

O MARCO TEMPORAL E SUA (DES)INTEGRIDADE

Timeframe and it's (de)integrity

Maria Sebastiana Barbosa Pinheiro¹

RESUMO

Neste artigo apresentaremos a tese do marco temporal trazida na decisão da Pet. 3.388/RR que discutia a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir do direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin, em seu livro “Império do Direito”. Também veremos que a tese do marco temporal foi utilizada em outras três decisões judiciais, duas que tratavam de demarcações de terras indígenas, a saber, o MS 29.087/DF e o RE 803.462/MS, e uma sobre titulação de território quilombola, a ADI 3.239, construindo assim um romance em cadeia, que chamaremos de não íntegro. Nesse processo nos utilizaremos do método histórico-bibliográfico, bem como de análise jurisprudencial, para assim fazermos uma conversa entre este marco e o princípio da integridade. O objetivo final deste trabalho é observar como esta tese evoluiu nas decisões que à sucederam e quais nuances ela ganhou.

Palavras-chave: Marco temporal; direito como integridade; decisões judiciais

¹ Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Email: mariapinheiro58@gmail.com.

ABSTRACT

In this article we present the thesis of the ‘timeframe’ brought about in the Raposa Serra do Sol decision (Pet. 3.388/RR), related with Ronald Dworkin’s proposal for law as integrity. We will also see that this thesis has been used in three other judicial decisions (MS 29.087/DF, RE 803.462/MS, ADI 3.239), thus constructing a novel in chain, which we will call untrue. In this process we will use the historical-bibliographic method, as well as jurisprudential analysis, so we can make a conversation between this ‘timeframe’ and the principle of integrity. The final goal of this article is to observe how this thesis evolved in the decisions that succeeded it and what nuances it gained.

Keywords: Time frame; law as integrity; judicial decisions

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB) é um marco para os direitos das comunidades tradicionais², pois consagra em seu texto o respeito à diversidade. É como exemplo disso que temos os artigos 215 e 216 que falam da proteção dos direitos culturais de povos indígenas e populações afro-brasileiras.

Somado a esses dois artigos, a constituição traz o capítulo denominado “DOS ÍNDIOS”³, onde reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como reconhece seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, impondo à União a obrigação de demarcá-las⁴.

Assim, o enfoque que é dado na Constituição Federal Brasileira de 1988 à terra indígena revela a importância que a mesma tem para os

² O Decreto nº 6.040, no seu artigo 3º, inciso I, define comunidades tradicionais como: “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

³ Que compreende os artigos 231 e 232 da CFB de 1988.

⁴ Artigo 231, *caput*: “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”.

povos indígenas, bem como traz à tona a diferenciação do valor que a propriedade tem para os diversos povos que a utilizam fugindo da lógica liberal de propriedade individual⁵ (VILLARES, 2013). A terra para os povos indígenas é um lócus étnico e cultural, onde as populações tradicionais podem desenvolver suas identidades, a partir do momento em que se encontram dentro de seu território (TRECCANI, 2014).

É neste cenário que objetivamos analisar a primeira decisão que trouxe o marco temporal para demarcação de terras indígenas, partindo de uma análise do direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin. E em complemento, observaremos em outros três julgados do Supremo Tribunal Federal, como esse marco foi seguido.

Esta tese do marco temporal pretende delimitar as demarcações de terras indígenas àquelas áreas que estavam ocupadas na data da promulgação da Constituição, restringindo assim os direitos territoriais indígenas.

Partiremos para este esforço a partir do método histórico-bibliográfico a fim de investigar os acontecimentos do passado, focando principalmente nos ocorridos neste último século em que a política indigenista foi assumida pelo Estado brasileiro, para que compreendamos como esta política foi a principal responsável pela expulsão dos indígenas de suas terras. Para então passarmos para a análise jurisprudencial da decisão da Raposa Serra do Sol que trouxe a tese do marco temporal, fazendo uma conversa com a teoria dworkiana do direito como integridade. Por fim, também a partir de Dworkin, veremos como esta tese foi usada em outras decisões.

Este escrito não objetiva, de maneira alguma, resumir a discussão do marco temporal e sua análise com a integridade proposta por Dworkin, pelo contrário, tem objetivo somático na discussão da adoção desse marco para outras demarcações de terras indígenas.

1 DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: O CASO DA T.I. RAPOSA SERRA DO SOL

Nesta seção procura-se apresentar o processo histórico dos direitos territoriais indígenas. Em seguida, será exposto especificamente

⁵ Liberalismo no Dicionário de Filosofia: “[...] concepção que recusa a intervenção do Estado no jogo económico (mesmo que só para defender a iniciativa privada) e coloca a existência de leis naturais capazes de garantir o equilíbrio da oferta e da procura, contanto que sejam respeitadas a concorrência e a propriedade privada dos meios de produção”. (DUROZOÍ; ROUSSEL, 1996).

sobre o processo judicial que requereu a nulidade do processo de demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em que primeiramente foi proposta a tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas.

