



Centro Universitário de Brasília - Uniceub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de bacharelado em Direito

MARCOS AKIHIRO YOSHIDA CAVALCANTE

**ANÁLISE DA TESE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS
INDÍGENAS**

Brasília

2022

MARCOS AKIHIRO YOSHIDA CAVALCANTE

**ANÁLISE DA TESE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS
INDÍGENAS**

Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na disciplina TCC II do curso de graduação em Direito do CEUB.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Brasília
2022

ANÁLISE DA TESE DO MARCO TEMPORAL E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS NA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Marcos Akihiro Yoshida Cavalcante

Resumo: O presente artigo trata de uma análise acerca da “tese do marco temporal” e de suas consequências na demarcação das terras indígenas, tese esta que fora utilizada para a interpretação do texto legal constitucional concernente ao direito territorial indígena, presente na Pet. nº3.388, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. É estudado outro polêmico ponto encontrado na já citada Pet. 3.388, no que se refere ao conceito “renitente esbulho”. O trabalho trata ainda de aspectos históricos da construção e noção de terra indígena, tendo em consideração fatos históricos e legais essenciais para a composição da base hermenêutica para a interpretação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, tão relevante ao tema. O texto também analisa e estuda a outra tese que é utilizada para a interpretação da lei que tutela o direito territorial indígena, a “tese do Indigenato”, que dentre suas características entende o direito à terra indígena como sendo congênito, e por sua vez muito aceita tanto por juristas, como por historiadores e cientistas sociais.

Palavras-chaves: Tese do marco temporal; Tese do Indigenato; Terra Indígena.

Abstract: This article deals with an analysis of the “time frame thesis” and its consequences in the demarcation of indigenous lands, this thesis was used for the interpretation of the Brazilian constitutional legal text concerning indigenous territorial law, present in Pet. No. 3,388, judged by the Federal Court of Justice. Another controversial point found in that judged theme is studied, concerning the concept of “Trespass renitent”. This article also deals with historical aspects of the construction and notion of indigenous land, considering historical and legal facts essential for the composition of the hermeneutical basis for the interpretation of article 231 of the 1988 Federal Constitution, so relevant to the theme. The text also analyzes and studies the other thesis that is used for interpretation of the law that protects indigenous territorial rights, the “Indigenato thesis”, which among its characteristics, understands the right

to indigenous land as being congenital, this thesis being accepted by jurists, historians, and social scientists.

Keywords: Time frame thesis; Indigenato thesis; Indigenous land.

Sumário: Introdução. 1 – Da “terra indígena”. 2 – Da demarcação das terras indígenas. 3 – Tese do marco temporal e o renitente esbulho. 4 – Contraponto feito pela tese do Indigenato. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Ao analisar o tema da demarcação das terras indígenas, primeiramente há de se ressaltar a contraposição de duas teses, que são utilizadas para a interpretação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que toca a questão da demarcação das terras indígenas. Durante a parte inicial do trabalho, é possível notar fatores históricos relevantes, que se fazem essenciais para a análise mais interdisciplinar em matéria de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Foi com o Recurso Extraordinário nº 1.017.365, e sua Repercussão Geral reconhecida, que novamente esse debate das demarcações das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas veio à lume. O destaque feito pela votação, no Supremo Tribunal Federal, do RE 1.017.365, foi notório não só na comunidade jurídica com relação à adoção ou não da tese do marco temporal, para a interpretação dos artigos concernente à demarcação da terra indígena, mas também há destaque da relevância social do tema abordado, já que afeta diretamente a sobrevivência e existência da identidade, cultura e modo de viver dos povos indígenas.

Dentro desse cenário, há uma inquietude a fim de analisar a temática, tanto por ter essa relevância jurídica, assim como relevância social, mas, também, pode-se notar uma importância política do assunto, desde o que pese a políticas administrativas e sua essencialidade na matéria da demarcação das terras indígenas,

do mesmo modo em relação à importância para os interesses políticos que circulam o assunto. Logo, conseqüentemente, há de se notar um interesse acadêmico para estudar esse fenômeno, como também, nesse caso, analisar a questão e suas problemáticas.

