

Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena

Leonardo Gonçalves Juzinskas

Procurador da República. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Rodrigo Santa Maria Coquillard Ayres

Indigenista Especializado da FUNAI. Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

*Nós somos a terra. Somos indissociáveis dela.
Não queremos terra para gerar lucro, mas para garantir a nossa existência.*

SONIA GUAJAJARA

Resumo: Este estudo problematiza a *tese do marco temporal* e as suas contradições, posição abraçada pelo Supremo Tribunal Federal em importantes julgados. Atenta, em primeiro lugar, para o instituto do indigenato e para a trajetória da política indigenista do Estado brasileiro, a fim de compreender o contexto em que ocorre a adoção desse posicionamento por parte do tribunal, com atenção especial para as suas consequências. Procura demonstrar, a partir da ordem constitucional, a inconsistência do marco temporal de 1988 bem como a do caráter extremamente restritivo atribuído ao conceito de renitente esbulho, que produzem os efeitos deletérios de banalizar e catalisar violações de direitos contra os povos indígenas no Brasil.

Palavras-chave: Marco temporal. Renitente esbulho. Indigenato. Terras indígenas. Demarcação.

Abstract: This paper discusses the *time frame thesis* and its contradictions, a position conducted by the Brazilian Supreme Court in important claims. Attends, first of all, to the institute of indigenism and to the trajectory of the indigenous policy of the Brazilian State, in order to understand the context in which the Court assets this guidance, concerning specially consequences. It seeks to demonstrate, from the constitutional law, the inconsistency of the 1988 time frame, as well as of the extremely restrictive character given to the concept of reluctant disseisin, which produce the deleterious effects of trivializing and seizing the rights of the indigenous peoples in Brazil.

Keywords: Time frame. Reluctant disseisin. Indigenate. Indigenous lands. Demarcation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os povos indígenas e o Estado brasileiro. 2.1 O indigenato. 2.2 O novo paradigma constitucional. 3 O Supremo Tribunal Federal e as terras indígenas. 3.1 A tese do marco temporal. 3.2 O esbulho possessório indígena sob a ótica constitucional e transnacional. 4 Conclusão.

1 Introdução

A questão indígena, infelizmente, ainda é uma chaga aberta na sociedade brasileira. A partir da chegada dos europeus, a vida das populações originárias foi radicalmente afetada, resultando em um grande genocídio que dizimou povos e culturas por completo, muitas vezes sem deixar rastros. É imensurável o tamanho da dívida que o Estado brasileiro possui para com os indígenas sobreviventes, que seguem resistindo frente às pressões e aos avanços da chamada civilização sobre os seus modos de viver e – principalmente – sobre as suas terras.

Não por acaso, a terra é o elemento central da questão indígena, razão de tensões e conflitos em todo o País. Em 1988, a Constituição inaugurou uma nova ordem democrática, que possibilitou, com maior efetividade, a garantia dos direitos indígenas. Com as demarcações de terras, esses procedimentos passaram a ser judicializados por aqueles que se sentiram prejudicados, o que

aumentou o clima de instabilidade e a insegurança jurídica. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se pronunciar e formulou a tese do marco temporal com a finalidade de parametrizar a questão e combater a referida insegurança.

Naturalmente, o posicionamento adotado pela Suprema Corte é objeto de grandes divergências, haja vista se tratar de um tema extremamente delicado, que envolve interesses tão diversos. A adoção do citado conceito tem impactos diretos em vários povos indígenas, não refletindo uma questão meramente teórica. É uma opção jurídica que traz implicações concretas na própria política indigenista do Estado, de sorte que o seu estudo se faz rigorosamente necessário para dar luz à questão, de relevância nacional e muito esquecida.

Não é possível compreender a questão indígena e os conflitos em torno de suas terras sem se deter no estudo da tese do marco temporal. Sem a pretensão de esgotar o tema, é preciso debruçar-se sobre a historicidade dos institutos que garantem os direitos fundamentais indígenas, iluminando o conceito trazido pelo STF e a sua eventual (in)compatibilidade com a Constituição e os normativos internacionais, atentando-se sempre às consequências produzidas por esse entendimento jurisprudencial.

2 Os povos indígenas e o Estado brasileiro

2.1 O indigenato

Não é preciso muita digressão para se reconhecer o genocídio sofrido pelos povos indígenas no Brasil. Não há como precisar a quantidade de indígenas que habitavam estas terras em 1500, quando os portugueses aqui desembarcaram. Há, em verdade, grande controvérsia a respeito, de forma que “as cifras variam largamente, entre 800 mil e 5 milhões, a depender do autor e dos critérios utilizados” (PAGLIARO; AZEVEDO; SANTOS, 2005, p. 16). Passados mais de 500 anos, de acordo com o resultado do Censo Demográfico de 2010, “817,9 mil pessoas se declararam indígenas, representando 0,4% da população” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, p. 54). Esses povos estão divididos

em 305 etnias e são falantes de 274 línguas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, p. 85-90), havendo dezenas de referências a índios não contatados, em situação de isolamento.

