

JUSTIÇA E O MARCO TEMPORAL DE 1988:

AS TESES JURÍDICAS EM DISPUTA NO STF SOBRE TERRAS INDÍGENAS



Terra de
Direitos



FICHA TÉCNICA

Realização:

Conselho Indígena Tapajós Arapiuns - CITA e Terra de Direitos

Apoio:

Misereor

Autores:

Auricelia dos Anjos, Elida Lauris, Pedro Sérgio Vieira Martins
e Raimundo Abimael dos Santos

Contribuição:

Franciele Petry Schramm, José Lucas Odeveza e Lizely Borges

Foto da capa:

Gabriele Siqueira

Diagramação:

Sintática Comunicação

Agosto de 2021

SUMÁRIO

Introdução	03
AS 10 TESES DEFENDIDAS PELOS RURALISTAS: POR QUE ELAS NÃO SE SUSTENTAM?	05
1. Marco temporal como regulamentação do art. 231 da CF	05
2. Marco temporal de ocupação seria o principal elemento de pacificação das relações fundiárias brasileiras	07
3. Marco temporal representa a consolidação das decisões do STF sobre Terras Indígenas	08
4. A Demarcação de Terras Indígenas deve ser limitada pelo Desenvolvimento econômico do país	11
5. O direito de propriedade é um direito humano e deve igualmente ser protegido como o art. 231 da CF	13
6. Pela aplicação do Parecer nº 001/2017/AGU	15
7. Convenção 169 da OIT reforçaria o marco temporal	17
8. Marco temporal é a melhor interpretação sobre o significado do verbo “ocupar” no art. 231 da CF	18
9. Marco Temporal representa segurança jurídica	20
10. Marco temporal é a garantia da ordem pública	22
OS IMPACTOS DO MARCO TEMPORAL SOBRE OS POVOS INDÍGENAS NO BAIXO TAPAJÓS	25
DIREITO A AUTOIDENTIFICAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS	28

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) pode decidir o futuro da demarcação das terras indígenas no país. Está em discussão na Suprema Corte a chamada tese do “marco temporal”, uma tese que vincula o direito à terra aos indígenas que estavam – ou reivindicavam – a terra no dia de 5 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a Constituição Federal brasileira.

Se aplicada nos processos de demarcação de terras indígenas, a tese do marco temporal impedirá o reconhecimento de territorialidades indígenas de povos que resistiram ao extermínio e ao genocídio que os atinge até hoje. Ainda, pode inviabilizar a demarcação de terras indígenas que até o momento tem por previsão a declaração de nulidade dos documentos fundiários referentes a área a ser demarcada: sem a declaração de nulidade, em caso de aplicação do marco temporal, o Estado vai ter que indenizar os proprietários, o que dependeria de significativa destinação orçamentária.

Para além disso, a aceitação do marco temporal corrompe o caráter originário de direitos indígenas – um caráter reconhecido pela Constituição –, pois limita e condiciona o gozo dos direitos a critérios que desconsideram o genocídio indígena.

O marco temporal, como tese jurídica de regulamentação de direitos étnicos, no STF está presente em julgamentos como o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3239 sobre territórios quilombolas (art. 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias) e na ADI 5905 (movida pelo Estado de Roraima) sobre a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Em 2021, a tese jurídica do Marco Temporal chega no julgamento do Recurso Extraordinário 1017365 como tema de Repercussão Geral para Terras Indígenas.

O Recurso Extraordinário foi movido pela Fundação Nacional do Índio (Funai), em 2016, em face do Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) sobre conflito existente no Estado de Santa Catarina com povos indígenas da Terra indígena Ibirama-La Klãnõ. No ano de 2009, a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Fatma) – hoje IMA – ingressou com Ação de Reintegração de Posse em face da Fundação Nacional do Índio, afirmando ser legítima possuidora de uma área de 80.006,00m², localizada na Linha Esperança-Bonsucesso, distrito de Itaió-SC.

A Fatma chegou a alegar que exercia a posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de sete anos. Porém, a área em questão tratava-se de parte da Terra indígena Ibirama-La Klãnõ, dos povos Xokleng, Kaingang e Guarani, conforme Portaria nº 1.182/2003, do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani a Terra indígena Ibirama-La Klãnõ, com superfície aproximada de 37.108ha (trinta e sete mil cento e oito hectares).

No Recurso Extraordinário, a Funai questiona a possibilidade de reintegração de posse da área por entender que a área objeto do conflito já foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena, e que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – que foi favorável a reintegração de posse movida pela Fatma – afastou-se da interpretação do artigo 231, ao privilegiar o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis, em detrimento do direito originário dos índios.

Em 2017, a publicação do Parecer Normativo 001/2017, publicado pela Advocacia-Geral da União (AGU) em 20 de julho de 2017, também abriu brechas para aplicação da tese do Marco Temporal ao determinar a adoção de uma série de restrições às demarcações das terras indígenas por parte da administração pública. Pelo Parecer 001, só teriam direito à demarcação os indígenas que estivessem ocupando a terra em 5 de outubro de 1988.

Em março de 2020, a comunidade indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ peticionou, juntamente com a maioria dos *amici curiae* admitidos na presente ação, um pedido de tutela provisória incidental no sentido de suspender os efeitos do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, *inaudita altera pars*, até que a Suprema Corte possa definir em definitivo acerca da matéria posta sob a análise do instituto da repercussão geral do Recurso Extraordinário 1017365.

O Relator Ministro Edson Fachin deferiu monocraticamente o pedido cautelar, e suspendeu os efeitos do referido parecer até o final do julgamento de mérito do Recurso Extraordinário, que está agendado para o dia 25 de agosto de 2021.

Com o reconhecimento da repercussão geral, o julgamento não atingirá somente os povos Xokleng, Kaingang e Guarani, mas centenas de povos indígenas em todo o país com “*definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do artigo 231 do texto Constitucional*” (Tema de Repercussão Geral nº 1.031).

Com agendamento do julgamento para o dia 25 de agosto, houve uma intensa mobilização por ingresso como *Amici Curiae*, os “amigos da Corte”, que se posicionaram a favor ou contra o Marco Temporal. Por pedido da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) ou da Confederação Nacional da Agricultura (CNA), o STF se tornou arena de disputa entre indígenas e ruralistas.

Até o momento, mais de 150 entidades ingressaram com pedidos de admissão como *Amici Curiae* a favor do Marco Temporal. São entidades principalmente do sindicalismo ruralista ligadas a produção de soja e milho e localizadas, em sua maioria, nos Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Bahia.

Nessa publicação trazemos as 10 principais teses dos ruralistas e demonstramos como elas são contrárias a própria Constituição Federal, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. Assim, esperamos fortalecer os argumentos jurídicos em defesa dos povos indígenas nesse momento de intensa disputa do judiciário no Brasil.

AS 10 TESES DEFENDIDAS PELOS RURALISTAS: POR QUE ELAS NÃO SE SUSTENTAM?

