

A JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS: O CASO DE MORRO DOS CAVALOS

*Juliana de Paula Batista*¹

*Mauricio Guetta*²

1. Introdução

Os artigos 231 e 232 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inauguraram um novo arcabouço legal para os direitos dos povos indígenas. Isso porque a legislação anterior concebia os direitos a partir de um viés integracionista, o que, na maior parte das vezes, de forma direta ou oblíqua, orientava políticas que visavam assimilar os índios à “comunhão nacional”.

A nova ordem constitucional rompeu definitivamente com tais paradigmas ao reconhecer 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” (artigo 231). Do dispositivo depreende-se que os índios, em sua singularidade individual e coletiva, são portadores de identidades étnicas específicas, que não mais podem ser objeto de medidas que visem a sua desconstituição, integração ou assimilação. Além disso, são detentores de direitos territoriais qualificados como originários, competindo à União a demarcação das Terras Indígenas (TIs).

Para que a União cumprisse seu mister constitucional, foram editados decretos com a finalidade de parametrizar e definir prazos para os atos do processo administrativo de demarcação de TIs. Na prática, entretanto, os processos são marcados por grande morosidade e, não raro, influenciados por inúmeras pressões políticas. Como consequência, diversas TIs ainda não estão demarcadas, o que constitui verdadeira ameaça à segurança física e cultural dos povos indígenas, bem como permite que áreas

¹ Mestre em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lecionou em diversas Faculdades de Direito no estado de Mato Grosso e trabalhou com povos indígenas atingidos por grandes obras na Amazônia meridional. Atualmente é advogada do Programa de Política e Direito do Instituto Socioambiental (ISA).

² Mestre em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi pesquisador na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne/Paris 2 Pantheon-Assas (Paris, França) e também na University of Cape Town (Cidade do Cabo, África do Sul). Atualmente é advogado do Programa de Política e Direito do Instituto Socioambiental (ISA) e professor assistente do curso de Especialização em Direito Ambiental da Cogea – PUC-SP.

sejam ilegalmente invadidas e seus recursos naturais degradados, o que compromete o usufruto exclusivo dos índios às suas terras.

As demarcações das TIs também vêm sendo paralisadas em razão da concessão de liminares em processos judiciais. Há casos emblemáticos³ em que os processos ficaram suspensos por mais de dez anos e, ao final, a sentença de primeira instância reconheceu a tradicionalidade da ocupação dos indígenas e seus direitos territoriais. Enquanto isso, as incertezas jurídicas quanto aos rumos da demarcação impedem a desintrusão das TIs e tornam vulneráveis os direitos territoriais indígenas.

Mas não é apenas a paralisação de demarcações por meio de liminares que ameaça os direitos territoriais dos povos indígenas no Judiciário. Em 2009, no julgamento do paradigmático caso sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol (RR)⁴, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresentou nova interpretação ao artigo 231 da Constituição, enunciando que a expressão “terra que tradicionalmente ocupam” deveria ser lida como “terras que tradicionalmente ocupam na data de 5 de outubro de 1988”. Essa interpretação foi nominada de “teoria do marco temporal de ocupação”, que consiste, em síntese, na exigência da presença física dos índios na área objeto da demarcação no dia 5 de outubro de 1988, para que sejam reconhecidos seus direitos originários.

Como exceção a essa orientação, constou do mesmo acórdão que “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das ‘fazendas’ situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol”. Sobre este ponto, a fundamentação da referida decisão foi clara no sentido de que, nos casos “ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte dos não índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional.”⁵

Muito embora a decisão não tenha efeitos vinculantes, a partir dela outras ações começaram a ser propostas no Judiciário, questionando demarcações finalizadas

³ Como exemplo, ver: Autos n.º 2006.36.00.014901-3, que trata da demarcação da TI Batelão, na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do estado do Mato Grosso.

⁴ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Pet. n.º 3.388/RR, relator: ministro Carlos Ayres Britto. DJe 01.07.2010.