Houve um prolongado extermínio. Os povos originários sofreram todos os tipos de violência desde os primeiros contatos com os europeus. “Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização” (RIBEIRO, 2006, p. 42). Mesmo após os anos de cativeiro, durante todos esses séculos até hoje, os povos indígenas seguem sofrendo com os ataques aos seus direitos mais básicos, e é a espoliação de suas terras o elemento central dessa tragédia.

As primeiras referências ao direito dos índios às terras por eles habitadas se deram no século XVI, com destaque para o Alvará Régio de 1680, editado pela Coroa portuguesa, que reconhece a posse delas. A partir desse reconhecimento expresso, ganha contorno o instituto do indigenato, “fonte primária e congênita da posse territorial” pelos indígenas (SILVA, 2006, p. 855). Relaciona-se a um direito originário, anterior e precedente a qualquer outro, devendo ser declarado por parte do Estado. Vale transcrever, neste ponto, um trecho do Alvará Régio de 1680 (PORTUGAL, 1680):

E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha de prezente melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejam senhores de suas fazendas como o são no Certão sem lhe poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão logares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores dellas.

Por conseguinte, desde o segundo século da colonização já existe legislação que, pelo menos em tese, garante o direito originário dos índios às terras por eles habitadas, dando forma ao ins-

tituto do indigenato. Perrone-Moisés (1998, p. 119), ao analisar a legislação indigenista do período colonial, encontra vários diplomas legais que, de uma forma ou de outra, já se referiam a esse direito imprescindível para a sobrevivência dos povos indígenas:

As terras das aldeias são garantidas aos índios desde o início. A expressão “senhores das terras das aldeias, como o são na serra”, declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/7/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611. Várias Provisões tratam da demarcação (presente desde o Alvará de 26/7/1596) e garantia de posse dessas terras (p. ex.: Provisão de 8/7/1604, Carta Régia de 17/1/1691, Diretório de 1757, pars. 19, 80).

Esse reconhecimento prossegue no chamado Diretório dos Índios, por meio de uma lei editada em 1755, na administração do Marquês de Pombal, que reformula a política indigenista do império. Um pouco depois, a Lei n. 601, de 1850, também conhecida como Lei de Terras, foi regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 1854, cujo art. 75 dizia que

as terras reservadas para colonização de indígenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas.

Em termos constitucionais, Silva (2016, p. 4) afirma com propriedade que a “Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, [...] regra que foi repetida nas demais Constituições”. Percebe-se, então, que o primeiro marco constitucional do instituto seria de 1934, sendo reproduzido pelas constituições que se seguiram, até a atual. Assim, a Constituição de 1988 não pode ser considerada o ponto de partida do direito às terras indígenas, seja por uma perspectiva legal, seja constitucional, como ensina o autor (SILVA, 2006, p. 857-858):

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares,

seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. [...]

É que, conforme ele mostra, o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, “não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem”.

Nessa toada, a Lei n. 6.001, de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, em seu art. 2º, IX, traz disposição expressa com a finalidade de “garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam”. No mesmo sentido, o art. 25 estabelece que o “reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação”, ficando claro que o direito dos povos indígenas às suas terras é congênito e originário, devendo apenas ser declarado – e não constituído – pelo Estado.

O direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas vem sendo garantido pela legislação desde o século XVI, sem qualquer quebra nessa cadeia legislativa, que, ao longo do tempo, veio aprimorando os direitos já existentes e reconhecidos. Com isso, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem democrática, apenas reforça o instituto do indigenato, muito anterior a ela, e não pode ser caracterizada como o marco definidor dos direitos que são àquele inerentes.

2.2 O novo paradigma constitucional

Em verdade, deve-se dizer que a chamada Constituição Cidadã, embora não inaugure a proteção legal das terras ocupadas pelos índios, vem refletir uma vigorosa mudança de paradigma na política indigenista do Estado brasileiro. Até o seu advento, a legislação indigenista trazia uma visão assimilacionista, com vistas a “civilizar” o índio, considerando-o culturalmente mais atrasado. A ideia era cada vez mais propiciar a integração do índio à socie-

dade envolvente, a fim de que ele também participasse do chamado progresso e contribuísse para tanto.

Essa visão pode ser facilmente verificada por meio da análise do Estatuto do Índio, que considera o índio incapaz, devendo ser tutelado. É sintomático que, em seu art. 1º, o diploma já explicita, sem rodeios, o “propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Por meio desse cenário, o indígena era visto como um verdadeiro obstáculo ao avanço civilizacional do País, e devia ser integrado e convertido em força de trabalho. Essa era a mentalidade que regia as relações entre o Estado brasileiro e os povos indígenas.