1.1 DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como podemos extrair da redação do artigo 231, o Estado brasileiro reconhece os direitos originários sobre as terras indígenas, ou seja, o direito à terra é pré-constituído, não sendo o artigo em questão de caráter constitutivo de direito, apenas declaratório do mesmo. É nessa perspectiva que em 1996 é editado o Decreto 1.775 de 08 de janeiro, que estabelece o processo administrativo para a demarcação de terras indígenas.

Importante ressaltar que o artigo 231 também dá o status de inalienáveis e indisponíveis às terras indígenas, e os direitos sobre elas são imprescritíveis, o que significa colocar as terras indígenas fora do mercado formal de terras do Brasil.

1.1.1 BREVE RETOMADA DA HISTÓRIA DE SANGUE E LUTA DOS POVOS INDÍGENAS

Apesar de hoje os direitos territoriais estarem consagrados em documentos legais, o reconhecimento destes está atrelado à luta histórica dos diversos povos indígenas, luta essa que começa com a invasão de suas terras quando da colonização por povos europeus, das Américas.

Para ajudar na compreensão da história indígena brasileira⁶, dividiremos esta em dois períodos, o primeiro onde os povos indígenas sofreram a interferência em suas vidas e a perda de suas terras por diversas políticas esparsas propagadas principalmente pela igreja, e o segundo momento que se iniciou no século XX, quando o Estado brasileiro assume para ele a iniciativa de realização de políticas que afetaram estes povos.

Nesse primeiro período que compreendeu diversas mudanças no *status* do que hoje chamamos de Estado brasileiro, observa-se que

⁶ Com história indígena brasileira nos referimos à história contada hegemonicamente, sem de qualquer forma, desmerecer a história vivida por estes povos anteriormente à invasão, muito menos àquela história apagada pelo processo de colonização.

existiu uma gama de legislações que reconheciam os direitos territoriais dos povos indígenas, como também retiravam esses direitos. Nessa perspectiva, a antropóloga Beatriz Perrone-Moisés (1992) classifica as legislações do período colonial brasileiro como contraditórias e oscilantes no que concerne aos direitos indígenas às suas terras.

Temos que considerar que a relação indígena com os colonizadores começou primeiro por uma relação de troca, em que o escambo era o principal meio de socialização com os povos diversos do litoral brasileiro. Passado o período inicial de escambo, o indígena era visto como possibilidade de mão de obra para as produções dos grandes latifúndios que começavam a se formar, contudo, essa mão de obra foi substituída⁷ pela do negro escravizado transplantado do continente africano. Assim, a relação que o colonizador estabeleceu com os povos indígenas foi a de expropriação de suas terras, para que assim grandes áreas fossem liberadas para colonização.

A principal forma de expropriação era a prática dos aldeamentos, que como define Treccani, era a

[...] forma de segregar os índios em espaços territoriais ínfimos, não raro limitados ao entorno de suas aldeias, liberando grandes extensões de terras de ocupação tradicional para o processo de colonização e com pouca preocupação com a manutenção das condições necessárias à sua reprodução sociocultural". (2015, p. 37).

Sendo assim, diversos povos perderam gradualmente seus territórios, e conseqüentemente suas vidas.

Como observado acima, as legislações coloniais ora concediam direitos territoriais aos índios e ora os retiravam, como podemos notar na primeira legislação a esse respeito do ano de 1680, o Alvará de 01 de abril que declarou os índios como "senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia (...)", alvará este que foi confirmado pela Lei de 06 de julho de 1755, que reconheceu novamente o direito inerente aos povos indígenas sobre as terras que ocupavam (VILLARES, 2013).

Contrastando com essas duas legislações, em 1808 foi editada uma Carta Régia que declarava como terras devolutas aquelas que haviam sido conquistadas por guerra justa, incorporando-as assim, ao patrimônio da então colônia.

⁷ Frisa-se que não há como se traçar uma linha nítida entre os três tipos de relações, visto que mesmo com a adoção da mão de obra escravizada negra, continuavam-se utilizando a mão de obra indígena em algumas localidades.

Como se sabe as guerras justas eram um meio pelo qual os colonizadores invadiam as aldeias matando os indígenas ou tomando-os como escravos para que assim fossem tomadas suas terras. Elas tinham a justificativa de fazer com que os povos atacados se submetessem à então coroa portuguesa (SPOSITO, 2009).

Já no império, a legislação que tangeu os povos indígenas foi basicamente o Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1854 que regulamentou a Lei de Terras de 1850⁸, este colocava as terras destinadas ao usufruto dos povos indígenas como inalienáveis, a menos que houvesse autorização do imperador.

