



ESTUDO DE CASO: Limite Temporal para Definição da Posse Indígena – Uma análise crítica e reflexiva sobre os critérios definidores da posse indígena, com foco no marco temporal do julgamento do caso Raposa Serra do Sol¹

José Macaggi Soares Neto²

Lunã Vinícius Melo de Magalhães³

Coordenador: Prof. Dr. Edival Braga⁴

RESUMO: Em 1998, Renan Calheiros, na posição de chefe do Ministério da Justiça, acabou por assinar a Portaria 820, declarando a região da Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em área contínua, dando início ao maior caso registrado e julgado de demarcação de terras indígenas, sendo determinado, em parecer aprovado pelo presidente Michel Temer (2017), que o entendimento prelecionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento deveria balizar as próximas demarcações.

ABSTRACT: In 1998 Renan Calheiros, in the position of head of the Ministry of Justice, eventually signed a decree 820 declaring the Raposa Serra do Sol region permanent possession

¹ O artigo passou por uma revisão gramatical realizada pelo ChatGPT em 2025, revisão somente gramatical, de modo que foi mantida a originalidade do conteúdo do artigo.

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima

³ Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima

⁴ Professor de Direito Processual Constitucional da Universidade Federal de Roraima- UFRR

of indigenous peoples in a continuous area, giving rise to the largest recorded and adjudicated case of demarcation of indigenous lands , and it was determined, in an opinion approved by President Michel Temer (2017), that the understanding prevailing by the Federal Supreme Court (STF) in the trial should mark the next demarcations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CASO RAPOSA SERRA DO SOL; 3. ANALISE JURÍDICA DA DECISÃO E OS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO; 4. REPERCUSSÃO ATUAL E PERTINÊNCIAS DO TEMA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Em 1998, Renan Calheiros, na posição de chefe do Ministério da Justiça, acabou por assinar a Portaria 820, declarando a região da Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em área contínua.

A demarcação de terras indígenas sempre foi um assunto polêmico no Brasil, em razão dos interesses de grandes fazendeiros e empresários costumarem se sobrepor aos dos silvícolas.

Destarte, injustiças e absurdos jurídicos legitimaram os desígnios dos coronéis. Ressalta-se, contudo, que é também evidente que muitos dos beneficiados não têm mais o perfil para receberem terras, sendo totalmente integrados e aptos para direitos e obrigações.

Por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a União iniciou em 1992 o relatório de identificação da terra para fins de demarcação. Entretanto, a presença dos produtores de arroz vindos do sul do País impediu a conclusão da reserva, uma vez que eles alegavam possuir títulos que lhes garantiam a posse das terras.

O caso perdurou por mais de 10 anos, quando em 2008, ganhou grande destaque o conflito na região de Raposa Serra do Sol em Roraima. De um lado, os arroteiros e o Estado roraimense contestam a atual demarcação; no outro, os indígenas e as ONGs que buscam a concretização do projeto.

Durante o julgamento histórico realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão embasou-se em uma análise sistemática de 3 (três) aspectos para ao fim, indicar que a área era direito adquirido daqueles povos indígenas: o histórico, os argumentos contra e a favor do

Decreto de 15 de abril de 2005 as condicionantes determinadas para a demarcação nos atuais moldes, conforme será exposto no decorrer do trabalho.

2. CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Como retro mencionado, o caso da Reserva tem como marco importante a publicação, pelo Ministério da Justiça, da Portaria nº 820, de 1998, que declarou como de posse permanente indígena a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície aproximada de 1.678.800 de hectares e um perímetro de 1.000 km. Na verdade, o processo para a demarcação se iniciou em 1977, com a edição do processo administrativo de identificação para o reconhecimento oficial dos direitos territoriais dos povos Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona.

Desde 1998, a Reserva Raposa Serra do Sol passou a ser alvo de contestação judicial entre o Estado de Roraima e a União. O Ministério Público Federal pediu ao Supremo Tribunal Federal – STF - que se declarasse competente para julgar as ações de fazendeiros locais contra a Portaria 820/98.

