



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

PAULO ZAMARLEY DANTAS DE OLIVEIRA SOUSA

**A PETIÇÃO Nº 3.388/RR COMO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL: A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

MOSSORÓ/RN
2022

PAULO ZAMARLEY DANTAS DE OLIVEIRA SOUSA

**A PETIÇÃO Nº 3.388/RR COMO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL: A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientadora: Prof. Dr.^a Juliane Holder da Câmara Silva

MOSSORÓ/RN
2022

PAULO ZAMARLEY DANTAS DE OLIVEIRA SOUSA

**A PETIÇÃO Nº 3.388/RR COMO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL: A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientadora: Prof. Dr.^a Juliane Holder da Câmara Silva

APROVADO EM: 01 / 06 /2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Julianne Holder da Câmara Silva (UFERSA)
Presidente

Prof.^a Dr.^a Oona de Oliveira Caju

Prof.^a Dr.^a Gilmara Joane Macedo de Medeiros

"Sou o resultado de sonhos e de investimentos de outras lideranças indígenas que planejaram ver a nós, indígenas, conquistar diversos espaços. Do movimento indígena que luta para conquistar espaços. Nada para nós foi fácil. Nem alcançar o reconhecimento de nossa terra; nem eu me formar na faculdade de Direito; nem fazer uma defesa no STF e, muito menos, assumir este espaço tão importante e necessário no Congresso. Se sou uma pioneira, é graças aos povos indígenas, ao nosso movimento e aos esforços de cada povo e pessoa que acreditou nisso"¹.

¹ Joênia Wapichana, primeira Advogada indígena do Brasil e primeira mulher indígena a ser eleita como Deputada Federal.

RESUMO

Compreende-se que a luta dos povos originários no país é antiga, sendo concomitante à formação do estado brasileiro. Mesmo após tantos séculos, as reivindicações dos movimentos indígenas ainda são pautadas no direito de viver conforme seus costumes, sem interferência estatal ou da sociedade, e de autodeterminar-se enquanto indivíduos culturalmente diferentes. Neste contexto, em 2009, foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal a Ação Popular Nº 3.388/RR, na qual foi criada a tese do “marco temporal da ocupação”, que defende que os povos indígenas só poderiam reivindicar os territórios em que ocupavam na data de 5 de outubro de 1988, dia da promulgação da Constituição Brasileira. Com base nisso, o objetivo geral do presente trabalho é explorar a tese do “marco temporal”, analisando a sua (in)constitucionalidade e (in)aplicabilidade aos processos de demarcação de terras indígenas. Assim, o procedimento utilizado para elaboração deste artigo consiste em uma pesquisa de revisão bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial, com a coleta e análise de documentos públicos, Acórdão, Inteiro Teor e Votos do Julgamento da referida Ação Popular. Por fim, conclui-se que o entendimento da Suprema Corte brasileira, ao estabelecer a condicionante do marco temporal da ocupação, reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, não sendo possível o uso de tal tese como paradigma jurisprudencial nos processos de demarcação de terras indígenas.

Palavras-chaves: Demarcação. Povos Indígenas. Indigenato. Marco Temporal

ABSTRACT

It is understood that the fight of the native peoples in the country is ancient, concomitant with the formation of the Brazilian state. Even after so many centuries, the claims of indigenous movements are still based on the right to live according to their customs, without state or society interference, and to self-determine themselves as culturally different individuals. In this context, in 2009, the Popular Action No. 3,388/RR was brought to the Federal Supreme Court for consideration, in which the thesis of the “time frame of occupation” was created, arguing that indigenous peoples could only claim the territories they occupied on October 5, 1988, the day of the promulgation of the Brazilian Constitution. Based on this, the general objective of the present work is to explore the thesis of the “time frame”, analyzing its (un)constitutionality and (in)applicability to the processes of demarcation of indigenous lands. Thus, the procedure used to prepare this article consists of a bibliographic, doctrinal, legislative and jurisprudential review research, with the collection and analysis of public documents, Judgment, Full Content and Judgment Votes of the aforementioned Popular Action. Finally, it is concluded that the understanding of the Brazilian Supreme Court, when establishing the conditioning of the time frame of occupation, is blatantly unconstitutional, not being possible to use such thesis as a jurisprudential paradigm in the processes of demarcation of indigenous lands.

Keywords: Demarcation. Indian People. Indigenous. Time Frame

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A TERRA INDÍGENA COMO DIREITO HISTÓRICO ORIGINÁRIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	13
2.1 O Direito à terra indígena: uma perspectiva histórica.....	13
2.2 Os direitos territoriais indígenas no Brasil e o descompasso com a realidade.....	19
3 A PETIÇÃO Nº 3.388/RR, O MARCO TEMPORAL E SUA FIXAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....	21
3.1. Compreendendo os fundamentos da Petição 3888/RR de 2009.....	22
3.2. As salvaguardas institucionais e o marco temporal da ocupação.....	23
3.3 Um caso de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC.....	25
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL.....	28
4.1 Os princípios da vedação ao retrocesso e proibição da proteção deficiente.....	29
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35

1 INTRODUÇÃO

Em que pese os povos originários tenham alcançado direitos importantes, e uma melhora considerável nas condições de vida e subsistência, nos últimos anos, problemáticas que pareciam está em declínio retornaram. Nesse cenário, o enfrentamento a esse novo e velho desafio se apresenta como um difícil dilema a ser tratado pelos povos indígenas. Salienta-se que atualmente a realidade dos povos nativos é permeada de diversos avanços e retrocessos nos direitos conquistados pelas lutas desses grupos nas últimas décadas.

Na conjuntura brasileira, tem-se como referência a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) que estabeleceu um tratamento diferenciado aos povos indígenas. Dito isso, a Carta Política enalteceu o respeito à autonomia autóctone, bem como às Convenções e Tratados que dizem respeito aos povos originários dos quais o Brasil é signatário e se obrigou a respeitar.

Sabe-se que as conquistas de direitos fundamentais e proteção dos povos indígenas emergiram da resistência e articulação desses frente às práticas ilegais de extração de madeira, invasão de terras, integração forçada à sociedade e o estigma da incapacidade. Atualmente, não é tão discrepante o cenário. Convém salientar que, hoje, a omissão do estado na demarcação de terras indígenas, bem como a desestruturação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e a falta de aplicação de políticas públicas em tempos de pandemia compõem um quadro de violações sistemáticas e estruturais dentro da ordem constitucional².

Diante disso, o objetivo geral desse trabalho é analisar a tese do “marco temporal” construída pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Petição 3.388/RR, 2009 e discutida novamente no julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.0171.365/SC. Com base nisso, busca-se analisar a sua (in)constitucionalidade e (in)aplicabilidade aos processos de demarcação de terras indígenas à luz do sistema de proteção constitucional dos direitos indígenas.

Assim, o procedimento utilizado para elaboração desse artigo consiste em uma pesquisa de análise bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Isso significa que para explicar o(s) problema (s), parte-se dos referenciais teóricos relacionados com a área específica do tema.

² POLÍTICA: Dia do Índio: MPF diz que cenário é de 'retrocessos' de direitos e de 'omissão' na demarcação de áreas. [S. l.], 19 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/19/dia-do-indio-mpf-diz-que-cenario-e-de-retrocessos-de-direitos-e-de-omissao-na-demarcacao-de-areas.ghtml>. Acesso em: 22 jul. 2021.

Dessa forma, esse procedimento consiste em apresentar discussões bibliográficas e documentais, buscando oferecer uma contextualização do entendimento acerca do direito à terra indígena e à posse tradicional, e para isso optou-se por se aproximar de uma abordagem essencialmente jurídica, mas sem desprezar a análise histórica.

No que consiste à apreciação do julgado Petição 3.388/RR, os votos foram coletados e analisados através de documentos, Acórdão, Inteiro Teor e Votos do Julgamento (publicado no DJE em 19/03/2009). Também foram utilizados artigos científicos, usando as palavras-chaves “povos indígenas”, “marco temporal” e “demarcação” na pesquisa e coleta dos trabalhos.

Este artigo consiste em três frentes de abordagem. O primeiro tópico aborda a contextualização histórica do direito à terra indígena no Brasil. Nessa parte, buscou-se encontrar a gênese da problemática da posse tradicional indígena, revisando o tratamento dado aos povos indígenas ao longo da história. Para isso, revisou-se os principais documentos e textos normativos que abordavam a questão indígena e que serviram de base legal para a luta dos povos tradicionais.

