

Vinicius Moço: Marco temporal, uma teoria inconstitucional

A tese do "marco temporal", que se encontra em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe que seriam terras indígenas aquelas ocupadas tradicionalmente pelos índios na data de 5/10/1988, data da promulgação da CF/88, ou se, na referida data, os povos indígenas não as ocupavam por conta de



A tese do marco temporal ganhou força no julgamento da

Petição nº 3.388 de Roraima pelo STF, ação popular que possuía como objeto a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O caso foi um marco em matéria de demarcação de terras indígenas, tendo como objeto a impugnação quanto ao modelo contínuo de demarcação da terra.

A ação foi julgada parcialmente procedente em 19 de março de 2019, declarando-se a ausência de vícios na demarcação e a constitucionalidade da demarcação contínua do território. Porém, foi adotada a data da promulgação da CF/88 como elemento objetivo para reconhecer a ocupação tradicional indígena.

Segundo o ministro Ayres Britto, relator do caso, o fundamento para a adoção da data da promulgação da Constituição como referencial objetivo, um marco temporal, seria o vocábulo "ocupam", presente no *caput* do artigo 231:

"Artigo 231 — São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

Para o STF, o marco temporal passou a ser um dos marcos necessários para a configuração da ocupação tradicional, de modo que a presença dos índios em suas terras, na data de promulgação da Constituição, deve ser qualificada pela cultura, usos e costumes do povo indígena ali presente. Somente assim seria possível reconhecer o direito indígena à terra tradicionalmente ocupada com a sua consequente demarcação.



O ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em seu voto-vista, denominou essa presença qualificada dos indígenas em determinada área na data da promulgação da Constituição de "fato indígena", propondo a sua adoção como fundamento da ocupação tradicional indígena em substituição ao instituto do indigenato, de modo a prestigiar a segurança jurídica e se esquivar das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena [\[1\]](#).

O indigenato é considerado pela parte majoritária da doutrina brasileira como o fundamento da ocupação tradicional indígena presente no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Tal instituto pode ser definido como um título congênito e primário, independentemente de legitimação por decorrer do fato de que os índios foram os primeiros a se estabelecerem nas terras. Desse modo, não haveria posse a legitimar, mas, sim, domínio a reconhecer, decorrente de um direito originário e preliminarmente reservado.

O indigenato foi tratado pela primeira vez pelo jurista João Mendes Júnior em três conferências proferidas na Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios, em 1902, e posteriormente compiladas em obra intitulada "Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos", de 1912. Para o jurista, o indigenato não se confunde com a ocupação e com a mera posse, sendo uma fonte primária e congênita da posse territorial, não dependendo de qualquer legitimação posterior, enquanto a ocupação, como fato posterior, é título adquirido, necessitando de requisitos que a legitimem [\[2\]](#).

Porém, o que o STF procurou realizar no julgamento do caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi a completa substituição do indigenato pela teoria do fato indígena. É o que se depreende dos votos dos ministros: Menezes Direito propôs que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena; Ricardo Lewandowski defendeu que a teoria do fato indígena substitui, com vantagem, o instituto do indigenato; Eros Grau mencionou não ser mais necessário recorrer à exposição de João Mendes Júnior sobre o indigenato; por sua vez, Gilmar Mendes defendeu a completa substituição da teoria do indigenato pela teoria do fato indígena [\[3\]](#).

Ocorre que, *data máxima venia*, a tese usada pelo STF se trata de uma mutação inconstitucional do artigo 231. Não há qualquer justificativa interpretativa para se admitir que a Constituição tenha imposto uma limitação temporal do direito territorial indígena.

O constituinte originário, ao dispor sobre datas e ao fator tempo, fez de forma expressa, como no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Artigo 67 — A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição".

O jurista José Afonso da Silva, em parecer datado de 2016, afirma que se há um marco temporal a ser firmado seria 30 de julho de 1611, data da Carta Régia promulgada por Felipe III, na qual foram reconhecidos os direitos originários dos índios sobre as terras e, em sede constitucional, 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, a primeira a reconhecer o direito originário dos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas [\[4\]](#).



Desse modo, a Constituição de 1988 seria o último elo da continuidade histórica do reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos originários dos índios sobre suas terras, não o seu marco temporal.

O conceito de renitente esbulho também merece duras críticas, a começar pela preferência ao uso do termo "renitente esbulho" ao invés de "esbulho renitente". José Afonso da Silva entende que foi colocado o destaque na qualificadora, de modo a se impor aos índios esbulhados a obrigação de provar a renitência. Com isso, desloca-se o marco temporal para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, e se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo para que os seus direitos usurpados sejam restabelecidos.

Além de se mostrar ilógico exigir que os indígenas façam justiça com as próprias mãos para ter seus direitos reconhecidos, desconsidera-se que muitos deles foram violentamente expulsos de seus territórios sem possibilidade de resistência, além da desproporção de forças entre os indígenas e os invasores.

Ademais, normas ao longo do tempo também dificultavam a possibilidade de resistência física, como, por exemplo, os Decretos nº 10.652, de 16/10/1942, e o nº 52.668, de 11/10/1963, que previam o recolhimento de índios considerados prejudiciais às populações vizinhas a colônia disciplinar pelo período de até cinco anos.

Quanto à resistência dos indígenas por vias judiciais, outro meio de se provar a renitência do esbulho, a Suprema Corte desconsidera que até a promulgação da Constituição de 1988 os índios não estavam autorizados a ingressar com ações judiciais.

Outra crítica tecida por Silva diz respeito ao STF tratar os conflitos envolvendo as terras indígenas como conflitos possessórios do Direito Civil. Ocorre que os índios não possuem posse no sentido do Direito Privado, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido de que as comunidades indígenas é que são titulares desses direitos.

Assim, a posse civil é individual e material, enquanto a indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo indígena e possui natureza jurídica e regime jurídico diferenciados da posse civil. Tendo isso em mente, o instituto do esbulho é utilizado pelo STF em um contexto que não lhe cabe, uma vez que o esbulho só se configura em situações de conflito de posse civil [\[5\]](#).

Embora o STF tenha passado a encarar os conflitos atinentes às terras indígenas como conflitos possessórios do Direito Civil, o órgão não se vale dos institutos civilistas que poderiam beneficiar os índios, como o conceito de posse justa do artigo 1.200 do Código Civil (é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária) e nem o conceito de posse de boa-fé do artigo 1.201 (é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa).



Dado o retrospecto da Suprema Corte, infelizmente, a votação deverá ser favorável à adoção da teoria do fato indígena. Embora seja o de maior repercussão, o julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não foi o primeiro no qual o STF adotou um marco temporal para delimitar o direito dos índios sobre suas terras. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585, o ministro Victor Nunes Leal argumentou que a Constituição Federal de 1946 havia reconhecido aos índios o direito aos territórios que ocupavam na data de sua promulgação.

Ou seja, desde muito a Suprema Corte busca a superação do instituto indigenato com a sua substituição pelo fato indígena, teoria esta flagrantemente inconstitucional, pois reduz o alcance do direito fundamental presente no artigo 231 da CF/88, dificultando o acesso à terra pelos índios e beneficiando seus invasores.

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Acórdão de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009. P. 384. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 05 set. 2021

[2] MENDES JUNIOR, João. Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. P. 58.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Acórdão de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 05 set. 2021

[4] SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico. 2016. P. 10. Disponível em: <
http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

[5] SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico. 2016. P. 12. Disponível em: <
http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

Date Created

10/10/2021