

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS AMÉRICAS
FACULDADE DE DIREITO**

BIANCA DA SILVA OLIVEIRA

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E O DIREITO A DEMARCAÇÃO DE
TERRAS DOS POVOS INDÍGENAS**

SÃO PAULO

2020

BIANCA DA SILVA OLIVEIRA

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E O DIREITO A DEMARCAÇÃO DE
TERRAS DOS POVOS INDÍGENAS**

Artigo apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário das Américas, como pré-requisito
para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientadora: Dra. Lays Helena Paes e Silva
Dolivet

SÃO PAULO

2020

Defesa realizada em ____/____/____

Resultado: _____

Banca Examinadora:

Profª Drª Lays Helena Paes e Silva Dolivet- Orientadora

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Bianca da Silva Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a história dos povos indígenas e o direito à demarcação de terras, legitimado através do artigo 231 Constituição Federal de 1988. Pretende-se discutir a efetividade desse dispositivo, caso adotada a tese do “Marco Temporal” bem como analisar a (i) legitimidade e a constitucionalidade desta tese. Por fim, pretende-se, também, verificar os efeitos trazidos por tal entendimento se aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas demandas sobre demarcação de terras.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.

¹ Graduanda em Direito do 10º período em Direito pelo Centro Universitários das Américas. e-mail: bianca_oliveira@live.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8525896204511639>.

*Dedico este trabalho ao meu irmão, para que
sempre se guie pelos caminhos da justiça.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais por serem minha referência de caráter e se dedicarem tanto a mim.

Agradeço Andreia Prudência e a Tereza Raquel pelo incentivo, pelas risadas e por tornarem meus dias melhores, e por fim, por acreditarem em mim.

Agradeço, as minhas amigas e companheiras de estudos Vitória Bittencourt, Cissa Ivoni, Karine Gomes, Roberta Ciardulo, que foram parte importante nessa caminhada e que juntas chegamos até aqui.

Agradeço a minha amiga Danielle Bernardo por me acompanhar nessa jornada e ser a maior incentivadora que eu poderia ter, os meus dias se tornaram mais alegres pela sua presença e a vida acadêmica se tornou mais leve. Obrigada por não me deixar desistir.

Agradeço as minhas amigas e companheiras de estágio Patrícia Mastrodonato, Camila Fuseiro e a Doutora Paula Araújo, pela inspiração, pelo aprendizado e, sobretudo, pela amizade e o companheirismo.

Agradeço a Doutora Fernanda Linge Del monte por todas as oportunidades, confiança e carinho durante meu período de estágio. Obrigada por acreditar em mim.

Agradeço aos meus companheiros Guilherme Souza e Thiago Fernandes por serem as pessoas que me deram força para seguir esta trajetória e não me permitiram sucumbir.

Agradeço minha professora e orientadora Doutora Lays Helena Paes e Silva Dolivet que lecionou para minha turma desde o 1º semestre da Faculdade de Direito e que sempre foi e sempre será uma grande referência de profissional para mim.

*Quem me dera ao menos uma vez
Fazer com que o mundo saiba que seu nome
Está em tudo e mesmo assim
Ninguém lhe diz ao menos obrigado
Quem me dera ao menos uma vez
Como a mais bela tribo
Dos mais belos índios
Não ser atacado por ser inocente*

Índios – Legião Urbana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. ÍNDIOS NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA.....	06
1.1. A CHEGADA DOS PORTUGUESES NA AMÉRICA.....	07
1.2. A POPULAÇÃO INDÍGENA EM CONTEXTO DE DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL.....	08
1.3. A CRIAÇÃO DA FUNAI EM 1967 E OS AVANÇOS DOS DIREITOS INDÍGENAS.....	10
2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO CONSOLIDAÇÃO PARA O DIREITO A DEMARCAÇÃO DE TERRA PELOS POVOS INDÍGENAS.....	11
2.1. CONCEITO DE TERRA INDÍGENA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	12
2.3. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO A TERRA PARA OS POVOS INDÍGENAS.....	13
3. A TESE DO MARCO TEMPORAL E DO ESBULHO RENITENTE: CASO TI RAPOSA SERRA DO SOL E SEUS REFLEXOS.....	15
4. A TEORIA DO INDIGENATO E O DIREITO DOS POVOS ORIGINÁRIOS.....	22
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Bugreiros posam para foto com suas vítimas Xokleng.....	28
---	----

INTRODUÇÃO

Ante a crescente onda do protagonismo popular e sua influencia na construção de uma nova ordem Constitucional, observada na América Latina, o denominado “Novo constitucionalismo latino-americano” surge como fruto do clamor popular por um Estado mais democrático e plurinacional, pautado na premissa de garantias a Direitos fundamentais e a Direito dos Povos originários (MELO, 2011)

O debate ganha força e norteia o tema em questão, haja vista que atualmente observa-se a polarização política ideológica em todo o mundo, além de novos significados para transições históricas da formação da sociedade.