1. Marco temporal como regulamentação do art. 231 da CF

O artigo 231 da Constituição Federal consagrou no texto da Carta Magna a proteção à territorialidade indígena após intensa mobilização dos povos indígenas na Constituinte através da União das Nações Indígenas. Para entidades ruralistas, o artigo da Constituição necessitaria de regulamentação, sendo norma constitucional programática. Para tanto, a definição de um marco temporal pelo judiciário preencheria, segundo as entidades ruralistas, uma suposta lacuna e assim delimitaria os contornos dessa norma. O artigo 231 assim dispõe:

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.

Do ponto de vista da interpretação das normas constitucionais, não há dúvidas de que o artigo 231 é autoaplicável. De acordo com o Ministério Público do Paraná, a lei complementar mencionada no artigo 231, mesmo não tendo sido outorgada, não torna o artigo 231 inaplicável. Destaca-se que a Constituição emprega, mais de uma vez, a expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, sem exigir sua prévia demarcação. “Além disso, não se pode deixar de considerar que a linguagem usada no texto constitucional não deixa a menor dúvida de que se trata de direitos fundamentais dos indígenas; como tais, de força superior à de qualquer direito ordinário de propriedade ou uso”¹. (MP-PR, 2013).

A Relatoria Especial para os Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU) chama atenção para o perigo da estratégia de tentar diluir a eficácia de normas e princípios constitucionais e internacionais vinculantes através da exigência de leis complementares e subsidiárias. Trata-se de uma estratégia perigosa, dirigida a esvaziar a aplicabilidade dos direitos indígenas, porque, na prática, este argumento pretende suspender a eficácia da norma constitucional e fazê-la depender da decisão de um legislativo sem representação indígena e sem mecanismos de consulta aos povos indígenas efetivos e significativos.

Parte do problema está no próprio parlamento e nos seus membros, na escassa representação e participação dos povos indígenas no trabalho legislativo, na falta de consulta aos povos indígenas, nos enviesamentos e preconceitos contra os direitos indígenas observados entre diversos atores do cenário político, entre legisladores e partidos políticos de diferentes convicções [tradução nossa]. (E/CN.4/2006/78, parágrafo 84)

.....
¹ <https://direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>

2. Marco temporal de ocupação seria o principal elemento de pacificação das relações fundiárias brasileiras

Para as entidades ruralistas, os conflitos no campo envolvendo povos indígenas poderiam ser reduzidos caso o STF julgasse a favor da aplicação da tese do Marco Temporal. De acordo com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI)² só no ano de 2019 foram registrados 35 casos de conflitos relativos a direitos territoriais indígenas.

Em 2018, a Relatora Especial das Nações Unidas para os povos indígenas chamou atenção para o que denominou uma intensificação da competição pelos recursos naturais liderada por empresas privadas, muitas vezes com a cumplicidade de governos, que coloca os povos indígenas que buscam proteger suas terras tradicionais como alvos de perseguição, ataques, assassinatos e criminalização (A/HRC/39/17, parágrafo 24). Uma das causas determinantes neste contexto de intensificação dos ataques contra povos indígenas é a falta de respeito aos direitos coletivos dos povos indígenas à terra e a falha do Estado em garantir a segurança da posse e a titulação dos territórios. Por sua vez, a capacidade dos povos indígenas de defender suas terras, territórios e recursos de danos é grandemente prejudicada (A/HRC/39/17, parágrafo 30).

A Relatora ainda ressalta que o desrespeito ao direito indígena às suas terras tradicionais gera tensões, violência e criminalização na medida em que os povos indígenas são transformados em invasores ou ocupantes ilegais de suas próprias terras. Consequentemente, ficam sujeitos a processos criminais, como o esbulho possessório, e expostos a despejos e remoções forçadas das terras onde desenvolvem seus meios de subsistência, coesão social e cultural e tradições espirituais. A escalada de processo de militarização, por sua vez, coloca o ativismo dos povos indígenas na defesa dos seus territórios na mira da aplicação da lei de segurança nacional, lei antiterrorismo, e alvos preferenciais dos esquemas de vigilância abusiva do Estado em relação à sociedade civil.

A aplicação do marco temporal, ao limitar os direitos dos povos indígenas à restituição dos seus territórios, restringe sua capacidade de organização e resistência aos processos predatórios de espoliação e exploração das terras e dos recursos naturais e, consequentemente, expõe homens, mulheres e crianças indígenas à violência num contexto de perseguição crescente e intensificação de ataques (A/HRC/39/17, parágrafo 32).

.....
² <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>

O que aconteceria com a aplicação da tese do marco temporal seria a redução significativa dos procedimentos de demarcação de terras indígenas, o que aumentaria a vulnerabilidade dos povos indígenas. Com essa tese, os ruralistas tentam informar que indígenas e seus antagonistas seriam equiparados, partes iguais em situação de conflito, quando a violência parte dos ruralistas, a exemplo da Terra Indígena de Yy Rupa, no Rio Grande do Sul, como aponta o Cimi, e na Aldeia Açaizal, em Santarém (PA), que em 2018, durante visita da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sofreu ataques de produtores de soja³.

Com o marco temporal, a Terra Indígena Munduruku e Apiaká do Planalto no Oeste do Pará, assim como centenas de terras indígenas no Brasil, não teria proteção jurídica étnica. Essa tese nega a realidade de vulnerabilidade dos povos indígenas e suas histórias de resistência em face do genocídio empreendido contra eles em todas as regiões do Brasil.

3. Marco temporal representa a consolidação das decisões do STF sobre Terras Indígenas

A formação de jurisprudência no STF sobre Terras Indígenas, para os ruralistas, não pode ou não deveria se distanciar do julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” (Pet nº 3.388). O alinhamento de entendimento no STF durante o julgamento do RE nº 1017365 seria contraditório caso refutasse o Acórdão do caso Raposa Serra do Sol. No entanto, o referido Acórdão traz expressamente em seus dispositivos a determinação de que o entendimento jurídico aplicado a Raposa Serra do Sol não se aplicava as demais terras indígenas, portanto, não poderia ser um caso de repercussão geral.

O Parecer nº 001/2017 da Advocacia Geral da União, que será objeto de análise em tópico posterior, trata do princípio do *stare decisis* que seria a prática da Suprema Corte de não revisitar os temas e questões já analisados em casos anteriores. Ocorre que com isso o texto do referido Parecer reforça a tentativa de aplicar a todas as Terras Indígenas aquilo que foi determinado no caso Raposa Serra do Sol.