Com a chegada do século XX e a recém república brasileira consolidada, o Estado tomou para si a política indigenista que nos períodos passados havia sido executada pelas diversas missões religiosas, ainda que com o aval do “Estado brasileiro”.

Neste último século a política indigenista foi primeiramente assumida pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI)⁹ e sua atuação foi marcada por uma profunda corrupção que culminou em violações como trabalho escravo, venda de crianças indígenas, estupro, tortura, apropriação e arrendamento de terras indígenas, como pode ser constatado no Relatório Figueiredo (1967)¹⁰, que foi feito a partir de uma Comissão de Inquérito que visou a apurar irregularidades cometidas por essa agência indigenista.

Houve assim a consequente extinção do SPI e a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) no ano de 1967, que tinha como ideal a moralização do serviço indigenista brasileiro. Entretanto a história de violações ganhou novos contornos visto que o Estado passava pelo período ditatorial civil-militar que teve início com o golpe de 1964. Este governo tinha como principal *slogan* o desenvolvimento nacional, levado a cabo, principalmente, pela instalação de grandes projetos que visavam à modernização do país.

⁸ Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850.

⁹ Primeiramente Serviço de Proteção aos Índios e localização de Trabalhadores Nacionais (SPILT), e depois Serviço de Proteção aos Índios (SPI).

¹⁰ O relatório Figueiredo é um documento histórico que proveio de Comissão de Inquérito presidida pelo então Procurador Jader de Figueiredo Correa, ocorrida entre os anos de 1962 e 1963, onde o mesmo fez visitas *in loco* das inspetorias 5ª e 6ª do estado do Mato Grosso e 1ª inspetoria do estado do Amazonas, constatando assim diversas violações aos direitos indígenas. Este relatório, pelo teor que carrega, que exprime a ativa atuação do Estado brasileiro nas violações, sumiu no ano de 1968 e só foi reencontrado no ano de 2012 com a instalação dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade.

As violações deste século podem ser caracterizadas primordialmente pela ativa participação do Estado para o esbulho das terras indígenas. Assim, de acordo com o Relatório da Comissão Nacional da Verdade¹¹ (2014) as violações não eram ocasionais, e sim sistêmicas pois as ações propagadas pela FUNAI e por particulares tinham total apoio do Governo Federal.

Com a consolidação do Estado brasileiro as legislações que se referiam aos indígenas também ficaram mais sistematizadas. A primeira delas que podemos citar é o Código Civil de 1916 que trouxe em seu artigo 6º, inciso III, a incapacidade relativa dos índios, devendo estes ser tutelados pela agência indígena, o que os deixava confinados às ações do órgão de tutela, sem poder assim, pleitear seus direitos nas esferas jurisdicionais.

Outra legislação é o Estatuto do Índio¹² que entrou em vigor em 1973 e que tinha como finalidade a integração gradual dos índios na sociedade brasileira. Esta visão integracionista só foi quebrada com a promulgação da CFB de 1988, que valorizou a diversidade cultural do Brasil, como acima exposto.

Frente a esse ideal integracionista é preciso ressaltar que desde a Constituição de 1934 (art. 129) os direitos territoriais dos povos indígenas já vinham sendo consagrados. Assim observamos também nas constituições de 1937, de 1946, de 1967 e 1969¹³.

Em síntese, a história indígena brasileira tem um ponto singular que é a luta desses povos para assegurar seus espaços de pertencimento, ou seja, suas terras, que são o lócus máximo para a reprodução das atuais e futuras gerações dos povos indígenas. Essas terras que desde o início da colonização – e até hoje – foram e são, alvos das violações aos direitos indígenas.

1.2 T.I. RAPOSA SERRA DO SOL E O SURGIMENTO DO MARCO TEMPORAL

A partir de um novo capítulo que se inaugurou na vida dos povos indígenas com a promulgação da CFB de 1988, e o consequente

¹¹ Esse relatório foi fruto da Comissão Nacional da Verdade instalada em 2012, e tem um capítulo próprio para as violações aos direitos humanos dos povos indígenas, o capítulo 5.

¹² Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973.

¹³ Constituição de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; e Constituição de 1969, art. 198.

Decreto 1.775/96, os processos administrativos de demarcação começaram a ser feitos. Porém, não demorou muito para que estados membros da federação e particulares contestassem esses processos na esfera judicial.

Foi assim então, que em 2008 chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Popular (Pet. 3.388/RR) que pedia nulidade do procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada no estado de Roraima.

Neste processo estava sendo discutida a possibilidade de se demarcar a terra indígena de forma descontínua visto que se alegava que existiriam espaços de terras dentro dela que foram, a muito tempo, ocupados por não índios, assim, se queria que a demarcação fosse feita desconsiderando estes espaços.