Com base nisso, novas Constituições são promulgadas e seguindo esta tendência vêm as Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), as quais almejam resgatar o respeito e a preservação dos povos originários de seus Países, firmando o compromisso com a descolonização de seu povo.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorre após o período de ditadura civil-militar vivenciada no Brasil nos anos anteriores, trazendo em seu texto mudanças sociais e com premissas garantistas, dentre elas, visibilidade aos povos indígenas, em especial, ao tão fundamental e ora objeto da pesquisa: direito a demarcação de Terras que está previsto no Art. 231 da nossa Carta Magna e também regulamentado em legislações esparsas.

Mesmo ante o reconhecimento do direito recepcionado pelo artigo 231 da CF/88, litígios possessórios ainda surgem, em especial após o posicionamento adoto pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou a tese do marco temporal e instituiu salvaguardas constitucionais para os demais conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, com base no Parecer da AGU e é considerado um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O tema ganhou muita repercussão e indignação, mas foi especificamente após Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, caso que discute reintegração de posse movido pelo Instituto

do Meio a Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng que o caso ganhou mais repercussão. Isso porque o Supremo Tribunal Federal já declarou ser de Repercussão Geral e de caráter vinculante, ou seja, o posicionamento lá adotado passará a vincular as demais decisões sobre o tema.

Em contrapartida, os povos indígenas e defensores da causa indigenista sustentam que a aplicação dessa teoria é inconstitucional, uma vez que, a Constituição Federal em seu texto não adota aspectos temporais, além de ser uma interpretação restritiva, que irá dificultar e até inviabilizar o direito a terras indígenas e a proteção do Estado.

Posto isso, é a presente pesquisa para analisa a (i) legitimidade e a (in) constitucionalidade da tese do “marco temporal”, sua aplicabilidade e os efeitos que, caso adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), este entendimento poderá refletir nas demandas que versam sobre a demarcação de terras e seus aspectos sociais para os povos indígenas.

1. ÍNDIOS NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA

Inicialmente, cumpre esclarecer que o conteúdo acadêmico disponível sobre a temática é escasso, ou seja, as explicações de como os povos chegaram a América é cercada de lacunas das quais a história e a antropologia ainda não preencheram e o pouco que se sabe são apenas fragmentos históricos.

Pois bem, segundo estudos antropológicos, os indígenas têm origem Asiática e com base nisso, a hipótese mais aceita pela comunidade científica seria de que esses povos migraram através da faixa de Beríngia que divide o continente Asiático do Americano, que há milhares de anos atrás passou por um processo geológico o que permitiu que seres humanos atravessassem por terra de um continente para o outro. Contudo, a comunidade

científica diverge muito sobre qual o efetivo meio utilizado por esses povos e até mesmo sua origem².

Apesar de pouco se saber sobre sua origem, dizer que os mesmos eram primitivos é um grande equívoco, pois, já na chegada dos Portugueses ao Brasil encontraram povoados espalhados por todo o País, organizados e subdivididos por laços fraternais, que sobreviviam da caça, pesca e agricultura, relacionavam-se entre si, possuíam crenças próprias e falavam muitos idiomas diferentes.

1.1. A CHEGADA DOS PORTUGUESES NA AMÉRICA

Pende-se fundamental para a compreensão do tema trazer à baila uma breve introdução acerca da chegada dos Portugueses no Brasil, história que é contada a partir de 1492 quando Cristóvão Colombo chega ao território Brasileiro e encontra os povos originários, chamando-os de “Índios” por acreditar que havia chegado as Índias, que na época em questão era a rota traçada pelos Portugueses para expedições ao continente Asiático em busca de especiarias, algodão, ouro, entre outros subsídios. No entanto, a parte relevante da História se inicia em 1500 que com a chegada dos colonos, deu-se toda formação do processo de formação política do País.

Apesar de generalizados pela expressão “índios”, os indígenas eram povos organizados, subdivididos e com uma rica cultura própria e com a chegada de mais expedições dos colonos portugueses em 1500 em solo Brasileiro, essa população foi apresentada a muitos objetos ocidentais, o que de primeiro momento causou curiosidade e vislumbro. Logo, portugueses e índios selaram acordos comerciais tendo como moeda de troca utensílios como facas, machados e etc.

². SCIENCEEXPRESS. **Genomic evidence for the Pleistocene and recent population history of Native Americans. Research Articles**, 2015. Disponível em: <<https://www.smu.edu/~media/Site/Dedman/Departments/Anthropology/MeltzerPDFs/Raghavan%20et%20al%20SCIENCE%202015.ashx?la=en>> Acesso em: 02/10/2020, às 13:30.

