

O MARCO TEMPORAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL*

*THE TIME FRIME AND THE JUDICIALIZATION OF THE DEMARCATION OF INDIGENOUS
LANDS IN BRAZIL*

Cláudio Oliveira de Carvalho¹

Julliana Santos Correia²

Resumo: A mora do Poder Executivo Federal na demarcação de terras indígenas tem acarretado em recorrente intervenção do Poder Judiciário, ensejando no fenômeno da judicialização dos processos demarcatórios, que apesar de não ser recente, foi intensificado com a fixação da tese do marco temporal após o julgamento da Petição n. 3.388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal. A utilização da referida tese afetou a garantia constitucional do direito originário dos povos indígenas sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, previsto na Constituição de 1988, uma vez que passou a ser utilizada como fundamento em ações judiciais para anular demarcação de terras já concluídas e para negar o reconhecimento ao direito territorial. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre a constitucionalidade e os efeitos da utilização da tese do marco temporal na judicialização dos processos administrativos de demarcação de terras indígenas no Brasil.

Palavras-chave: Direitos originários; Direitos territoriais; Judicialização; Marco temporal; Povos indígenas.

Abstract: In order to increase the participation of women in elections, the following affirmative actions were implemented: a gender quota system (Law n. 9.0504/97), reserve of Party Fund for female candidates (Law n. 9.096/95, complemented by ADI n. 5617) and prohibition of the use of quotas by coalitions by EC n. 97/2017. As a result of these measures, there has been an increase, albeit small, in the number of female candidacies. Finally, it questions the real female participation translated by candidacies of black women, people with disabilities, transgenders and others stigmatized by society. It analyzes the affirmative policies proposed by the TSE for these women. The study consists of a qualitative and quantitative research with exposure of statistical data related

* Artigo submetido em 14/06/2022 e aprovado para publicação em 10/09/2022.

¹Pós-doutor em Sociologia Urbana pela Universidade Federal da Bahia. Doutor em Desenvolvimento Regional e Urbano. Professor adjunto da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Membro do IBDU – Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. Integrante do NAJA – Núcleo de Assessoria Jurídica Alternativa. Coordenador do GPDS – Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade. E-mail: ccarvalho@uesb.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2924-5047>.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. E-mail: jullianacorreia@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6471-5173>.

to the 2014, 2016, 2018 and 2020 elections ideal, since it is limited to the demands related to the man and woman dichotomy.

Keywords: Affirmative action; Gender quotas; Female diversity; Female candidates.

Introdução

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas trata de uma das principais obrigações impostas ao Estado brasileiro pela Constituição da República de 1988, e deve ser realizada mediante um processo administrativo de competência do Poder Executivo Federal. Apesar disso, a demarcação de terras nunca foi tratada com prioridade pelos governos brasileiros, gerando conflitos e insegurança para centenas de comunidades e povos indígenas em todo o Brasil.

Por esse motivo, somado os interesses conflitantes de atores contrários à demarcação, principalmente relacionados ao âmbito econômico e fundiário de grandes empresas e particulares, a interferência do Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais recorrente, ensejando no fenômeno da judicialização do processo administrativo de demarcação de terras indígenas que, embora não seja recente, se intensificou após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Petição n. 3.388/RR que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS).

No referido julgamento, concluído em abril de 2009, se discutia a constitucionalidade da demarcação da TIRSS, localizada no Estado de Roraima, demarcada em 1993 e homologada em 2005. O referido caso é considerado emblemático, pois, dentre outros fatores, na decisão colegiada, os ministros da Suprema Corte fixaram a tese do marco temporal, segundo a qual se exige a presença física de indígenas na área reivindicada para a demarcação ou o renitente esbulho, que consiste na prova de que, se expulsos, tivessem reivindicado a área até 05 de outubro de 1988, ano em que a Constituição foi promulgada.

Em que pese a expressa vedação ao efeito vinculante do entendimento aplicado àquele caso, quando do julgamento dos embargos de declaração em 2013, demandas judiciais foram ajuizadas com o objetivo de invalidar processos administrativos de demarcação de terras indígenas, com base na aplicação do marco temporal, tanto nos Tribunais inferiores, como no STF, constituindo precedente judicial que aumentou incertezas sobre os direitos territoriais indígenas.

Desse modo, a fixação do marco temporal acarretou em desdobramentos que abalaram a garantia constitucional do direito originário às terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas, previsto no art. 231 da CR/88 e em legislações internacionais, aprofundando a vulnerabilidade social desses povos imposta desde o período da colonização europeia, o que nos levou aos seguintes questionamentos: ao aplicar a tese do marco temporal, estaria o STF fixando interpretação restritiva ao artigo 231 da CR/88, e por isso, contrária ao texto constitucional, no que se refere às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários? Quais os principais efeitos e impactos dessas decisões para os povos indígenas?

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade, e os efeitos da utilização da tese do marco temporal na judicialização dos processos administrativos de demarcação de terras indígenas no Brasil. Têm-se também como objetivos: demonstrar a incorporação da teoria do indigenato pela Constituição de 1988; levantar dados acerca da situação atual da demarcação de TIs no Brasil; e, por fim, demonstrar o impacto do marco temporal no andamento dos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas.

Para isso, foi utilizada uma metodologia pautada em pesquisa bibliográfica, e sob o viés metodológico qualitativo. Quanto à natureza, é aplicada; quanto aos objetivos, é explicativa. O *corpus* será constituído de artigos, dissertações de mestrado, pareceres jurídicos, jurisprudências, legislações, doutrinas, relatórios e matérias jornalísticas publicadas em meio eletrônico.

Com base nisso, será abordada, de maneira sucinta, a adoção da teoria do indigenato pela Constituição de 1988, e o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas no Brasil. Será realizada também uma abordagem sobre o fenômeno da judicialização dos processos demarcatórios de TIs, bem como serão expostos os fundamentos, à luz da tese do marco temporal, que levou a Segunda Turma do STF, em 2014, a anular a demarcação das TIs Guyraroká e Limão Verde, ambas localizadas no Mato Grosso do Sul, expondo ainda uma discussão em torno da figura do renitente esbulho.

Também serão evidenciadas as controvérsias existentes no STF sobre a aplicação da tese, apresentando um caso de repercussão geral em Recurso Extraordinário (RE 1.017.365), reconhecida pela Suprema Corte em 2019, envolvendo o povo Xokleng, no Estado de Santa Catarina, e as implicações que o resultado deste julgamento poderá ensejar no entendimento sobre o direito originário à terra.

Ademais, registra-se que as considerações finais deste trabalho não esgotam as discussões em torno desta importante matéria. Espera-se, na verdade, que os resultados dessa pesquisa possam servir de instrumento para reflexões sobre o tema e, sobretudo, como instrumento para o fortalecimento das lutas dos povos indígenas do Brasil.

1. Aspectos gerais sobre a teoria do Indigenato na Constituição de 1988

O Alvará de 1º de abril de 1680, do período colonial, conforme atesta José Afonso da Silva (2008)³, foi o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos povos indígenas, em especial, sobre as terras tradicionalmente ocupadas, reconhecendo o direito de posse permanente das terras, aplicando-se assim a teoria do indigenato.⁴ A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito dos povos originários à terra, adotando, expressamente, a referida teoria. Já a Constituição de 1967 foi a que primeiro passou a prever que as terras ocupadas pelos “silvícolas”⁵ se incluíam entre os bens da União, definindo, assim, sua natureza de terras públicas.