As ações judiciais remontam à época da edição da Portaria 820, portanto, desde 1998. Em 2005, o STF acabou de apreciar a tão criticada homologação pelo Presidente Lula da Portaria 534 do Ministério da Justiça, editada em abril de 2005. Esta Portaria redefiniu os limites da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol e impôs novos desafios jurídicos ao STF, tornando-se um precursor em matéria de demarcação de terras indígenas.

Em junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal determinou a desocupação da reserva, em um caso defendido por Joênia Wapichana, primeira indígena advogada do Brasil. Em março de 2008, o procurador Geral da República Antônio Fernando Souza recomendou ao presidente e ao ministro da Justiça a desocupação das terras.

Ao final daquele mês, a Polícia Federal iniciou a chamada Operação Upatakon 3 (três). Entretanto, os rizicultores, criadores de gado e o restante da população não-indígena da região resistiram à desocupação.

Os produtores rurais, moradores não-indígenas da região e até parte da população indígena reivindicavam que pequenas partes da reserva fossem desmembradas. Argumentam, ainda, que a área ocupada pelos arroteiros corresponde a 1% do total da reserva, mas que eles seriam responsáveis por 6% da economia do Estado Roraima.

Em abril de 2008, o STF suspendeu, por unanimidade com efeitos até o julgamento do mérito, todas as operações de retirada dos não-índios da Reserva Raposa Serra do Sol.

Com isto, a Polícia Federal ficou impedida de dar continuidade à Operação Upakaton 3 (três), nome dado à operação de retirada dos não-índios da área da Reserva.

Desta forma, a Portaria 534 ainda foi objeto de muitas ações judiciais que atacam a legalidade da demarcação da Reserva. Entretanto, tramitou no STF a Ação Popular 3388 dentro da qual se definiu a legalidade da Portaria 534

3. ANÁLISE JURÍDICA DA DECISÃO E OS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

3.1 Das Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

Segundo o § 1º do Art. 231 da CF/88 são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

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.

Nesse diapasão, com o fito de auxiliar essa interpretação do que e quando seria considerada a propriedade por parte dos índios, em 2003, o STF criou a súmula 650, a qual ratifica que caso a terra já tenha sido habitada pelos índios, porém, quando da promulgação da CF/88 o aldeamento já estava extinto, ela não será considerada terra indígena, conforme entendimento do STF:

Súmula 650-STF: 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.

Ademais, excepcionalmente, também deveria ser reconhecido o direito à demarcação das terras nos casos de renitente esbulho, que se identificariam nos casos que a desocupação das terras pelos índios tenha sido ocasionada por conflito de terras atual, ou sob litigância, ficando conhecido esse fenômeno como renitente esbulho.

Com relação à comprovação do renitente esbulho, tal como exigida nos julgados antecipados, além de significar uma discutível transferência da observação do intérprete do âmbito do direito constitucional ao direito privado, de vez que demanda, segundo a

interpretação ora analisada, a instauração de um conflito fundiário – e aqui pouco importa se se trata de Indigenato ou de fato indígena –, quer dizer também que a qualificadora renitente parece valer mais que o próprio esbulho – pois se trata de renitente esbulho e não do seu contrário –, o que foi argutamente observado por José Afonso da Silva em seu parecer supracitado, como que a exigir dos índios que comprovem a situação de renitência do esbulho até a data de promulgação da Constituição de 88 – que os índios foram esbulhados de sua posse não parece haver dúvida, pois tal fato se encontra historicamente provado.

Exigir esse manejo dos institutos e das ações jurídicas dos índios é criar uma nova categoria na já triste e sofrida história desses povos, qual seja, a da crueldade interpretativo-constitucional, como já aduziram renomados juristas.

Ora, os direitos indígenas são fundamentais porque carregam consigo as marcas da universalidade, da preferencialidade, da moralidade, da fundamentalidade e da abstração.

Tais condicionantes mostram-se extremamente danosas ao exercício dos direitos territoriais dos povos indígenas, estabelecendo uma primazia incondicional dos interesses da União sobre os direitos indígenas e menosprezando o direito das comunidades à consulta prévia.