Com base em um olhar etnocêntrico, os próprios direitos indígenas eram vistos sob uma perspectiva não índia, perpetuando enormes distorções na sua necessária proteção. Advindo a Constituição Federal de 1988, após muita luta dos movimentos indígenas e da sociedade civil, o cenário jurídico se transformou, rompendo-se com o paradigma assimilacionista, integracionista, em favor de uma diversidade cultural e de um protagonismo dos povos indígenas na defesa de seus direitos, que devem ser lidos de acordo com a sua própria perspectiva. Vale a lição de Vitorelli (2013, p. 30-32):

De acordo com o princípio integracionista, os índios são indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional (art. 1º da OIT/53), ou seja, são um nível inicial do processo da evolução, se comparados com a sociedade não-índia, pelo que o Estado tem a responsabilidade de buscar sua integração a esta, de forma a possibilitar-lhes o desenvolvimento.

[...]

A nova ordem jurídica, implementada pela Constituição da República de 1988, acolheu a relatividade das culturas, como demonstra a leitura do art. 231, que reconhece e valoriza a diversidade cultural, assim como a pluralidade de etnias. Não busca a ordem constitucional assimilar os índios à cultura predominante entre os não-índios, o que denota que o art. 1º do Estatuto do Índio deve ser tido como não recepcionado.

O texto constitucional estabelece um capítulo reservado para a proteção dos índios, explicitando a importância da questão para a nova ordem democrática. Como não poderia ser diferente, a proteção das terras indígenas ganha espaço destacado, reconhecendo-se, no art. 231,

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.

Por sua vez, reconhecendo também a histórica e imensurável dívida do Estado para com os povos indígenas, o legislador constituinte ainda determinou, no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que a União concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos da promulgação da Constituição. Infelizmente, o prazo passou longe de ser cumprido, mas não deixou de servir para evidenciar a robusta preocupação do Poder Constituinte no sentido de que as terras indígenas fossem demarcadas e protegidas a tempo.

Essa nova postura significa outra relação com as terras indígenas. Se antes imperava uma visão assimilacionista na política indigenista, a própria proteção territorial dava-se com a finalidade de integrar o índio à sociedade envolvente. Por isso, desde a colonização vigorou a figura do aldeamento (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 120), na qual os índios eram estabelecidos em locais fixos, condicionados à cultura do colonizador, em áreas drasticamente menores que as originais:

O aldeamento é a realização do projeto colonial, pois garante a conversão, a ocupação do território, sua defesa e uma constante reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento econômico da colônia. Como diz o Regimento das Missões de 1686, é preciso “que haja nas ditas aldeias índios, que possam ser bastantes, tanto para a segurança do Estado, e defensas das cidades, como para o trato e serviço dos moradores, e entradas dos sertões”.

Pode-se dizer que essa herança dos aldeamentos, até a superação da política indigenista assimilacionista, sobreviveu em relação às terras indígenas. No passado, demarcações ocorreram ignorando-se

o modo de viver dos indígenas, que precisam de grandes áreas de caça para que haja uma sustentabilidade no ambiente, comprometendo a sua reprodução física e cultural o aldeamento em pequenas áreas ou fazendas. Muitos povos foram impedidos de viver de acordo com seus costumes, por uma impossibilidade física. A partir de uma nova política indigenista, a situação tende a se modificar.

Essa mudança de paradigma se dá em consonância com a ordem jurídica internacional, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada no Brasil em 2004, cujo artigo 13 dispõe que "a utilização do termo 'terras' nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma". Assim, refletida pela Constituição de 1988, as terras indígenas devem ser consideradas de acordo com o modo de viver dos próprios índios, e não segundo um padrão cultural não índio.

Ao sistema de proteção regional de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário por ter aderido à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), ratificada e integrada ao ordenamento em 1992, não passou incólume a questão fundiária indígena (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 16). Dispõe o Pacto de São José da Costa Rica: "Art. 21. Direito à propriedade privada - 1. Toda pessoa tem o direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social".

O alcance do dispositivo, em interpretação autêntica da Corte Interamericana, estendeu aos grupos coletivos indígenas a guarda supranacional, de modo que "tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas têm a proteção convencional concedida pelo artigo 21 da Convenção Americana" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 80). Nesse pormenor, entende-se como garantia fundamental a compreensão de que a propriedade privada se estenderia a proteger "a especial relação que tais povos guardam com o território e a necessidade da preservação deste para fins de sobrevivência física e cultural" (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 201).

Também se posicionou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicarágua, oportunidade em que esse tribunal internacional afirmou a necessidade de um “mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, p. 86), rejeitando a visão assimilacionista das terras indígenas em favor da diversidade cultural, funcionalizando-se a proteção à propriedade privada. A propriedade serve aos ditames da reprodução física, cultural e espiritual dos povos originários.