Já no segundo tópico, procurou-se analisar as razões apresentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Petição 3.388/RR. Dessa maneira, foi analisada as razões do Autor Popular que levou a demanda ao STF, bem como a tese do marco temporal e o estabelecimento das salvaguardas institucionais construídas pelo voto do Ministro Relator Carlos Ayres Brito. Por fim, buscou-se aqui analisar o julgamento do Acórdão que estabeleceu o efeito não vinculante da Ação Popular.

O terceiro tópico tem por escopo analisar a (in)constitucionalidade da tese do marco temporal, partindo-se de uma discussão acerca da literalidade constitucional e a (in)aplicabilidade de tal tese como paradigma jurisprudencial. Tem-se como referencial o Indigenato, a CRFB/1988 e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário.

É importante destacar que, no processo de construção do presente trabalho, foi levada ao STF uma demanda, justamente a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.0171.365/SC, que discute a constitucionalidade do marco temporal da ocupação. O referido processo trata-se de uma ação de reintegração de posse movida pelo governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng, referente à Terra Indígena (TI) Ibirama-Laklãnõ, onde também vivem indígenas Guarani e Kaingang. Foi reconhecida a repercussão geral do tema e ainda se aguarda a continuação do julgamento, tendo em conta que houve um pedido de vista.

Cabe ainda salientar que foi analisada a (in)constitucionalidade do marco temporal dando enfoque na sua compatibilidade com os princípios constitucionais da vedação ao retrocesso e proibição da proteção deficiente. Para isso, foi utilizado o voto do Ministro Relator Edson Fachin no Recurso Extraordinário 1.0171.365/SC como ponto de partida para a discussão do tema.

Por fim, apresentam-se as considerações finais a respeito da (in)constitucionalidade da tese do marco temporal e seu uso como paradigma jurisprudencial nos processos de demarcação de terras indígenas. Tenta-se assim fazer uma síntese dos elementos discutidos na redação final deste trabalho, buscando filiar-se a um entendimento e o estabelecimento de uma posição acerca da temática apresentada.

2 A TERRA INDÍGENA COMO DIREITO HISTÓRICO ORIGINÁRIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não se compreende o direito à terra indígena e seus respectivos conflitos sem dimensionar a sua origem, ou ao menos entender os conflitos iniciais que desencadearam a problemática atual. Nesse contexto, o presente tópico se faz necessário, pois não se trata apenas de um recorte histórico sobre a origem do problema da demarcação de terras indígenas, tendo em vista que o presente estudo consiste em uma pesquisa essencialmente jurídica

2.1 O Direito à terra indígena: uma perspectiva histórica

É de suma importância localizar historicamente a gênese do direito à terra indígena. Uma vez que durante o julgamento da Petição Nº 3.388/RR, objeto de estudo desse trabalho, foi formulada a tese de que os direitos dos indígenas sobre suas terras possuem como marco temporal, qual seja a data da promulgação da CRFB/1988³.

De fato, a luta dos povos originários no país é antiga, concomitante à formação do estado brasileiro. Compreende-se que, mesmo após tantos séculos, as reivindicações dos movimentos indígenas ainda se pautam no direito de viver conforme seus costumes, sem interferência estatal ou da sociedade e autodeterminar-se enquanto indivíduos culturalmente diferentes⁴.

De toda forma, seja no período colonial, sob o pretexto de expandir a fé cristã, com a evangelização e a imposição da catequese, seja sob a política do integracionismo e comunhão nacional, nos períodos Imperial e Republicano do Brasil, o Estado sempre interferiu, dominando e retendo em seu poder a autonomia dos povos indígenas⁵.

³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Acórdão. Rel. Min. Ayres Brito. Julgamento em 19/03/2009

⁴ “Muito ainda precisa ser feito para amenizar as lutas dos povos indígenas no Brasil. Os direitos dos povos indígenas ainda são desrespeitados e ignorados pelas forças do Estado. O que abre margem para grandes indústrias hidrelétricas, de mineração e do agronegócio explorarem terras que não as pertencem, reduzindo ainda mais as possibilidades de moradia e alimentação de milhares de indígenas. Para além dos desafios territoriais, os povos indígenas enfrentam, ainda nos dias de hoje, problemas com racismo, preconceito, violação aos direitos das mulheres indígenas, falta de acesso à saúde e serviços públicos, além da alimentação escassa e pobre em nutrientes”. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/povos-indigenas-historia-cultura-e-lutas/>

⁵ SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 18-52. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book (185 p.).

Registre-se que as grandes navegações para as Índias, inspirada sob o movimento de política econômica do mercantilismo, foi o marco inaugural da exploração dos povos originários. Pode-se dizer que uma significativa consequência desse processo foi o grande empreendimento da invasão da América⁶.

Nesse contexto histórico, os europeus obrigaram os habitantes a servirem como mão de obra escrava a serviço do sistema mercantilista, sendo a recusa a essa imposição repreendida com a expropriação e expulsão dos povos de suas terras, quando não ocasionava a sua morte. Neste sentido, deve-se dizer que está caracterizada a primeira causa do problema do direito à terra indígena, a expropriação forçada dos indígenas, problema esse ainda persistente no Brasil como se verá adiante.

É bem verdade, que a política colonialista estava baseada na subjugação e integração dos povos que iam sendo encontrados, o que consistia na ideia de que a situação do indígena era provisória pelo fato de que, ao integrá-lo à civilização, tal característica sucumbiria. Assim, todos os esforços de exploração visavam cumprir esse objetivo, pois, civilizado o nativo se tornaria apto ao trabalho escravo⁷.

Nesse contexto, ainda durante o período colonial, o Papa Paulo III através da Bula “*Sublimis Deus*”, de 02 de junho de 1537, declarou que os povos nativos que fossem “encontrados”, durante o processo de colonização, não poderiam ser expropriados de suas terras ou perder os seus bens, ainda que estivessem fora da fé-cristã, ou seja, ainda que fossem considerados pagãos. Esse documento papal superava o antigo entendimento adotado pelo Papa Nicolau V na Bula, *Dum diversus et Divino Amore Communiti*, de 18 de junho de 1452, que havia autorizado os portugueses a conquistar as posses e adquirir as propriedades dos povos pagãos, que eram considerados infiéis para Igreja⁸.

Em continuidade, é importante mencionar que a Bula “*Sublimis Deus*” foi confirmada em 1639 e novamente em 1741 pelos Papas Urbano VIII e Bento XIV. Isso marcou a superação do entendimento da Igreja Católica quanto a apropriação de terras dos povos tradicionais pelos

⁶SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos Coletivos E Sociedades Multiculturais: Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2003. cap. 1, p. 74.

⁷*Ibid*, p. 77

⁸KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os Direitos dos povos indígenas do Brasil –Desenvolvimento histórico e estágio atual *apud* SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 18-52. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book (pág. 28).

reinos ibéricos durante o processo de expansão ultramarina e de conquista dos novos territórios⁹.

Dessa forma o direito colonial português, a luz do entendimento da Igreja Católica e através da Carta Régia de 30 de julho de 1609, bem como da Lei de 10 de setembro de 1611, entendia que os nativos indígenas possuíam o domínio irrestrito sobre suas terras. Assim pela primeira vez o Indigenato foi institucionalizado normativamente. Entretanto, foi o Alvará Régio de 01 de abril de 1680 que consolidou o Indigenato como direito originário dos povos indígenas. Importante se faz mencionar que tal instituto possuía uma força tão significativa que tal norma prevalecia até sobre as sesmarias concedidas pelo Reino de Portugal¹⁰.

Essa digressão histórica é importante pois os direitos originários indígenas têm como fonte histórica o Indigenato, instituto introduzido no ordenamento como norma da Coroa Portuguesa influenciado pelo entendimento firmado pelas Bulas papais regentes daquela época. Cabe ressaltar, que até hoje tal instituto está presente juridicamente no aparato normativo brasileiro.

Vale dizer, que a constitucionalização do Indigenato, só foi realizada com a Carta Política de 1934 que reconheceu aos povos indígenas o direito sobre as terras, por eles ocupadas, permanentemente. Estava assim, embora já houvesse presente, reconhecido constitucionalmente o direito dos povos indígenas à posse das terras que tradicionalmente ocupam¹¹.