O julgamento foi concluído em 2009 onde ficou reconhecida parcialmente a procedência da ação, restando comprovada a constitucionalidade da demarcação, bem como, estabelecidas 19 condicionantes (fls. 359 a 418 da Pet. 3.388/RR) sobre o usufruto dos índios sobre suas terras.

Este julgado se torna importante pois nele o STF pretendeu colocar interpretações e regras gerais para futuros casos que girassem em torno da questão territorial indígena (CARVALHO, 2015).

Para além das 19 condicionantes propostas no voto do ministro Menezes Direito, o ministro relator Carlos Britto trouxe ao debate o marco temporal para demarcação de terras indígenas. E é justamente este marco que queremos discutir.

O ministro relator dividiu seu voto em segmentos temáticos e reservou um deles para tratar “[d]o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas” (fls. 295 a 308 da Pet. 3.388/RR). Neste segmento o ministro passou a dissertar sobre o que ele chamou de conteúdo positivo dos processos de demarcação de terras indígenas, extraídos do texto da CFB de 1988, a partir de quatro marcos regulatórios, que são: i) o marco temporal de ocupação; ii) o marco da tradicionalidade da ocupação; iii) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional; e iv) o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”.

No primeiro deles, que é o que nos interessa, o ministro interpreta que a CFB de 1988 trabalhou com data certa para a demarcação de terras indígenas, ou seja, o dia da promulgação da constituição de 1988,

05 de outubro de 1988, é a data que sacramenta o direito territorial dos povos indígenas sobre as terras que ocupam. Logo para que tenham este direito reconhecido eles deveriam estar ocupando tradicionalmente a terra em tal data.

Importante ressaltar que a característica da tradicionalidade também é fundamental para que o direito possa ser efetivado, assim, ocupar tradicionalmente a terra, nas palavras do relator seria “pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles” (fl. 297 da Pet. 3.388/RR).

Com esta interpretação, o ministro anuncia que tem como objetivo “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (fl. 295 da Pet. 3.388/RR). Mais à frente em seu voto, ele diz que a CFB seria a “chapa radiográfica” para se reconhecer os direitos originários aos índios (fl. 296).

Salienta-se que uma exceção ao marco temporal foi colocada, a tese complementar do “renitente esbulho” que reconhece que, se no ato da promulgação da constituição determinado povo não estava em suas terras por ter sofrido esbulho renitente por parte de não índios, não há descaracterização de ocupação tradicional.

A decisão da Pet. 3.388/RR sofreu embargos de declaração de várias partes, uma delas foi o Ministério Público Federal que questionou a extensão das 19 condicionantes a outros casos similares. Em 2013 foram julgados estes embargos, e o ministro relator Luiz Roberto Barroso elucidou que

[...] as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos” (fl. 41 dos Embargos de Declaração na Pet. 3.388).

Contudo, o ministro ressaltou que o acórdão da Pet. 3.388/RR ostenta uma força que é moral e com capacidade de persuadir pois provém da corte suprema do país, e que para que se cogite superá-la, seria necessário um elevado esforço argumentativo.

Sendo assim, ainda que a decisão da Pet. 3.388/RR tenha sido favorável aos povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela também trouxe um lado negativo aos direitos territoriais dos povos indígenas, pois além das 19 condicionantes, interpreta a data da promulgação da CFB de 1988 como marco temporal para demarcação de terras (CARVALHO, 2015).

2 A FALTA DE INTEGRIDADE NO MARCO TEMPORAL

Nesta seção objetiva-se fazer uma leitura do surgimento da tese do marco temporal na decisão da Raposa Serra do Sol a partir do direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin em seu livro “O Império do Direito”.

Para tanto, faremos uma explanação breve sobre o pensamento deste filósofo, passando pelo princípio da integridade e pelo método do romance em cadeia, para após analisarmos a tese do marco temporal.

2.1 O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE PARA DWORKIN E O ROMANCE EM CADEIA

Ronald Dworkin em 1999 escreveu seu livro “O Império do Direito” e nele propôs uma forma de interpretação judicial a partir da integridade.

Ao propor o direito como integridade ele intenta apresentar-nos um melhor modelo para as decisões judiciais, onde devem ser observadas duas dimensões, a da adequação e a da justificação. Ou seja, levar em consideração as decisões tomadas no passado, mas também, levar em conta os princípios que emanam da comunidade política atualmente (MACEDO JR., 2017).

O que Dworkin nos diz é que o direito como integridade demanda uma percepção do direito a partir de uma teoria interpretativa, onde ele seria fruto de práticas sociais que estão fortemente vinculadas à valores.

Entretanto, em meio a essas práticas sociais é comum que surjam desacordos sobre o melhor tipo de interpretação delas, ou seja, como interpretar os fatos, o que Dworkin chama de desacordos teóricos. Essa divergência seria sanada a partir de uma postura interpretativa onde o intérprete precisaria buscar o conjunto de princípios que melhor justificaria uma ou outra prática social.