(...) Como não têm nem querem ter comércio com os franceses, espanhóis e portugueses, nem com outros povos transatlânticos, ignoram em que consistem as nossas mercadorias. Entretanto, conforme vim a saber de um intérprete normando, quando seus vizinhos os procuram e eles concordam em atendê-los, assim procedem: o margaiá, o caraiá ou o tupinambá (assim se chamam as nações vizinhas), sem se fiar no uetacá mostra-lhe de longe o que tem a mostrar-lhe, foice, faca, pente, espelho ou qualquer outra bugiganga e pergunta-lhe por sinais se quer efetuar a troca.

(LÉRY, Jean de. Viagem à terra do Brasil. [1961] pp. 63-64)

Em 1548 implementou-se o primeiro Governo-geral no Brasil, modelo administrativo criado pelo rei Português D. João III e tão logo, o conflito de interesses começou a se deslanchar. De um lado colonos, cora e igreja, de outro, os povos indígenas. Assim, em dado momento da história três armas foram usadas para a dominação do território: a arma de fogo; a bíblia e as epidemias.

O Poder bélico era a principal forma de obter a submissão dos índios, bem como a dominação da tribo, a bíblia dos jesuítas, que nada mais era que a crença imposta e por último as moléstias trazidas pelos portugueses, ou criminosamente disseminadas, as quais os índios não possuíam defesas imunológicas e que foi a causa da morte de milhares de índios naquele tempo.

1.2. A POPULAÇÃO INDÍGENA EM CONTEXTO DE DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL

Ainda que habitando áreas isoladas de floresta no Brasil, a ditadura civil-militar de 1964 vivenciada no Brasil trançou mais um rastro de sangue na história dos povos indígenas.

O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade divulgado em 10/12/2014 indicou um quadro de remoções forçadas dos territórios indígenas, além de um cenário de tortura e privações:

(...) A estrutura de repressão montada pelo Exército não poupou nem as populações indígenas da região. Documentos militares comprovam a presença do capitão Aluizio Madrugá em Gorotire, terra dos índios Kayapó-Mebengokre, no mês de fevereiro de 1973.⁹⁷ Contudo, o mesmo *modus operandi* utilizado com os camponeses só foi replicado em relação aos Aikewara,⁹⁸ povo indígena do Pará, também conhecido como suruí, que até hoje vive na região. Surpreendidos pela chegada do Exército, os Aikewara foram mantidos cativos em sua própria aldeia e submetidos às mesmas privações e torturas impostas aos camponeses, tanto no que diz respeito aos indivíduos como no que se refere à coletividade. Os homens foram obrigados, sob coerção, a servir de guias para as tropas do Exército, enquanto suas esposas permaneciam cativas dos soldados na aldeia. Algumas, devido ao estresse da situação, sofreram abortos e outras perderam filhos nascidos prematuramente. Como grupo, os indígenas tiveram sua aldeia e reservas de alimento queimadas e os poucos homens que puderam permanecer na aldeia foram impedidos de sair para caçar, pescar, coletar ou trabalhar no roçado. Assim, sofreram não somente a fome e falta de abrigo imediatos, como também foram privados tanto da manutenção de sua subsistência como dos elementos materiais de sua cultura, situação que colocou aquela comunidade sob risco de diminuição e desagregação.

(BRASIL. Comissão Nacional da Verdade, relatório vol. I. [2014] pp. 703/704)

Este cenário se justificava pela ideia de integração territorial brasileira como estratégia de modernização da nação, implementada nesse período pelos militares na Amazônia, por conta da grande quantidade de recursos ali existentes, bem como sua extensão e também era tida como forma de defesa a possíveis intervenções estrangeiras.

A história por muitos séculos e torna a mesma e pode ser observado um quadro sistemático de violação dos direitos mais básicos da humanidade, tendo sempre o mesmo *modus operandi* e a mesma vítima.

1.3. A CRIAÇÃO DA FUNAI EM 1967 E OS AVANÇOS DOS DIREITOS INDÍGENAS

Muitos capítulos da história foram escritos até que os povos indígenas ganhassem alguma representatividade. Fato é que, apenas em 1967, houve de fato a criação de um Órgão de proteção aos interesses do índio.

O marco regulatório do direito dos índios às terras de ocupação tradicional foi estável ao longo dos séculos, como consta do Alvará Régio de 1º de abril de 1680; da Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850); e da Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional). A Constituição de 1934 (art. 129) agregou maior segurança jurídica a esse direito dos índios, seguida por todas as demais Constituições, que expressamente reconheceram aos índios o direito à posse sobre suas terras (CF 1937, art. 154; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186). (ALCÂNTARA et al, 2018).

A criação da FUNAI se deu com o plano de reforma da estrutura administrativa do Estado na época da ditadura civil-militar, sua intenção era promover expansão política e econômica na Região da Amazônia. Dai então, 05 de dezembro de 1967 por força da Lei nº 5.371 é surge a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que é encarregada, sobretudo, por:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

- a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.’