Seguindo o percurso histórico brasileiro, durante o período ditatorial, com a Carta Política de 1967, as terras indígenas foram consideradas de propriedade da União¹². Também é de suma importância lembrar que pouco tempo depois houve o advento do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), que regulamentou os dispositivos constitucionais que discorriam sobre as terras indígenas ainda com caráter integracionista e objetivando a participação do indígena na comunhão nacional¹³. Dessa forma, fica perceptível a preocupação do legislador brasileiro em cada vez mais aumentar a proteção de direitos dos povos indígenas.

Passado o período ditatorial, com a promulgação da (CRFB) de 1988, foi inaugurado uma nova ordem constitucional. Antes, o direito à terra indígena era entendido sob a perspectiva apenas de um direito histórico sob reivindicação, agora, alçou o patamar de direito

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*

¹¹*Ibid.* p. 29.

¹²Art 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

¹³Governo Federal. LEI nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. [S. l.], 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 13 out. 2021

constitucional sob uma perspectiva multicultural e pluriétnica¹⁴. Assim, o referido direito, antes reivindicado, foi reconhecido e constitucionalizado¹⁵.

Neste passo, tem-se que foi somente com a CRFB/1988, que o paradigma assimilacionista, herdado ainda do período da dominação portuguesa, foi substituído pelo direito de o indígena continuar sendo indígena, perpetuando suas tradições, línguas, religiosidades e costumes e, por consequência, voltar a ser o protagonista de sua vida sem precisar perder seu modo de vida e sem a necessidade de ser integrado a sociedade¹⁶.

Por outro lado, é importante dizer que a trajetória que os povos indígenas percorreram para alcançar direitos mínimos, como o da autodeterminação, foi permeada por grande e sangrenta resistência, e que a luta desses grupos está fundada no combate à exclusão, infantilidade e incivilidade que influenciaram a regulação e a percepção social sobre esses povos¹⁷.

Assim, a consagração do princípio da autonomia dos povos indígenas na CRFB/1988 favoreceu a consecução de um sistema pelo qual os povos indígenas podem exercer seu direito à livre determinação. Por conseguinte, esse pensamento tinha como premissa a diversidade sociocultural, que implicou na criação de um meio autônomo pelo qual as coletividades indígenas teriam plena capacidade para conduzir seu modo de vida¹⁸.

Desse modo, passou a ser reconhecido aos povos nativos o direito à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, e o direito sobre as terras que

¹⁴“A expressão multiculturalismo designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades “modernas”. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do conhecimento, da diferença e da igualdade. In: Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap. 1. Disponível em: wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/. Acesso em: 4 nov. 2021.

¹⁵SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos Coletivos E Sociedades Multiculturais: Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap. 1, p.

¹⁶SILVA, Julianne Holder da Câmara. A capacidade civil indígena. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 8, n. 28, p. 209–228, 2014. DOI: 10.30899/dfj. v8i28.203. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203>. Acesso em: 12 maio. 2022.

¹⁷SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 18-52. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book (18 p.).

¹⁸SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e Plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo (org.). Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília- DF: INESC, 2009. p. 63-91. ISBN 978-85-87386-21-2.

tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens¹⁹.

Neste sentido, o direito à terra indígena, segundo o novo ordenamento constitucional, está assentado na posse exercida segundo as tradições, usos e costumes para garantia da preservação e reprodução cultural dos conhecimentos dos povos originários. Vale dizer que a perspectiva adotada pela CRFB/1988 seguiu e aderiu ao movimento global de proteção a diversidade étnica e cultural de grupos diferenciados²⁰. Ademais, é importante destacar que o legislador constituinte vai além e é taxativo ao afirmar que os direitos desses grupos são originários, entendendo que são anteriores à própria Constituição²¹.

Entretanto, a constitucionalização do direito à terra indígena, só foi possível graças à articulação do movimento indígena no Brasil que assumiu um papel ativo na mobilização e organização da luta pelos seus direitos. Essas reivindicações trouxeram para esse povo uma verdadeira conquista, uma significativa oportunidade ao dar voz política e representativa ao “índio”, trazendo o movimento mais perto da política e do estado²².

No Brasil, o protagonismo dos povos originários, influenciado por um movimento global de articulação em defesa dos direitos indígenas fortaleceu e propiciou a articulação de movimentos sociais desse grupo, por volta da década de 1970, que tinham como reivindicação o reconhecimento de sua identidade étnica e cultural diferenciada e baseada na relação com uso da terra e de seus recursos naturais. O referido movimento, com importante destaque para as Assembleias Indígenas realizadas entre 1974 e 1984²³, visava a autonomia e pugnava pela extinção do modelo integracionista de aculturação.

¹⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

²⁰*Ibid.* p.30

²¹PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Direitos Humanos em Revista*, [s. l.], v. 4, ed. 5, 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144>. Acesso em: 30 set. 2021.

²²SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book

²³“Esse quadro começou a se modificar a partir das Assembleias Indígenas, quando lideranças de diferentes povos do País passaram a se reunir com o incentivo e apoio logístico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Assim, em abril de 1974 realizava-se a 1ª Assembleia nacional de líderes indígenas, ocorrida na Missão Anchieta, em Diamantino (MT), e a partir dela muitas outras seriam promovidas. No total 57 Assembleias Indígenas seriam realizadas entre 1974 e 1984 por todo o país, e à medida que essa articulação entre os povos se desenvolvia os mesmos passavam a assumir sua organização” - SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 18-52. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book (52 p.)

Essa nova forma de tratamento internacional, afastou teoricamente a figura do indígena como um ser que precisa ser integrado à “civilização” (integracionismo) e passou a respeitar o seu direito de ser diferente e ter sua vida conforme seus costumes²⁴. Dessa maneira, com o Convênio 169º da OIT, estabeleceu-se as bases de um modelo pluralista, baseado no controle indígena de suas próprias instituições e modelo de desenvolvimento, e na sua participação nas políticas estatais²⁵.

Outro importante documento que fortaleceu a luta dos povos autóctones foi a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, uma vez que reconhecia a igual dignidade de todos os povos e o direito dos povos indígenas a definir livremente sua organização política e seu modelo de desenvolvimento²⁶.

É de suma importância mencionar ainda a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse documento foi o primeiro instrumento da história da OEA que promove e protege os direitos dos povos indígenas das Américas²⁷.

2.2 Os direitos territoriais indígenas no Brasil e o descompasso com a realidade

Hoje, em uma realidade pós CRFB/1988, os povos indígenas brasileiros enfrentam momentos de verdadeiro abandono e retrocesso social. Forçoso é reconhecer que a constitucionalização dos direitos indígenas, a ratificação de tratados internacionais, a criação

²⁴Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989. Assim observa-se que a Constituição Federal antecedeu a Convenção nº 169.

²⁵FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). POVOS INDÍGENAS: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília- DF: INESC, 2009. p. 15. ISBN 978-85-87386-21-2

²⁶*Ibid* p. 15

²⁷ “A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), é o primeiro instrumento da história da OEA que promove e protege os direitos dos povos indígenas das Américas. A aprovação ocorreu por aclamação pelos Estados Membros, no último dia 15 de junho, em Santo Domingo, capital da República Dominicana. O processo de elaboração da DADPI levou 17 anos. Durante todo esse tempo, a delegação brasileira trabalhou para garantir que os dispositivos da Declaração Americana fossem compatíveis com a legislação e as políticas relativas aos povos indígenas no Brasil. Segundo análise do Ministério das Relações Exteriores (MRE), a DADPI é cerca de 30% mais extensa do que a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU) e trata de quatro temas novos, não contemplados pela ONU ou pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Os novos temas estão nos artigos II, IX, XVII e XXVI, todos com respaldo na legislação brasileira”. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2016/oea>. Acesso em: 12/05/2022.

de leis voltadas à proteção desse grupo étnico, tudo isso, não se mostrou suficiente para garantir com eficácia a posse tradicional indígena.

Atualmente, a intensificação das expropriações de terras indígenas, sobretudo as ocorridas por meio de invasão, grilagem e loteamento, consolidam-se de forma rápida e agressiva por todo país²⁸. Cumpre observar que tal situação, um pouco diferente do período colonial, mas bem similar, se intensificou no Brasil após a eleição de um governo austero e avesso à causa indígena.