Uma vez superado esse olhar etnocêntrico, a Constituição Federal de 1988, em total conformidade para com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, consolida a proteção das terras indígenas, direito já reconhecido pelo arcabouço jurídico anterior, com base na perspectiva dos próprios índios. Sem dúvida, isso representa uma importante mudança de paradigma ao sepultar a visão integracionista, mas não pode ser apontado como inaugurador do indigenato, tendo em vista que as terras indígenas são constitucionalmente protegidas desde o texto de 1934.

3 O Supremo Tribunal Federal e as terras indígenas

3.1 A tese do marco temporal

Contudo, apesar do indigenato e da transparência trazida pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem relativizando a proteção do direito indígena à terra em favor de uma valorizada segurança jurídica, utilizando como fundamentação a chamada tese do marco temporal. Essa interpretação parece confrontar diretamente o texto constitucional, tendo em vista que estabelece uma data limite como condicionante de direitos originários, merecendo um estudo mais apurado.

É sabido que, em 2003, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 650¹, segundo a qual “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 650. Brasília, 31 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula>

Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”, ou seja, de acordo com o enunciado, as áreas de aldeamentos extintos não são consideradas terras indígenas, sem se estabelecer maior precisão. Em primeiro lugar, mostra-se necessário trazer o histórico dessa súmula (SANTOS FILHO, 2005, p. 1), uma vez que não se refere a processos de demarcação:

Essa Súmula foi veiculada em razão de provocações da Suprema Corte para pronunciamento acerca de eventual interesse da União Federal na solução de ações de usucapião em terras situadas nos Municípios de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, em vista do disposto no artigo 1º, alínea h, do Decreto-Lei 9.760/1946.

Em diversas ações de usucapião relacionadas a terras situadas em Guarulhos-SP e Santos André-SP, a União sustentava possuir interesse na solução do litígio, ao argumento de que a área usucapienda estava encravada em antigo aldeamento indígena, tratando-se, portanto, de bem da União, a teor do disposto no Decreto-Lei 9.760/1946, e no artigo 20, incisos I e XI, da Constituição.

Ocorre que, na jurisprudência predominante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, já estava assentado que o Decreto-Lei 9.760, onde arrolados exhaustivamente os bens da União, foi editado sob a égide da Constituição de 1937, e não foi recepcionado pela Constituição de 1988, inexistindo, assim, interesse da União Federal no deslinde da ação de usucapião.

Assim, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal teve apenas o condão de cristalizar em definitivo os entendimentos estampados em inúmeros julgados proferidos pelos Colegios do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Superior Tribunal de Justiça, especificamente quanto a inexistência de interesse da União em ações de usucapião em terras a que se refere o artigo 1º, alínea h, do Decreto 9.760/1946.

Embora no precedente tenha se discutido o que deve ser entendido por terra indígena ou não, o fato é que não se tratava de um processo de demarcação, de uma população demandando a terra. A preocupação foi afastar o interesse da União nos casos em que, muito remotamente, uma área tenha sido habitada por

=1634. Acesso em: 19 abr. 2018.

índios, pois do contrário todo o País assim deveria ser considerado, se em algum momento já houvera aldeamentos. Essa conclusão se aplica a povos extintos, ou “aldeamentos extintos”, como afirma a súmula, impossibilitando a demarcação ou retomada de grandes centros urbanos cujas populações originárias tenham sido extintas – como os Tupinambá do Rio de Janeiro, por exemplo. Situação completamente diversa é a de um povo vivo que pleiteia a sua terra, por ter sido dela expulso. Não é disso que trata a súmula, nem foi esse o contexto que lhe deu origem.

Não obstante, na ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), em 2009, o tribunal parece ter utilizado o raciocínio do enunciado para condicionar a demarcação de terras indígenas. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito expressamente afirmou que as “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal”² (BRASIL, 2009). Percebe-se, nesse movimento, que o referido enunciado foi utilizado como razão para definir o que deve ou não ser considerado como terra indígena, a despeito das diferenças entre os casos.

Naquele momento, ao decidir pela demarcação contínua da terra indígena e a conseqüente retirada dos não índios, o tribunal estabeleceu dezenove condicionantes, que deveriam servir de balizamento para a questão. Ao lado dessas condições, o STF gestou a chamada tese do marco temporal, no sentido de que só deveriam ser reconhecidas como terras indígenas aquelas que estivessem efetivamente ocupadas quando da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. É muito importante trazer, nesse momento, as palavras do relator, o ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2009)³:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 abr. 2018.

3 Ibidem

própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. 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. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Claramente, em uma leitura muito otimista, o tribunal tentou encontrar uma solução salomônica a fim de amenizar o conflito e a insegurança existentes entre povos indígenas e fazendeiros devido à questão fundiária. Em 2013 a decisão foi confirmada, ao ocorrer o julgamento dos embargos de declaração. Na ocasião, os ministros Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa, sendo vencidos, acolheram os embargos, afirmando o último que “o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador”⁴. É inequívoco que o tribunal foi, no mínimo, bastante extravagante nessa atitude.