Com sua promulgação em 1988, a nova Constituição da República passou a reafirmar de maneira mais expressiva os valores da Constituição de 1934, especificamente por meio de seu artigo 231, que passou a prever os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, sendo ainda essas terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Essas terras são vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários, consagrando, assim, uma relação jurídica originada no instituto do indigenato, “como fonte primária e congênita da posse territorial [...], quando estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o

³ A manifestação de José Afonso da Silva descrita neste tópico foi feita em parecer que responde a consulta formulada pelo Conselho Indígena de Roraima (CIR) sobre o Caso Raposa Serra do Sol na Ação Popular 3.388/RR perante o STF, publicado em 30/07/2008 (ISA, 2008).

⁴ No Brasil, o jurista João Mendes de Almeida Júnior é o maior responsável pela teorização do indigenato, e até mesmo, por sua constitucionalização na década posterior à sua morte, em 1930. Sobre o tema, ver: CERQUEIRA, 2018.

⁵ “Segundo o dicionário de língua portuguesa, a palavra “silvícola” é um adjetivo atribuído a quem habita na selva, ou que é selvagem. Esta expressão fora adotada e inserida na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil, onde em seu art. 6º os índios foram incluídos entre os incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer” (SANTOS, 2020, p. 17).

usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.” (SILVA, 2008) (art. 231,§2º, CR/88).

Segundo Silva (2008), para o texto constitucional, a tradicionalidade da ocupação não revela uma relação ou circunstância temporal, mas o modo tradicional em que os indígenas ocupam e utilizam as terras. Quanto à posse indígena, para Samara Santos Carvalho, indígena do povo Pataxó e assessora jurídica da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), “não há título anterior que a legitime e nem a exigência de ocupação prévia como um direito adquirido, pois a posse indígena é primária e congênita conforme já previa o Alvará de 1º de abril de 1680.” (SANTOS, 2020, p. 37).

A Constituição de 1988 veio proclamar, portanto, direitos preexistentes ao próprio ordenamento jurídico. Desse modo, a Constituição “não veio outorgar direitos aos indígenas, se assim fosse, os seus efeitos seriam válidos dali para a frente (futuro), mas, uma vez que o artigo 231 inicia-se dizendo que ‘são reconhecidos aos índios...’, logo vê-se que não criou direitos, mas, os declarou como preexistentes.” (SANTOS, 2020, p. 32).

Ademais, importa ainda registrar que o artigo 65 do Estatuto do Índio, Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973, estabeleceu o prazo de cinco anos para que o Poder Executivo demarcasse as terras indígenas ainda não demarcadas, o que não foi efetivado. Por esse motivo, foi inserido no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, a determinação de que a União deveria concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da sua promulgação, entretanto, como será demonstrado no tópico seguinte, também não se obteve êxito.

1.1 Demarcação de terras indígenas no Brasil: um procedimento administrativo

A demarcação de uma Terra Indígena (TI) é o meio administrativo que tem por finalidade a garantia do direito à terra. A demarcação deve estabelecer a extensão da posse indígena, assegurando a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação por terceiros (ISA, 2018). A Constituição de 1988 estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem bens da União, e somente a ela compete legislar sobre as populações indígenas⁶. O processo de

⁶ Previsão dos artigos 20, inciso XI; e 22, inciso XIV, da CR/88.

demarcação, regulamentado pelo Decreto n. 1.775/96, o qual dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, de competência do Poder Executivo, compreende as seguintes etapas:

“i) Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai; ii) Contraditório administrativo; iii) Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça; iv) Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incra; vi) Homologação da demarcação, a cargo da Presidência da República; vii) Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-índios que atendem ao perfil da reforma, a cargo do Incra; viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai” (FUNAI, 2021).

Segundo a Funai (2021), no caso de povos isolados, a Funai se utiliza do dispositivo legal de restrição de uso para proteger a área ocupada pelos indígenas contra terceiros, com base no artigo 7º do Decreto 1.775/96, artigo 231 da CR/88 e artigo 1º, VII, da Lei n. 5.371/67⁷, ao tempo em que se realizam os estudos de identificação e delimitação da área, com o objetivo de garantir a integridade física desses povos em situação de isolamento voluntário (*Ibid*).

Segundo o último relatório sobre a violência contra os povos indígenas no Brasil, elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI, 2020), têm-se que, em 2019, as terras indígenas no país somavam 1.298 áreas, das quais 829 (63%) apresentam alguma pendência do Estado para a finalização do seu processo demarcatório e o registro como território tradicional indígena na Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Além disso, das 829 áreas com pendências, um total de 536 terras (64%) ainda não teve qualquer providência adotada pelo Estado.

Nota-se, portanto, que das 1.298 terras indígenas existentes no país, apenas 408 chegaram à última fase do procedimento administrativo de demarcação, isto é, foram registradas no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca e/ou no Serviço de Patrimônio da União (SPU) após serem homologadas/reservadas. Verifica-se assim que em muitas terras indígenas não foram concluídas todas as fases do procedimento administrativo de demarcação, e em tantas outras sequer teve algum

⁷ A Lei n. 5371/67 autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio, e dá outras providências.

procedimento iniciado. Considerando ser este o principal meio da efetivação do direito originário ao território dos povos indígenas no Brasil, previsto no art. 231 da CR/88, é possível afirmar que tal situação aprofunda a vulnerabilidade social imposta a esses povos, que se estende desde o período da colonização europeia. Todavia, como será observado nos títulos seguintes, o procedimento de demarcação de terras indígenas confronta interesses de atores conflitantes na sociedade, e nem mesmo os povos indígenas cujas terras tenham tido o procedimento de demarcação concluído, com o decreto presidencial e posterior registro, deixaram de estar suscetíveis à desapropriação territorial.

2. A utilização do marco temporal na judicialização da demarcação de terras indígenas no Brasil

Nos títulos anteriores foi possível observar as dificuldades existentes para a demarcação de uma terra indígena. Exemplo disso foi o emblemático caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), que foi alvo de diversos processos judiciais, e cuja constitucionalidade do ato administrativo de demarcação precisou ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, reconhecimento este que implicou em desdobramentos que abalaram a garantia constitucional do direito originário ao território dos povos indígenas no Brasil até os dias que se seguem.

Raposa Serra do Sol foi demarcada pela Funai no ano de 1993, e somente foi homologada pelo Presidente da República em 2005, doze anos mais tarde. Durante todo esse período, diversas foram as ações judiciais propostas com o objetivo de anular a demarcação, muitas delas tendo como autores entes federativos, como Estado e Municípios, além de parlamentares, que assim permitiram os constantes e violentos conflitos, incluindo mortes, entre indígenas e não indígenas na região. Com o julgamento da Pet. n. 3.388, o STF reconheceu a constitucionalidade da demarcação da TIRSS, todavia, fixou a tese do marco temporal, pela qual se exige a presença de indígenas na área a ser demarcada, no ano em que a Constituição foi promulgada (05.10.1988).