Consoante tais informações, observa-se que, eleito com apoio do setor ruralista e do agronegócio, o Governo Bolsonaro (2018-2022) promove a campanha de não demarcar nenhuma terra indígena em sua gestão. Convém lembrar, que a demarcação é um processo administrativo de competência da União²⁹ com apoio de órgãos federais que promove o estudo e o reconhecimento da terra como tradicional, instrumento de suma importância na luta secular dos povos originários, bem como direito constitucional destes.

Inobstante a isso, segundo aponta o Relatório Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2019³⁰, publicado anualmente pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi), das 1.298 terras indígenas no Brasil, 829 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). Destas 829, um total de 536 terras não teve ainda nenhuma providência adotada pelo Estado.

É ainda mais preocupante quando se faz uma comparação com a gestão administrativa de governos anteriores no que se refere à homologação de terras indígenas e tem-se que a gestão atual é a pior dos últimos 30 anos, desde a promulgação da CRFB/1988. Levando em consideração ainda o estudo feito no Relatório do Cimi, aponta-se que mesmo em relação aos governos de ideologia liberal, como o de Fernando Collor (jan. 1991- set. 1992) com 112 homologações de terras indígenas e de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), com 145 homologações, a atual Gestão Administrativa Federal não realizou durante esses 4 anos de governo nenhuma homologação. Pelo contrário, foram devolvidos 27 procedimentos de regularização de terras indígenas para o Ministério da Justiça (MJ). O que demonstra o

²⁸Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2020. [S. l.]: Conselho Missionário Indígena, 2020. 248 p. Disponível em: <https://cimi.org.br/observatorio-da-violencia/o-relatorio/>. Acesso em: 8 dez. 2021.

²⁹O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 disciplina que “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”.

³⁰Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil: Dados de 2020. [S. l.]: Conselho Missionário Indígena, 2020. 248 p. Disponível em: <https://cimi.org.br/observatorio-da-violencia/o-relatorio/>. Acesso em: 8 dez. 2021.

compromisso firmado em não demarcar terras tradicionais, violando desse modo direitos fundamentais à existência dos povos nativos.

Com efeito, chega a ser visível a fragilidade e a vulnerabilidade dos povos e comunidades tradicionais. Basta que ascenda ao poder um governo avesso aos direitos indígenas para verificar o desmonte de todo um sistema de proteção.

Ademais, é a partir dessas gestões que se observa que o enfrentamento do problema indígena brasileiro não se refere à insuficiência de leis, sobretudo porque têm-se um amplo aparato legal apto a promover a proteção dos povos nativos. Diante disso, tem-se que a solução desse problema passa por um caminho em que se relaciona a combinação de dispositivos legislativos eficazes e uma gestão voltada a defender esse grupo étnico e assegurar o reconhecimento da posse tradicional destes.

3 A PETIÇÃO Nº 3.388/RR, O MARCO TEMPORAL E SUA FIXAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

A Petição nº 3.388/RR consiste em uma Ação Popular julgada no STF em que se pedia a suspensão e a declaração definitiva de nulidade da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial que homologou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol³¹. O referido caso foi levado à apreciação do STF, tornando-se um caso paradigmático, um marco legal e político para a questão da demarcação de terras indígenas.

Primeiramente, destaca-se que a chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol é uma área localizada no nordeste do território do Estado de Roraima, Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, medindo 1.743.464 hectares. Cumpre ressaltar que a referida área está integralmente situada em faixa de fronteira, encontra-se ainda sobre área do Parque Nacional do Monte Roraima, que representa 6,72% da área da terra indígena³².

Importa dizer, que o processo de regularização dessas terras foi iniciado em 1977 através de requerimento de um dos delegados regionais da FUNAI, passando por várias etapas ao longo do tempo³³. Ademais, cabe destacar o importante papel da organização indígena roraimense na luta pelo reconhecimento da terra tradicional, com destaque especial para o Conselho Indígena de Roraima (CIR), fundado na Assembleia de Tuxauas (lideranças) de 1971, que atuou diretamente no caso aqui narrado³⁴.

³¹Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR.Voto -Relator. Min. Ayres Brito. pág. 15,16. Julgamento em 27/08/2008.

³²Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR.Voto – Vista. Min. Menezes Direito. pág. 143. Julgamento em 10/12/2008.

³³*Ibid.* pág. 144

³⁴“Em 26 de abril de 1977, na comunidade indígena Maturuca, região Serras, Terra indígena Raposa Serra do Sol, veio a principal decisão que marcou o recomeço para as comunidades indígenas. Foi a assembleia do “Vai ou Racha”. Foi nesse encontro que os indígenas se uniram para dizer não à bebida alcóolica e sim à comunidade. Dessa decisão, surgiram os conselhos regionais que ajudavam a resolver os problemas e fortaleciam a organização entre as comunidades. Importante lembrar de 1971 a 1989, havia as importantes articulações com um pequeno grupo de indígenas, estes eram chamados de Conselheiros. E cada região tinha o seu conselheiro. Um dos primeiros foi o tuxaua Gabriel Macuxi, da região Raposa. O tuxaua Gabriel buscava apoio com os parceiros das comunidades indígenas conforme as suas necessidades. No ano de 1980, com a chegada do projeto “Uma vaca para o índio” de criação comunitária de gado, possibilitou a reconquista da terra e fortaleceu a autonomia das comunidades. Já em 1986, os conselhos regionais passaram a ter uma sede em Boa Vista-RR para facilitar a articulação por políticas públicas e direitos indígenas. Principalmente nas áreas de saúde e educação. E então foi criada uma organização de abrangência estadual, o Conselho Indígena do Território de Roraima (CINTERR). Já criação formal do CIR ocorreu em 30 de agosto de 1990 devido à emancipação do Território para Estado de Roraima na Constituição Federal de 1988. Desde o início, principal bandeira do movimento, foi a luta pelos territórios. A demarcação de Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que foi uma luta travada pelas lideranças por mais de 30 anos e isso foi o símbolo dessas conquistas. A demarcação e homologação foi um marco legal e político para os direitos indígenas no Brasil. Atualmente, o CIR representa 255 comunidades e também defende os direitos de mais de 70 mil indígenas de 10 povos. Vale destacar, além de grandes lutas há também importantes conquistas como: na educação, na formação de professores indígenas através do Magistério e também com a criação do Instituto Insikiran e na saúde com a formação de Agentes Indígenas de Saúde – AIS. Houve também a implantação

3.1. Compreendendo os fundamentos da Petição 3888/RR de 2009.

A Ação Popular questionava a demarcação feita pela União, impugnando a Portaria do Ministério da Justiça e o Decreto do Presidente da República que homologaram o processo de demarcação da TI em questão. Vale lembrar que a Ação Popular foi ajuizada por um Senador pelo Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto, bem como teve parte interessada na lide, o próprio Estado de Roraima, que se juntou à causa e também impugnava tal homologação³⁵.

Convém observar que os argumentos apresentados pelo autor popular (e seus apoiadores) estão alinhados ao clássico pensamento de viés integracionista, assimilacionista e colonizador. Neste sentido, além de argumentar que o processo administrativo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol possuía vícios, como irregularidades no laudo antropológico e no procedimento de demarcação³⁶.

Um dos argumentos também utilizados, foi a tese de que devido ao fato de a TI está localizada em área correspondente à faixa de fronteira a homologação das terras traria um grande risco à segurança nacional³⁷.

Cabe ainda mencionar que o autor popular ainda estava alinhado a antiga ideia de antagonismo entre direitos indígenas e entrave ao progresso econômico³⁸. Dessa forma, a Ação Popular foi mais um mecanismo utilizado a favor do agronegócio e contra os povos tradicionais. De mais a mais, é possível observar que o único desenvolvimento defendido em tal ação era exclusivamente o econômico.

3.2. As salvaguardas institucionais e o marco temporal da ocupação

No ano de 2009, o Plenário do STF declarou a validade da Portaria 534/2005 do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do

do Grupo de Proteção e Vigilância Territorial – GPVIT nas comunidades.” - EM 2021 CIR fez 50 anos e uma trajetória de luta e resistência pelos direitos dos povos indígenas de Roraima. [S. l.], 30 dez. 2021. Disponível em: <http://cir.org.br/site/2021/12/30/em-2021-cir-fez-50-anos-e-uma-trajetoria-de-luta-e-resistencia-pelos-direitos-dos-povos-indigenas-de-roraima/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁵Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Voto - Vista. Min. Menezes Direito. Julgamento em 10/12/2008.