Além de as próprias condicionantes terem sua validade constitucional questionada oficialmente, o próprio STF reconheceu em 2013 que a decisão proferida no caso não possuía efeito vinculante, não se estendendo seus efeitos a outros processos de caráter similar.

Nestes casos, ainda que ao tempo da promulgação da Constituição os índios que tradicionalmente ocupavam a área, tenham sido forçados a abandoná-la, poderão ter reconhecido o direito à reintegração.

Deste modo, como asseverado, não está em jogo, no tema da posse indígena, como revelou o Ministro Victor Nunes Leal (voto proferido nos autos do recurso extraordinário nº 44.585 – MT), um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos. Trata-se de um habitat de um povo. Assim, a Constituição Federal determina que num verdadeiro parque indígena, com todas as suas características naturais primitivas, possam permanecer os índios vivendo naquele território.

A posse indígena distingue-se da posse civil. Aquela é mais ampla, mais flexível como conceituado no artigo 23 da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

Certo é que, nas terras indígenas, a propriedade é da União (Constituição Federal, artigo 20, inciso XI). Dos índios é o usufruto exclusivo abrangendo o aproveitamento das riquezas do solo, dos rios e lagos neles existentes. Tais terras são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Portanto, para o reconhecimento de “terras de ocupação tradicionalmente indígena” para efeitos de demarcação, é indispensável a observância do regime jurídico constitucional, que exige especialmente o atendimento do fato indígena (marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição Federal de 1988) e da tradicionalidade da ocupação, consoante o caput e o § 1º do art. 231 da Constituição.

A Constituição Federal busca harmonizar os direitos indígenas e suas terras com a promoção da defesa nacional em áreas situadas em faixa de fronteira, que concerne à indispensável proteção do território e da própria população indígena. Em decorrência disso, atualmente há bases militares em várias terras indígenas, inclusive em Raposa Serra do Sol, e parte significativa dos soldados é indígena.

A Terra indígena Raposa Serra do Sol não é a única situada em faixa de fronteira. Existem outras, cuja demarcação de terras contribuiu para a regularização fundiária, reduziu pequenos conflitos e não criou dificuldades para a atuação do Estado, principalmente das Forças Armadas em particular, mesmo em regiões mais críticas, como a fronteira com Brasil-Colômbia.

A título subsidiário, destacam-se os apontamentos feitos na nota de apoio aos índios: “nunca surgiu em nenhuma Terra Indígena qualquer movimento que atentasse contra a integridade do território nacional, nem qualquer ação insurgente contra o Estado brasileiro”.

Nesse sentido, segue a teoria do fato indígena, defendida pelo Ministro Menezes Direito no julgamento da já citada Pet 3388/RR, – cujo posicionamento integrou o dispositivo do acórdão – asseverou o Ministro que “a ocupação é, portanto, um fato a ser verificado”.

Na mesma esteira, o Min. Celso de Mello acertadamente afirmou que a proteção constitucional na ocupação das terras é garantida a partir do momento da vigência da Constituição: “Não são terras que os índios ocupavam até certa data, e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988”.

Portanto, abandonou-se a teoria do Indigenato e acolheu-se a teoria do fato indígena, segundo a qual na configuração das terras como indígenas, é essencial aferir se a ocupação das terras pelos índios possui as características de persistência e constância, na data da promulgação do permissivo constitucional (05/10/1988).

Apreciando dessa maneira a questão, a Suprema Corte acolheu a teoria do fato indígena, segundo a qual para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, é imprescindível aferir a efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal.

O então Ministro Ayres Brito destacou que, além do marco temporal, se deve considerar o marco da tradicionalidade da ocupação: “Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno.

É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade”. Assim, o segundo elemento relevante para caracterização de terra indígena é o definido pela expressão “as utilizadas para suas atividades produtivas” do § 1º do art. 231 da Constituição Federal.

Cuida-se da exata delimitação das terras que eram ou são utilizadas para suas atividades produtivas na data de 05.10.1988. Ou seja, são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo). Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade sobrevive.

O terceiro elemento, previsto no art. 231, § 1º, “...as imprescindíveis a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar...”, determina que as terras que forem delimitadas devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem-estar dos índios.