No Brasil, não obstante, a formação histórica do Supremo Tribunal Federal e a construção inicial de um sistema de controle de constitucionalidade de normas não foram acompanhadas pela institucionalização de um princípio de *stare*

³ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-11/organizacoes-denunciam-tentativa-de-intimidar-comitativa-da-cidh-na>

decisis ou de qualquer mecanismo dotado de semelhantes funções. Devido a uma série de fatores que podem ser observados na perspectiva histórica de análise do período de formação da República Federativa (1890-91) – entre os quais sobressai a preocupação política com a concentração de poderes e, nesse aspecto, com o extremo fortalecimento político-institucional do STF, inspirado no modelo da Suprema Corte norte-americana, em relação à experiência de seu antecessor, o Supremo Tribunal de Justiça do Império – o constituinte daquele momento rejeitou a proposta de Rui Barbosa⁽³⁵⁾, a qual, no fundo, pretendia introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro (Parecer nº 01/2017 da AGU)

O voto vogal do Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Cível Originária - ACO 362⁴ (Parque Nacional do Xingu/MT), que foi relator dos embargos declaratórios no Caso Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), teceu importantes comentários sobre o marco temporal:

Também penso, Senhor Presidente, como assentou o eminente Procurador-Geral da República Doutor Rodrigo Janot, cuja presença sempre honra este plenário, não se tratar, aqui, de uma discussão que envolva o marco temporal. Gostaria de pontuar brevemente essa questão, porque, na Petição 3.888, relator Ministro Carlos Ayres Britto, foi fixada, como marco temporal, a data de promulgação da Constituição de 1988. Penso que essa discussão não se coloca, aqui, por duas razões: a primeira é que, no julgamento dos embargos de declaração, naquela demanda em que eu mesmo fui relator, assentou-se que os parâmetros ali estabelecidos somente se aplicavam àquele caso. Em segundo lugar, nesse caso específico que estamos debatendo, porque o parque indígena do Xingu foi demarcado muito antes da vigência da Constituição de 1988. Portanto, essa questão não se colocaria. Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território

.....
⁴ Ação Civil Originária movida pelo Estado do Mato Grosso contra União e Funai, na qual pleiteava indenização por desapropriação indireta. Alegou o autor que foram criados parques e áreas indígenas em terras devolutas e que por esse motivo era devida a reparação pecuniária

que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. (VOTO VOGAL. Ministro Luís Roberto Barroso. ACO 362. STF. 2018)

Na prática, os defensores do marco temporal pretendem consolidar uma jurisprudência que limita gravemente os direitos territoriais indígenas em um país que sequer adotou medidas suficientes para assegurar reconciliação e reparação em relação às graves violações de direitos humanos cometidas contra povos indígenas.

O artigo 28 da Declaração das Nações Indígenas sobre os Direitos dos Povos Indígenas declara que:

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.
2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada.

De acordo com o a Relatora Especial das Nações Unidas para os povos indígenas, a manifestação mais evidente de que ainda é necessário falar em reparação é a contínua falta de acesso à terra e entraves à segurança jurídica na titulação dos territórios. Por outro lado, uma reconciliação significativa com todas as violações de direitos humanos sofridas exige a garantia de não repetição dessas violações (A/HRC/27/52, parágrafos 31 e 32). As tentativas de impor a aplicação do marco temporal como critério para titulação dos territórios indígenas violam as garantias de não repetição das violações de direitos sofridas por estes povos, pois não passa de um revestimento jurídico ilegítimo à cumplicidade do Estado com o processo de retirada violenta dos povos indígenas das suas próprias terras e com a multiplicidade de violações de direitos humanos que daí decorre.

4. A Demarcação de Terras Indígenas deve ser limitada pelo Desenvolvimento econômico do país

O Desenvolvimento econômico é - na linguagem dos ruralistas - traduzido apenas e restritivamente nos dados das safras de soja e milho que tem avançado sobre Terras Indígenas. Nos mais de 130 pedidos de ingresso na qualidade de *Amici Curiae*, as entidades ruralistas tentam convencer com números das safras anuais de grãos os ministros e ministras da Suprema Corte Brasileira de que a produção de *commodities* agrícolas para aumento do Produto Interno Bruto (PIB) precisa ser colocada à frente da demarcação de Terras Indígenas. Este entendimento está em desacordo com outros preceitos constitucionais, a exemplo do art. 3º da Constituição Federal.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O desenvolvimento também significou genocídio. De acordo com Relatório da Repórter Brasil, a soja tem impactado diversas comunidades indígenas de diferentes formas. Na TI Maraiwatsede, em Alto da Boa Vista e Bom Jesus do Araguaia (MT), dos Xavantes, a soja ocupa, como invasora, a terra dos índios e tem liderado os rankings de multas por desmatamento na região⁵ (Repórter Brasil, 2010).

Em recente relatório da APIB, ficou registrado o quanto que campos de soja impactam direta e indiretamente as Terras Indígenas. O que os ruralistas tentam argumentar é que este modelo de desenvolvimento é viável e que os povos indígenas devem estar a ele integrados.

Apesar de ser signatária da Moratória da Soja na Amazônia e afirmar que cerca de 95% da sua safra 2018-19 é livre de desmatamento e conversão, a Cargill

⁵ https://reporterbrasil.org.br/documentos/indigenas_soja_MT.pdf

segue sendo um dos traders de soja mais expostos a risco de envolvimento em desmatamento, de acordo com os dados da plataforma Trase. Em 2018, ela foi a segunda trader de soja que mais exportou o grão produzido nos 15 municípios com maior área de soja em fazendas associadas com desmatamento ilegal no Mato Grosso⁶ (APIB & AMAZON WATCH, 2020, p. 25)

De acordo com o Professor Carlos Frederico Marés (2006), no plano internacional, a legislação que referenciava práticas assimilacionistas e integracionistas, a exemplo da Convenção nº 107 sobre populações indígenas e tribais, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1957, foi revista em 1989, através da Conferência Internacional da OIT que concluiu uma discussão de três anos, com a participação de inúmeros representantes de organizações indígenas e governamentais, aprovando a Convenção nº 169. “Esta, diferentemente da Convenção nº 107, onde os indígenas não foram ouvidos, representou um enorme avanço no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis”⁷ (SOUZA FILHO, 2006).

Artigo 7º I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (Convenção nº 169 da OIT)

A Relatora Especial para os Povos Indígenas das Nações Unidas, por sua vez, afirma que:

De fato, historicamente o desenvolvimento em todo o mundo ocorreu e ainda ocorre às custas dos povos indígenas; de forma frequente esse tem sido o caso quando terras e recursos dos povos indígenas foram tomados, em seu detrimento e em benefício do desenvolvimento de outros. Respostas destinadas a melhorar a situação social e econômica de os povos indígenas devem levar em conta essa história e tentar restaurar aos povos indígenas o que foi perdido, incluindo terras suficientes para garantir uma base econômica

.....
⁶ <https://amazonwatch.org/assets/files/2020-cumplicidade-na-destruicao-3.pdf>

⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; PACHECO, Rosely Aparecida Stefanis. Os povos indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural. Disponível em:< http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_frederico_mares_de_souza_filho.pdf>. Acesso em 30 de julho de 2021

para seu desenvolvimento e meios para o exercício de sua autodeterminação sobre questões relativas ao seu desenvolvimento. Na verdade, numerosos estudos têm mostrado que o aumento do controle dos povos indígenas sobre seus processos internos de tomada de decisão resulta em melhores resultados de crescimento econômico (tradução nossa) (A/HRC/27/52, parágrafo 44).