Ademais, como será visto mais adiante, após o julgamento daquele caso, a referida tese passou a ser empregada em processos judiciais para fins de anulação de demarcações já concluídas, e também como fundamento para o não reconhecimento do direito à terra pelos povos indígenas,

muito embora no ano de 2013, em sede de embargos de declaração, o STF, por maioria dos votos, ao manter as condições para o reconhecimento e demarcação da TIRSS, proferidas em 2009, não ter atribuído efeitos vinculantes em casos futuros relativos a terras indígenas diversas^{8 9}.

2.1 O fenômeno da judicialização dos processos de demarcação

Como já observado, a demarcação de TIs é competência do Poder Executivo Federal, que a executa por meio de um ato administrativo complexo, tendo início com a Funai, seguindo para o Ministério da Justiça, chegando, por fim, à Casa Civil. Por sua vez, quando provocado, o Poder Judiciário pode intervir em qualquer das fases “(identificação e delimitação, contraditório, declaração, homologação, extrusão de ocupantes não indígenas e registro) a fim de garantir a devida execução do rito e assegurar que não haja abusos por parte das autoridades envolvidas.” (SANTANA, 2018, p. 457).

No entanto, aquilo que deveria ser eventual, passou a ser regra, de modo que essas intervenções judiciais atualmente configuram-se um fenômeno, no qual o Poder Judiciário, nos dizeres de Santana (2018, p. 457), informalmente se tornou mais um agente “a participar das fases do procedimento administrativo de demarcação de TIs, influenciando ou, até mesmo, ordenando ao Poder Executivo quais decisões devem ser tomadas. Tornou-se raro encontrar procedimento demarcatório em que não haja judicialização.” (*Ibid*).

Nesse sentido, conforme elucida Santos (2020, p. 52), o fato de o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas contrariar muitos interesses, sobretudo, relacionados ao âmbito econômico e fundiário de grandes empresas e particulares, “somados à omissão e/ou inércia do Poder Executivo na realização do processo demarcatório, contribuiu para que além da

⁸ Além de ações judiciais, existem também propostas legislativas que visam restringir o direito territorial indígena, dentre elas o Projeto de Lei (PL) 490/2007 e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215. Segundo dados informados pelo CIMI, tramitam no Congresso Nacional mais de 100 propostas de projetos de leis e de emendas à Constituição com o objetivo de impedir que procedimentos de demarcação de TIs ocorram em conformidade com a determinação do Art. 231 da CR/88 (CIMI, 2019).

⁹ Ainda, há também o Parecer Normativo 001/2017, elaborado pela Advocacia-Geral da União, e aprovado pelo então Presidente da República Michel Temer, vinculando toda a Administração Pública Federal, direta e indireta, ao conteúdo da decisão que julgou a TIRSS, sobretudo, a tese do marco temporal.

morosidade intrínseca ao processo de demarcação, surgisse o fenômeno da judicialização de controvérsias possessórias em torno das terras indígenas.” (*Ibid*).

Somado a isso, a Funai, responsável por instituir e instruir o procedimento administrativo de demarcação de TIs, ao longo dos anos vem sofrendo cortes orçamentários que impedem sua capacidade de atender às demandas das comunidades indígenas em todo o país. “Ainda mais recentemente, os esforços da administração federal no sentido de emplacar políticos e figuras explicitamente contrários às reivindicações indígenas em altos cargos da Funai vêm levando a uma tensão crescente entre povos indígenas e a administração federal.” (ALFINITO; AMADO, 2018, p. 229). Desse modo, além da crise orçamentária que atravessa o órgão federal, existe também uma crise política, que se reflete, por exemplo, nas constantes alterações de seus presidentes, tendo sido 5 nomeados nos últimos 3 anos. Ressalta-se ainda que tratam de nomes ligados aos interesses da bancada ruralista e religiosa do Congresso Nacional, como também militares¹⁰ (SANTOS, 2020, p. 49).

Segundo Santos (2020, p. 49), para o movimento indígena o fato de ter um militar na presidência da Funai, se tornou um dos menores males aos direitos indígenas frente ao resultado das eleições presidenciais no país em 2018, em que foi eleito o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro (Sem partido) que, desde sua campanha eleitoral já se manifestava de forma contrária à política indigenista, sobretudo, em se tratando da demarcação das terras indígenas, chegando a declarar que não iria demarcar nem um centímetro a mais de terras¹¹. Desse modo, além da lenta tramitação nos procedimentos demarcatórios, a omissão do Poder Executivo aliado a setores da sociedade contrários aos direitos indígenas, impede a realização do processo demarcatório, e contribui para o fenômeno da judicialização.

Santana (2018, p. 458) afirma que, embora a judicialização dos procedimentos de demarcação de TIs não seja um fenômeno recente, este se intensificou após o julgamento pelo STF

¹⁰ Sobre os últimos presidentes e nomes cogitados à presidência da Funai: Sebastião Roberto Partelli (General Partelli), ligado ao Partido Social Cristão (PSC), nome especulado para assumir o cargo em 2016, o General Franklimberg de Freitas que assumiu o cargo em 2017, e o atual presidente, o delegado da Polícia Federal (PF) Marcelo Augusto Xavier da Silva (SANTOS, 2020, p. 49).

¹¹ Uma de suas primeiras ações enquanto Presidente da República, porém sem sucesso, ao assumir o cargo em 2019, foi a edição da Medida Provisória (MP) nº 870, no dia 01º de janeiro, que dentre outras coisas, transferiu a Funai do Ministério da Justiça para o recém-criado Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos - MMFDH, o que implicaria na retirada da atribuição do órgão federal em identificar, delimitar, demarcar e registrar as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas, além do licenciamento ambiental em área indígena, que passaria a ser competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA (SANTOS, 2020, p. 50).

da Petição n. 3.388/RR que tratou da demarcação da TIRSS, na qual foi firmada a tese do marco temporal. Tal entendimento ensejou em um aumento significativo das demandas ao Judiciário, tendo em vista que a inovação gerou expectativas de desconstituição de TIs já declaradas, como nos casos que trataremos no tópico seguinte.

2.1.2 O marco temporal e os primeiros casos de anulação de demarcação de terras indígenas no Brasil

As primeiras anulações utilizando-se o marco temporal, pela Suprema Corte, foram os casos da TI Guyraroká, do povo Guarani Kaiowá, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 29.087 de 2014, e o caso da TI Limão Verde, do povo Terena, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 803.462 AgR também de 2014, ambas as terras localizadas no estado do Mato Grosso do Sul (SANTANA, 2018, p. 459). O RMS n. 29.087, visava combater acórdão do STJ que denegou mandado de segurança impetrado contra a Portaria n. 3.219/ 2009, do ministro de Estado da Justiça, que declarou a posse permanente da TI Guyraroká.

Nesse caso, o STJ, para denegar a segurança, havia entendido que a existência de propriedade, devidamente registrada, não obsta a Funai de investigar e demarcar terras, quando constatar relação com a comunidade indígena, uma vez que na forma do artigo 231, §§1º e 6º, da CR/1988, é pertencente aos índios as terras que tradicionalmente ocupam, e nulos os atos translativos de propriedade (PEREIRA, R., 2018, p. 272). O STJ concluiu ainda pela inadequação do mandado de segurança, tendo em vista a ausência de documentação juntada aos autos para opor-se às constatações levadas a termo em laudo elaborado pela Funai (*Ibid*).