O problema da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, que motivou a discussão e o debate da interpretação dos artigos que tutelam o tema, é destacado com a informação dada pelas instituições Articulações dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e Conselho Indigenista Missionário (CIMI), na qualidade de *amici curiae*, colocada no voto do Ministro Relator do RE 1.017.365 (FACHIN, 2021, p.9), no qual é mostrado que dentro do total de 1298 terras indígenas, 829 não teve suas demarcações finalizadas ou iniciadas. Dessa forma, destacando a inefetividade dessa política administrativa, assim como a tamanha relevância do assunto da demarcação das terras indígenas que ensejaram no debate da interpretação dos artigos concernentes do tema.

O referido trabalho trata-se da demarcação das terras indígenas no Brasil, por meio de uma análise crítica da tese do marco temporal e as consequências da adoção, da já dita tese, para a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, será colocado em pé de comparação à “tese do Indigenato” que se contrapõe à “tese do marco temporal”. Dessa forma, trata-se de uma pesquisa sociojurídica.

Mostrou-se, como contraposição à tese do marco teórico, a tese do Indigenato, que será utilizada como principal marco teórico para este trabalho, já que são utilizados e considerados pontos essenciais históricos, que por sua vez foram estabelecidos pelo historiador do Direito e jurista João Mendes Júnior, em sua obra de 1912, denominada “Os indígenas no Brasil, seus direitos individuais e políticos” (MENDES JÚNIOR, 1912). A tese do Indigenato se baseia na consideração do direito territorial indígena como sendo original, congênito, com uma visão com pontualidades jusnaturalistas, e lavando em consideração um histórico do direito territorial indígena positivado na história brasileira.

Como a tese do marco temporal que é analisada, trata-se da base para a interpretação do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual é colocado o direito original territorial indígena, e são utilizados e considerados

os julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em suma, a Pet. 3.388 e o voto do Ministro Fachin do RE 1.017.365. Sempre considerados à luz dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, do Estatuto do Índio (lei nº 6.001/73).

Por fim, o trabalho se esforça para a análise crítica da tese do marco temporal e de suas consequências para a demarcação das terras indígenas tradicionalmente ocupadas, levando em conta as citadas jurisprudências, as leis que competem sobre o tema e as interpretações doutrinárias, bem como a contraposição com a tese do Indigenato e os artigos científicos interdisciplinares que abordam o tema que foram devidamente fichados. Dessa forma, trata-se de uma pesquisa documental e bibliográfica.

1 DA TERRA INDÍGENA

Para dar início às análises do presente trabalho, é imprescindível levar em consideração pontos históricos essenciais para o estudo da temática. Nesse cenário, é importante considerar o histórico dos direitos territoriais dos povos indígenas. Esses históricos dos direitos que aborda a “terra indígena” é identificado em diversos dispositivos legais ao longo da história brasileira, como poderá ser visto logo mais.

Assim, é perceptível notar que em matéria de direitos territorial indígena, é identificada a tutela destes em grande parte da história nacional, como é visto pelo Alvará Régio de 1º de abril de 1680, ou seja, ainda no período colonial. Fora exposto, também, pelo historiador Thiago Leandro Vieira Cavalcante no seu texto:

No Brasil, a proteção aos direitos territoriais indígenas é anterior até mesmo à independência. Já no século XVII, por meio do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, a coroa portuguesa garantia aos indígenas alguns direitos com relação às terras que ocupavam. (2016, p. 3)

Em relação as Cartas Régias de 1609 e 1611 em conjunto com o Alvará Régio de 1680, a autora Adriana Biller Aparicio comenta “Estes seriam os marcos

fundamentais dos direitos territoriais indígenas, utilizados por Mendes Junior para a construção do Instituto do Indigenato no início do século XX.”

Porém, com relação à tutela das legislações constitucional, ficou identificado que não foi a atual Constituição, de 1988, que foi a primeira a tratar dos direitos territoriais dos indígenas, apesar de suas grandes inovações nos direitos indígenas. Foi com a Constituição de 1934, em seu artigo 129, que foi a primeira Constituição brasileira a tutelar esse tema, e em seguida, as demais Constituições brasileiras também possuíam o conteúdo de direitos territoriais indígenas, como as Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969. Exposto nos artigos das respectivas Constituições:

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1934).

Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1937).

Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (BRASIL, 1946).

Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967).

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1969).