5. O direito de propriedade é um direito humano e deve igualmente ser protegido como o art. 231 da CF

O direito de propriedade privada da terra não se sobrepõe aos direitos originários. Os ruralistas defendem status diferenciado do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. É necessário, nesse caso, qualificar o status jurídico dos direitos originários. Sobre status do direito indígena como direito originário cabe visitar as lições do professor Carlos Marés:

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros⁸ (SOUZA FILHO, 2013, p. 21)

A partir do caso concreto do julgamento da Ação Cível Originária (ACO) 323 sobre Terra Indígena do povo Krenak, em Minas Gerais, é possível verificar de maneira emblemática como o debate sobre o choque entre o direito à terra indígena e o direito à propriedade privada já está assentado no Supremo Tribunal Federal.

Ação Cível Originária. títulos de propriedade incidentes sobre área indígena. Nulidade. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios krenak e outros grupos.

⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Os povos indígenas e o direito brasileiro**. In: Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.

procedência do pedido. (STF, ACO 323/MG, relator: Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 08-04-1994)

O Estado de Minas Gerais, apoiado pelo governo federal, retirou o povo Krenak do Vale do Rio Doce e os dispersou por outras áreas indígenas, cedendo suas terras para produtores privados. Em uma ação judicial que foi iniciada antes da Constituição de 1988, mas julgada definitivamente em 1994, foram anulados todos os títulos de domínio expedidos pelo Estado de Minas Gerais e determinado o retorno dos índios à terra. A histórica decisão do STF, baseado em voto do Ministro Francisco Resek demorou mais alguns anos para ser cumprida e somente em 1997 os Krenak retomaram a posse de suas terras. É uma história de sucesso na reversão (KRENAK⁹ citado por SOUZA FILHO, 2013, p. 22).

Ao interpretar a aplicação do direito à propriedade privada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 21), a Corte Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu o dever dos Estados de salvaguardar o direito à propriedade comunal dos povos que vivem em terras ancestrais em conformidade com suas tradições.

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007)

Ocorre que, com o marco temporal, o que se disputa também é o desdobramento do direito de propriedade no direito à justa indenização. A considerar a tese do marco temporal, os proprietários passariam a receber recursos provenientes do Estado para garantir o usufruto exclusivo dos indígenas, e não mais seriam nulos os documentos sobre a propriedade da terra.

.....
⁹ KRENAK, Ailton. Sonhando com as montanhas. Parábolicas, São Paulo, n. 31, v. 4, p. 12, jul./ago

6. Pela aplicação do Parecer nº 001/2017/AGU

Para tratar da aplicação do artigo 231 para Administração pública federal direta e indireta, a Advocacia Geral da União publicou em 20 de julho de 2017 o Parecer nº 001/2017 estipulando 19 condições para a demarcação de Terras Indígenas, as chamadas “salvaguardas institucionais às terras indígenas”.

Na fundamentação do Parecer, a AGU aponta que estaria aplicando apenas um suposto entendimento consolidado no STF sobre o tema da demarcação de Terras Indígenas. O movimento indígena tem denunciado que as salvaguardas restringem o usufruto exclusivo pelos indígenas em suas terras.

A Corte sempre esteve consciente de que os desafios levantados pelos problemas suscitados no processo da PET n. 3.888 não poderiam ser solucionados com a lógica disjuntiva própria dos pronunciamentos de simples procedência ou improcedência da ação. O caso estava realmente a cobrar soluções diferenciadas, que tentassem oferecer respostas seguras para a definição do quadro jurídico-institucional da demarcação da terra indígena e, ao mesmo tempo, pudessem equacionar os diversificados fatores sociais e culturais nele imbricados (Parecer nº 01/2017 da AGU)

O Parecer nº 001/2017/AGU teve seus efeitos suspensos por decisão do Ministro Edson Fachin no âmbito do julgamento das cautelares do Recurso Extraordinário nº 1017365. A aplicação do Parecer duramente o julgamento prejudicaria processos administrativos de demarcação de terras indígenas cuja possível revisão posterior a julgamento de mérito seria profundamente prejudicada.

Da análise dos argumentos lançados pela petionária, pela União e pela FUNAI, é possível depreender-se, dentro de um juízo ainda que precário no âmbito cautelar, tal como já decidi no âmbito da Ação Cível Originária n 1.100, problemas em sua incidência à análise das demarcações administrativas, com notórios efeitos em processos judiciais que serão atingidos pela decisão a ser proferida no presente feito (Decisão. Ministro Edson Fachin. RE 1.017.365.)

Para os ruralistas, o Parecer deve orientar a política de demarcação de Terras Indígenas, pois, estaria harmonizando o direito às terras indígenas e o direito à propriedade privada. De acordo com o Parecer, estariam consolidados na Corte Suprema os seguintes entendimentos: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da

terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.

As obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Estado brasileiros são explícitas ao referir que o dever do Estado é promover a harmonização legislativa para implementar os direitos dos povos indígenas e não para restringi-los. À luz do direito internacional dos direitos humanos, o Parecer nº 001/2017/AGU nada mais é do que um excelente exemplo das deficiências de implementação dos direitos indígenas no âmbito do direito doméstico brasileiro. O parecer, emitido no âmbito da administração pública brasileira, é completamente inconsistente com princípios e normas constitucionais, para além de intencionalmente desconsiderar padrões internacionais de direitos dos povos indígenas aos quais o estado brasileiro é vinculado. É um exemplo da produção deliberada de inconsistências e contradições dentro da própria máquina administrativa do Estado como forma de violação dos direitos dos povos indígenas.

Ao abordar a estratégia de produção de inconsistências normativas e criação de impedimentos institucionais como forma de violação de direitos dos povos indígenas, a Relatoria Especial para Povos Indígenas da ONU salienta para a existência, em muitos países, de uma lacuna de implementação entre padrões e princípios de direitos humanos dos povos indígenas e a multiplicidade de leis e outras normativas no interior dos estados. Os padrões internacionais, mesmo quando ratificados, não passam a ser automática e plenamente adotados pelo direito dos países (E/CN.4/2006/78, parágrafo 18).