Nesse sentido, decisões judiciais que aportem casos controversos demandam de seus intérpretes que se busque, em decisões passadas, soluções para esses desacordos, porém sempre tendo como base os princípios morais e políticos que emanam da Constituição, e refletem em última instância os anseios da comunidade política (MAUÉS, 2012).

Mas então, resta a pergunta, como se chegar, de forma prática, a esse conjunto de princípios? A resposta para Dworkin é o método do

romance em cadeia, que possibilita uma interpretação reconstrutiva das práticas jurídicas (MACEDO JR., 2017). E que passaremos a expor agora.

A partir de uma analogia com a literatura, o autor busca explicar como o direito pode ser uma prática interpretativa tal qual a construção de um romance literário que é feito por diversos autores, onde o primeiro autor do romance deve criar uma história e passar para o segundo e assim por diante, entretanto é necessário observar que a partir do segundo autor, este não realiza apenas uma criação, e sim tem a dupla função de criar e interpretar o romance (DWORKIN, 2000).

Este exercício de criação e interpretação que os autores devem desenvolver tem de estar pautado pela procura da melhor forma de interpretar o romance. Portanto, os autores (a partir do segundo) devem ler tudo que já foi escrito do romance e assim, a partir de um esforço interpretativo, escolher a melhor forma de continuar este romance. Sempre pautando sua escrita pela escolha de uma interpretação que fará daquela obra, a melhor possível (DWORKIN, 2000).

Se formos transpassar essas exigências de escrita de um romance em cadeia para o campo do direito, pode-se extrair que um romance em cadeia do direito tem como romancista cada juiz que prolata uma sentença, tanto criando como interpretando a partir do que outros juízes já haviam decidido no passado, tendo como responsabilidade levar a diante o que já foi escrito de forma tanto a se ajustar na prática jurídica passada, como também demonstrar os valores que emanam da comunidade política (DWORKIN, 2000). Ou seja, para tomar boas decisões, o juiz deve ser um ótimo crítico do que foi decidido no passado para assim poder decidir no presente, de forma a dar uma resposta aos desacordos teóricos.

As decisões tomadas pelos juízes, a despeito de observar esses dois pontos acima devem sempre estarem amparadas na justiça, equidade e devido processo legal, para assim, atender à integridade que deve conter (MACEDO JR., 2017). Por consequência, ao atenderem a essa integridade, as decisões poderão construir uma história política melhor para a comunidade, pois esta terá decisões que demonstram as convicções de determinada comunidade.

Portanto, o direito como integridade é ao mesmo tempo a fonte de inspiração das atuais práticas jurídicas, como também é o que resulta dessas práticas (DWORKIN, 2007). É dizer que, para a interpretação das práticas jurídicas passadas é necessário que observemos o princípio da integridade, a partir da adequação e justificação, mas também, que após essa interpretação, o que o juiz decide e cria neste romance jurídico também é o direito como integridade.

Em resumo, pensar o direito como integridade, significa dizer, pensá-lo enquanto “conjunto coerente de princípios, explícitos e implícitos, cuja história fornece a estrutura do direito de uma determinada comunidade” (MAUÉS, 2012).

2.2 A (DES)INTEGRIDADE NO CASO DA T.I. RAPOSA SERRA DO SOL

A partir do que foi visto acima, passamos a analisar a decisão da T.I. Raposa Serra do Sol, primeiramente no aspecto do direito como integridade.

É importante reafirmar que quando a Ação Popular que deu origem à Pet. 3.388/RR foi proposta, a demarcação de terras indígenas estava – e continua estando – embasada no artigo 231 da CFB de 1988, sendo regulamentada pelo Decreto nº 1.775 de 1996. E que também esta demarcação é apenas ato declarativo de um direito originário dos povos indígenas.

Para além disso, a demarcação de terras indígenas é direito fundamental para os povos indígenas, visto que a sua continuação como povo depende, em primeira instância, de seu habitat, onde podem reproduzir seus modos de vidas. Por consequência, se a demarcação de terras permite que os povos possam continuar se reproduzindo, ela propicia a estes a dignidade de ser quem são, estando embasada em um dos mais importantes princípios do texto constitucional, o da dignidade humana.

Somado a isso, importa salientar que a CFB de 1988 também consagra a diversidade dos povos, reconhecendo que o Brasil é formado por uma múltipla paleta de realidades, o que nos leva de novo à importância da demarcação das terras dos povos indígenas.

Como resultado de todos esses ditames constitucionais é que as demarcações acontecem. Contudo, como já dito, muitas delas são questionadas judicialmente, como foi o caso da T.I. Raposa Serra do Sol. Neste caso vimos que a demarcação foi considerada constitucional, entretanto a decisão trouxe a novidade do marco temporal.