(BRASIL. Lei nº 5.371 de 1967. Art. 1º. 1967)

Com a criação da FUNAI, demandas como saúde, educação e, sobretudo, o direito a demarcação de terras, foram tomando mais força e tendo maior representatividade perante o Estado Brasileiro.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO CONSOLIDAÇÃO PARA O DIREITO A DEMARCAÇÃO DE TERRA PELOS POVOS INDÍGENAS

Após o período pós-ditadura uma nova Constituição é promulgada, especificamente em 05 de Outubro de 1988, tendo como principal finalidade a proteção à dignidade da pessoa humana e considerada fruto das transformações sociais vivenciadas nos direitos fundamentais.

E nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 231 que além de reconhecer os povos originários, definiu como dever da União a proteção e o respeito aos povos índios e seus costumes, línguas e organização social, bem como garantiu-lhes o direito a demarcação de terra, vejamos:

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.

Logo, novos contornos começam a serem traçados na história e conseqüentemente, novos litígios.

2.1. CONCEITO DE TERRA INDÍGENA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme § 1º do artigo 231 da nossa Carta Magna, pode-se ser considerado terra indígena:

§ 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.

(BRASIL. Constituição Federal. Artigo 231, § 1º, 1988)

Em suma, o texto normativo definiu terra indígena como (i) fator temporal - terras tradicionalmente habitadas em caráter permanente (ii) fator econômico - ou que utilizem para suas atividades produtivas e (iii) fator ecológico - definiu como imprescindível à preservação dos recursos daquele ambiente, ou um local minimamente habitável. Não à toa, todos esses requisitos seguem a uma linha de costumes e características dos povos indígenas.

Importante ressaltar que uma vez reconhecido o direito a terra, estes são (i) permanente, cabendo-lhes o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos pertencentes a elas; (ii) inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis; sendo vedada (iii) 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. (BRASIL,1988)

Ainda sobre o tema, a Lei 6001/73 - Estatuto do Índio, em seu Artigo 17 também dispõe sobre o entendimento de o que é considerado terra indígena, em suma, são: (I) Terras

ocupadas/habitadas pelos silvícolas; (II) áreas de reserva; (III) terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

2.2. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO A TERRA PARA OS POVOS INDÍGENAS

“Índio é terra e não da pra separar”

(autoria desconhecida)

Ao adentrarmos na histórica de formação do nosso País, nota-se que ainda há lacunas e muitas incertezas, no entanto, até onde se tem conhecimento os povos indígenas são os povos originários do Brasil e guardam consigo laços fortes com a ancestralidade.

Atualmente a maior das reivindicações indígenas é a demarcação de terra, que mesmo sendo um direito resguardado pela nossa Carta Magna é alvo de litígio no Judiciário. Isso porque na atual conjuntura o direito possessório envolve conflitos de interesses e disputas econômicas, especialmente porque o Brasil é um País forte no agronegócio que representa quase 4,62% do PIB brasileiro segundo pesquisa desenvolvida pela Universidade de São Paulo³, que além de ser referencia na exportação de commodities (produtos agrícolas e minerais).

Em 2019 o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) divulgou o Relatório de violência contra o povo indigenista no Brasil onde registrou:

(...) omissão e morosidade na regularização de terras (829 casos); conflitos relativos a direitos territoriais (35 casos); e invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio (256 casos

³ Universidade de São Paulo – USP. **PIB DO AGRONEGÓCIO MANTÉM CRESCIMENTO EM MAIO 2020** Disponível em: [https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_PIB_CNA_MAIO_Agosto2020\(1\).pdf](https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_PIB_CNA_MAIO_Agosto2020(1).pdf). Acesso em: 29/10/2020, às 10:30.

registrados); totalizando o registro de 1.120 casos de violências contra o patrimônio dos povos indígenas em 2019.

(...) abuso de poder (13); ameaça de morte (33); ameaças várias (34); assassinatos (113); homicídio culposo (20); lesões corporais dolosas (13); racismo e discriminação étnico cultural (16); tentativa de assassinato (25); e violência sexual (10); totalizando o registro de 277 casos de violência praticadas contra a pessoa indígena em 2019.

(...) desassistência geral (65); desassistência na área de educação escolar indígena (66); desassistência na área de saúde (85); disseminação de bebida alcoólica e outras drogas (20); e morte por desassistência à saúde (31).⁴

Além disso, o relatório também denuncia os incêndios criminosos que visam não só a expulsão dos povos indígenas das áreas afetadas, mas também preparam o solo para exploração econômica de forma ilegais.

Fato é que a morosidade nas decisões pela demarcação da terra deixa esses povos vulneráveis e suscetíveis a violência por parte do garimpo ilegal. Além disso, a migração do Índio para a cidade pode ocasionar danos irreparáveis para esses povos, tais como: exploração sexual de mulheres e crianças, mendicância, aliciamento ao tráfico, dentre outras atividades ilícitas.