Por outro lado, aponta a Relatoria, há uma falta de consistência entre diferentes legislações e normativas a nível interno. A inconsistência no âmbito das normas de direito interno, assume várias formas: (a) a falha em fazer cumprir pela burocracia do Estado princípios e normas constitucionais e leis gerais de proteção de direitos indígenas e socioambientais; (b) o desrespeito não intencional ou intencional dos padrões internacionais de direitos humanos; (c) a falta de treinamento e conhecimento especializado de funcionários públicos; (d) a falta de recursos ou a ausência de leis ou regulamentos específicos que reforcem padrões de proteção e defesa dos direitos indígenas; e (e) a produção deliberada de instrumentos normativos no âmbito administrativo com o objetivo de restringir direitos protegidos constitucionalmente (E/CN.4/2006/78, parágrafo 19). Afirma a Relatoria que, ao mesmo tempo em que a burocracia do Estado reage de forma lenta e despreparada a novas normativas em favor de direitos indígenas, defende uma herança assimilacionista que rejeita e atua deliberadamente contra o reconhecimento dos povos indígenas (E/CN.4/2006/78, parágrafo 87).

7. Convenção 169 da OIT reforçaria o marco temporal

Assim como veremos na tese seguinte, os ruralistas forçam revisão da interpretação do artigo 231 indicando que o verbo “ocupar” teria o mesmo significado de posse direta, e se limitaria a um instituto do direito civil. A começar na fundamentação desta tese, os ruralistas informam que a Convenção nº 169 da OIT reforçaria o índice temporal para validar a posse indígena. Vejamos os dispositivos dessa convenção:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. 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.

Artigo 14

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

O que não ficaria caracterizado na tese ruralista é que a Constituição Federal dispõe sobre direito ao território e não a posse, que é do campo do direito civil, enquanto o território está situado no campo dos direitos étnicos. Na obra “Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional”, organizada pelo Professor Joaquim Shiraishi Neto, ficam explícitas as referências à Convenção nº 169 como marco normativo de direitos étnicos a proteger a territorialidade indígena.

Nos termos do Art. 2.º da referida Convenção, tem-se explicitado o procedimento de reconhecimento de “povos” e/ou “comunidades”, sob um significado lato senso para além do sentido estrito de “tribo”, assim enunciado: “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção”. Além disto, o Art. 14 assevera o seguinte em termos de dominialidade e direitos territoriais: “dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. A ratificação da Convenção 169 não apenas reforça instrumentos de redefinição da política agrária, mas também favorece a aplicação da política ambiental e de políticas étnicas, reforçando os termos da implementação de um outro dispositivo transnacional, qual seja, a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB¹⁰ (ALMEIDA, 2007, p. 10)

8. Marco temporal é a melhor interpretação sobre o significado do verbo “ocupar” no art. 231 da CF

Como vimos, o verbo “ocupar” presente no artigo 231 da Constituição Federal não tem o mesmo significado de posse direta e não se limita a um instituto do direito civil, como insistem os ruralistas em suas petições de *Amici Curiae* no RE 1017365. A interpretação da norma constitucional está em acordo com a Declaração Internacional dos Povos Indígenas, que em seu artigo 26 assim expõe:

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.

.....
¹⁰ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. In: Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Joaquim Shiraishi Neto, org. Manaus: uea, 2007

3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

A interpretação sobre o alcance da categoria “terras tradicionalmente ocupadas” pelos indígenas, nos termos do art. 231 da CF, teria sido pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Mas a estratégia ruralista seria estabelecer um marco para definição da tradicionalidade da ocupação indígena e esse marco seria a data de 05 de outubro de 1988. Sobre isso, o Professo José Afonso da Silva afirma:

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 de continuidade de proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional¹¹ (SILVA, 2018, p. 26)

Em julgamento sobre o Caso da Comunidade Mayagna, na Nicarágua, caso emblemático da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se explicitou que a interpretação sobre o artigo 2 da Convenção Americana se refere à obrigação dos Estados em garantir através de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação da propriedade dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni “conforme o direito consuetudinário, valores, usos e costumes desta”¹² (CorteIDH, 2001, p. 72).

Ao se referir ao direito consuetudinário como elemento a ser reconhecido no processo de demarcação da Comunidade pelo Estado da Nicarágua, a Corte reconhece que o significado de “ocupação” alcança o sentido abrangente de territorialidade que vai além de posse, ou seja, alcança as regras comunitárias de uso do território que dizem respeito aos lugares sagrados e de reprodução cultural do grupo.

A noção de posse tradicional indígena já esteve presente no julgamento STF também através do RE 219.983, onde o então Ministro Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de

.....
¹¹ SILVA, José Afonso da. Parecer. In: Direitos dos Povos indígenas em disputa/ Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

¹² Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2021

terras indígenas, que “Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional”. A afirmação categórica de reconhecimento do “tradicional” em oposição ao “imemorial” diz respeito a não necessidade de comprovação de posse direta e contínua de uma mesma terra por gerações imemoriais, o que está em acordo com os termos até aqui expostos de posicionamentos contrários a tese do Marco Temporal, porém o mesmo Ministro reafirmava as limitações ao reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas por critérios objetivos que negavam o histórico de genocídio dos povos indígenas. Assim, deve ainda a Suprema Corte inaugurar entendimento sobre a demarcação de Terras Indígenas que seja coerente com a Constituição e demais tratados internacionais referentes a esta matéria.

9. Marco Temporal representa segurança jurídica

Ao tratar da segurança jurídica, os ruralistas não mencionam a segurança jurídica relativa ao alinhamento jurisprudencial, mas sim a segurança jurídica do direito de propriedade. O reconhecimento de que o julgamento do RE 1017365 será de repercussão apresenta a questionamentos sobre a limitação do papel do poder Judiciário para garantia do direito de propriedade tal como interpretado pelos ruralistas.

Afinal, qual o papel institucional da repercussão geral como instrumento da jurisdição constitucional do STF? Embora o constituinte não a tenha dotado de efeitos vinculantes, parece clara a sua vinculação com a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima dos cidadãos. A disciplina do art. 1.035 do CPC, assim como a recente alteração promovida pela Lei n. 13.874/2019 no art. 19, VI, alínea “a” da Lei n. 10.522/2002, sugerem que a repercussão geral deve ser utilizada pelo STF como instrumento processual para preservação da sua jurisprudência, que só deve ser alterada em casos de uma distinção fática relevante entre casos concretos ou mutação inequívoca do parâmetro jurídico do controle de constitucionalidade¹³ (BINENBOJM, 2020)

.....
¹³ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/repercussao-geral-seguranca-juridica-e-estabilidade-jurisprudencial-14052020>

A segurança jurídica está em disputa também para povos indígenas. A segurança jurídica representaria a garantia de direitos originários? Garantiria o reconhecimento do direito a autoidentificação e da utilização de laudos antropológicos para identificação de territorialidades?

a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída¹⁴ (SILVA, 2006, p. 133).

A Comissão de Direitos Humanos da OEA, em seu relatório de direitos humanos no Brasil, de fevereiro de 2021, declara entender que “a tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988”.

No Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, um dos casos mais emblemáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos por trazer a julgamento a territorialidade indígena no Brasil, estabeleceu que sentença de 5 de fevereiro de 2018:

118. No mesmo sentido, a Corte estabeleceu que a falta de uma delimitação e demarcação efetiva pelo Estado dos limites do território sobre os quais existe um direito de propriedade coletiva de um povo indígena pode criar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos, porquanto não sabem com certeza até onde se estende geograficamente seu direito de propriedade coletiva e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar os respectivos bens, e deles usufruir livremente.