Esta tese não havia sido apreciada pelo STF, logo não era objeto de repercussão geral, ela foi fruto da interpretação dos juízes do texto constitucional, e também tampouco se tornou vinculante para outras decisões judiciais e políticas. Sendo assim, ainda que não possamos fazer uma leitura das práticas jurídicas passadas que a envolvam, podemos refletir sobre sua correspondência com os princípios morais e políticos consagrados na CFB de 1988.

Mas apesar disso, como veremos mais à frente, ela passou a ser reutilizada em casos de demarcação de terras indígenas e ainda no caso de titulação de territórios quilombolas, nos revelando a importância de analisarmos esta tese.

No seu voto da Pet. 3.388/RR, o ministro relator asseverou que a CFB de 1988 trabalhou com data certa para a demarcação de terras, o dia da promulgação da mesma, entretanto esta interpretação vai além do disposto na própria CFB e mesmo com o que a prática de demarcação exige, uma vez que o processo de demarcação deve ser composto por um grupo variado de profissionais, sendo um deles antropólogo, que tem como função realizar uma etnografia do grupo que pleiteia a demarcação de determinada área.

Logo, este profissional, em última instância poderá dizer se há ou não caracterização de tradicionalidade, independente de data certa, como é proposto pelo ministro. O próprio ministro em seu voto pontuou que a escolha pela data de 05 de outubro de 1988 foi para privilegiar a segurança jurídica e se esquivar de dificuldades de investigação imemorial (fl. 223), revelando assim que a decisão preferiu resguardar o Estado, como instituição, de possíveis controvérsias, do que ir a fundo na investigação dos direitos originários, e cumprir com o seu dever com os povos originários.

Para além do estabelecimento deste marco não atender ao passado histórico dos povos indígenas, ele tampouco se enquadra em uma visão horizontal do texto constitucional, que como já dito, tem como pilar a dignidade humana, revelando assim uma falta de integridade.

Dworkin nos diz que o princípio da integridade está mais ligado com uma visão horizontal das normas que a comunidade política estabelece, do que com uma visão vertical que procura justificativas em outras etapas históricas (DWORKIN, 2007). Porém, se esta visão vertical fosse contemplada como objetivo da integridade, veríamos também que desde 1934 as constituições brasileiras já reconhecem os direitos constitucionais territoriais dos povos indígenas. E se mais além quiséssemos ir, veríamos que o alvará de 1680, já citado neste texto, já contemplava estes direitos territoriais.

O professor José Afonso da Silva, ao dar um parecer jurídico sobre o marco temporal ainda cita outro marco, a Carta Régia de 30 de julho de 1611 que diz que

Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se

lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 9).

Vemos então que a decisão de se firmar um marco temporal não atende ao passado de legislações que já definiam os direitos territoriais indígenas, mas mais ainda, não atende à própria CFB de 1988, que é a carta máxima de nossa comunidade política, uma vez que se este marco for acatado significa a usurpação dos direitos dos índios (AFONSO DA SILVA, 2014).

Certamente que a imposição de um marco temporal visa ao benefício de alguns, que claramente não são os povos indígenas. Como já assinalado, a demarcação retira terras do mercado formal de compra e venda, e isso, para o Brasil, importa em ir contra os interesses dos grandes latifundiários. Portanto, pensemos o porquê deste marco.

Outra dimensão da integridade no direito diz respeito às práticas jurídicas passadas. Logo, é importante ressaltar o que aqui já foi dito, não há acórdãos em repercussão geral que vinculem as outras instâncias, logo, não há uma história jurídica própria do marco temporal, sendo ele mesmo criado a partir da Raposa Serra do Sol.

Nesta perspectiva, pode-se compreender que esta decisão ora analisada foi a primeira de uma série de outras, sendo assim o começo de um romance em cadeia que padece de conformidade com a própria CFB de 1988, sendo um romance, não íntegro, vez que a resposta que a decisão da Pet. 3.88/RR buscou não foi a melhor decisão de acordo com os princípios morais e políticos emanados da CFB (MACEDO JR., 2017).

Em resumo, o panorama que temos é de uma decisão que trouxe uma tese nova de argumentação, entretanto esta tese não está de acordo com o próprio texto constitucional, se caracterizando enquanto uma interpretação não íntegra dos preceitos da comunidade política. O que resultou, como veremos a seguir, na sua utilização para outros casos prejudiciais aos povos indígenas.

3 UM ROMANCE EM CADEIA NÃO ÍNTEGRO: T.I. GUYRAROKÁ, T.I. LIMÃO VERDE E ADI 3.239

Como já exposto, a tese do marco temporal foi seguida em outras decisões, construindo assim, um romance em cadeia não tão íntegro, de acordo com o visto na seção passada.