E por fim, o quarto elemento “... e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições...”, presente no art. 231, §1º, da Constituição, estabelece que as terras a serem delimitadas devem ser as necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a prática rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica.

Doutra banda, mesmo que houver prova do fato do particular portar título de domínio, devidamente registrado em Cartório de Imóveis, prevalece o comando constitucional que declara nulo e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas.

3.2 Fundamentos jurídicos e fáticos da Ação popular 3388-4

Diante da importância e visibilidade do tema e da Ação Popular, os Ministros do STF manifestaram em vários momentos a vontade de que a decisão do caso ora narrado fixasse uma orientação válida para todos os demais casos, presentes e futuros, envolvendo demarcação de terras indígenas.

Em consequência, o Supremo Tribunal Federal optou por ir além do que havia sido pedido e construir uma decisão que fosse aplicável a outros casos de conflitos demarcatórios.

O modus operandi que a corte encontrou de construir essa decisão pragmática foi, principalmente, por meio da adesão, da maioria dos ministros, à proposta formulada no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes, que de maneira geral, baseava-se em condicionar a decisão pela procedência parcial do pedido, condicionado a uma série de exigências.

Em seu voto-vista, o eminente Ministro Carlos Britto decidiu que para a demarcação dos limites territoriais das Terras Indígenas, deveriam ser observados alguns requisitos, os quais totalizavam 19 (dezenove) cláusulas. As condições estabelecidas para demarcação e ocupação de terras indígenas terão os seguintes conteúdos:

- 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
- 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
- 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;
- 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;
- 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

- 12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
- 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;
- 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
- 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;
- 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
- 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.
- 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Dentre os quais, o que mais gerou repercussão foi a decisão de ter como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado.

Com a deliberação do Supremo Tribunal Federal, o marco inicial para a determinação de eventual posse indígena sobre terras em processo de demarcação foi fixado como sendo a concreta ocupação da comunidade indígena sobre as terras no momento de promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, especificamente desde o dia 05 de outubro de 1988.

O emblemático julgamento do caso Raposa Serra do Sol asseverou que a data da promulgação da Constituição Federal (05.10.1988) é o referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios

Portanto, segundo critério construído pelo STF, somente são consideradas “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” àquelas que eles habitavam na data da promulgação da CF/88 (marco temporal) e, complementarmente, se houver a efetiva relação dos índios com a terra (marco da tradicionalidade da ocupação).

4. REPERCUSSÃO ATUAL E PERTINÊNCIAS DO TEMA

Ordinariamente, não se trata apenas de uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições

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

Se o povo depende de uma paragem sagrada, um acidente geográfico venerado ou se o seu cemitério se encontra nos limites da área reivindicada, naturalmente aquela área pertence ao território indígena, independentemente da posse.

Neste sentido, não só devem ser consideradas como terras tradicionalmente ocupadas aquelas onde residem os indígenas, como também aquelas necessárias à sua reprodução física e cultural.

Para o doutrinador José Afonso da Silva explica, da Constituição Federal se consegue concluir que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos originários. O Jurista argumenta que esses direitos são “direitos fundamentais dos índios”, que podem ser classificados na categoria dos “direitos fundamentais de solidariedade”, tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição desfaz, portanto, o nexó entre o conceito civilista – posse e propriedade – da posse indígena, cujo reconhecimento passou a ser fixado como direito originário ou congênito (nato, natural).

Há, portanto, o reconhecimento não apenas da ocupação física das terras habitadas pelos indígenas, mas também da ocupação de toda uma extensão de terras necessárias ao resguardo cultural e à manutenção de práticas econômicas e religiosas de cada povo.

A "tese" do marco temporal não deve sequer ser considerada uma "tese jurídica", tal é a incongruência de sua formulação e a ausência total de verossimilhança. Trata-se, mais corretamente, de um argumento racista para tirar de indígenas e quilombolas a posse de seus territórios.

Uma argumentação que visa atingir populações racializadas justamente na sua relação histórica e coletiva com os territórios que vivem e onde existem.