Posto isso, é inegável a valia da terra para ambos os lados, todavia, há que se ressaltar que a disputa fundamenta-se justamente ao ponto em que se vê interesses opostos, de um lado os ruralistas e interesses econômicos e do outro os povos indígenas que querem garantir sua existência.

Válido resgatar na história que os povos indígenas viviam fragmentados em todo o território nacional, sendo seminômades que viviam a base da caça e da agricultura e mesmo que revitalizavam as áreas que habitavam e que antes era um solo abandonado, fato que

⁴ Conselho Indigenista Missionário (CIMI). **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil, dados de 2019**. Disponível em < <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>> Acesso em: 04/11/2020, às 22:46.

ocorre até os dias atuais, portanto, é inegável as benfeitorias dos povos indígenas a preservação da natureza.

Além disso, para os povos indígenas a relação com a terra vai além ter uma morada e garantia de subsistência, é também uma relação de amor, religiosidade e cada pedaço de terra são considerados sagrado. A demarcação de terra é uma garantia constitucional que garante, mesmo que minimamente, o direito desses povos as terras e conseqüentemente, a conservação de sua cultura e memória.

Tal fato não diminui a importância da agropecuária na sociedade brasileira, pelo contrário, o interesse econômico também deve ser considerado, afinal, este setor é responsável por grande porcentagem do PIB brasileiro, além de gerar milhares de empregos e renda.

3. A TESE DO MARCO TEMPORAL E DO ESBULHO RENITENTE: CASO RAPOSA SERRA DO SOL E SEUS REFLEXOS

As terras tradicionalmente ocupadas por índios estão sob domínio constitucional da União, sendo inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva, no entanto, estas também são objetos de disputa no Poder Judiciário.

Mesmo diante do contido no artigo 231 da CF/88, controvérsias surgem, em especial após o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou a tese do marco temporal com base no Parecer da AGU, no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR) que é considerado um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que na época, a 2ª Turma do STF por 10 votos a 1, manteve a demarcação da Terra Indígena em Roraima.

No julgamento, apesar da decisão não ser de caráter vinculante, o voto vencedor impôs salvaguardas institucionais para as demandas de demarcação de terras indígenas, portanto, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes para a manutenção da demarcação, sendo estas:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(V) 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 (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(IX) Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

(X) 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 de Conservação da Biodiversidade;

(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(XII) o ingresso, o 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;

(XIII) 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;

(XIV) 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 ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e

(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

(RE 1017365 TPI-REF / SC. Rel. Edson Fachin . Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/5/4CC15071B75A65_indigenas.pdf>. Acesso em: 02/10/2020, às 14:44.)

Apesar da decisão não ter carácter vinculante em 16 de julho de 2012 foi editada a Portaria nº 303 que fixou interpretação uniforme as salvaguardas às terras indígenas pelos Órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta.

No julgamento em questão, abordou-se a tese do “marco temporal” e do “esbulho renitente” que, em suma, dispõe que deve-se utilizar como referencial temporal as terras tradicionalmente ocupadas na data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988 e/ou que demonstre comprovação do conflito possessório após essa mesma data. Nesse diapasão segue o julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. **O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação**

dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR).

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

(grifei e sublinhei)

No caso em apreço, a Corte Suprema concluiu que a data da promulgação da Constituição Federal é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios; e que o processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol) ou em alternativa a esta, deve-se observar a tese do “esbulho renitente” que requerer a prova de resistência persistente ao esbulho sofrido pela comunidade indígena.

Segundo a tese do Marco Temporal, somente poderão ser consideradas terras tradicionalmente indígenas aquelas que ocupadas por povos indígenas a partir da promulgação da Constituição Federal, especificamente em 05 de outubro de 1988, ou que comprovem que tenham sofrido expulsões forçadas das terras e que tenham dando origem a conflitos possessórios pela área, em outros termos, tenham sofrido com o esbulho renitente.

A tese compreende-se como limite material que se impõe à interpretação constitucional. Via de regra, a lei não retroage, por força do princípio da irretroatividade previsto no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988.⁵

No entanto, a norma Constitucional pode sofrer com os efeitos da retroatividade mínima, em outros termos, por serem de aplicação imediata podem alcançar os efeitos futuros de fatos passados. O Supremo Tribunal Federal já firmou este entendimento:

Agravo regimental. - As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas. Agravo a que se nega provimento.

(AI 258.337-AgR, Relator Ministro Moreira Alves)

Este entendimento é aplicado uma vez que a norma constitucional é fruto do Poder Constituinte, ou seja, de aplicação imediata. Ou seja, de fato não seria cabível ao julgador a aplicação da retroatividade dos efeitos do artigo 231 da CF/88.

E acerca do esbulho renitente, este não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, e exige comprovação do conflito possessório atual, conforme disposto na Súmula 650 do STF, *in verbis*:

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL, 1988)

(...) 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, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 9-12-2014, DJE 29 de 12-2-2015.) (grifei e sublinhei)

O julgamento abriu precedentes para outras demandas possessórias semelhantes, dentre eles, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, caso que discute reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio e Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng e que o Supremo Tribunal Federal já declarou ser de Repercussão Geral e de caráter vinculante, ou seja, os efeitos da decisão iram influenciar as próximas e as demandas já existentes.