A primeira decisão que se utilizou desta tese foi a do Recurso Ordinário em sede de Mandado de Segurança 29.087/DF que discutiu a demarcação da Terra Indígena Guyraroká localizada no estado do Mato Grosso do Sul.

A história da T.I. Guyraroká é recontada no laudo antropológico que subsidiou o processo administrativo de demarcação, e conta como o povo indígena Guarani-Kaiowá foi expulso de suas terras por pressão de fazendeiros – que se instalaram ali incentivados pelos processos de colonização dirigida, – e alocados em reservas indígenas a partir da década de 20. Entretanto, os indígenas, mesmo não estando mais vivendo nas suas terras, ainda as frequentavam pois ali estavam seus territórios sagrados, e outros ficaram nas antigas terras trabalhando como peões (CALIARI, 2016).

Como vimos na primeira seção, a prática de confinar os povos indígenas em espaços delimitados, para assim liberar as suas terras para outros objetivos é algo comum desde o período colonial com a prática dos aldeamentos. Mas ainda pôde ser notada neste século passado por meio das políticas desenvolvidas tanto pelo SPI quanto pela FUNAI.

O acórdão deste caso considerou que como o laudo antropológico dizia que a última ocupação indígena naquela área havia sido dos anos 40, a terra não seria de ocupação indígena, assim o processo administrativo de demarcação deveria ser cancelado.

Neste processo, o voto que levantou a questão do marco temporal foi o do ministro Gilmar Mendes que se utilizando do laudo antropológico, fez dele uma leitura controversa e contra os índios, alegando que já que a ocupação datava dos anos 40, e segundo o disposto na decisão da Raposa Serra do Sol, não há que se falar em direito indígena sobre aquela área, uma vez que o marco temporal de ocupação é a data da promulgação da CFB de 1988.

O ministro diz em seu voto que

apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam, ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 05 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco (fl. 24 do MS 29.087/DF).

Entretanto, o ministro Gilmar Mendes, ao eleger apenas uma parte do laudo antropológico para justificar seu voto, desconsiderou que o mesmo recomendava a demarcação da T.I. Guyraroká, visto que

a tradicionalidade da posse não havia sido perdida, uma vez que os indígenas continuavam frequentando seus territórios sagrados, como também alguns trabalhavam nas fazendas que ali tinham sido instaladas, e por fim por que eles haviam sido comprovadamente expulsos (PEREIRA, 2002).

A negativa desta decisão não levou em consideração o que o próprio ministro Carlos Britto havia dito no seu voto da Raposa Serra do Sol, ou seja, que

onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será da perda da posse nativa (fl. 321 da Pet. 3.388/RR).

O segundo caso que se utilizou da tese do marco temporal para negar os direitos territoriais aos povos indígenas foi o do Recurso Extraordinário 803.462/MS que discutia a demarcação da T.I. Limão Verde, localizada também no estado do Mato Grosso do Sul.

Nesta decisão, foi considerado que os indígenas Terena não estavam em suas terras na data da promulgação da CFB de 1988, e por isso não tinham direitos sobre elas.

Este julgamento, para além de negar os direitos territoriais indígenas, adicionou à tese do “renitente esbulho” novos contornos, pois o voto do ministro relator Teori Zavascki pontua que

[...] renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver para a configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (fl.15 do RE 803.462/MS).

O que o ministro traz neste voto é que para que se caracterize à exceção do marco temporal – o renitente esbulho –, os indígenas devem estar, na data da promulgação da CFB de 1988, em efetivo conflito possessório ou devem ter ajuizado ação neste sentido.

O que o ministro não levou em consideração primeiramente é que no ano de 1988 os indígenas eram regulados pelo Código Civil de 1916, como relativamente incapazes, estando sob a “guarda” do órgão

indigenista, logo estes não poderiam judicializar a questão. Em segundo lugar, o ministro também não considerou que os Terena, que começaram a ser esbulhados no ano de 1953, enviaram uma carta ao SPI e outra à prefeitura de Aquidauana relatando os esbulhos e pedindo providências, o que caracteriza a resistência desse grupo em não perder suas terras (CALIARI, 2016).

Assim, o panorama a partir destas duas decisões é de agravamento da tese do marco temporal, pois, para além delas se utilizarem desta tese como se esta tivesse sido alvo de repercussão geral, a única exceção a ela foi agravada, exigindo dos indígenas um conflito possessório de fato ou judicializado à época da promulgação da CFB de 1988.

A tese do marco temporal que foi criada para casos de demarcação de terras indígenas passou a ser discutida para a titulação de territórios quilombolas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, que discutiu a constitucionalidade do Decreto 4.887 de 2003 que regulamenta a titulação desses espaços.