É necessário dizer que, segundo o próprio STF, “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”⁵. Não obstante, é inegável que foi estabelecido um padrão no tratamento judicial da questão. Os tribunais passaram a seguir os parâmetros desenhados, reconhecendo a data da promulgação da Constituição como a

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet 3.388 ED/RR*. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 23 de outubro de 2013. p. 88. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=521442>. Acesso em: 19 abr. 2018.

5 *Ibidem*, p. 2.

referência temporal de ocupação para o reconhecimento das terras indígenas, e a questão chegou novamente à Suprema Corte.

Esse posicionamento foi confirmado, especialmente, em dois julgados da Segunda Turma do STF, o RMS 29.087/DF e o ARE 803.462-AgR/MS, decididos em 2014. No primeiro caso, derubou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconhecia a ocupação de uma população Guarani Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, expulsa em 1940 das terras por ela habitadas desde a década de 1750, que permaneceu “na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”⁶. Para o STF⁷, a mencionada presença não seria suficiente para estabelecer a ocupação tradicional exigida, descaracterizando-se a terra indígena em favor dos fazendeiros.

A tese do marco temporal compreende o conceito de “renitente esbulho”, trazido também no caso Raposa Serra do Sol. De acordo com essa visão, para que a terra indígena seja reconhecida, como se disse, os índios deveriam habitá-la quando promulgada a Constituição, salvo se isso não tiver ocorrido “por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”⁸. O Supremo Tribunal Federal explicitou essa criação no ARE 803.462-AgR/MS⁹, delimitando as condições que entende cabíveis para a sua caracterização:

- 6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). MS 14.746/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. p. 8. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952089&num_registro=200902088856&data=20100318&formato=PDF. Acesso em: 19 abr. 2018.
- 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RMS 29.087/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 set. 2014. p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- 9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 803.462-AgR/MS. Terra indígena Limão Verde. Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1º, da Constituição Federal). Marco temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 dez. 2014. p. 1-2. Disponível em:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do 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.

Assim, caso o território não estivesse sendo ocupado pelos indígenas em 5 de outubro de 1988, faz-se necessária a existência de um conflito possessório entre os índios e os possuidores diretos, àquela data, para que a terra possa ser reconhecida. Não bastasse a limitação imposta extraordinariamente, surpreende a condição exigida pelo STF para que o conflito possessório e o renitente esbulho resem caracterizados, de modo que os povos indígenas esbulhados possam ter acesso às suas terras.

No caso que se segue, referente a índios Terena expulsos de suas terras na década de 1950, também no Mato Grosso do Sul – onde essa tese pode causar um grande impacto –, impressiona o caráter extremamente restritivo do conceito de renitente esbulho atribuído pelo STF, uma vez que deposita um ônus desproporcional, senão diabólico, a fim de que os indígenas (não) comprovem que não “desistiram” de suas terras. A fundamentação, nesse caso, mostrou-se ainda mais intrigante, valendo uma parcial transcrição (BRASIL, 2014, p. 15):

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 19 abr. 2018.

da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.

Nesse sentido, como se não bastasse estabelecer um marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição, essa posição restringiu de tal forma o renitente esbulho que tornou quase impossível caracterizá-lo. Para o STF, apesar dos protestos formais por ele citados, haveria ocorrido uma tolerância dos indígenas ao esbulho, que teriam deixado de reivindicar a terra (BRASIL, 2014, p. 15). Mostra-se nítido que essa posição ignora todo o histórico de violência sofrida pelos povos indígenas, exigindo-lhes o uso de instrumentos que lhes eram materialmente negados, seja pela existência de um regime ditatorial e uma condição jurídica tutelar, seja pelo extermínio a que estavam submetidos.

3.2 O esbulho possessório indígena sob a ótica constitucional e transnacional

A instituição inventiva de um marco temporal para que se analise a ocupação indígena, somada a um conceito extremamente restritivo de renitente esbulho, tem servido, de fato, para que o Estado brasileiro confira legalidade a incontáveis violências ocorridas no passado, além de caracterizar uma afronta à Constituição Federal de 1988 e a seus princípios norteadores.

Segundo o art. 20, XI, da Constituição, as terras indígenas – aquelas necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, por eles tradicionalmente ocupadas – são bens da União,

ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (SILVA, 2006, p. 855).

Essa afirmação pode ser comprovada pela leitura do art. 231 e alguns de seus parágrafos, indispensáveis para esse estudo:

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.

[...]

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

[...]

§ 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.

Segundo Sarmiento (2013, p. 13), “a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvidas, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea”, tendo em vista o inequívoco propósito do constituinte de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais indígenas. Dessa forma, a instituição de um marco temporal como condição para a sua garantia contraria de modo expresso o texto constitucional, praticamente ferindo de morte o conceito de direito originário e congênito. A Constituição, de diversas formas, preocupou-se em não legitimar os esbulhos ocorridos no passado, e isso não se pode negar.