No entanto, prevaleceu na Segunda Turma do STF o voto pela concessão da segurança. Por conseguinte, o que determinou a conclusão do RMS n. 29.087 em desfavor da comunidade indígena foi justamente o marco temporal, isto é, concluíram que a Comunidade Guyraroká não ocupava, na data de promulgação da Constituição de 1988, a terra que reivindicavam e também por não ter sido provado o renitente esbulho (*Ibid*).

Quanto ao segundo caso, conforme narra Pereira R. (2018, p. 273), o ARE n. 803.462 AgR, foi interposto pelo proprietário da fazenda Santa Bárbara, localizada no município de Aquidauana, no estado do Mato Grosso do Sul, em face da decisão que negou conhecimento a seu recurso

extraordinário, e tinha como finalidade que a sua propriedade fosse retirada da área demarcada como sendo a TI Limão Verde, do povo Terena. Teori Zavascki, o ministro relator do caso, ao julgar procedente o recurso, invocou a tese do marco temporal, aduzindo que a última ocupação indígena na área objeto daquela demanda havia deixado de existir em 1953, ano em que os últimos índios que ocupavam aquela terra haviam sido expulsos. “O fato de não haver ocupação efetiva em 1988, dessa forma, impediria, a princípio, a demarcação, restando apenas averiguar a existência do que, no julgamento da Pet. n. 3.388, se denominou renitente esbulho” (*Ibid*, p. 273).

No julgamento da referida petição, o STF entendeu que, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, nos locais onde a reocupação das TIs não tenha ocorrido tão somente em razão do renitente esbulho por parte dos não índios, não configuraria hipótese de perda da tradicionalidade da posse nativa, mas, de violação ao direito originário conferido aos índios, a ser reparado tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. No julgamento do ARE n. 803.462 AgR (2014), os dados demonstrados no laudo antropológico da Funai e utilizados nas decisões judiciais anteriores atestavam que naquela região existiam inúmeros aldeamentos indígenas pelo menos desde 1865/1866.

No julgamento pelo juiz de primeiro grau, que realizou inspeção judicial no local, foi constatado que a partir do ano de 1953, os indígenas ficaram impedidos de utilizar as terras da área em litígio, ou seja, não deixaram de utilizar a área por ação voluntária, tendo em vista que além da existência da divisa natural, representada pela serra de Amambaí, houve a instalação de cercas em todo o perímetro da fazenda Santa Bárbara, atestando, as instâncias inferiores, que o renitente esbulho praticado pelos não índios estava comprovado (PEREIRA, R., 2018, p. 274).

Entretanto, a Segunda Turma do STF, na apreciação do ARE n. 803.462 AgR, entendeu de modo diverso, apresentando interpretação restritiva ao que viria ser o renitente esbulho, no caso, a “controvérsia possessória persistente, comprovada por circunstâncias de fato ou judicializada (...)” (*Ibid*, p. 275), somado ainda ao marco temporal “para estabelecer a necessidade de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do renitente esbulho.” (*Ibid*). Com esse entendimento, a Segunda Turma do STF deu provimento ao agravo regimental e, conseqüentemente, ao recurso extraordinário interposto pelo proprietário da fazenda Santa Barbara para retirar a área correspondente à sua fazenda da demarcação da TI Limão Verde.

Após a prolação da decisão, a Comunidade Indígena Terena ingressou no feito, solicitando reanálise do caso, e atualmente aguarda julgamento (AMADO, 2020).

Por fim, como se observa, da breve apresentação dos casos ora mencionados, são desastrosas as consequências que a tese do marco temporal, utilizada nos processos judiciais que, sobretudo, visam a anulação dos processos demarcatórios de terras indígenas, tem acarretado para os povos originários que foram expulsos de suas terras, sem que tenham conseguido para ela retornar antes de 5 de outubro de 1988, ou que não consigam comprovar um conflito possessório que se mantivesse até essa data.

2.1.2.1 A figura do renitente esbulho

Como demonstrado, pela tese do marco temporal é necessária a comprovação do renitente esbulho, caso não seja provado que os indígenas ocupavam as terras, objeto da demarcação, em 05 de outubro de 1988. No julgamento do caso ora transcrito referente à Terra Limão Verde, do povo Terena, foi estabelecida a definição do renitente esbulho em sentido estrito, qual seja, a disputa possessória persistente, atestada por circunstâncias de fato ou judicializada, somado ainda ao marco temporal “para estabelecer a necessidade de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do renitente esbulho.” (PEREIRA, R., 2018, p. 275).

De acordo com essa interpretação, a desocupação forçada, a utilização de cercas para impedir o acesso às terras, as reivindicações ao longo de décadas após a expulsão dos indígenas Terena, ou até mesmo manifestações formais de inconformismo, durante as décadas de 1960 a 1980, comprovadas nos autos, não foram suficientes para que o STF reconhecesse, no ARE n. 803.462 AgR, o renitente esbulho.

No entanto, importa registrar que a política indigenista no Brasil sempre conviveu com a omissão e violência estatal. Nota-se que antes da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil encontrava-se em um regime ditatorial, período em que o Estado foi responsável por incontáveis violações aos direitos humanos dos povos indígenas, como mortes e expulsões de suas terras. Ademais, segundo os dados apresentados pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), no período de 1946, foram estabelecidas pela União condições que propiciaram o esbulho de terras indígenas,

caracterizado, sobretudo, mas não exclusivamente, por ato omissivo, acobertando o poder local e interesses de particulares, e pela ausência de fiscalização sobre práticas de corrupção em seus quadros (CNV, 2015, p. 204).

Como exemplo dos planos governamentais que sistematicamente desencadearam no esbulho das terras indígenas, a CNV relata que na década de 1940, Getúlio Vargas inicia o que se chamou de *Marcha para o Oeste*, que consistiu em uma política federal de exploração e ocupação do Centro-Oeste por colonos “contatando populações indígenas isoladas e favorecendo a invasão e titulação de terras indígenas a terceiros.” (*Ibid*, p. 206).

Além de planos governamentais, diversas declarações oficiais fraudulentas que atestaram a inexistência de indígenas nas áreas ambicionadas por particulares foram emitidas pelo poder público e, com o objetivo de tornar real a extinção de indígenas nessas áreas, têm-se o registro de que empresas e particulares se valeram de ofertas aos indígenas de alimentos envenenados, contágios propositais de varíola, gripe, tuberculose e sarampo, sequestros de crianças, bem como massacres com armas de fogo (*Ibid*, p. 207). Como resultado dessas políticas de Estado, estima-se que ao menos 8.350 pessoas indígenas foram mortas no período de investigação da CNV (1946 a 1988), entretanto, uma vez que apenas uma parcela dos povos indígenas afetados foi analisada para a elaboração do relatório, tem-se que o número de mortes é muito maior (*Ibid*, p. 205).