³⁶Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Voto - Relator. Min. Ayres Brito. pág. 03. Julgamento em 27/08/2008

³⁷*Ibid.* pág. 18.

³⁸*Ibid.* pág. 59

Decreto Presidencial de 15/04/2005, que a homologou, mantendo a demarcação contínua, a ser ocupada apenas por grupos indígenas³⁹.

Nesse contexto, por ocasião do julgamento da Petição nº 3.388/RR, o STF, a partir do voto do falecido Min. Menezes Direito, estabeleceu que a referida Terra Indígena deveria ser mantida. Todavia, estabeleceu que deveriam ser obedecidas certas condições, salvaguardas institucionais, que seriam requisitos para o reconhecimento da demarcação válida⁴⁰.

Cumprе ressaltar que as 19 condicionantes⁴¹ impostas no julgamento da referida Ação Popular estavam relacionadas ao usufruto da terra pelos povos nativos, seus limites e

³⁹Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Acórdão. Rel. Min. Ayres Brito. pág. 18. Julgamento em 19/03/2009.

⁴⁰*Ibid.* pág. 15.

⁴¹“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. O 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

regularização, suas permissões para a lavra das riquezas minerais sempre condicionando à anuência do Congresso Nacional. Vale dizer que tais ações tinham como objetivo sempre a superioridade do interesse público em relação a esses direitos. Dessa maneira, as salvaguardas visavam preservar a competência da União, o interesse nacional e a segurança do País no que diz respeito à fronteira e a política de defesa nacional⁴².

Não se pode olvidar que o marco temporal da ocupação é ponto crucial dessa decisão, tanto que se tornou objeto de estudo do presente trabalho. Neste bordo, tem-se que tal condicionante vem a ser um dos conceitos estabelecidos pelo acórdão proferido no julgamento da Petição 3388/RR, que consistiu em estabelecer a data da promulgação da CRFB/1988, como referencial para reconhecer aos indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupam⁴³.

Desse modo, só teriam direito sobre as terras os indígenas que as ocupassem até a data da promulgação da CRFB/1988. Entretanto, faz-se necessário apontar que mesmo não estando na terra na época do respectivo marco temporal, se os povos nativos provassem que não estavam ocupando o espaço geográfico devido a um renitente esbulho, ou seja que tinham sido expulsos da terra, e assim respectivamente pudessem provar que de algum modo lutavam pela terra, judicial, administrativamente ou até mesmo fisicamente, nesse caso seria reconhecido a estes os direitos originários de ocupação tradicional⁴⁴.

Contra essa decisão, foram opostos vários Embargos de Declaração pelo autor popular, pelo Procurador Geral da República e por comunidades indígenas, com julgamento no ano de 2013. Como consequência, foram mantidas as condicionantes, entretanto não houve efeito vinculante no que diz respeito aos outros processos demarcatórios de terras indígenas⁴⁵.

Conforme o relator do julgamento dos Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR, Ministro Luís Roberto Barroso, a decisão proferida em Ação Popular não possui força vinculante e assim não se estende aos outros processos. Todavia, a Advocacia-Geral da União (AGU), antes mesmo do julgamento dos embargos, e em 16 de julho de 2012, através do então Ministro chefe Luís Inácio Adams, fez publicar a Portaria 303 que adotava a tese do marco

em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento (19/03/2009).” Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Acórdão. Rel. Min. Ayres Brito. pág. 18. Julgamento em 19/03/2009

⁴²*Ibid.*

⁴³*Ibid.*

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵Raposa Serra do Sol: como está a Terra Indígena após uma década da histórica decisão do STF. [S. l.]: Assessoria de Comunicação - Cimi, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/10/raposa-serra-do-sol-como-esta-a-terra-indigena-apos-uma-decada-da-historica-decisao-do-stf/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

temporal e salvaguardas institucionais em todos os processos e procedimentos de demarcação perante à administração pública federal⁴⁶.

Como se pode notar, esse instrumento normativo estava inclinado a abranger as condicionantes, salvaguardas institucionais, às demais terras indígenas presentes no território nacional. Entretanto, sob a influência da reação do movimento indígena, organizações indigenistas e juristas, a portaria foi suspensa antes até do julgamento dos embargos de declaração⁴⁷.

Insta salientar, que durante o mandato do Presidente Michel Temer (2016-2018), sob a chefia da Ministra Grace Mendonça, entendeu-se que a Portaria 303 gerava demasiada controvérsia institucional. Assim, em 2014 a Ministra chefe solicitou estudos à Consultoria – Geral da União (CGU) e nesse contexto foi decidido a elaboração do Parecer 001/2017, que resultou no estabelecimento das condicionantes, inclusive o marco temporal, como parâmetro a todos os procedimentos de demarcação do País⁴⁸.

Convém dizer que tudo isso foi devido ao fato de a AGU entender que as salvaguardas institucionais bem como seus efeitos não vinculantes não constituíam apenas a *ratio decidendi* do Caso Raposa Serra do Sol. De fato, a AGU para dar sustentação ao seu argumento alegou a força normativa da jurisprudência da Corte Constitucional como fonte do direito, suscitando precedentes jurisprudenciais em que o STF utilizou a Petição 3.388/RR como parâmetro. Assim, concluiu que a Suprema Corte vinha se encaminhando para uma consolidação das salvaguardas institucionais e as adotou como parâmetro nos procedimentos demarcatórios em todo país⁴⁹.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal em diversas oportunidades emitiu opinião manifestando-se pela não aplicação e revogação do Parecer 001/2017/AGU. Dessa maneira, o Órgão Ministerial entendeu ser inconstitucional a tese do marco temporal. Assim, de acordo com o que afirma a Câmara de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal (6CCR/MPF) o instrumento normativo é deveras restritivo no

⁴⁶ Advocacia Geral Da União. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.

⁴⁷ Raposa Serra do Sol: como está a Terra Indígena após uma década da histórica decisão do STF. [S. l.]: Assessoria de Comunicação - Cimi, 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/10/raposa-serra-do-sol-como-esta-a-terra-indigena-apos-uma-decada-da-historica-decisao-do-stf/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Advocacia Geral Da União. Parecer nº 01/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de julho de 2017. Publicado no Diário Oficial da União nº 138, em 20 de julho de 2019, pág. 07. Disponível em: https://http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm. Acesso em 12 de abril de 2022

que concerne ao conceito de terra indígena previsto na Constituição criando obstáculos ao exercício desse direito fundamental pelos povos tradicionais⁵⁰.

3.3 Um caso de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC

O STF no dia 6 de fevereiro de 2019 reconheceu como caso de Repercussão Geral o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC. Importante se faz mencionar o referido processo, haja vista tratar-se de uma ação de reintegração de posse em face do povo Xokleng (SC) e por ser também uma questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação⁵¹.

Nesse contexto, a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (Farma) moveu uma ação de reintegração de posse contra a Fundação Nacional do Índio (Funai) e indígenas do povo Xokleng, que ocupam uma área reivindicada, também já identificada, como parte de seu território tradicional. Ademais, o julgamento do referido caso por tratar-se de um caso de Repercussão Geral tem como característica o efeito vinculante o que o torna um caso decisivo aos povos originários.

Assim, diferentemente do Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a tese construída nesse julgamento servirá de referência a todos os casos que tratem de terras indígenas, em todas as instâncias e searas. Diante disso, o efeito de tal decisão é de força cogente a ser cumprida por todos, eficácia *erga omnes*.

Vale mencionar que no dia 09 de setembro foi dado início ao julgamento do caso com o voto do relator, o Ministro Edson Fachin. Na ocasião, o ministro rechaçou a tese de que o julgamento do caso Raposa Serra do Sol poderia ser utilizado como precedente para casos semelhantes. A uma porque embora a decisão se revista de eficácia de coisa julgada material ela não abarca automaticamente as demais demarcações de áreas de ocupação tradicional. A duas porque reconhecer tal caso como precedente para toda a questão indígena afeta os aspectos únicos de cada povo inviabilizando sua aplicação, segundo o Ministro quando não se observa a diferença não se pode promover a igualdade⁵².

⁵⁰ Ministério Público Federal: MPF reafirma incoerência de parecer da AGU sobre marco temporal e demarcação de terras indígenas. [S. l.], 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-reafirma-incoerencia-de-parecer-da-agu-sobre-marco-temporal-e-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 14 abr. 2022.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Acórdão. Julgamento em 19/12/2018.