A tese criada não reflete sequer um consenso internacional sobre o tema ou uma terceira via na abordagem. Na Latino América, por exemplo, tem-se o exemplo da interpretação conferida

pelo Tribunal Constitucional colombiano ao tema, segundo o qual (RODRÍGUEZ, 2015, p. 69),

la posesión ancestral de las tierras que habitan las comunidades o pueblos indígenas es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Advierte que, cuando pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en los desplazamientos forzados), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio, de velar por que se haga efectivo el derecho al retorno y, si no es posible, de iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que esos pueblos obtengan tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida (ccc, T-282/11).

Estabelecer um requisito de ordem cronológica para um direito originário e congênito mostra-se uma contradição em termos, sendo uma triste subversão da Constituição, com consequências nefastas.

O 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, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra. (SILVA, 2006, p. 857).

Em outras palavras, a expressão é um mecanismo de reforço aos usos e costumes indígenas, a fim de que as suas terras sejam reconhecidas pela sua própria perspectiva – e não o contrário. Nesse sentido, é importante trazer a lição de Duprat (2006, p. 7):

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

Ademais, nas palavras de Silva (2016, p. 9), em parecer sobre a questão aqui estudada,

a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos.

Desse modo, em primeiro lugar, as terras indígenas não podem ser consideradas sob um aspecto puramente cronológico, e, mesmo que o pudessem, não seria o texto constitucional de 1988 que estabeleceria esse marco.

Significa dizer, sem risco de erros, que o marco temporal [...] 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. (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 10).

Assim, sob nenhum aspecto, a data da promulgação da atual Constituição pode ser utilizada como referência para a ocupação indígena.

Essa confusão ocorre, segundo a doutrina, em razão do equívoco cometido pela tese do marco temporal, que considera a ocupação indígena de acordo com os parâmetros relacionados à posse do direito civil, quando a Constituição trata do indigenato, instituto diverso. Nos termos do parecer elaborado por Silva (2016, p. 17), o conflito nas terras indígenas “não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não têm uma posse nesse sentido de direito privado”. São, como já se afirmou, direitos originários e congêntos, que não se subordinam a uma cadeia dominial, e a Constituição de 1988 deixou isso evidente. “Não se pode exigir da comunidade indígena que ostente os títulos da terra ou que demonstre a ocupação efetiva e ininterrupta. Os direitos dos índios às suas terras precedem a qualquer outro” (SILVA, 2004, p. 145).

O problema se agrava quando entra em cena o chamado renitente esbulho. Por essa visão, caso os indígenas não estivessem na posse direta da área quando promulgada a Constituição, nem houvesse conflito possessório nessa data, não haveria direito à demarcação. Seria como se os índios tivessem tolerado o esbulho ou até abando-

nado o território, abrindo mão dele. De acordo com essa posição, “a teoria a ser aplicada para a solução do caso é a do fato indígena, já que a ocupação deve ser verificada de fato, e não a teoria do indigenato, para evitar uma investigação imemorial da ocupação” (VITORELLI, 2013, p. 220). Não parece ter sido essa a opção do constituinte.

O que mais assusta, contudo, é o caráter restritivo conferido pelo STF ao renitente esbulho. Como se viu, o tribunal desprezou uma série de manifestações formais por parte dos indígenas em protesto pelo seu território, com um rigor desproporcional, que praticamente aniquila o direito fundamental daqueles índios esbulhados. Ao contrário disso, “não se pode utilizar de uma interpretação restritiva acerca do renitente esbulho, como se a controvérsia judicializada fosse uma disputa possessória individual” (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 13). Sustenta-se que, mesmo utilizando o marco temporal de outubro de 1988, faz-se necessário, pelo menos, que o conceito de renitente esbulho seja interpretado de forma mais alargada, a fim de maximizar a proteção constitucional dos povos indígenas. Se assim não for, ferir-se-á de morte o art. 231 da Constituição Federal (SILVA, 2004, p. 150):

Os índios não precisam provar que ocupam a terra desde o ano 1500. Eles precisam provar que habitam a terra atualmente e estão sendo esbulhados ou que ocupavam a terra e foram espoliados de seu território em um passado vivo e palpitante que pode ser reconstituído pela história oral, modo de ocupação e vestígios de sua presença na área. Diante de uma ocupação tradicional atual ou pretérita, os títulos dominiais são nulos e extintos, não produzindo efeitos. Da mesma forma é nulo e não produz efeitos qualquer ato que visa à ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas tradicionais (art. 231, § 6º, Constituição Federal de 1988). Tal dispositivo constitucional reforça o conceito de direito originário que os índios têm sobre suas terras tradicionais. O direito originário precede a qualquer outro. Se os índios foram expulsos da terra, convencidos a sair ou removidos, no momento de tal ato eles ocupavam a terra em caráter permanente, uma vez que os índios não abandonaram suas terras espontaneamente.