Paralelo a isso, conforme discute Pereira D. (2018, p. 100), a dominação colonial constrói o outro no lugar da inferioridade, diferença hierárquica e distância temporal, às quais somente podem ser superadas por meio de total incorporação na cultura ocidental. Essa concepção de incapacidade tem lugar central no projeto colonial, motivo pela qual foi instituído um regime de natureza tutelar em relação aos povos originários.

Segundo a referida autora, a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios e o correlato regime jurídico da tutela foram materializados pelo Decreto n. 5.48446/1928, que regulava a situação dos índios nascidos no território nacional. Posteriormente, o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, manteve inalterado o cenário jurídico da incapacidade relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio na defesa de seus direitos, tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial¹².

¹² O artigo 35 do Estatuto, que trata da tutela pelo órgão federal, ainda encontra-se em vigência. O Código Civil de 1916, vigente até 2002, também pautava a incapacidade relativa dos índios. Além disso, também encontra-se em

Esse órgão federal, de início, foi o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910, posteriormente substituído pela Funai em 1967, inicialmente criada com um enfoque assimilacionista como o seu antecessor, que segundo a CNV (2015, p. 205), subordinavam-se ao planos governamentais de violação sistemática dos interesses dos povos indígenas, inclusive colocando-se a serviço de interesses de grupos particulares e ao de seus próprios dirigentes, doando criminosamente terras indígenas e adulterando documentos oficiais.

Portanto, desde o período colonial até a promulgação da Constituição de 1988, os povos indígenas no Brasil não tinham acesso, por si próprios, ao sistema de Justiça, e dependiam, para isso, dos órgãos tutelares: desde 1910, o SPI, e a partir de 1967, a Funai, que, como visto, atuavam, sobretudo, contra os interesses dos povos indígenas (PEREIRA, D., 2018, p. 100).

Diante desse contexto, é necessário questionar como seria possível a resistência indígena ao esbulho de suas terras. Em razão do impedimento legal, não seria pela via judicial, pois não tinham como acioná-la, e aqueles designados para, em seu nome fazê-lo, permaneciam intencionalmente omissos. Seria, portanto, pelo enfrentamento direto? (*Ibid*). É o que questiona Pereira D. (2018, p. 100), e, com base nesse questionamento, apresenta alguns desdobramentos, no qual o primeiro é a desproporcionalidade de força e poder entre os indígenas e aqueles que ocupavam suas terras que, como evidenciamos, contavam com o apoio do Estado, inclusive dos órgãos tutelares, sendo certo, portanto, os massacres aos povos originários.

Por outro lado, cumpre anotar que esse enfrentamento direto, ou a sua tentativa, carece de razoabilidade. Isso por que, segundo a autora, tal entendimento pode levar a uma eficácia simbólica perigosa, uma vez que as disputas por terras indígenas são ainda tão presentes quanto antes da promulgação da Constituição de 1988, levando-se a crer, nas disputas territoriais no atual contexto, a exigência de resistência física como elemento importante no reconhecimento dos direitos indígenas (*Ibid*, p. 101).

Desse modo, “numa sociedade normativamente plural, como ocorre com a brasileira, as possibilidades de resistência a uma situação de injustiça devem ser aferidas concretamente, e não a partir de um modelo ideal, via de regra encarnado no grupo majoritário” (*Ibid*). No caso do povo Terena da área Limão Verde, levado a julgamento pelo STF no ARE n. 803.462 AgR, a resistência

vigência o art. 4^a do Estatuto que prevê o escalonamento do tratamento diferenciado de acordo com o grau de integração do indígena: se isolados, integrados ou em vias de integração.

possível foi provada nos autos do processo: “requerimentos aos órgãos de Estado, em especial os tutelares, para que agissem na defesa de suas terras. Além de incursões permanentes àquele território, para realização de caça e coleta, superando as cercas que ali foram erguidas.” (*Ibid*).

Segundo Pereira D. (*Ibid*), desqualificar essas iniciativas de resistência, como ocorreu no julgamento em apreço, pelo STF, exigindo que a figura do renitente esbulho se acomodasse à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria, configura a negativa tanto ao pluralismo, quanto do processo histórico nacional.

3. O marco temporal no STF: um tema ainda controverso

Nos títulos anteriores demonstramos como a tese do marco temporal e o renitente esbulho foi aplicado pela Suprema Corte para fins de anulação de demarcação de terras indígenas. De outra banda, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI, 2019) aponta que o Supremo tem demonstrado um posicionamento contrário ao marco temporal, como ocorreu em agosto de 2017, no julgamento das Ações Cíveis Originárias (ACOs) 362/MT e 366/MT, movidas pelo Estado do Mato Grosso contra a União e a Funai, em razão de demarcação de terras indígenas.

Pela similaridade das pretensões, as ações foram decididas em conjunto. Nelas, foi reconhecida a ocupação tradicional das terras indígenas, valendo-se da prova antropológica, afirmando que aquelas terras nunca foram devolutas. Nas referidas ações, se discutia ainda o conceito de ocupação tradicional. O STF se manifestou no sentido de que as terras indígenas sempre foram de propriedade da União, de modo que qualquer titulação feita pelos Estados com o intuito de beneficiar não índios, seria nula de pleno direito (CIMI, 2019).

O objeto da ACO n. 362 era a compensação pelas áreas devolutas anexadas ao Parque Indígena do Xingu, criado em 1961; já na ACO n. 366 foram reclamadas as demarcações de terras indígenas pertencentes aos povos Nambikwara, Paresí e Enawenê-Nauê, ocorridas na década de 80. Apesar de o marco temporal não ter sido o objeto central das ações, os ministros fizeram importantes ponderações relacionadas ao assunto, como também teceram críticas à utilização vinculatória das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol aos demais processos judiciais e administrativos em curso no país (MPF, 2019).

Assim como o CIMI, o Ministério Público Federal (MPF, 2019), no Manual de Jurisprudência dos Direitos Indígenas, aponta que em diversos julgados, o STF e outros tribunais pátrios não têm acolhido a tese do marco temporal. O MPF elenca então decisões e acórdãos contemporâneos e posteriores aos acórdãos que anularam as primeiras demarcações de TIs com base no marco temporal, em 2014, abordadas no título anterior, o que nos permite afirmar que a utilização da tese do marco temporal ainda é bastante controvertida na Suprema Corte. Abaixo, destacam-se duas decisões datadas de 2015, em que o STF afasta a tese do marco temporal¹³:

Finalmente, a alegação de que a Portaria 1.128/03 do Ministério da Justiça visaria ampliar área já demarcada, afrontando a decisão proferida na Petição 3.388 (página 14 do documento eletrônico 47), não pode ser interpretada da maneira como pretendida pelo agravante. Como se procurou demonstrar nos embargos de declaração opostos naqueles autos, a condicionante não cabe nas hipóteses, recorrentes, em que se verifiquem vícios ou erros na demarcação original, porquanto, além de prejudiciais aos indígenas, essas situações não refletem a ocupação tradicional como no caso da expropriação forçada, inclusive. Há o risco, então, de se instituir uma evidente "proibição de avanço" em matéria de proteção do direito das populações indígenas às suas terras, contrária à ideia presente de "proibição do retrocesso social". É de se ver, além disso, que a condicionante firmada no caso específico da Raposa Serra do Sol julgamento de inegável valor histórico, que certamente servirá de norte para a apreciação de ações relativas à demarcação de terras indígenas veio atrelada a todo um conjunto de elementos examinados naquela ocasião e não poderá ser aplicada indistintamente a casos e contextos diversos [...] (Ag Reg na SL 610/SC. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. DJe 4.2.2015) (grifos nossos)

Observo, portanto, que o acórdão invocado nas razões desta reclamação apreciou, especificamente, o procedimento de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, não podendo, por isso mesmo, ter sua autoridade afrontada por atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena demarcada, como é o caso narrado nos autos. Isso porque não houve, no acórdão que ora se alega descumprido, o estabelecimento, por deliberação expressa do Plenário do Supremo Tribunal Federal, de efeito vinculante à decisão tomada naquela assentada em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, atributo que, ao contrário dos processos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, não se encontra automaticamente presente nas ações populares. [...] (STF. RCL 15.668/DF. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. DJe 13.5.2015) (grifos nossos).