Até a conclusão do presente artigo o julgamento ainda não tinha data definida, mas já é compreendido como uma ameaça real para os interesses dos povos indígenas.

Sob outro aspecto, os efeitos dessa decisão poderão refletir também fora do âmbito do judiciário e respaldar novas invasões e esbulho possessório em terras indígenas haja vista que estas sempre são objeto de litígio no Judiciário, especialmente, pelo interesse político-econômico.

4. A TEORIA DO INDIGENATO E O DIREITO DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Em contrapartida, segue a “teoria do indigenato” desenvolvida por João Mendes Júnior no início do século XX e que traz fundamentos importantes para posse indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas.. Vejamos:

Mendes Júnior, ao discorrer sobre o tema no início do século passado, já afirmava que as terras do indigenato seriam consideradas “terras congenitamente possuídas”, portanto, “originalmente reservadas” e fazia importante distinção entre o indigenato e a mera ocupação do direito civil “as terras possuídas por hordas selvagens colectivamente organizadas, cujas posses não estão sujeitas à legitimação, visto que o seu título não é a ocupação, mas o indigenato”.

(OSOWSKI, 2017, pp. 323/324 *apud* MENDES JUNIOR, 1912, p.64).

A teoria foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual, definiu conceitos abertos ao se referir aos indígenas como povos originários e a dispor de ocupação tradicional e a posse usufrutuária, de modo que reconheceu que sua posse e existência vêm muito antes da criação de um Estado, deste modo, caberia ao Poder Judiciário apenas demarcar e declarar os limites territoriais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve o objetivo expor e analisar elementos históricos e constitucionais, a fim de trazer à baila a (i) legitimidade e a (in) constitucionalidade da tese do “Marco Temporal” e seus reflexos sob o direito a terra os povos indígenas, caso adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, esclarece-se que os direitos dos índios sobre as terras têm a Constituição Federal de 1988 como último elo do reconhecimento constitucional, de modo

que não é possível o entendimento do Marco temporal como referencial, vez que outras constituições trouxeram previsões acerca da temática, mesmo que outros fatores limitantes.

Vale trazer à baila que outras Constituições trouxeram disposições normativas acerca do tema e o reconhecimento de direitos dos silvícolas sobre suas terras remonta ao período colonial, sendo preservado nas legislações que se seguiram nos períodos imperial e republicano a partir de 1934⁶.

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

Mas apenas o texto normativo da Constituição de 1988 trouxe maiores garantias, especialmente por adotar termos como “povos originários”, de modo que, entende-se que os direitos destes vêm muito antes da criação do Estado brasileiro. Acerca do tema, esclarece CARNEIRO DA CUNHA:

(...) na própria Lei de Terras de 1850, como magistralmente demonstra João Mendes Jr. (1912), fica claro que as terras dos índios não podem ser

⁶ Constituição de 1934 – Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1934);

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

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

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

Emenda Constitucional nº 1/1969 – Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1969).

devolutas. O título dos índios sobre suas terras é um título originário, que decorre do simples fato de serem índios: esse título do indigenato, o mais fundamental de todos, não exige legitimação. As terras dos índios, contrariamente a todas as outras, não necessitaram portanto, ao ser promulgada a Lei de Terras, de nenhuma legitimação (Mendes Jr., 1912, *passim*) (CALVACANTE, 2016. pp. 3 *apud* CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p. 141-142)

Salienta-se que a história dos indígenas no Brasil é marcada por perseguições, extermínio, imposições e apagamento da memória, de modo que a nossa Carta Magna ao dispor sobre os direitos dos povos originários também resgata a memória dos indígenas, bem como assegura a estes direito a demarcação de suas terras.

Aborda-se, também, que o direito do indígena está intrinsecamente ligado ao direito a terra, uma vez que esta é requisito essencial para preservação da existência desse sujeito enquanto coletividade.

Importante trazer abordar neste artigo que a quantidade de indígenas em todo o território nacional, segundo o Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) é de 896,9 mil indígenas. Entre as regiões do Brasil, a maior parte está concentrada na região Norte, com 342,8 mil indígenas, e a menor no Sul, com 78,8 mil. Entre as principais etnias indígenas brasileiras na atualidade estão a Ticuna (35.000), Guarani (30.000), Caiagangue ou Caigangue (25.000), Macuxi (20.000), Terena (16.000), Guajajara (14.000), Xavante (12.000), Ianomâmi (12.000), Pataxó (9.700) e Potiguara (7.700). Além das comunidades que vivem isoladas e que até hoje o Estado Brasileiro não conseguiu identificar com precisão.

