

Por tudo isso, a tese caracteriza-se como um instituto jurídico inconstitucional que vai de encontro com preceitos fundamentais e com pactos e declarações internacionais de direitos humanos pelas quais o país se obrigou a respeitar.

Referências

AGUILERA URQUIZA, Antonio H.; NASCIMENTO, Adir Casaro. *Povos indígenas e as questões da territorialidade*. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.). *Culturas e história dos povos indígenas em mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013. 334 p. Parte I.

ALMEIDA, Alfredo Wagner de. *Conceito de terras tradicionalmente ocupadas: palestra-seminário sobre questões indígenas*. Revista da AGU. V. 4. N. 8. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2005. p. 127-138.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. *O Supremo Tribunal Federal como “construtor” da Constituição Federal: Análise das condicionantes impostas para demarcação de terras indígenas*. 2011. 87 f. Monografia (Curso de Direito) - Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande-MS.

_____. *Poké'ixa úti o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento local) - Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande –MS.

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

BRAND, A.J. *O impacto da perda da terra sobre a tradição kaiowá/guarani: os difíceis caminhos da palavra*. 1997. 382 f. Tese (Doutorado em História) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRASIL. Comissão Especial de Demarcação de Terras Indígenas. *Substitutivo adotado às propostas de emenda à Constituição n^{os} 215-A, 579/2002, 257/2004, 275/2004, 319/2004, 156/2003, 37/2007, 117/2007, 411/2009, 415/2009 e 161/2007*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 jan. 1996.

_____. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Petição 3.388 Roraima*. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Publicado no DJe 181, 25.09.2009, p. 00071.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe 023, Brasília, 23 out. 2013, p. 00057.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n^o 14.746 DF*. Relatora: CALMON, Eliana. Publicado no DJe 540, Brasília, 18 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 DF*. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJe 200, Brasília, 14 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão ARE 803462 AGR/MS*. Relator: Zavascki Teori. Brasília, 09 dez. 2014.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Direito Originário*. Brasília: FUNAI, 2017. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em: 03 mai 2017.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *O que é Patrimônio Imaterial?* Brasília: IPHAN, [201-]. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/bcrE/pages/conPatrimonioE.jsf>>. Acesso em: 03 maio 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Decisão do STF reforça ataque aos direitos territoriais indígenas*. 2015. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/decisao-do-stf-reforca-ataque-aos-direitos-territoriais-indigenas>>. Acesso em: 03 maio 2017.

LUZ, Lidia. *Convenção 169 da OIT – um instrumento de defesa dos direitos indígenas*. In: SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília, MEC/MARI/UNESCO, 1995. p. 102-104.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. *A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais*. 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

MURA, Fábio. *O Tekoha como categoria histórica: elaborações culturais e estratégias kaiowa na construção do território*. *Fronteiras: Revista de História da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, v.8, n. 15, p. 109-143, jan./jun. 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*, de 13 de setembro de 2007. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Sílvia Coelho dos. Os direitos dos indígenas no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília, MEC/MARI/UNESCO, 1995. cap. 3.

SILVA, José Afonso. *Parecer à consulta*. São Paulo: 2015. 25 p. Disponível em: <<http://www.indio-eh-nos.eco.br/wp-content/uploads/2014/03/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal-2015.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2017.

SIMONI, Mariana Yokoya. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira. *Boletim Mundorama*, 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://mundorama.net/2009/04/28/o-reconhecimento-dos-direitos-dos-povos-indigenas-sob-a-perspectiva-internacional-e-a-brasileira-por-mariana-yokoya-simoni/>>. Acesso em: 03 maio 2017.