Cabe ressaltar, essa primeira aparição em texto constitucional de 1934, como bem exposto pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, foi proposta por uma emenda apresentada no dia 21 de dezembro de 1933, e como coloca “ A justificação da emenda ‘provava que ela se fundamentava nas leis referentes aos indígenas, consubstanciadas desde o Império à República’” (CUNHA; BARBOSA, 2018), e a autora reforça: “O fundamento, portanto, do dispositivo constitucional era o reconhecimento dos direitos originais dos indígenas sobre suas terras, como ‘seus primitivos donos’” (CUNHA; BARBOSA, 2018).

Com essa perspectiva histórica exposta, é possível começar a entender o conceito de “posse indígena”, para o ordenamento jurídico nacional. Pois, esses marcos históricos foram importantes na construção da definição de posse indígena, que por sua vez é um conceito jurídico. Porém, considerando esses marcos jurídico-históricos que abordam a temática, fora identificado que somente com advento da lei

nº 6.001 de 1973, com o chamado Estatuto do Índio, que teve a aparição da conceituação da “terra indígena”, como apontado no texto que aborda aspectos históricos da temática, de Thiago Leandro Vieira Cavalcante:

De fato, essa noção entrou no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei 6.001 de 1973, o Estatuto do Índio, que regulamentou a matéria territorial indígena, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Foi no Estatuto do Índio que o conceito “terra indígena” apareceu pela primeira vez nas leis nacionais. (2016, p. 4)

Os “tipos de terra indígenas” são colocados pela própria lei nº 6.001 de 1973, em seu artigo 17:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:
I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;
II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (1973)

Nesse cenário, somente com a Constituição Federal de 1988, que se vê um grande avanço em relação à luta pelos direitos indígenas, já que a Carta Magna trata dos indígenas em seus artigos 231 e 232 diretamente. Sendo o artigo 231 o que revela grande importância para nossa análise, por tratar da terra tradicionalmente ocupada por indígenas como visto a seguir:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º 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 fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, com a Constituição Cidadã, foi possível identificar avanços no direito indígena. Um dos grandes avanços, que cabe citar, é o fato da Carta Maior reconhecer o direito de "originalidade" sobre as terras que os povos indígenas tradicionalmente ocupam, avanço esse muito importante para a nossa análise sobre o marco temporal.

2 DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Faz-se necessário fazer um parêntese, que com relação à demarcação da terra indígena, a União, que tem a competência para tal, somente declara, por meio da demarcação da terra, a determinada área ocupada pelo povo indígena, ou seja, a demarcação não constitui a terra indígena ocupada, justamente pelo reconhecimento constitucional da originalidade desse direito (FACHIN, 2021). Sendo importante destacar o dispositivo que regulamenta a demarcação de terra indígena, do Decreto nº 1775/96:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão

federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto. (1996)

Então, com relação à originalidade do direito à terra dos povos indígenas concernentes ao texto constitucional, esse fato limitaria o papel do Estado, no qual teria o dever de demarcá-los, somente reconhecendo seus direitos e não os outorgar, como se posiciona, também, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (CUNHA, 2009).

Entendendo o papel do Estado brasileiro para a aplicação do direito, é importante destacar os pontos colocados pelo autor Pádua Fernandes que destaca uma “produção legal da ilegalidade”, que é referida sendo “realizada por meio de instituições têm o dever de aplicar o direito” (CUNHA; BARBOSA, 2018). Assim, é identificada uma crítica à não aplicação devida do direito pelos Poderes Estatais, e destaca uma armadilha hermenêutica:

[...] a previsão constitucional é interpretada em oposição aos próprios fins da norma, para que os efeitos da aplicação levem à espoliação das terras indígenas, e não à garantia dos direitos originários, finalidade evidente do art. 231. (CUNHA; BARBOSA, 2018)

Levando em consideração a importância da demarcação das terras indígenas, assim respeitando o direito, com relação ao direito internacional, tem-se que essa “ignorância programática do direito internacional dos direitos humanos” e advindo, segundo o autor Pádua Fernandes, de um provincianismo constitucional, dessa forma, tendo uma interpretação da Constituição Federal “à margem dos parâmetros jurídicos internacionais ou simplesmente estrangeiros”. Apesar da Constituição ser marcada pela internacionalização dos direitos humanos. (CUNHA; BARBOSA, 2018).