A morosidade no julgamento das demandas por demarcação é fator relevante onde os maiores penalizados são os indígenas que estão em desvantagem com os possuidores de títulos de propriedade que exploram economicamente as áreas.

Não é novidade que a disputa por terras sempre foi política e econômica, tendo em contraponto os interesses dos povos originários e em que pese apenas a Constituição Federal de 1988 trazer previsão normativa mais ampla, a história dos povos indígenas não se inicial

em 1988, pelo contrário, são anos de (re) existência no território Brasileiro, em todos os momentos da história.

Portanto, não se pode ignorar que habitam o território brasileiro muito antes do que se tem notícias na história e apesar de séculos cerceados de direitos e invisibilizados, a própria Constituição Federal reconhece eles como povos originários, em outros termos, os que aqui primeiro habitavam a terra Brasil, não cabendo ao Estado Brasileiro privar esses povos de suas garantias básicas.

Destaca-se que nossa Carta Magna classificou lhes como “povos originários”, ou seja, ato declaratório de uma situação jurídica preexistente.

Assim, também não competiria a AGU fazer uma alteração desse porte por meio de um parecer, uma vez que o ato é eivado de inconstitucionalidade, pois, ocorre a usurpação de função típica do Congresso Nacional, afrontando o Princípio da Legalidade e da Separação dos Poderes.

Frisa-se que o artigo 231 da CF/88 refere-se a cláusula pétrea e por força do artigo 60, § 4º da nossa Carta Magna, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

Art. 60 (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

I – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação de poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

(grifei e sublinhei)

A participação popular é elemento fundamental para a Democracia e para a construção de um País mais pluralista e socialmente justo, que vista minimizar os efeitos da história. Com isso, o Estado Brasileiro tem por dever promover a responsabilidade social e a redução das desigualdades e viabilizar uma Democracia fundada na fraternidade.

Para melhor elucidar o tema, vale citar que Britto (2007, 34-35) definiu o constitucionalismo fraterno:

(...) democracia fraternal, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico social).

Nesse sentido, a adoção da tese do marco temporal no caso do povo Xokleng, Recurso Extraordinário 1.017.365 de repercussão geral irá legitimar os atos que em muito se assemelham a momentos da história como a chegada dos europeus ao território Brasileiro e até os capítulos mais recentes da história no período de ditadura civil-militar com expulsões forçadas dos povos indígenas de seus territórios.

E apesar de ação de reintegração de Posse ter sido proposta em 2009 a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) e já em outro cenário da história, a disputa possessória no caso do povo Xokleng persiste há 106 anos⁷, antes até de chegar ao crivo do Poder Judiciário. Isso porquê o povo Xokleng ocupada grandes extensões de terras entre os estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

Na tentativa de minimizar os efeitos do extermínio e das disputas pelas terras, em 1910 o Estado Brasileiro criou Serviço de Proteção aos Indígenas (SPI), com o intuito de pacificar as regiões ocupadas por batalhas possessórias. Em 1914 o SPI foi enviado para as comunidades dos povos Xokleng para promover ações de pacificação da área e selar acordo de paz com os indígenas.

⁷ SANTANA, Renato. **Há 106 anos, pacificação Xokleng serviu como armadilha para violência e esbulho territorial.** Disponível em <<https://cimi.org.br/2020/10/pacificacao-xokleng-armadilha-violencia-esbulho-territorial/>> Acesso em: 15/11/2020, às 21:00.

As terras reservadas como acordo de pacificação, foram sendo reduzidas, dos cerca de 40 mil hectares reservados no início do século restou aos Xokleng menos de 15 mil.

(...) O século 20 pode ser caracterizado como um dos mais violentos contra os povos indígenas no Brasil justamente porque a prática era institucionalizada, era oficializada e legalmente amparada pelo regime tutelar a que eram submetidos os indígenas. A tutela era a extensão da guerra, era a impossibilidade de reação, o sentido mais desumano que se pode aplicar a um povo, tolher a liberdade e impedir que reajam”.

(BRIGHENTI, Clovis Antonio. **Xokleng e a memória perdida: a história que é melhor não contar.** Disponível em <<https://cimi.org.br/2014/09/36504/>>. Acesso em: 15/11/2020, às 21:44.



FONTE: ACERCO SILVIO COELHO DOS SANTOS, 2008.

Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal a disputa cessou, mas até nos dias atuais os povos do Laklaño-Xokleng contam a história dos invasores de suas terras e vivem a sombra do extermínio de seu povo.

De modo que, a adoção da tese do Marco Temporal legitima capítulos de uma história que não compactua mais com os valores da sociedade brasileira, tampouco com a justiça de transição que busca-se estabelecer.

Ressalta-se que a Constituição Federal não adota referencial temporal ou esbulho renitente como dispõe a tese, pelo contrário, o constituinte originário, com participação direta dos povos indígenas definiu a tese do indigenato como sendo a adotada pela Constituição Federal e definiu que as terras são congenitamente possuídas, de modo que cabe ao Poder Público somente regular, fiscalizar e garantir a efetividade.