⁵² Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Voto – Relator. Min Edson Fachin. Pág. 30 Julgamento em 09/10/2021.

Por fim, como ponto definitivo em seu voto, o relator votou pelo provimento do recurso extraordinário, anulou a decisão recorrida no caso e propôs a fixação da tese que reafirma os direitos territoriais indígenas como direitos fundamentais e reconhece também seu caráter originário, garantindo a posse aos povos tradicionais sobre as terras que tradicionalmente ocupam⁵³.

Cabe mencionar ainda que tal tese foi construída com 10 pressupostos⁵⁴ dentre um dos mais importantes se destaca a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras ocupadas⁵⁵. Tal proteção é de suma importância tendo em vista que para sua caracterização é prescindível a existência de um marco temporal e de um renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial até a data da promulgação da CRFB/1988.

Todavia, o Ministro Nunes Marques abriu divergência no julgamento, alinhado e ferrenho em defesas de assuntos pró-Governo, foi a favor da fixação do marco temporal. O Ministro optou por uma tese conciliatória e contrária aos povos indígenas, formulando o argumento de que o marco temporal conciliaria interesses, garantiria o direito à posse

⁵³*Ibid.* pag. 108

⁵⁴“ Diante do acima exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, com a anulação da decisão recorrida, e proponho a fixação da seguinte tese, referente à resolução do Tema 1031 da repercussão geral: “Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos: I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal; IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição. V - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições; VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência; VII – as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; VIII – as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; IX – são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé; X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.” Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Voto – Relator. Min Edson Fachin. Pág. 108-109. Julgamento em 09/10/2021.

⁵⁵*Ibid.* pag. 108

tradicional, bem como anistiar oficialmente os esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes⁵⁶.

Ademais, o Ministro votou pela anulação da demarcação apoiando-se na tese do marco temporal e ainda defendeu a retirada dos indígenas da área pleiteada. Após o voto do Ministro Nunes Marques, que abriu divergência e negou provimento ao Recurso Extraordinário com proposta de tese, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista. Diante disso, o julgamento encontra-se suspenso até a data de hoje⁵⁷.

⁵⁶GOES, Severino. FICA PARA DEPOIS: Alexandre pede vista e Supremo adia julgamento sobre marco temporal. Consultor Jurídico, [s. l.], 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-15/alexandre-vista-stf-adia-julgamento-marco-temporal>. Acesso em: 8 nov. 2021

⁵⁷Ibid

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL

O presente tópico vem abordar a inconstitucionalidade da tese do marco temporal da ocupação. Para isso, procurou-se utilizar o entendimento exposto no voto do Ministro relator como ponto de partida e desenvolvimento do debate. Outrossim, busca também demonstrar a inconstitucionalidade sob a ótica dos princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o princípio da vedação ao retrocesso, da vedação à proteção deficiente e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Com base nisso, o Recurso Extraordinário 1.0171.365/SC, devido ser um caso de repercussão geral e ao seu efeito vinculante, representa a tão esperada solução e definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de ocupação tradicional indígena⁵⁸. Com efeito, chega a ser visível a expectativa de tal julgamento pelos povos nativos brasileiros, tendo em vista a suma importância desse caso⁵⁹.

Por seu turno, o julgamento vai se mostrando bastante complexo pelo fato da pressão política e econômica em torno da situação problema. Todavia, uma mudança e o que se pode chamar de esperança aos povos originários começou a surgir a partir do voto do Ministro Relator Edson Fachin que deu início a tese de reconhecimento da posse tradicional indígena, sem a necessidade de se provar o marco temporal ou renitente esbulho⁶⁰.

Vale dizer, que o voto do Relator sem dúvidas é um dos mais importantes por ter a possibilidade de formalizar o entendimento da Corte Constitucional. Assim, embora o Ministro em seu voto elenque vários motivos pelos quais não é possível a aplicação do marco temporal, o presente estudo dá destaque ao argumento em que ele defende a inconstitucionalidade do marco temporal por afronta aos princípios presentes no ordenamento jurídico pátrio.

É de verificar-se, de fato, que o Ministro Edson Fachin optou por um viés que endossasse a solução definitiva em torno do já desgastado tema. Assim, buscou em sua tese esclarecer a incompatibilidade do marco temporal com a CRFB/1988. Para tanto, utilizou-se

⁵⁸Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Acórdão. Julgamento em 19/12/2018

⁵⁹“Em todo o país, os povos indígenas aguardavam com muita expectativa o voto do ministro, que já havia lido seu relatório inicial do processo no dia 26 de agosto e apresentado um preâmbulo de seu voto na sessão realizada na tarde de ontem. A posição expressa pelo relator em seu voto foi bastante comemorada pelas mais de 5 mil mulheres que participam da II Marcha Nacional das Mulheres Indígenas, em Brasília. Elas acompanharam a sessão do julgamento por meio de um telão instalado na tenda principal do acampamento, localizado na Funarte”. Acesso em: 27/04/2022. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/09/voto-historico-fachin-contramarco-temporal-reafirma-direitos-originarios/>.

⁶⁰Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina. Voto – Relator. Min Edson Fachin. Pág. 108 Julgamento em 09/10/2021

do argumento de que os direitos indígenas integram o bloco dos direitos fundamentais, tendo em vista que asseguram a manutenção das condições de existência dos povos originários⁶¹.

Desse modo, defende o Ministro, que se aplica também aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Valendo mencionar que tais princípios estão atrelados, com o objetivo de assegurar a própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver.

4.1 Os princípios da vedação ao retrocesso e proibição da proteção deficiente

É preciso levar em consideração a suma importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Convém destacar, o entendimento de que os princípios são normas amplas e genéricas que se encontram de forma expressa ou implícita no ordenamento pátrio e que possuem aplicação e força, tendo o efeito de vincular todos os poderes⁶². Cabe ainda destacar que tais normas possuem importância ímpar de tal forma a servirem como parâmetro de controle de constitucionalidade⁶³.

Sabe-se que a criação demasiada de princípios pode propiciar a ocorrência do fenômeno do panprincipiologismo. De mais a mais, tem-se que referido conceito consiste em ser a utilização ou criação de princípios vazios de normatividade que são utilizados pelo julgador para fundamentar uma decisão, sendo um grande fruto do ativismo judicial⁶⁴.

Entretanto, não é o caso do que se defende no estudo em análise. A uma porque as normas abstratas que são utilizadas como argumento para se defender a inconstitucionalidade do marco temporal são revestidas de normatividade e sentido jurídico. A duas porque os princípios utilizados, embora implícitos, são frutos de uma consolidação constitucional jurisprudencial não sendo mera inovação para se utilizar como *ratio deidendi*.

No caso em análise, observa-se que o Ministro Relator utiliza o princípio da vedação ao retrocesso para fundamentar a não aplicação do marco temporal. Convém observar, que uma

⁶¹Ibid. pág. 33

⁶²SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre A Assim Designada Proibição De Retrocesso Social No Constitucionalismo Latino-Americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Pág. 123,124. Porto Alegre,

⁶³NOVELINO, Marcelo. Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade. In: Manual de Direito Constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. cap. 11, ISBN 978-85-309-5495-6. Disponível em: https://www.academia.edu/29394564/NOVELINO_Manual_de_Direito_Constitucional_Vol_Unico. Acesso em: 27abr. 2022.

⁶⁴CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da polític. Brazilian Journal of Development, [s. l.], 3 mar. 2020. DOI 10.34117/bjdv6n3-021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/7307/6344>. Acesso em: 26 abr. 2022.

definição possível para esse princípio, seria que ele consiste em uma limitação aos poderes públicos de realizar medidas que acabem por retroceder aquilo que foi alcançado no que toca aos direitos fundamentais. Assim, em um sentido amplo compreende-se como violação a esse princípio as políticas públicas que de algum modo instituem um estado de retrocesso social⁶⁵.

Por outro lado, tem-se o entendimento de ser esse princípio uma limitação material ao Poder Constituinte Reformador, ou seja, consiste em uma vedação à alteração legislativa que vise afetar ao que já foi conquistado, podendo se falar ainda que há uma proteção a tais direitos contra uma supressão ou restrição ilegítima. Vale dizer, esse princípio está ligado à noção de que se entende por segurança jurídica⁶⁶.