Fechando o parêntese, como bem colocado pelo Ministro Fachin, é de grande importância a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, já que reforça a o conceito constitucional de posse (FACHIN, 2021). Cabe destacar o Decreto Legislativo nº 143, que aprova o texto da convenção:

Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à apreciação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida Convenção, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Ressaltando a perspectiva posta por Pádua Fernandes, da importância de se considerar pontos relevantes para a temática do direito internacional, além da consideração dos direitos humanos, mas, também, levando em consideração outros Textos internacionais, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, relevante no debate do tema dos direitos dos povos indígenas, analisaremos no item seguinte o significado e o alcance da “tese do marco temporal” e a noção do que seja “renitente esbulho”.

3 TESE DO MARCO TEMPORAL E O RENITENTE ESBULHO

Para a análise da tese do marco temporal e suas consequências na demarcação das terras indígenas, faz-se necessário entender, também, a motivação para a utilização dessa tese. E para isso, identifica-se que ela fora utilizada na tentativa de sanar o problema de interpretação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que tutela a questão da demarcação das terras indígenas, e no julgado da Pet. 3.388, que tratava o caso das terras indígenas Raposa Terra do Sol, no qual essa tese foi mostrada.

Porém, nota-se uma outra tese que se contrapõe àquela, a tese do Indigenato, que também é utilizada para sanar o problema hermenêutico do artigo 231 da Constituição Cidadã. Cabe destacar, a presença de uma análise histórica, na tese do Indigenato, para auxiliar o entendimento da questão da demarcação das terras indígenas considerando pontos históricos essenciais para a compreensão e interpretação do texto Constitucional competente.

Antes de uma maior explanação acerca da tese do marco temporal, ressalta-se que essa não fora a primeira decisão que estabeleceu uma linha cronológica de rompimento da noção de “terra tradicionalmente indígena”, pois em 2003 na sua

súmula 650 o Supremo Tribunal Federal já declarava “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”(BRASIL, 2003), expondo uma linha cronológica de rompimento.

Já no tocante ao instituto do marco temporal, tem-se que fora com a Pet. nº 3.388, onde foi tratado do caso das terras indígenas da Raposa Serra do Sol, na qual trouxe à tona a “tese do marco temporal”, que colocou um destaque na citada tese. Dessa forma, colocou-se um marco, que nesse caso é o dia da promulgação da Constituição Federal de 1988, para servir de referencial para os trabalhos de reconhecimento do direito de posse da terra tradicionalmente ocupada por povos indígenas. Como é possível ser visto na Ementa do julgamento da Pet. 3.388:

[...] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da 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. (2009)

Porém, cabe ressaltar acerca da Pet. nº 3.388, que, para além do estabelecimento do marco temporal como 5 de outubro de 1988, foi colocado um instituto relacionado, também, ao direito de posse indígena, que nesse caso é o “renitente esbulho”. Como colocado na Ementa do citado julgado:

[...] 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido 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. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol. (2009)

Dessa forma, como entendido pelo julgado, o direito à posse indígena não se acabaria se ocorresse esse conflito entre indígenas e não-indígenas que impedisse o

indígena em permanecer na terra tradicionalmente ocupada por povo indígena, tendo assim o “renitente esbulho”.

Ademais, é importante ressaltar, como se pode perceber, que foi somente com o julgamento do ARE 803.462 AgR, que o Supremo Tribunal Federal colocou requisitos para a configuração do renitente esbulho. Como pode-se ver na Ementa do referido julgado:

[...] 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. (2014)

Porém, como explorado por alguns autores, mostram-se algumas inconsistências tanto do renitente esbulho, quanto do marco temporal. Ainda acerca do “renitente esbulho”, seria preciso problematizar os requisitos para o “renitente esbulho” como colocado pelo Ministro Fachin, em seu voto do recurso extraordinário 1.017.365, “Entretanto, é preciso problematizar esses requisitos, à luz do contido no artigo 231 da Carta Constitucional.”.