De certo modo, alguns afirmariam que a tese é neocolonialista e favorece aos grandes produtores rurais que são os seus maiores beneficiados. Além disso, teria evidente conteúdo racista.

Ademais, pelos termos do parecer temos que ele é tendencioso, pois protege, de forma cabal, interesse de ruralistas na região em detrimento dos interesses indígenas.

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

É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Diante disso, não há que falar em aplicação do marco temporal por mais de um motivo: primeiro pela existência do esbulho e da titulação a particulares (nula e extinta, a partir da CF/88) e depois pela ininterrupta ocupação anímica, psíquica e de perdurabilidade para além do lugar de habitação, mas também aqueles necessários à preservação e física (caça, pesca, coleta) e os necessários à reprodução cultural (religião, cemitérios, perambulação, rituais).

Significa dizer, sem risco de erros, que o marco temporal, constante em um curto parágrafo no acórdão da Petição 3388/RR, de forma isolada e desproporcional ao arcabouço constitucional do direito indígena, não se sustenta, seja pela incidência do §6º do art. 231 da CF/88, pela posse nativa e anímica, seja pelo esbulho praticado face os povos originários.

Diante da afirmativa extraída do art. 231 da CF/88, resta evidente que se haviam títulos sobre terras indígenas, a posse da terra era, em 05 de outubro de 1988, dos não-índios, seja por força de esbulho ou existência de títulos, que passaram a ser nulos e extintos a partir de então.

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

São, portanto, equivocadas as interpretações do Poder Judiciário no tocante ao marco temporal, pois a atual Constituição não limita os direitos ordinários dos povos indígenas às suas terras ao dia 05 de outubro de 1988.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se fazer um breve estudo da aplicação do chamado marco temporal, observando-se que este não recebe respaldo constitucional; ao contrário, representa uma afronta a uma série de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o disposto nos artigos 231 e 232 da CF/88.

Ressalta-se que, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, houve entendimento de que as condicionantes que dele decorreram não seriam vinculantes, ou seja, não estenderiam seus efeitos a outros processos envolvendo demarcação de terra indígena.

Da mesma forma, a figura do renitente esbulho e a prova de sua existência demonstram-se, no mínimo, contraditórias, o que gera insegurança jurídica no caso concreto.

Não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca do seu conceito e requisitos. Esse argumento se fundamenta na concepção de que os conflitos não são tipicamente possessórios, como prescreve o direito civil, haja vista que a ocupação das terras pelos povos indígenas não se restringe à posse conceituada no direito civil.

Os povos as ocupam com base em direitos originários; portanto, não se pode utilizar uma interpretação restritiva acerca do renitente esbulho, como se a controvérsia judicializada fosse uma disputa possessória individual.

Por fim, além de se configurar como uma interpretação distanciada do contexto histórico e social, é visivelmente inconstitucional. A consequência disso será o desamparo e ceifamento de direitos dos povos indígenas, assim como viola os compromissos de proteção e promoção de direitos e garantias firmados com a comunidade internacional por meio de tratados e convenções ratificadas pelo Brasil.

Verifica-se que se tenta impor uma interpretação jurídica desvinculada dos sujeitos de direito de hoje – os povos indígenas –, como se não houvesse relação entre o passado, o presente e o futuro das 305 etnias que vivem no território brasileiro atualmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

Decreto de 15 de abril de 2005. Presidência da república. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm
Acesso em 25 junho de 2019.

Estatuto do índio. Fundação nacional dos índios. Disponível em: http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/estatuto_indio.html
Acesso em 19 de junho de 2019.

SILVA, José Afonso da. Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho. São Paulo, 2016. https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf. Acesso em 20 de junho de 2019.

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 01/07/2010.

Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE nº 803.462-AgR/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE do dia 12/02/2015.

KEHL, Maria Rita. Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. 1ª Ed. São Paulo. 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. O marco temporal só beneficia os ruralistas. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59816/o-marco-temporal-so-beneficia-os-ruralistas>. Acesso em 26 de junho de 2019.

Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Lei 490 de 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1657613&filename=Parecer-CCJC-08-05-2018. Acesso em 20 de junho de 2019.