É bem verdade que os direitos indígenas não só no Brasil, mas em toda a América Latina, são bem consolidados. Dessa forma, pode-se observar desde a instituição do Indigenato no Brasil do período Colonial⁶⁷ até o advento da CRFB/1988, cabendo ainda falar dos mecanismos e documentos internacionais como a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 dentre outros⁶⁸.

Não se pode olvidar que tais direitos foram forjados e conquistados a base da mobilização do movimento indígena desde a luta pelo fim do tratamento integracionista e respectivamente a luta pelo reconhecimento do direito ocupação tradicional de terra indígena⁶⁹. De tal importância, que toda essa mudança legislativa e esse movimento internacional pela proteção dos povos indígenas propiciou a criação de um grande sistema de proteção aos direitos dos povos tradicionais indígenas.

Em torno dessa construção de um sistema que vise a proteção do direito à terra tradicional no âmbito internacional e doméstico, em particular o interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe, textualmente, de um direito à propriedade coletiva. Tal direito é entendido sob uma perspectiva interpretativa do Direito à propriedade privada⁷⁰.

⁶⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre A Assim Designada Proibição De Retrocesso Social No Constitucionalismo Latino-Americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Pág. 123,124. Porto Alegre, ano 2009, v. 75, n. 3, Jul/Set 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13196>. Acesso em: 26 abr. 2022.

⁶⁶Ibid. pág. 124

⁶⁷SILVA, Julianne Holder da Câmara. A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 28. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book

⁶⁸Para maior aprofundamento do tema revisar o tópico 1.

⁶⁹Para um melhor aprofundamento do tema revisar o tópico 1.

⁷⁰“Artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma

Dessa forma compreender a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷¹ é de suma importância, pois o sistema judiciário brasileiro deve orientar suas decisões com base também no que dispõe a Corte, haja vista o Brasil fazer parte de um Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

Assim, o primeiro caso trazido à sua jurisdição sobre a temática da posse coletiva indígena foi o caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001). No respectivo caso, a Nicarágua foi condenada pela não demarcação das terras comunais pertencentes à Comunidade Awas Tingni. A partir desse julgado, a Corte entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, também, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal. Podendo-se afirmar que tal instituto esse ligado ao entendimento de que entre os indígenas existe uma tradição sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, em que o espaço geográfico é reconhecido como a base fundamental de suas culturas, vida espiritual, sua integridade e sobrevivência econômica⁷².

Outro caso interessante a ser trazido como exemplo, foi o que a Corte IDH considerou o Estado brasileiro responsável por violações de Direitos Humanos, referente ao Povo Indígena Xucuru (2018)⁷³. De acordo com a denúncia, o caso envolve a violação do direito à propriedade coletiva, a qual teve seu processo demarcatório iniciado no ano de 1989, a violação do direito à integridade pessoal, assim como, a violação dos direitos à garantia e proteção judicial, cabe ressaltar ainda que foram incluídos supostos fatos de desrespeito ao processo demarcatório envolvendo até mesmo homicídios indígenas⁷⁴.

A Corte IDH declarou o Estado responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo da Convenção Americana, bem como que o Estado é

estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm”

⁷¹“Artigo 1. Natureza e regime jurídico. A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto. Artigo 2. Competência e funções. A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. 1.Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção. 2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em:12/05/2022.”

⁷²SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. SUR - Rede Universitária de Direitos Humanos –, v. 9, n. 17. dez. 2012, pp. 63-86

⁷³Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil. Disponível em:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

⁷⁴SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. SUR - Rede Universitária de Direitos Humanos –, v. 9, n. 17. dez. 2012, pp. 63-86

responsável pela violação do direito à proteção judicial, e do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção⁷⁵.

São inúmeras decisões que atestam a propriedade coletiva indígena e a posse imemorial, tratando tal realidade diferente da posse e propriedade, conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro, presente no direito civil. Tal fato é constatado por exemplo nos casos Povo Saramaka Vs. Suriname⁷⁶, Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador⁷⁷, Povos Indígenas Kaliña e Lokono⁷⁸, entre outros, evidenciando a construção jurisprudencial favorável em reconhecer a posse imaterial indígena.

Sendo assim, diante dessa vasta consolidação dos direitos indígenas é que se observa a tese do marco temporal e sua respectiva inconstitucionalidade. Convém dizer, que sob o prisma de entendimento do princípio da vedação ao retrocesso não é possível o acolhimento e a aplicação do marco temporal no Brasil.

Sobretudo pelo fato de que tal tese é deveras limitadora na garantia de direitos aos povos indígenas. Assim, tal ficção jurídica impõe maiores restrições, como estabelecer uma data, nesse caso a data de promulgação da CRFB/1988, como parâmetro para a validação da demarcação de terra, como já trabalhado no tópico anterior.

Importa dizer que a aplicação dessa tese fere todo um sistema construído e conquistado pelos povos indígenas ao longo da história. Na medida em que sua aplicação exclui diversos povos indígenas da garantia do direito à terra tradicional.

Nesse sentido, tal fato ocorre devido a essa população muitas vezes não possuir acesso à justiça eficiente que os faça litigar por seus direitos, como pede o instituto do renitente esbulho⁷⁹. Destarte, cabe observar que por muitas vezes esses povos não possuem força suficiente para combater o poderio armado de garimpeiros, fazendeiros e invasores de terras. Logo, muitas dessas comunidades seriam excluídas dos direitos originários e não teriam direito à terra.

De fato, nos moldes do marco temporal, seria quase impossível as comunidades indígenas, que possuem individualidades diversas, conseguirem em seus processos comprovar

⁷⁵Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

⁷⁶Corte Interamericana De Direito Humanos. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname., Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>

⁷⁷Corte Interamericana De Direito Humano. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>

⁷⁸Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

⁷⁹Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388/RR. Acórdão. Rel. Min. Ayres Brito. pág. 40. Julgamento em 19/03/2009

a ocupação. Sabe-se que mesmo com toda legislação em vigor e todo o sistema de proteção aos direitos indígenas a violência contra os povos indígenas chega a número alarmantes, demonstrando a vulnerabilidade social que estão inseridas muitas dessas comunidades.

Nesse contexto, cabe citar que um dos maiores interessados no reconhecimento do marco temporal é o setor da atividade econômica do garimpo. Dessa maneira, a título de exemplo, segundo aponta o Sistema de Monitoramento Do Garimpo Ilegal Da Terra Yanomami (dados de 2021), de 2016 a 2020, o garimpo na Terra Indígena Yanomami cresceu cerca de 3350%, o que ainda não demonstra a totalidade da região tomada pela atividade econômica de exploração mineral, tendo em vista a utilização de equipamento incapaz de cobrir toda a área, devido a geografia da região. Com efeito, observa-se uma parcela da extrema vulnerabilidade sofrida pelos povos indígenas⁸⁰.

Dessa forma, tem-se que a aplicação do marco temporal consolidaria a tomada arrebataadora das terras de ocupação tradicional no Brasil que forem áreas de garimpo. Cabe dizer com verdade que esse é o maior problema, todavia ainda tem o interesse do setor agropecuário sobre essas terras e pode-se falar em muitos mais outros setores que aguardam o posicionamento favorável do STF acerca do tem.

Além disso, tem-se que com o reconhecimento e validação do marco temporal estar-se-ia havendo o que se denomina de uma proteção aos direitos fundamentais indígenas extremamente deficiente, deixando-os ainda mais vulneráveis. Vale ainda mencionar a título de reforço que tal fato segundo o entendimento constitucional é vedado.

Atualmente, segundo o que disciplina o ordenamento jurídico pátrio e sob o entendimento jurídico-constitucional do princípio da vedação à proteção deficiente é clara a inconstitucionalidade da tese do marco temporal. De acordo com esse princípio, que se configura como um desdobramento do princípio da proporcionalidade, ao Estado é proibido omitir-se quando tratar-se da proteção de direitos fundamentais. Outro aspecto importante aduz que quando o Estado não assegura a proteção de forma adequada e eficaz estaria dessa maneira incorrendo em inconstitucionalidade por violação da proibição da proteção deficiente⁸¹.

Dessa forma, é possível afirmar, com base no histórico de vulnerabilidade social vivida pelos povos nativos do Brasil, que ao ratificar o marco temporal da ocupação estar-se-

⁸⁰YANOMAMI, Hutukara Associação; YE'KWANA, Associação Wanasseduume. Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo: Dados de 2021. [S. l.]. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>. Acesso em: 27 dez. 2022.