Embora a discussão não fosse sobre um território quilombola específico, a ministra Rosa Weber em seu voto levantou a tese do marco temporal assinalando que

Assim, para fins específicos da incidência desse dispositivo constitucional (68 ADCT), além de uma dada comunidade ser qualificada como remanescente de quilombo – elemento subjetivo que reside no âmbito da autoidentificação –, mostra-se necessária a satisfação de um elemento objetivo empírico: a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade, em 05 de outubro de 1988, de modo a se caracterizar como efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos (fls. 40 e 41 da ADI 3.239).

Ao importar esta tese para além do contexto indígena, a ministra acaba por violar de vez o disposto nos dispositivos constitucionais de reconhecimento à diversidade.

O que podemos extrair a partir desses três casos que se utilizaram da tese do marco temporal é que um romance vem sendo escrito, iniciado a partir da interpretação duvidosa que o ministro Carlos Brito fez do dispositivo constitucional. Esta primeira interpretação não revelou os princípios morais e políticos dispostos na nossa Carta Maior, entretanto, foi reutilizada nesses casos que acabamos de ver, por isso a possibilidade de se avaliar tais decisões como componentes de um romance em cadeia não íntegro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito como integridade demanda dos juízes um esforço argumentativo e interpretativo para melhor avaliar as decisões do passado, e os princípios que emanam da comunidade política, sempre tendo em mente que as práticas sociais carregam valores que traduzem essa comunidade.

Neste sentido, é necessário pontuar que enquanto uma comunidade política pautada no *civil law*, o Brasil tem um referencial preciso, a CFB de 1988, que deve sempre ser lida de maneira que seus princípios conversem entre si.

Portanto, a criação da tese do marco temporal, pautada segundo seu criador, na interpretação constitucional, revela a falha interpretativa da mesma, como visto neste trabalho. Resta-nos fazer uma avaliação desta interpretação e seus objetivos, que atendem aos anseios de uma pequena parcela da população que é detentora da grande parte da malha fundiária brasileira.

Os riscos que esta tese carrega já puderam ser vistos nas decisões posteriores àquela que lhe deu origem, pois à utilizaram para negar direitos territoriais de comunidades tradicionais, revelando assim, como os próprios preceitos constitucionais não estão consolidados no atual contexto.

Para além disso é demandado um esforço argumentativo grande aos próximos casos que cheguem à corte suprema deste país, esforço este que deve estar cada vez mais pautado em questionar tal tese, realizando assim uma interpretação, verdadeiramente, conforme a constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade (CNV). 2014. Texto 5 - Violações de direitos humanos dos povos indígenas. In: **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. V. II Brasília, p. 203-262. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em: 21 jan. 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Decreto no 1.775, de 08 de janeiro de 1996.** Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 21 jan. 2009.

_____. **Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007.** Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 21 jan. 2009.

_____. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio.** Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 21 jan. 2009.

_____. **Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm. Acesso em: 21 jan. 2009.

_____. **Relatório Figueiredo:** documento na íntegra. 2013. “Síntese”. Disponível em: <http://racismoambiental.net.br/2013/06/02/relatorio-figueiredo-documento-na-integra-7-mil-paginas-pdf-pode-agora-ser-baixado/>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS.** Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Pet. 3.388.** Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 29.087/DF.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR.** Relator: Ministro Ayres Britto, 2009.

CALIARI, Tânia. Adeus, Guyraroká. **Pública:** Agência de reportagem e jornalismo investigativo. Setembro de 2016. Disponível em: <http://apublica.org/2016/09/adeus-guyraroka/>. Último acesso em: 21 jan. 2018.

CARVALHO, Samara. **Terras Indígenas**: a questão do marco temporal e suas implicações na efetividade do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas (Monografia). Salvador: UFBA, 2015.

DUROZOI, G; ROUSSEL, A. **Dicionário de Filosofia**. 2 ed. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules. **Revista Direito Mackenzie**, v. 10, n. 2, p. 71-103, 2017.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios. **Revista Direito GV**, vol. 8, n. 2, p. 587-624, 2012.

PEREIRA, Levi Marques. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká**. 2002. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/rel.ver_final_1.pdf. Acesso em: 21 jan. 2018.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios Livres e Índios Escravos: Os princípios da legislação Indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org). **História das Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 115-132.

SPOSITO, Fernanda. As guerras justas na crise do antigo regime português: análise da política indigenista de D. João VI. **Revista de História**, n. 161, p. 85-112, ago./dez. 2019.

TRECCANI, Girolamo Domenico. Povos Indígenas: o reconhecimento de seus direitos territoriais está em perigo?. *In*: **Observatório Anual da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Belém: RDS, 2015.

_____. Populações Tradicionais e Mineração. *In*: DIAS, Jean; GOMES, Marcus Alan (Org). **Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2014, p. 161-190.

VILLARES, Luiz Fernando. Terras Indígenas. *In*: **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 95-142.