Ao saírem da terra por qualquer desses motivos, os índios não perdem a posse sobre elas, porque essa posse é permanente e impres-

critível. A posse dos ocupantes não índios é precária e nula e a posse dos índios é permanente, originária e congênita.

De todo modo, para além da questão técnica, as consequências geradas por esse cenário são sombrias. O genocídio, durante muito tempo, foi uma política de Estado (a matéria é tema de desdobramentos e ricas pesquisas no GT Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar, instituído pela Portaria 01/2016/6CCR/MPF), além de que, até esse marco temporal, vigorava no País uma violenta ditadura que considerava os índios incapazes, havendo um regime tutelar.

De acordo com o relatório da Comissão Nacional da Verdade, o Estado brasileiro cometeu inumeráveis violações de direitos humanos com o

objetivo central de forçar ou acelerar a integração dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico. (BRASIL, 2014, p. 245).

Nesse sentido, não é razoável ignorar essa triste realidade e criar uma data limite fictícia para a reclamação, por parte dos índios, de seus direitos espoliados.

Em síntese, condicionar a demarcação a uma situação de efetivo conflito possessório, de fato ou judicializado, em 1988, após tantos anos de massacre, significa empurrar para os povos esbulhados um ônus desproporcional, em total dissonância para com a vontade do constituinte originário. Esse entendimento tem o condão de legitimar violências ocorridas em conflitos agrários entre indígenas e não indígenas, inclusive, durante o regime de exceção, contrariando a Constituição. “A verdade é que o estabelecimento arbitrário da referida data carrega o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos” (BRASIL, 2014, p. 249). O Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em artigo publicado (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 13), ilustrou bem o problema, o que merece a citação:

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.

Enfim, o Estado brasileiro vem trilhando um caminho de desrespeito não só à Constituição mas também aos diversos compromissos internacionais assumidos. É importante dizer que a Corte Interamericana de Direitos, cuja jurisdição o Brasil reconhece, já se manifestou em casos semelhantes, relativos a direitos indígenas. A título de exemplo, vale mencionar o caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, em que,

em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. (PEGORARI, 2017, p. 258-259).

Assim, a Corte asseverou que tal direito não está condicionado no tempo. Nesse sentido, caso o STF não corrija o rumo até agora tomado, uma condenação internacional no futuro não deverá ser surpreendente.

“Decretar que somente as terras ocupadas por índios em 1988 merecem os direitos constitucionais permite apagar da memória esbulhos e injustiças” (CUNHA, 2014). Trata-se de uma opção equivocada, que contraria o espírito da Constituição de 1988, pois muitas

vezes torna letra morta o indigenato. Segundo Vitorelli (2013, p. 249), “o Supremo Tribunal Federal legalizou, ou pelo menos considerou irrelevantes, décadas de invasões, abusos, usurpação e assassinatos praticados contra as comunidades e seus integrantes”. A tese do marco temporal, compreendendo um conceito extremamente restrito de renitente esbulho, termina por legitimar, como consequência prática, toda forma de violência cometida em desfavor dos povos indígenas. E essa não é, com absoluta certeza, a intenção da Constituição Cidadã, que ostenta o compromisso inadiável de superar os entraves autoritários que vigoravam no regime de exceção anterior.

Cabe ainda trazer à baila o papel do Ministério Público Federal na mediação de conflitos agrários ocorrentes entre indígenas desapossados de há muito, embora ciosos da precariedade da posse agroecológica vilipendiada por terceiros, e grupos ocupantes (JUZINSKAS, 2016, p. 179-186). Assumida a tese do marco temporal e do renitente esbulho, ainda que ao grupo indígena faleça a comprovação dos requisitos para a ocupação tradicional, nada obstará a que se preserve, ao menos a título de proteção possessória coletiva, a terra injustamente tomada por terceiros (*nec vi, nec clam, nec precario*). Inegavelmente uma proteção de feição menor, instável e apta a reproduzir a violência no campo em largas plagas, pelo caráter de instabilidade ínsita à tutela possessória.

4 Conclusão

Com base no estudo realizado, parece evidente que a chamada tese do marco temporal importará grave retrocesso na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Sob o pretexto de pacificar as homéricas tensões fundiárias decorrentes de processos de demarcação cada vez mais judicializados, essa falsa solução, em verdade, perpetua a situação caótica em que algumas populações se encontram e alimenta os conflitos em razão da realidade desses povos, que se veem obrigados a viver em situação de confinamento territorial e miséria.