Importa aqui registrar que não teceremos comentários pormenorizados aos casos ora transcritos, como foi feito no tópico anterior. As jurisprudências supracitadas, neste tópico, têm o condão de demonstrar o posicionamento ainda não definitivo do STF acerca da tese do marco

¹³ As decisões elencadas neste tópico foram retiradas do “Manual de Jurisprudência de Direitos Indígenas” elaborado pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, em 2019.

temporal que, nos casos citados fora afastado pela Suprema Corte, o que demonstra a controvérsia existente sobre a aplicação da tese no próprio STF, não sendo diferente nos Tribunais inferiores.

Por conseguinte, a controvérsia da matéria, somada à sua importância em todo o território nacional, e a mobilização dos movimentos indígenas em todo o país, levaram o STF a reconhecer a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.017.365 (Tema n.º 1.031) que discute, na origem, a reintegração de posse da área indígena do povo Xokleng, no estado de Santa Catarina. Esse caso, e suas atuais implicações no entendimento referente ao direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, será abordado no título seguinte.

3.1 Repercussão geral reconhecida: “O caso Xokleng”

No dia 11 de abril de 2019, o plenário do STF reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 (Tema n.º 1.031), caso que discute uma reintegração de posse movida pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (Fatma), contra a Funai e indígenas do povo Xokleng, envolvendo uma área reivindicada, e já identificada como parte do território tradicional indígena, localizada em uma porção da Reserva Biológica do Sassafrás, no Estado de Santa Catarina. O recurso foi interposto pela Funai contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que confirmou sentença de primeira instância que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada pela Fatma.

Em razão disso, o processo chegou ao STF por via do recurso extraordinário, o qual foi distribuído ao ministro Edson Fachin, que reconheceu a repercussão geral. Na forma do §1º do art. 1.035 do Código de Processo Civil (CPC), a repercussão geral, enquanto requisito de admissibilidade do RE, consiste na demonstração da existência “de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2015).

Conforme explica Luiz Henrique Eloy Amado, indígena do povo Terena, e assessor jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) (2020), o caso do povo Xokleng, é o mais emblemático no momento, uma vez que teve repercussão geral reconhecida, o que significa dizer que, quando julgado, servirá para fixar uma tese de referência aos demais casos envolvendo terras indígenas em todas as instâncias do judiciário.

Explica o advogado que o citado RE foi interposto pela Funai, com a finalidade de manter reconhecido o território tradicional do povo Xokleng, a TI Ibirama-Laklãnõ, no estado de Santa Catarina cujo processo teve origem em uma ação de reintegração de posse requerida pela Fatma, em 2009, em que se pretendia reaver a área administrativamente declarada pelo Ministro de Estado da Justiça como sendo de tradicional ocupação dos povos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani. O acórdão proferido pelo TRF-4 considerou que houve tumulto no exercício da posse da área da reserva biológica pela presença de indígenas na região, e ressaltou a inexistência de elementos que permitissem atestar que as terras seriam tradicionalmente ocupadas pelos índios, uma vez que quem ocupava a área, para fins de preservação ambiental, era a parte autora, a Fatma (STF, 2020).

No RE, a Funai alegou ofensa ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV¹⁴, e ao artigo 231 da CR/88. Sustentou a recorrente que já havia sido reconhecida a tradicionalidade da ocupação indígena na área em questão, e que o acórdão afastou a interpretação contida no artigo 231 do texto constitucional que trata do reconhecimento da posse e usufruto de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, privilegiando, com isso, o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis, em detrimento do direito originário do povo Xokleng (*Ibid*). O ministro Edson Fachin, relator do recurso, considerou preenchido o requisito da repercussão geral da matéria, tendo em vista a relevância jurídica da mesma. Para o relator, há flagrante risco da criação de precedentes que estimulam situação de instabilidade e vulnerabilidade absolutas de atos administrativos editados em âmbito nacional (STF, 2020a).

Segundo o ministro, a questão relativa ao direito territorial indígena ainda não está resolvida, e por esse motivo compreendeu a necessidade de a Corte analisar a efetiva tutela constitucional dos direitos das comunidades indígenas, à posse e usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Frisou também que ainda não estão pacificadas na sociedade ou mesmo pelo Poder Judiciário, questões como o acolhimento pela Constituição da tese do marco temporal, os elementos necessários à configuração do esbulho possessório das terras indígenas, a harmonia entre os interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, em que pese o esforço do

¹⁴ CR/88, Art. 5º [...] XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; [...] LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

STF em fazê-lo quando do julgamento do caso da TI Raposa Serra do Sol, na Pet. 3.388 (STF, 2020a).

Em maio de 2020, o ministro determinou a suspensão, em todo o território nacional, de todos os processos e recursos judiciais que tratam da demarcação de terras indígenas, até o final da pandemia da Covid-19 ou até o julgamento final do RE n. 1.017.365. O requerimento foi feito pela Comunidade Xokleng e demais partes interessadas e admitidas no recurso, em março do mesmo ano, em razão da instalação da pandemia causada pelo novo Coronavírus¹⁵.

Dentre outros casos, a suspensão abrange ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação e recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas (STF, 2020b). Na mesma decisão, o ministro suspendeu os efeitos do Parecer 001 da AGU editado em 2017, que vincula toda a Administração Pública Federal, direta e indireta, incluindo a Funai, ao conteúdo da decisão que julgou a TIRSS, principalmente, à tese do marco temporal. A decisão do ministro também determinou à Funai que se abstivesse de rever qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena com base no parecer da AGU, até que o recurso fosse definitivamente apreciado pela Suprema Corte.

De acordo com o último relatório elaborado pelo CIMI sobre violência contra os povos indígenas no Brasil (2020), no primeiro semestre de 2020, ainda na gestão do ex-ministro Sérgio Moro, 27 procedimentos de regularização de terras indígenas foram devolvidos pelo Ministério da Justiça (MJ) à Funai com o objetivo de serem revistos à luz da tese do marco temporal, em razão do Parecer 001 da AGU. Após decisão do ministro Edson Fachin, o MPF recomendou que a Funai devolvesse os 27 procedimentos administrativos de regularização dessas terras ao MJ, uma vez que a medida afronta decisão do STF que concedeu liminar no RE n. 1.017.365.