Não se trata de disputa possessória civil, mas de direito inerente à clausula pétrea da nossa Carta Magna em disputa e que, por óbvio, a maioria das comunidades indígenas não possuem títulos possessórios das terras, portanto, necessário fazer distinção entre a posse indígena e posse civil.

A norma constitucional utiliza-se critérios próprios para sua interpretação levando em consideração o Princípio do efeito integrador que dispõe que o intérprete da norma constitucional buscar equilibrar os bens jurídicos em conflito, propiciando unidade política na aplicação da norma jurídica.

Tendo esse princípio como pano de fundo, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, devem ter preferência os critérios e interpretação que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. (LENZA, pp. 181, 2015)

Nessa linha, um dos princípios basilares da interpretação da norma constitucional, o Princípio da força normativa que discorre sobre a necessidade de se observar os fundamentos da Nação através de fatores históricos e sociais e não somente o texto normativo.

(...) na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

(LENZA, pp.183 *apud* CANOTILHO, 2015)

Fundamental entender a aplicação da lei no tempo e no espaço e compreender que existem limitações para as ações dos julgadores, no entanto, pende-se fundamental que estes analisem todo o conjunto social que envolve a lide, de modo que a própria Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Posto isso, conclui-se que a adoção da tese do Marco Temporal é legítima ao ponto que versa sobre o referencial temporal, pois tecnicamente aceito, porém, não deve ser adota, tendo em vista que é inconstitucional, tendo em vista que a interpretação da norma constitucional deve observada de acordo com a sua natureza jurídica, de modo que a adoção da tese se torna uma afronta ao artigo 231 da Constituição Federal/88.

Além disso, a adoção da tese, socialmente representa grande retrocesso aos direitos dos povos originários, vez que o Estado Brasil tem o dever de reparar esses povos devido às violações sistemáticas historicamente marcadas na história do nosso País e haja vista que para os indígenas a demarcação de terras não equipare-se apenas ao direito à moradia, mas também

a direito a cultura, memória, existência e ancestralidade. Além disso, a adoção da tese irá legitimar os crimes cometidos no passado contra as comunidades indígena, tornando-os mais uma vez vítimas da violência Institucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA. Gustavo Kenner; TINÔCO. Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. **Índios, direitos originários e territorialidade**. Editora ANPR, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf. Acesso em: 29/10/2020, às 21:40.

BELLO, Eduardo Manuel Val Enzo. **O Pensamento Pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educus, 2014.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade, relatório vol. I**. Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. Disponível em <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf> Acesso em: 28/09/2020, às 17:20.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 02/10/2020, às 23:00.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 02/10/2020, às 22:35.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 02/10/2020, às 22:20.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 14/09/2020, às 22:00.

BRIGHENTI, Clovis Antonio. **Xokleng e a memória perdida: a história que é melhor não contar**. Disponível em < <https://cimi.org.br/2014/09/36504/>>. Acesso em: 15/11/2020, às 21:44.

BRITTO, Carlos Ayres. **Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul**. 2013. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013. Disponível em <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/106620/cavalcante_tlv_dr_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28/10/2020, às 13:30.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

IBGE. **Censo 2010: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas**. Disponível em < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14262-asi-censo-2010-populacao-indigena-e-de-8969-mil-tem-305-etnias-e-fala-274-idiomas#:~:text=Esse%20contingente%20somou%2078%2C9,%208%25%20na%20%20C3%A1rea%20rural.>> Acesso em: 28/10/2020, às 22:10.

KUMU, U.P.; KENHIRI, T. **Antes o mundo não existia: a mitologia heróica dos índios Desâna**. São Paulo: Cultura, 1980.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina**. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 4, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29981.pdf>. Acesso em: 26/10/2020.

OSOWSKI, Raquel. **O Marco Temporal Para Demarcação de Terras Indígenas, Memória e Esquecimento. Dossiê - Remoções forçadas de grupos indígenas no Brasil republicano,** 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32261/pdf> Acesso em: 02/11/2020.

SCIENCEEXPRESS. **Genomic evidence for the Pleistocene and recent population history of Native Americans**. *Research Articles*, 2015. Disponível em: <https://www.smu.edu/~~/media/Site/Dedman/Departments/Anthropology/MeltzerPDFs/Raghan%20et%20al%20SCIENCE%202015.ashx?la=en>. >Acesso em: 02/10/2020, às 13:30.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur**. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

Universidade de São Paulo (USP). **PIB DO AGRONEGÓCIO MANTÉM CRESCIMENTO EM MAIO, 2020**. Disponível em: [https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_PIB_CNA_MAIO_Agosto2020\(1\).pdf](https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_PIB_CNA_MAIO_Agosto2020(1).pdf).> Acesso em: 29/10/2020, às 10:30.