Em seu voto, o Ministro Fachin problematiza os dois requisitos posto para a consideração do “renitente esbulho”, expondo, com relação à “exigência de controvérsia possessórias judicializadas”, o fato de pontos impedidores para os indígenas na utilização desse recurso de judicializar as controvérsias possessórias, pré-Constituição de 1988. O Ministro Fachin em seu voto do RE 1.017.365, expõe:

Referida exigência, com a devida vênia, não pode subsistir ao se levar em conta a realidade fática e jurídica da capacidade processual dos índios antes da Constituição de 1988.

De fato, desde o período colonial, estavam os indígenas brasileiros submetidos a regimes tutelares com a finalidade de aculturá-los e de promover sua assimilação progressiva ao novo território do colonizador branco e cristão. (2021, p. 73)

Por fim, o Ministro traça alguns pontos que inviabilizam o outro modo que configura o renitente esbulho. É posto, que o requisito de “existência de um conflito

materializado por situações de fato” anterior até a promulgação da Constituição Cidadã, peca em, principalmente, já que incentiva implicitamente a conflituosidade, pois, coloca o conflito como fator para legitimar e reconhecer direito. Como colocado no mesmo voto, pelo Ministro Fachin:

Em primeiro lugar, porque o ordenamento constitucional não poderia incentivar conflitos para legitimar e reconhecer direitos. De outra parte, os indígenas, tutelados pelo Estado, foram constantemente expulsos, assassinados e desintegrados de sua cultura, em nome de interesses privados e desenvolvimentistas. Nesse cenário, resistir aos conflitos de forma reiterada, a persistir até a data da promulgação da Carta Magna, seria enfrentar a morte quase certa, algo que também não parece ter sido a intenção do constituinte quando assegurou a posse das terras que ocupam de forma tradicional. (2021, p. 77-78)

Ainda na perspectiva do renitente esbulho, destacam-se algumas questões colocadas pelo jurista José Afonso da Silva, em específico, dois pontos. O autor destaca, assim como no texto do Ministro Fachin, a questão da exigência de um conflito anterior que perdure até a data relativa ao marco temporal, como é visto no parecer feito pelo jurista:

[...] 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. [...]. (JOSÉ, 2016, p. 12)

Além disso, com relação à exigência de “uma controvérsia possessória judicializada, o autor José Afonso da Silva, também pontua:

[...] 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. (2016, p. 12)

Com o mesmo ângulo, a historiadora Juliana Cristina da Rosa e Paulo Sergio Delgado comentam pontos essenciais para serem analisados, dessas exigências para a configuração do renitente esbulho:

[...] sendo sociedades ágrafas, a maior parte dos povos indígenas não tinha acesso à legislação do país que titulou suas terras como sesmarias durante a colonização e depois de 1850 como propriedades privadas devidamente registradas em cartório, mesmo se tratando de TI. Ademais, a lógica da propriedade privada não faz parte do universo dos povos indígenas e que mantêm outras formas de relação com a terra e seus limites quando se trata de relações com outros povos indígenas. (2017, p. 135)

Identifica-se, pois, que há críticas tanto da exigência de um conflito anterior que continue até a data da promulgação da Carta Magna de 1988, quanto a desconsideração histórica que se dá na exigência da controvérsia possessória judicializada.

4 CONTRAPONTO FEITO PELA TESE DO INDIGENATO

Entendendo esse cenário, nota-se que foram muito importantes os artigos constitucionais que abordam os direitos dos indígenas, para a quebra de um paradigma assimilacionista, como pode ser visto no texto de Raquel Osowski:

Começava a ser trilhado, assim, pelo menos, em termos constitucionais, um novo caminho. Os ideais assimilacionistas do passado que associados a um regime ditatorial acabaram por agravar uma política de extermínio direcionada aos povos originários e culminaram com o genocídio e etnocídio de algumas etnias são abandonados e parte-se de um novo olhar, o olhar da valorização da diversidade, para concretizar o projeto constitucional de sujeito indígena. (2017, p. 325)

Dentro dessa perspectiva, onde foram apresentados pontos históricos relevantíssimos para a análise do tema, e, principalmente, exposto o paradigma em que estamos trabalhando, à luz do artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Há de se ressaltar, que foi com o julgamento da Pet. 3.388, pelo STF, que se intensificou o

debate acerca da interpretação do artigo 231 da CF, assim como o debate sobre a tese do marco temporal.