Malgrado a decisão de suspensão de todas as ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação de terras indígenas e recursos a elas vinculados, em fevereiro de 2021, o ministro Alexandre de Moraes, do STF, determinou a suspensão de processos relativos à demarcação de terras indígenas no estado do Paraná e na Bahia.

A decisão de suspensão se deu nas Reclamações (RCLs) 42329 e 45671, ajuizadas por grupos de representação dos povos envolvidos. A RCL 42329 foi ajuizada em face de decisão do

¹⁵ Segundo dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), em todo o território brasileiro 52.997 indígenas foram infectados pelo coronavírus, 163 povos foram afetados, e 1.047 é o total de óbitos desde o início da pandemia (APIB, 2021).

TRF-4 que marcou julgamento de apelações cíveis em processo referente à TI Guasu Guavirá, situada nos Municípios de Guairá e Terra Roxa, no Paraná, mesmo depois da decisão do STF no RE 1017365.

Quanto a RCL 45671, esta foi ajuizada em face de decisão do juízo da Vara Federal de Eunápolis, na Bahia, que designou audiência de conciliação, instrução e julgamento para o mês de fevereiro de 2021, na ação que discute a reintegração de posse da Comunidade Indígena Pataxó de Ponta Grande, em Porto Seguro, litoral sul da Bahia (STF, 2021). De acordo com o relator, nos dois casos, as decisões judiciais contrariavam a determinação do STF contida no RE n. 1.017.365, uma vez que as decisões do TRF-4 e da Justiça Federal da Bahia tratam diretamente de matéria relacionada ao Tema 1.031 da repercussão geral.

Do mesmo modo, em 26 de abril de 2021, a ministra Rosa Weber, suspendeu, em sede de liminar, uma decisão da Justiça Federal de Itabuna (BA) que determinava a reintegração de posse de áreas em disputa dentro da Comunidade Indígena Tupinambá da Serra do Padeiro, situada entre os municípios de Buerarema e Una na Bahia. Segundo a Secretaria de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social da Bahia (SJDHDS), a TI do povo Tupinambá, já havia sido delimitada por laudo antropológico da Funai publicado no Diário Oficial da União em 2009, e o passo seguinte no processo demarcatório seria a emissão da Portaria Declaratória/Demarcatória pelo MJ. No entanto, este é um dos 27 processos demarcatórios devolvidos à Funai no início de 2020, para reavaliação em razão da aplicação do marco temporal (G1, 2021).

Como se observa, atualmente existem inúmeros casos judicializados referentes a demarcação de terras e disputas possessórias sobre terras tradicionais¹⁶. Somado a isso, existem também medidas legislativas que visam retirar e/ou relativizar os direitos constitucionais dos povos originários.

Segundo o último relatório do CIMI sobre violências contra os povos indígenas no Brasil, publicado em 2020, no ano de 2019 foram registrados 35 casos de conflitos relativos a direitos territoriais, três vezes maior que o total dos dados em 2018. Para o Conselho Indigenista, “a paralisação de todos os processos de demarcação das terras reivindicadas pelos povos indígenas e a revisão de procedimentos demarcatórios, de terras já demarcadas realizada pela própria

¹⁶ Só no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2016, estavam catalogadas pelo menos 115 decisões colegiadas sobre processos envolvendo demarcação de terras indígenas e TI Raposa Serra do Sol, em Roraima (STJ, 2016).

Presidência da Funai, incentivou a ocorrência de conflitos em todas as regiões do país” (CIMI, 2020).

Com o julgamento do RE n. 1.017.365, o STF poderá, assim, dar uma solução definitiva aos conflitos envolvendo a tese do marco temporal e as terras indígenas no Brasil. Desse modo, das 1.298 TIs no país, das quais 829 (63%) apresentam alguma pendência do Estado para a finalização do seu processo demarcatório, e destas, 536 terras (64%) que não teve ainda nenhuma providência adotada pelo Estado, em tese, não teriam impedimento jurídico no curso de seus processos administrativos, e não poderiam ser revistas, assim como as demais já homologadas, sob o fundamento do marco temporal. Do contrário, serão 32 anos de processos, contados da promulgação da Constituição de 1988, que a Suprema Corte dará o aval para serem anulados.

Considerações finais

O fenômeno da judicialização dos processos administrativos de demarcação de terras indígenas no Brasil não é recente, mas foi intensificado após o julgamento da Petição n. 3.388/RR, pelo STF, que tratou da demarcação da TI Raposa Serra do Sol (TIRSS), no qual foi fixada a tese do marco temporal, em que se exige a presença física de indígenas na área reivindicada para a demarcação, ou o renitente esbulho, no ano da promulgação da Constituição (05.10.1988).

Diante disso, o presente trabalho ao se propor realizar uma análise sobre a constitucionalidade e os efeitos da utilização da tese do marco temporal na judicialização dos processos administrativos de demarcação de terras indígenas no Brasil, atingiu seu objetivo, e como resultado da análise, foi possível constatar que a Constituição de 1988 adotou expressamente a teoria do indigenato, de modo que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são vinculadas ao cumprimento de seus direitos, reconhecidos por ela como originários, o que significa dizer que a Constituição proclamou direitos preexistentes ao próprio ordenamento jurídico.

Assim sendo, seria possível desfazer judicialmente a demarcação de uma terra indígena? Pelos motivos expostos entendemos que não. Além do mais, a legislação que regulamenta o procedimento demarcatório das TIs e a Constituição de 1988 não preveem essa hipótese, nem mesmo ao Poder Executivo, responsável pela demarcação.

Portanto, a interpretação restritiva ao art. 231 da CR/88 dada pelo STF ao fixar e utilizar o marco temporal para a anulação de demarcações de terras indígenas já concluídas, e para fins de não reconhecimento do direito a terra, contraria a teoria do indigenato adotada pelo texto constitucional, que não determinou qualquer circunstância temporal, mas o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas do Brasil.

Nesse sentido, os efeitos da utilização do marco temporal afetam a garantia constitucional do direito originário dos povos indígenas sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, agravando a vulnerabilidade social imposta a esses grupos desde o período da colonização, e com isso a própria sobrevivência física e cultural das presentes e futuras gerações.

Além do mais, o presente trabalho atingiu também seus objetivos específicos, o levantamento de dados acerca da situação atual da demarcação de TIs no Brasil, e, por fim, analisou o impacto do marco temporal no andamento dos procedimentos administrativos de demarcação de TIs.

Em relação a situação das TIs no Brasil, foi possível identificar que a demarcação dessas terras é o principal meio da efetivação do direito originário ao território dos povos indígenas, previsto no art. 231 da CR/88, entretanto, constatou-se que, com base nos dados do CIMI (2020), no Brasil existem 1.298 terras indígenas em diferentes fases do procedimento administrativo de demarcação, das quais apenas 408 chegaram à última fase do processo.

Do total das terras no país, identificou-se que 829 (63%) apresentam alguma pendência do Estado para a finalização do seu processo, e destas, um total de 536 terras (64%) ainda não tiveram qualquer providência adotada pelo Estado, o que demonstra que a demarcação de terras nunca foi tratada com prioridade pelos governos brasileiros, gerando conflitos e insegurança para centenas de comunidades e povos em todo o Brasil.