119. A Corte também estabeleceu que, em atenção ao princípio de segurança jurídica, é necessário materializar os direitos territoriais dos povos indígenas mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação, que reconheça esses direitos na prática, considerando que o reconhecimento dos direitos de propriedade coletiva indígena deve ser garantido por meio da concessão de um título de propriedade formal, ou outra forma similar de reconhecimento estatal, que ofereça segurança jurídica à posse indígena da terra frente à ação de terceiros.

.....
¹⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.

10. Marco temporal é a garantia da ordem pública

A tese de que o marco temporal é a garantia da ordem pública é um elemento discursivo dos ruralistas utilizado quando tentam impor aos povos indígenas a figura de inimigos da ordem pública. A garantia da ordem pública é tratada em decisões do STF para povos indígenas especialmente em casos de reintegração de posse.

Ao analisarmos o exemplo da Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.151 em caso envolvendo o povo Kaiowa, no Mato Grosso Sul, identificamos que a posição tomada pela Ministra Cármen Lúcia considera os direitos dos povos indígenas ao seu território ainda que não demarcado e indica que o contexto do conflito não pesa somente aos indígenas, pois assim expõe: “O contexto parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e consequente agravamento do quadro de violência na região, o que me conduz a reconhecer a plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública”

SUSPENSÃO DE LIMINAR. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRA INDÍGENA DOURADOSAMAMBAIPEGUÁ I. ETNIA KAIOWÁ. RISCO À SEGURANÇA E À ORDEM PÚBLICA. ACIRRAMENTO DO CLIMA DE CONFRONTO FUNDIÁRIO NA REGIÃO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA (Decisão Cautelar. Ministra Carmen Lúcia. SL 1151. STF)

O mesmo discurso dos ruralistas pela garantia da ordem pública visa configurar a ocupação indígena como ato criminoso de esbulho possessório. As práticas indígenas de ocupação de seu próprio território, chamadas “retomadas”, quando criminalizadas por conduta genocida dos chefes de governo aliados aos ruralistas, são configuradas como esbulho. No entanto, há que se considerar a continuidade ao longo de 521 de processos de expulsão de povos indígenas, que não seriam outra coisa senão esbulho contra os indígenas.

As decisões do Judiciário brasileiro acerca dos conflitos possessórios envolvendo povos indígenas tem apresentado a figura do “esbulho renitente”. O esbulho renitente praticado por não-índios contra indígenas, se comprovado em exame de provas, garantiria a demarcação da terra indígena esbulhada. Através da tese do esbulho supostamente se identificaria a des/ocupação de terra indígena como forma de reconhecimento da territorialidade.

Porém, a teoria do esbulho renitente veio complementar a tese do Marco Temporal após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet nº 3.838), sendo assim, o Judiciário ao analisar a possibilidade de renitente esbulho indicaria a produção de provas sobre a ocupação ou expulsão no período de 05 de outubro de 1988.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: 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. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (RMS 29.087, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014)

Em âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª região já considerou que o esbulho renitente pode ter como vítima os povos indígenas, de maneira que a expulsão dos povos indígenas indicaria sua posse anterior.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA “OFAYÉ-XAVANTE”. OCUPAÇÃO TRADICIONAL. EXPULSÃO SISTEMÁTICA DO GRUPO. POSTERIOR RETORNO. OCORRÊNCIA DE ESBULHO RENITENTE. MANUTENÇÃO DA TRADICIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)

IX. A remoção da FUNAI – motivada pelo apoio institucional aos interesses do agronegócio – e a reação dos proprietários após o retorno conferem ao esbulho uma fisionomia persistente, que garante a tradicionalidade do território e impede a validação do título de propriedade.

X. Apelação a que nega provimento.

(TRF3. AC 0000793-94.1993.4.03.6003/MS. Desembargador Relator Antonio Cedenho. 2ª Turma. DJe 1.9.2016)

A tese foi utilizada no emblemático caso da Terra Indígena Limão Verde (MS). Tão limitadora quanto o marco temporal e, na verdade, associada a tese do marco temporal, a tese do renitente esbulho foi construída sobre equivocada interpretação da Constituição Federal e de Súmula do STF.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. 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. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 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. 4. Agravo regimental a que se dá provimento (ARE 803.462 AgR/MS)

A invocação da Súmula 650, como feito no ARE 803.462 sobre a Terra Indígena Limão Verde, foi tomada de forma equivocada, pois se refere a ‘antigos aldeamentos’, que existiram no passado e não prosperaram. Não alcança, como afirma então a procuradora federal do direito dos cidadãos, Deborah Duprat, certamente, ocupações que persistiram até o século XX¹⁵ (DUPRAT, 2018, p. 71)

Os conflitos possessórios nas retomadas indígenas não terão justa solução se aceita a tese do esbulho renitente. Tal como analisado na tese (II) sobre os conflitos no campo, há que se considerar que a tese da garantia da ordem pública ser proporcionada com a aceitação da tese do marco temporal se mostra infundada.

.....
¹⁵ DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: Direitos dos Povos indígenas em disputa/ Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

OS IMPACTOS DO MARCO TEMPORAL SOBRE OS POVOS INDÍGENAS NO BAIXO TAPAJÓS

Raimundo Abimael Ferreira Dos Santos¹⁶

A chamada tese do marco temporal é um perigo eminente, que assombra os direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil. Para a tese do marco temporal, as terras indígenas só seriam consideradas pertencentes a um determinado grupo étnico se até 5 de outubro de 1988 os indígenas residentes no território manifestassem interesse, pelo procedimento jurídico ou administrativo, comprovando que na data promulgação da Carta Magna do Estado Brasileiro estavam no local.

A celeuma chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos e teve seu julgamento marcado para iniciar na quarta-feira dia, 25 de agosto de 2021, no plenário virtual da corte. A ideia defendida no marco temporal escancara a violação do Estado em detrimento aos direitos originários sobre os territórios indígenas. A tese é defendida por ruralistas e outros segmentos que almejam explorar e avançar sobre as terras tradicionais, como madeiros, garimpeiros, grandes pecuaristas e outros grupos.

A Constituição Federal (CF) não estabeleceu nenhum marco temporal para reconhecer os direitos dos indígenas, tampouco que a terra deva estar regulamente registrada no patrimônio da União para proteger e garantir os direitos originários dos povos sobre seus territórios, garantindo no caput dos artigos 231 e 232 da CF.

Uma carta apresentado pela Associação Nacional dos Procuradores da República, em 2021, vem endossar que “o texto constitucional não estabeleceu qualquer marco temporal para o reconhecimento desse direito, não há sentido em prever uma limitação do gênero, dado o histórico de deslocamentos forçados, remoções e violências a qual os povos indígenas foram submetidos” e que, portanto, a Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, tem a oportunidade de reconhecer os direitos originários, que são indiscutíveis.