Ademais, com o destaque do tema da demarcação das terras indígenas e a interpretação do artigo competente na ótica da tese do marco temporal, observou-se críticas com relação à hermenêutica da tese citada, tanto por juristas, historiadores e cientistas sociais. Cabe ressaltar alguns pontos problemáticos acerca do marco temporal.

Em primeiro lugar, podemos problematizar a questão da originalidade da terra indígena como tendo marco temporal na promulgação da Constituição Federal, no dia 5 de outubro de 1988, que é base da crítica ao marco temporal, por ignorar fatos históricos que são importantes presentes nas interpretações anteriores. Como pode ser visto pelo autor José Afonso da Silva:

[...] A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. (2016, p. 10)

Além disso, como já tratado, fala-se contrapondo à tese do marco temporal, em uma preexistência do direito indígena em relação à Constituição Federal de 1988. Esse ponto é comentado no voto do Ministro Fachin do recurso extraordinário 1.017.365 “No entanto, como se depreende do próprio texto constitucional, os direitos territoriais originários dos indígenas são reconhecidos, portanto, preexistem à promulgação da Constituição”.

Nessa ótica, entende-se que no debate da interpretação da “originalidade do direito” indígena da terra tradicionalmente ocupada pelo mesmo, vem à tona a dita “Tese do Indigenato”, que acaba por reconhecer esse direito anteriormente à própria Constituição, diferindo da tese do marco temporal. Sobre isso, Thiago Leandro Vieira Cavalcante no seu texto:

O reconhecimento da “originalidade” dos direitos territoriais indígenas funda-se na chamada tese do “indigenato”, o que significa dizer que se trata de direito “congênito”, anterior a todos os outros reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, até porque é anterior ao próprio ordenamento. (2016, p. 6)

Portanto, é cabível pontuar sobre essa tese do Indigenato, tese essa que era a mais reconhecida. Foi com o autor João Mendes Junior, que a teoria do instituto do Indigenato foi posta à lume, em sua obra “Os indígenas do Brasil: direitos individuais e políticos” (1912). Desse modo, é identificável que a “Teoria do Indigenato” teve grande influência no ordenamento jurídico brasileiro, que coloca o direito da posse da terra indígena como um direito congênito, ou, direito originário, já que reconhece em uma visão jusnaturalista do direito indígena, como pode ser visto no texto de João Mendes Junior:

[...] sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o indigenato é um título congenito , ao passo que a occupação é um título adquirido . Comquanto o indigenato não seja o unica verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de Abril de 1680, ‘a primaria, naturalmente e virtualmente reservada’, ou, na phrase de Aristoteles (Polit., I, n. 8), - ‘um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento’. Por consequinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a occupação , como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. (1912, p. 58)

A “Teoria do Indigenato”, foi muito baseado nos marcos históricos citados anteriormente, já que se coloca de forma jusnaturalista o “direito congênito” dos indígenas, ou seja, o direito territorial tradicionalmente ocupado por povos indígenas é originário, e anterior ao próprio direito colocado na Constituição de 1988. Desse modo, com sua historicidade destacável, é possível perceber no texto “O instituto do Indigenato e teoria crítica: A possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani”:

Da legislação colonial, sustenta-se que duas Cartas Régias (1609 e 1611) e o Alvará de 1680 teriam reconhecido direitos originários aos povos indígenas. Estes seriam os marcos fundamentais dos direitos territoriais indígenas, utilizados por Mendes Junior para a construção do Instituto do Indigenato no início do século XX. (APARICIO, 2018, p. 31)

Para finalizar a questão da “tese do Indigenato”, é importante ressaltar uma interpretação crítica desse instituto posta pela autora Adriana Biller Aparicio. Ela critica a natureza jusnaturalista colocada na teoria do Indigenato, e põe e destaca em seu texto uma relevante preocupação:

A “tentação” jusnaturalista de se considerar os direitos originários como fundamento exclusivo dos direitos territoriais indígenas deixa de lado a relevante noção trazida pelos estudos pós-coloniais de que a Conquista e a Colonização não são fatos passados. (2018, p.174)

Ao passo que, a autora conclui, apesar da ressalva acima descrita, da preocupação de relevar que as questões oriundas da “Conquista e a Colonização” não serem fatos do passado, ela expõe a importância do discurso de origem muito trazida pelo Instituto do Indigenato. Pode-se destacar:

Dessa forma, buscou-se um reencontro com a importância do discurso de origem para os povos indígenas de forma a se repensar a força simbólica do Instituto do Indigenato sem, contudo, deixar de abordar a importância do percurso e das peregrinações para a identificação do grupo étnico. (APARICIO, 2018, p. 227)

Conclui também, acrescentando:

Dentro de um projeto pluriétnico de país, o Instituto do Indigenato não deve ser mais pensado exclusivamente como direitos resguardados dos atos de Conquista e Colonização, mas devem fundamentar a abertura dialógica com os povos indígenas para que estes possam aportar sua história e sua cosmovisão no reconhecimento dos seus direitos. (APARICIO, 2018, p. 227)

Desse modo, tendo conhecimento da crítica, o instituto do Indigenato ainda se mostra importante e relevante para o debate e interpretação da norma constitucional relevante ao direito territorial indígena. Tendo característica importante, de reconhecer fatos históricos essenciais para o tema, e o reconhecimento da característica de originalidade do direito indígena à terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, levando em consideração os argumentos expostos, acerca da demarcação das terras indígenas e a questão da tese do marco temporal e suas consequências nessas demarcações. Destaca-se sua importância tanto jurídica como social, para a pacificação da interpretação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, a análise da tese do marco temporal e suas consequências na demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, já que se trata da sobrevivência e existência da cultura, do modo de viver dos povos indígenas.

Ainda na finalização, cabe falar que é possível identificar algumas inconsistências da tese do marco temporal, defendida no julgamento da Pet. 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal, levantadas por um número relevante de estudiosos, tanto juristas, como historiadores e cientistas sociais, no que se refere à historicidade de fatos essenciais para a interpretação do artigo 231 da Carta Magna, e a interpretação da “originalidade” dos direitos territoriais dos indígenas tendo marco temporal na promulgação da Constituição, no dia 5 de outubro de 1988

Por fim, mostrou-se muito relevante a consideração dos fatos históricos essenciais para a interpretação do texto constitucional. Esses fatos se identificam no reconhecimento desde o período Colonial de um direito territorial indígena congênito, ou seja, anterior até mesmo ao direito descrito na Constituição de 1988. Destacando também, no direito constitucional desde 1934 em diante, um texto constitucional que tutela sobre o direito da terra indígena. Destacando o caráter essencial da história para a definição de terra indígena, e dessa forma, entender a hermenêutica que há de se aplicar ao artigo 231 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

APARICIO, Adriana Biller. *O Instituto do Indigenato e Teoria Crítica: A possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani*. 2018. Tese submetida ao Programa de PósGraduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutora em Direito, Florianópolis, 2018.

BRASIL, Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL, Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL, Constituição (1969). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Decreto legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002. Aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>>. Acesso em: 22 outubro 2021.

BRASIL. Decreto nº 1775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

Brasília, 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. [...]. ARE 803.462 AgR.. Segunda Turma. Reclamante: Tales Oscar Castelo Branco. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 9, de dezembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração. [...]. Pet. 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 23, de outubro de 2013. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 outubro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. [...]. RE 1017365 RG. Tribunal Pleno. Reclamante: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Reclamado: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA – nova denominação do FATMA. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9, de setembro de 2021. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>>. Acesso em: 14 outubro 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Súmula 650. Brasília, 24 de setembro de 2003. Disponível em:

<https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1272/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 9 de setembro 2022.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra Indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História (São Paulo)*, São Paulo, v. 35, e 75, p. 1-22, 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

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

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: direitos individuais e políticos*. ed. Fac-Similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

OSOWSKI, Raquel. O Marco Temporal para demarcação de Terras Indígenas, memórias e esquecimento. *Mediações – Revista de Ciência Sociais*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 320-346, jul./dez.2017.

ROSA, Juliana Cristina da; DELGADO, Paulo Sergio. A controvérsia jurídica sobre a tese do marco temporal e o conceito de renitente esbulho sobre o olhar empírico: os Xavantes e a TI Marãiwatsédé. *ACENO*, Cuiabá. v. 4, n. 8, p. 127-145, ago./ dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Parecer*. 2016. Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.