⁸¹GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção deficiente. Revista do Ministério Do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 61, p. 10, maio/out 2008. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460924.pdf. Acesso em: 27 abr. 2022.

ia frustrando o dever de proteção dos direitos fundamentais, promovendo ações insuficientes e ficando aquém do mínimo exigido constitucionalmente⁸², tendo em vista que o marco temporal é uma tese de exclusão.

Por fim, tem-se que em um sentido de respaldo constitucional, gramaticalmente a tese do marco temporal não encontra guarida na CRFB/1988. Dessa maneira ainda, em um sentido abstrato tal tese não encontra respaldo por ferir os princípios da vedação ao retrocesso e da proibição da proteção deficiente, ignorando e restringindo os direitos originários já consolidados por todo um sistema e aumentar consideravelmente o risco a integridade e existência dos povos indígenas.

⁸²Ibid.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo foi apresentada a origem e os principais motivos ensejadores de conflito nas terras indígenas, destacando-se a crescente e contínua ampliação dos direitos indígenas em busca da autonomia, até que essa característica passou a constar nos ordenamentos constitucional e legislativo.

Como foi analisado, os direitos originários indígenas possuem seu arcabouço legal deveras anterior a data da promulgação da CRFB/1988. Vale rememorar que esses direitos se assentam em normas oriundas da Coroa Portuguesa estabelecida ainda no período da Colônia.

De fato, os povos indígenas tem como fonte histórica o Indigenato, instituto jurídico que garante a posse das terras que ocupam. Tal direito foi devidamente institucionalizado pelo Alvará Régio 01 de abril de 1680 e ainda vigente no Brasil, pois nenhuma norma seja constitucional ou infraconstitucional o aboliu do sistema normativo brasileiro. Aliás foi devidamente constitucionalizado na Constituição de 1934, reforçando-se assim a sua importância e força cogente.

No segundo tópico foi apresentado o caso paradigmático que foi a gênese da tese do marco temporal. Nesse contexto, mostrou-se toda a contextualização histórica, social e política em torno da Petição 3.388/RR e como se deu a construção da tese.

Por fim, o terceiro e último tópico abordou a inconstitucionalidade do marco temporal em face dos princípios da vedação ao retrocesso, princípio da vedação à proteção deficiente e princípio da máxima efetividade de aplicação dos direitos fundamentais. Neste tópico, tentou-se mostrar que a tese do marco temporal não se sustenta pois afronta normas constitucionais abstratas de força vinculante que vedam a extrema limitação dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar por remate que a tese do marco temporal não encontra respaldo nem mesmo com o que dispõe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que em sua jurisprudência, a citada Corte tem decidido pela proteção da posse imemorial tradicional indígena, não aceitando a limitação do direito originário à terra tradicionalmente ocupada que leve em consideração a aplicação de um marco temporal infundado e construído arbitrariamente.

Diante disso, com base no que foi apresentado ao longo da pesquisa, considera-se flagrantemente inconstitucional o entendimento do STF, ao estabelecer a condicionante do marco temporal da ocupação. Com efeito, destaca-se que chega ser ilógico, haja vista a referida tese ser um verdadeiro retrocesso social na garantia de direitos, bem como ir contra ao que dispõe a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ainda ser limitação

extrema e indevida do direito originário à terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas.

Deve-se falar por fim que a referida tese não encontra respaldo algum, pois os direitos indígenas segundo o entendimento do Constituinte de 1988 são direitos originários. Dessa maneira não há que se falar em marco temporal de início, eles se encontram presente no ordenamento antes de todas as constituições que regeram o Brasil, antes mesmo da formação do Brasil como República.

Por fim, entende-se que o entendimento da Suprema Corte brasileira, ao estabelecer a condicionante do marco temporal da ocupação, reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, não sendo possível o uso de tal tese como paradigma jurisprudencial nos processos de demarcação de terras indígenas. Sendo assim, espera-se que o STF refute tal tese pela incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BIGIO, Elias dos Santos. **A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da nova república**. Disponível em:

[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepubblica_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepubblica_(1967-1990)1.pdf)

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer N. 001/2017/GAB/CGU/AGU de 19 de julho de 2017**. Publicado no Diário Oficial da União nº 138, em 20 de julho de 2019, pág. 07.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF-2014**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 08/03/2016.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10763641> . Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração na Pet 3.388/RR**. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Julgamento em 23/10/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 80362 MS**. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em

09/12/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863936211/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-803462-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-863936221?ref=serp>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo**. Rel. Cezar Peluso. Julgamento em 03/12/2018. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina**. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível

em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 08 de novembro de 2021

CAPIBERIBE, Artionka e Bonilla, Oiara. **A ocupação do Congresso: contra o que lutam os índios?**. Estudos Avançados [online]. 2015, v. 29, n. 83 [Acessado 21 outubro 2021], p. 295. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142015000100014>. ISSN 1806-9592. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142015000100014>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil**. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname.**, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANO. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso PueblosKaliña y Lokono Vs. Suriname.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina.** In: VERDUM, Ricardo (org.). **POVOS INDÍGENAS: Constituições e Reformas Políticas na América Latina.** Brasília- DF: INESC, 2009. p. 15. ISBN 978-85-87386-21-2

GAVIÃO, Juliana VenturellaNahas. **A proibição da proteção deficiente.** Revista do Ministério Do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 61, p. 10, maio/out 2008. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460924.pdf. Acesso em: 27 abr. 2022.

GOES, Severino. **Fica Para Depois: Alexandre pede vista e Supremo adia julgamento sobre marco temporal.** Consultor Jurídico, [s. l.], 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-15/alexandre-vista-stf-adia-julgamento-marco-temporal>. Acesso em: 8 nov. 2021.

GOVERNO FEDERAL. LEI nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio.** [S. l.], 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 13 out. 2021

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença Não É Incapacidade: Gênese E Trajetória Histórica Da Concepção Da Incapacidade Indígena E Sua Insustentabilidade Nos Marcos Do Protagonismo Dos Povos Indígenas E Do Texto Constitucional De 1988.** Orientador: José Geraldo de Sousa Júnior. 2007. 447 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. Brasília- DF, 2007. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3545/2/2007_RosaneFreireLacerda_2.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade.** In: **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. cap. 11, ISBN 978-85-309-5495-6. Disponível em: https://www.academia.edu/29394564/NOVELINO_Manual_de_Direito_Constituional_Vol_Unico. Acesso em: 8 nov. 2021.

PEGORARI, Bruno. **A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Direitos Humanos em Revista, [s. l.], v. 4, ed. 5, 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144>. Acesso em: 30 set. 2021

QUINTILIANO, Leonardo David. A Autovinculação Do Legislador Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social Na Doutrina E Jurisprudência Brasileira E Portuguesa. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, Vila Nova de Gaia, n. 9, p. 255-278, dez. 2019. Disponível em <http://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-95222019000200255&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 09 dez. 2021. Epub 18-Dez-2019. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00009.14>.

SÁNCHEZ, Consuelo. **Autonomia, Estados pluriétnicos e Plurinacionais**. In: VERDUM, Ricardo (org.). Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília- DF: INESC, 2009. p. 63-91. ISBN 978-85-87386-21-2.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do e conhecimento, da diferença e da igualdade**. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2003. cap. 1. Disponível em: wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/. Acesso em: 4 nov. 2021.

SCHETTINI, Andrea. **Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. SUR - Rede Universitária de Direitos Humanos –, v. 9, n. 17. dez. 2012, pp. 63-86

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. apud_: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2252.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Direitos Coletivos E Sociedades Multiculturais: Multiculturalismo e direitos coletivos**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap. 1, p. 74

SILVA, Julianne Holder da Câmara. **A capacidade civil indígena**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 8, n. 28, p. 209–228, 2014. DOI: 10.30899/dfj.v8i28.203. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203>. Acesso em: 12 maio. 2022.

SILVA, Julianne Holder da Câmara. **A trajetória do movimento indígena na luta por autodeterminação e controle sobre os usos da terra**. In: SILVA, Julianne Holder da Câmara. **A legitimidade do uso da terra indígena por não índios a partir do protagonismo dos povos indígenas**. Natal: Polimatia, 2020. cap. 1, p. 18-52. ISBN 978-65-990858-5-7. E-book (185 p.).

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a situação do direito indígena à terra**. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de Declaração na Pet 3.388/RR. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Pág. 18. Julgamento em 23/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>