A Constituição reconhece que o Estado, direta e indiretamente, viola há mais de 500 anos os direitos dos povos indígenas, negando ou protelando as demarcações dos territórios, e passa obrigar o Estado a demarcar as terras, rompendo com as disputas travadas por grupos interessados nas áreas dos povos indígenas.

.....
¹⁶ Raimundo Abimael Ferreira Dos Santos é Munduruku da Aldeia Takuara. Bacharel em Direito e Mestrando em Direitos Humanos, Sociedade e cidadania Ambiental – Ciências da Sociedade PPGCS/UFOPA. rdmbimael@gmail.com

A outra hipótese seria os magistrados vedassem os olhos para a “competência originária” da Suprema Corte, que violaria a “cláusula pétrea”¹⁷ ora já ressaltado por magistrado do (STF)¹⁸. Isso também reforçaria as lacunas para a violação, invasão dos territórios e o extermínio das nações indígenas, impactando e acirrando os conflitos entre indígenas e não-índios, o que deixaria em *stand by* os procedimentos administrativos de demarcação das terras indígenas.

O julgamento do marco temporal, considerado pelos povos indígenas como o “marco da morte”, está ligado diretamente na lide, que tem como principal proponente de “reintegração de posse” do Governo do Estado de Santa Catarina em face do povo Xokleng, Guarani e Kaingang da Terra Indígena Ibirama. O caso por si só gera impactos e violações diretas aos povos indígenas citados e concomitantes com os demais indígenas e seus territórios no Brasil, em decorrência do caso ter repercussão geral, o que significa que a decisão do STF norteará os demais processos que envolvem os povos originários e a justiça utilizará como basilar a decisão da Suprema Corte.

O marco temporal traz consigo impactos diretos a 13 etnias da região localizadas na grande região do baixo Tapajós, no Oeste do Estado do Pará, nos municípios Santarém, Belterra e Aveiro, representadas pelo Conselho Indígena dos Rios Tapajós e Arapiuns (CITA), fundado em 2000 para a representatividade política e social dos indígenas da região. As etnias representadas são: Borari, Munduruku, Munduruku Cara-Preta, Jaraqui, Arapiun, Tupinambá, Tupaiu, Tapajó, Apiaká, Arara Vermelha, Maitapu, Cumaruara e Tapuia.

“O processo de emergência étnica” dos territórios da Grande Região do Baixo Tapajós ganha contorno de luta na segunda metade na década de 1970, quando os moradores das comunidades tradicionais foram surpreendido com a criação da Floresta Nacional do Tapajós (VAZ FILHO, 2010)¹⁹. Os moradores travaram árduas batalhas para permanecer nos seus locais, num mosaico de 23 comunidades tradicionais, entre estas as três aldeias localizadas no município de Belterra. bem como explana a antropóloga Edviges Ioris: “três comunidades não aceitaram as imposições ora apresentadas pelo então IBAMA 1998, obrigando os interessados que desejassem permanecer em suas respectivas comunidades que assinassem um contrato de concessão, e que os limites de 10 km. Em virtude de destes fatores três comunidades assumem

.....
¹⁷ Para Luís Roberto Barroso, o direito do Indigenato à sua terra é uma verdadeira cláusula pétrea. Convém, aqui, em pouquíssimas palavras, falar em cláusulas pétreas. Na lição de Uadi Lammêgo Bulos (Constituição Federal anotada, 6ª edição, pág. 847) são cláusulas de inamovibilidade, porquanto diante delas o legislador não poderá remover elenco específico de matérias, que são indicadas no artigo 60, § 4º, da Constituição

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no artigo 102 da Constituição Federal.

¹⁹ VAZ FILHO, Florêncio Almeida. A Emergência étnica dos povos indígenas do baixo Rio Tapajós, Amazônia. Salvador, 2010.

publicamente a sua pertença étnica a do povo Munduruku”²⁰. Desde do início do processo auto afirmação étnica das três aldeias Takuara, Bragança e Marituba em 1998 já se passaram 22 anos de resistência pela permanência nos seus territórios. No que tange o avanço dos procedimentos administrativo, estamos em passos lentos – apenas dois territórios avançaram o mínimo: Terra Indígena Munduruku Takuara, com a Portaria de posse permanente nº 568 do Ministério da Justiça de 2016, e a Terra Munduruku Bragança/ Marituba, com a Portaria nº 567 do Ministério da Justiça de 2016, ameaçada constantemente pelo marco temporal. A exemplificação destes territórios é ínfima, numa gama de 18 territórios na região dos três municípios.

A região do Baixo Tapajós, conforme citado, receberia impactos diretos e violações dos seus direitos, bem como qualquer terra indígena no Brasil que foi homologada após essa data deixaria de ser considerada terra indígena ou patrimônio da União. Vale destacar que a tese do marco temporal não apenas nega a existência e flexibiliza a invasão desses territórios, sem a mínima proteção cultural territorial, como visa o extermínio dos povos indígenas por parte do Estado brasileiro.

Com o intuito de defender os direitos originários e a existências das futuras gerações, membros do Conselho Indígena Tapajós Arapiuns, assim com indígenas dos treze povos do Baixo Tapajós, estarão em Brasília para somarem com demais indígenas, para fazerem ecoarem no Supremo o grito de repúdio: “Não ao extermínio dos povos, não ao marco temporal”.

.....
²⁰ Segundo Edviges Ioris (2010), a emergência do movimento indígena e sua reelaboração das identidades na área da Flona eclodiu pelos indígenas da aldeia Takuara por volta de 1998, logo em seguida, por Bragança e Marituba. No outro lado do rio, o movimento inicia um ano após a criação da Reserva Extrativista Tapajós e Arapiuns (RESEX). A manifestação do movimento de ambas as reservas se dá principalmente para não perderem a posse de seus territórios:

DIREITO A AUTOIDENTIFICAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

“Não fomos derrotados, ainda resistimos e testemunhamos que somos os primeiros habitantes do Brasil, viveremos mais 500 e 500 anos com todas nossos costumes e tradições, sempre acompanhando a evolução do tempo sem perder nossa verdadeira identidade”

(Gildo Terena)

Auricélia dos Anjos²¹

Os povos indígenas vêm sofrendo tentativa de genocídio e de extermínio, seja ela no ataque direto a seus direitos, ou tentando silenciá-los, negando suas raízes, suas identidades em um processo de branqueamento e de retirada de direitos. Há uma luta e resistência muito grande para que esses povos continuem existindo – uma luta que não é apenas dos povos indígenas, mas também daqueles que reconhecem o quanto importante são.

Diante de um histórico de sofrimento, dor, de resistência, de luta e de silenciamento, podemos contar parte de nossa história com nossa versão. O marco temporal é apenas mais uma tentativa de nos silenciar, de nos enganar, de nos negar, de tentar nos exterminar, de nos intimidar e de violar ainda mais nossos direitos conquistados ao longo desses 521 anos de resistência.