Pode-se dizer que a consequência mais imediata desse entendimento é, sem dúvida, a banalização das consequências dos incontáveis esbulhos e massacres sofridos pelos povos indígenas antes da

atual Constituição. Mostra-se incontestável que a tese do marco temporal, além de ser tecnicamente insustentável perante o instituto do indigenato, produz uma consequência inaceitável para a realidade do País, tendo em vista o que foi instituído pelo poder constituinte originário bem como mediante os compromissos internacionais assumidos por parte do Brasil em diversos instrumentos, a fim de superar o seu passado autoritário de violações dos direitos humanos.

Aliás, é bom que se ressalte que a condução das decisões no espaço público brasileiro, incluída aí a proteção deficiente de direitos fundamentais por parte da Corte Suprema, pode – e, tomando por base precedentes, provavelmente assim será – levar a um sancionamento do País no plano internacional, gerando consequência de índole econômica e político-institucional. Nas letras de Gomes e Mazzuoli (2013, p. 222):

O Brasil sequer pode cogitar da possibilidade de não cumprir as decisões da CIDH. Poderia sofrer sanções internacionais e ser excluído da OEA. O não cumprimento pelo Estado brasileiro de sentença da Corte Interamericana acarreta nova responsabilidade internacional ao país, a ensejar nova ação internacional na mesma Corte e nova condenação, e assim por diante. [...] O STF nada pode fazer. As decisões da Corte devem ser cumpridas pelo Brasil necessariamente.

Em verdade, é preciso reconhecer que o momento presente não se mostra muito favorável aos povos indígenas, em consonância com uma onda bastante ameaçadora aos seus direitos mais básicos. Essa onda pode ser materializada na PEC n. 215/2000, que, inclusive, pretende constitucionalizar a tese do marco temporal, além de intentar outros retrocessos gravíssimos. Na mesma toada, em 20 de julho de 2017, foi publicado o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado por Michel Temer, com o objetivo de tornar obrigatória a observância, pela Administração Pública Federal, dos critérios estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol, incluindo o marco temporal. Se essa concepção prosperar, enterrará de vez o sonho de muitos povos indígenas, durante séculos massacrados com o aval do Estado brasileiro.

A Suprema Corte, por melhores intenções que tenha de pacificar o campo, não pode se prestar a legitimar um histórico de

violências e esbulhos com base numa criação jurídica que ignora por completo a realidade desses povos e de seus conflitos fundiários. Não é possível esquecer que, até a redemocratização do País, vigorava uma ditadura governada por militares, em que o índio era visto como um ser incapaz, submetido a um regime tutelar. Apenas em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, surge uma nova era de direitos, superando-se o paradigma assimilacionista, na qual os indígenas passam a ter voz e a buscar cada vez mais seus direitos fundamentais. Antes não havia essa possibilidade, obviamente.

Nesse sentido, exigir, como um requisito para o reconhecimento das terras indígenas, que ainda, em 1988, na transição de uma tenebrosa ditadura, os índios esbulhados e silenciados estivessem herculeamente resistindo em suas terras ou litigando judicialmente por elas configura um verdadeiro absurdo, desarrazoado ao extremo. Se o STF deseja manter o marco temporal de 1988, em homenagem a uma suposta segurança jurídica, deve, no mínimo, conferir uma interpretação bem menos restritiva ao conceito de renitente esbulho, sob pena de legitimar os piores ataques cometidos contra os povos indígenas, verdadeiros habitantes originários dessas terras. Não há outra digna saída, e o contrário significa menosprezar um verdadeiro genocídio, o que não pode ser admitido em uma ordem democrática.

Referências

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. São José da Costa Rica, 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. São José da Costa Rica, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O STF e os índios. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 nov. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/11/1550130-manuela-carneiro-da-cunha-o-stf-e-os-indios.shtml>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CUPSINSKI *et al.* *Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal ante a proeminência do art. 231 e 232 da Constituição de 1988*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

DUPRAT, Deborah. *Terras indígenas e o judiciário*. Brasília: 6^a CCR-MPF, 2006. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de São José da Costa Rica. 4. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010: características gerais dos indígenas: resultados do universo*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2012.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A defesa da posse indígena e a tutela possessória coletiva no novo CPC: reflexões e estudo de caso. *In: VITORELLI, Edilson. Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada (conforme o novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-206.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 7 jun. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 19 abr. 2018.

PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. Demografia dos povos indígenas no Brasil: um panorama crítico. In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura (orgs.). *Demografia dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Campinas: ABEP, 2005. p. 11-32.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *ARACÉ – Direitos Humanos em Revista*. [S.l.], ano 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Schwarcz, 1998. p. 115-132.

PORTUGAL. Provisão de 1 de abril de 1680. *Provisão sobre a repartição dos índios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jesus*. Lisboa, 1 abr. 1680. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: luchas, contenido y relaciones*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião*. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2005.

Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_dr-_roberto_lemos.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Nota técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*. Brasília: 6^a CCR-MPF, 2013. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre o marco temporal de 1988*. São Paulo, 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 abr. 2018.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 6, n. 11, p. 139-152, jan./jul. 2004.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.