No que se refere ao impacto da referida tese no andamento dos procedimentos administrativos de demarcação de TIs, foi possível constatar que atualmente existem diversos casos judicializados referentes à demarcação de terras e disputas possessórias sobre terras tradicionais, além de medidas legislativas que visam retirar e/ou relativizar os direitos constitucionais dos povos originários sob a fundamentação da citada tese, como é o caso do Parecer 001 da AGU. Constatou-se também que a paralisação dos processos de demarcação das terras reivindicadas pelos povos

indígenas e a revisão de procedimentos demarcatórios, tem resultado na ocorrência de conflitos em todas as regiões do país.

No mais, ao longo da pesquisa, considerando que o posicionamento do STF acerca da tese do marco temporal ainda não é definitivo, uma das principais descobertas foi verificar que a Suprema Corte tem afastado a utilização da tese com mais frequência, o que demonstra a controvérsia existente sobre sua aplicação, razão pela qual reconheceu, em 2019, a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.017.365 (Tema n. 1.031) que discute a reintegração de posse da área indígena do povo Xokleng, no estado de Santa Catarina, entendendo a Suprema Corte, a necessidade de uma definição sobre o tema.

Desse modo, com o julgamento do RE, o Supremo poderá se posicionar de maneira definitiva sobre os conflitos envolvendo a tese do marco temporal e as terras indígenas no Brasil. Diante disso, e considerando os efeitos catastróficos do marco temporal frente ao direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, espera-se que o STF reconheça a inconstitucionalidade da sua utilização, de modo a afastar inúmeros conflitos em todo o país envolvendo a referida tese.

Registra-se, todavia, o entendimento de que o reconhecimento da inconstitucionalidade pela Corte não findará todos os conflitos relacionados às terras indígenas, pois suas raízes são ainda mais profundas, e envolvem atores diversos, como o Poder Executivo, o Poder Legislativo, e as estruturas socioeconômicas do modelo capitalista de produção e reprodução da vida que permitem que grandes empresas e particulares, com interesses contrários aos direitos dos povos indígenas, interfiram diretamente na não efetivação desses direitos e no não reconhecimento de tantos outros necessários à sua sobrevivência.

O Supremo, portanto, caso não negue os 32 anos de processos demarcatórios de terras indígenas, nem impossibilite a realização de tantos outros, posicionando-se em conformidade com o texto constitucional, não será, nesse ponto, mais um agente a lavar as mãos e possibilitar a *morte matada*¹⁷ dos povos originários do Brasil.

¹⁷ Alusão a um trecho do poema “Morte e Vida Severina” de João Cabral de Melo Neto (1955). Disponível em: <https://cdnbi.tvescola.org.br/contents/document/publications/1402921167454.pdf>. Acesso em: 08.05.2021.

Referências

AMADO, Luiz Henrique Eloy. *O futuro das terras indígenas nas mãos do STF*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://iieb.org.br/o-futuro-das-terras-indigenas-nas-maos-do-stf/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

APIB. *Panorama geral da COVID-19*. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Brasília (DF), 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *Manual de jurisprudência dos direitos indígenas*. Brasília: MPF, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, 2019. p. 195-200. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923). in: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner et al (org). *Índios, Direitos Originários e Territorialidades*. Brasília: ANPR, 2018, p. 170 - 226.

CIMI. *Congresso Anti-Indígena: Os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas*. Brasília (DF), 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/congresso-anti-indigena.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *Relatório Violência contra os povos indígena no Brasil*. Dados 2019. Brasília (DF), 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 26. abr. 2021).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. II, texto V: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%205.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

FUNAI. *Entenda o processo de demarcação*. Brasília-DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 10 abr. 2021.

G1. *STF suspende reintegração de posse em área dentro da Comunidade Indígena Tupinambá de Olivença, no sul da Bahia*. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/04/27/stf-suspende-reintegracao-de-posse-em-area-dentro-da-comunidade-indigena-tupinamba-de-olivenca-no-sul-da-bahia.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ISA. *Cronologia*. [Boa Vista, RR], 2008. Disponível em: <https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/raposa/index45f2.html?q=cronologia>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. *Demarcações*. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Demarca%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O marco temporal de 5 de outubro de 1988 - Terra Indígena Limão Verde. in: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner *et al* (org). *Índios, Direitos Originários e Territorialidades*. Brasília: ANPR, 2018, p. 76 - 105.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Análise constitucional e convencional do marco temporal de demarcação de terras indígenas no Brasil. *in*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner *et al* (org). *Índios, Direitos Originários e Territorialidades*. Brasília: ANPR, 2018, p. 265 - 298.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas e o marco temporal: o STF contra a Constituição. *in*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner *et al* (org). *Índios, Direitos Originários e Territorialidades*. Brasília: ANPR, 2018, p. 451 - 479.

SANTOS, Samara Carvalho. *A judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Faculdade de Direito- FD, da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38755>. Acesso em: 25 abr. 2021.

STF. Reconhecida repercussão geral em recurso que discute posse de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas. *Notícias STF*. Brasília (DF), 2020a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404272&caixaBusca=N_____. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Relator suspende tramitação de processos sobre áreas indígenas até fim da pandemia. *Notícias STF*. Brasília (DF), 2020b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442822&caixaBusca=N_____. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Suspensas ações de demarcação de terra indígena no Paraná e na Bahia. *Notícias STF*. Brasília (DF), 2021. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460015#:~:text=O%20ministro%20Alexandre%20de%20Moraes,de%20representa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20povos%20envolvidos>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *RE 1017365 RG, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019, Processo Eletrônico. DJe-075 Divulg 10-04-2019, Public 11-04-2019.* Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%201017365&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 abr. 2021.

STJ. *Demarcação de terras indígenas é tema de 115 decisões colegiadas do STJ.* Brasília (DF), 2016. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-04-17_09-01_Demarcacao-de-terras-indigenas-e-tema-de-115-decisoes-colegiadas-do-STJ.aspx#:~:text=Demarca%C3%A7%C3%A3o%20de%20terras%20ind%C3%ADgenas%20%C3%A9%20tema%20de%20115%20decis%C3%B5es%20colegiadas%20do%20STJ,-Conte%C3%BAdo%20da%20P%C3%AAlgina&text=S%C3%B3%20no%20Superior%20Tribunal%20de,Serra%20do%20Sol%2C%20em%20Roraima .

Como citar este artigo:

CARVALHO, Cláudio Oliveira de; CORREIA, Julliana Santos. O marco temporal e a judicialização da demarcação de terras indígenas no brasil. **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 25, p. 52 –78, 2023. Disponível em: ___.

CARVALHO, Cláudio Oliveira de; CORREIA, Julliana Santos. O marco temporal e a judicialização da demarcação de terras indígenas no brasil. **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 25, p. 52 –78, 2023. Available for access: ___.

CARVALHO, Cláudio Oliveira de; CORREIA, Julliana Santos. O marco temporal e a judicialização da demarcação de terras indígenas no brasil. **Revista Culturas Jurídicas**, V. 10, n. 25, p. 52 –78, 2023. Disponible en: ___.