Passamos por um processo de “retomada” de reivindicações e de reafirmação de nossa história, da nossa identidade e de nossos territórios: somos os chamados povos em Resistência Étnica. Diante de toda tentativa de nos exterminarem, estamos aqui contando nossa história, aquilo que ainda não foi contado para que possamos mostrar para a sociedade preconceituosa e racista o quanto fomos violados e como re-existimos a todo tipo de sofrimento, de perseguição e tentativa de extermínio.

Os povos indígenas, em reafirmação étnica, vêm crescendo. A consciência de ser indígena e do pertencimento aos povos que vivem e que estavam aqui há séculos vem se tornando cada vez mais forte em um movimento nacional que surge a partir dos anos 1980. Nesse movimento incluem-se os 13 povos indígenas do Baixo Tapajós, que sofrem vários ataques na tentativa de continuarem negando a existência e a identidade desses povos.

.....
²¹ Auricélia é do povo Arapium, aldeia São Pedro. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Oeste do Pará - UFOPA e Vice Coordenadora do Conselho Indígena Tapajós Arapiuns - CITA

Na região, houve várias guerras contra os colonizadores, indígenas foram assassinados, escravizados, mulheres estupradas etc. Foram nos silenciando e negando nossas verdadeiras identidades. Os colonizadores usavam suas armas, nos fizeram falar suas línguas e esquecer as nossas. Esse processo de falar a língua materna hoje foi resultado de resistência frente aqueles que se achavam nossos donos. Não podíamos falar em nossas línguas, realizar nossos rituais, cultivar nossas tradições por que éramos mortos. Fizeram-nos acreditar em um Deus que não era nosso. Colocaram em cada lugar, em cada aldeia construções de suas igrejas, falavam em nome de um Deus que nos era estranho. Tomavam nossas vestes e faziam vestirmos as deles, nos trouxeram doença e implantaram suas culturas. Fomos aos poucos sendo incorporado nos seus mundos. Faziam de tudo, de qualquer forma, para que negássemos nossa identidade e entregássemos nossos territórios e nossas riquezas. Não muito diferente de hoje, que usam outras formas para negar nossos direitos.

O marco temporal é uma armadilha muito poderosa a favor deles para que continuem negando nossa identidade e nossos direitos. Os povos indígenas em processo de resistência étnica são que mais serão prejudicados caso passe a tese do marco temporal. Essas são as novas formas que usam para atingir nossos direitos e roubar nossas terras, através de projetos de leis, de PECs, entre tantos outros ataques.

A solicitação de demarcação de terras indígenas no Baixo Tapajós foi iniciada somente a partir de 2000. Pelo marco temporal, nenhuma das 18 terras do Baixo Tapajós seria demarcada – roubariam nossos povos como fizeram anos atrás. Por isso a importância de mobilizar o povo para lutar contra todos esses projetos de morte.

A identidade está diretamente envolvida com o território, com aquilo que nos faz ser o que somos, no que amamos e no que prezamos pelas gerações presentes e futuras gerações. O território é mais que um espaço de terra, de floresta ou de água que os seres humanos vivem. A identidade está ligada a seres não humanos que são parte de nós e principalmente ligada ao mundo dos encantados que nos protegem e nos guiam. Para nós, é uma forma de viver com reciprocidade: eles cuidam de nós e nós deles. Temos o dever de proteger as vidas de todos os seres com nossas forças e nossa verdadeira identidade indígena, herança dos antepassados que lutaram para que estivéssemos vivos. Queremos estar vivos com nossas histórias e com nossos lugares intactos. O território é a nossa vida, estamos interligados.

A questão identitária dos povos indígenas é uma questão de continuação da humanidade, de proteção da vida e do meio ambiente, da diversidade cultural. Não é uma questão que começou agora, ela sempre existiu. Os direitos conquistados ao longo dos tempos não surgiram apenas com a Constituição de 1988, eles já existiam, porque somos povos originários, porque já estávamos aqui antes da colonização: antes de qualquer coisa que o homem branco escreveu, tínhamos

nossas próprias leis. A Constituição reconhece a organização social dos povos indígenas, não há como não dizer que nossos territórios não são nossos, sempre vivemos no nosso lugar. Em vários desses lugares fomos expulsos. Quando fomos recordando a consciência do processo de inúmeras violações, começamos a retomada desses direitos, desses lugares e de retomar a consciência de quem somos.

Acontece que em muitos casos tentaram negar o nosso direito ao território e a nossa identidade. Fomos julgados pela sociedade e até pela Justiça Federal quando em 2014 proferiu uma sentença racista na tentativa de mais uma vez negar a nossa identidade e o nosso território²².

Santarém é um território de indígena que foi invadido pelos colonizadores e foi essa invasão que trouxe inúmeros prejuízos aos povos indígenas. Por toda parte da cidade há vestígio da ocupação indígena. Estudos mostram isso e ainda nesses tempos há violações dos direitos dos povos na brusca tentativa de acabar com as terras indígenas e fazer desaparecer os vestígios desses povos que habitavam a região. A exemplo, temos as grandes construções que fizeram em cima dos sítios arqueológicos como a construção dos prédios da Ufopa e do porto da Cargill. A Cargill, aliás, é um símbolo de dessa invasão: ela não está apenas dentro dos territórios com a construção de um porto, mas também com grandes plantações de soja e milho, desrespeitando os donos da terra e envenenando o povo.

Não é que o processo de genocídio terminou, ele continua. Desses inúmeros casos de violações aos direitos dos povos, querem matar nossas culturas e nossas identidade étnicas.

Fomos chamados de caboclos, de ribeirinhos, de mocorongos, entre tantos outros apelidos. Hoje, nos dá enorme orgulho de reconstruir essa história. Vale ressaltar que a identificação é coletiva, que não basta o indivíduo ser indígena, é preciso que o povo o reconheça como parte do grupo, que tenha uma ligação com o território, que faça parte daquela cultura, que é do lugar e quem tem um pertencimento direto com os antepassados. Ser indígena está no sangue e também está na alma.

Queimaram nossos galhos, mas nossas raízes são fortes, são profundas. Renascemos com muito mais forças e nossas sementes continuam sendo plantadas. O marco temporal jamais será capaz de acabar com nossa história, com nossas vidas e com nossos costumes e tradições. Já estamos aqui há mais de 7 mil anos, não nascemos em 1988, estamos firmes e continuaremos lutando pelo o que é nosso.

.....
²² Em 2014, a Justiça Federal de Santarém negou a identidade indígena e declarou nula a existência da TI Maró. Saiba mais: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/a-invisibilidade-daqueles-que-existem-ha-mais-de-500-anos/16451>

Realização:



Terra de
Direitos



Apoio:

MISEREOR
• IHR HILFSWERK