⁵ Idem.

ou em curso sob a alegação de que os indígenas não estariam nas terras em 5 de outubro de 1988. Um exemplo emblemático é a Ação Cível Originária (ACO) nº 2.323, proposta pelo estado de Santa Catarina no STF, com o objetivo de declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, bem como obter declaração de inexistência de direito originário dos indígenas Guarani Nhandeva e Mbya.

Tendo em vista que essa ação judicial repete argumentos que vêm sendo utilizados em outras demandas judiciais que, de igual modo, visam ceifar os direitos territoriais dos povos indígenas, garantidos na Constituição Federal de 1988, passaremos a analisar os meandros fáticos que envolveram o processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, até a propositura da ação judicial, em 24 de janeiro de 2014.

Em seguida problematizaremos a inadequação da “teoria do marco temporal de ocupação” como paradigma que constitui verdadeira linha de corte aos direitos territoriais indígenas, o que reelabora as antigas e atuais formas de inviabilizá-los. Com isso, esperamos aportar contribuições teóricas para a defesa das comunidades indígenas e para a plena efetividade dos direitos fundamentais garantidos aos índios pelo constituinte originário de 1988.

2. A demarcação da TI Morro dos Cavalos e a ACO nº 2.323

O processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos foi iniciado em 1993, na Fundação Nacional do Índio (Funai). Na época, a demarcação de TIs era regulamentada pelo Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991. Assim, com fundamento na normativa aplicável à época, foi editada a Portaria nº 973, de 1º de outubro de 1993, que constituiu Grupo Técnico Interinstitucional, sob a coordenação de um antropólogo, que posteriormente apresentou o primeiro *Estudo de Definição da Área Indígena*.

Entretantes, no curso do processo, sobreveio o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, cujas regras alteraram o procedimento administrativo de demarcação de TIs, notadamente em relação às diversas disposições relacionadas à ampliação da participação de todos os interessados no processo de demarcação, por exemplo, os

estados, municípios, proprietários de áreas incidentes sobre TIs e também os indígenas envolvidos.

Ao dispor sobre as regras de transição para os processos administrativos que se encontravam em curso, o Decreto nº 1.775/1996 determinou que “os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto” (artigo 3º).

À vista disso, a Comunidade Indígena Guarani de Morro dos Cavalos informou à Funai que não participou do processo de demarcação, em contrariedade ao que determina o artigo 2º, § 3º, do Decreto nº 1.775/1996, bem como advertiu que áreas fundamentais à sua sobrevivência física e cultural haviam ficado fora dos limites propostos pelo estudo de reconhecimento da área indígena.

Considerando o aludido artigo 3º do Decreto nº 1.775/1996, houve, então, a necessidade de adequar o processo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, pendente de conclusão, aos ditames do novo Decreto. Para isso, a Funai editou a Portaria nº 838, de 16 de outubro de 2001, para constituir

Grupo Técnico para realizar novos estudos e levantamentos de identificação e delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, de ocupação dos índios Guarani Mbyá, composto por 1. Maria Inês Ladeira, antropóloga-coordenadora, consultora; 2. Dafran Gomes Macário, biólogo, consultor; 3. Flávio Luiz Corne, engenheiro agrimensor, Funai/ERA/Bauru; 4. Antônio Alves de Santana Sobrinho, técnico em agronomia, consultor; 5. Luiz Omar Correia, administrador de empresas; Funai/ERA/Curitiba; 6. Técnico do estado de Santa Catarina, Seagri/SC, a designar; 7. Técnico do Incra, a designar.

Em atendimento à Portaria nº 838/2001, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária indicou servidor para participar do processo – que foi posteriormente substituído pela Portaria nº 961, de 26 de novembro de 2001 – e a Funai oficiou diretamente o estado de Santa Catarina para indicar técnico para compor o referido grupo técnico. Apesar disso, o secretário de Estado do Desenvolvimento Rural e da Agricultura informou que não dispunha de servidor para esse desiderato, conforme se depreende do Ofício nº 2425/2001/GABS, de 30 de agosto de 2002:

Fazemos referência aos ofícios n.º 470 e 471, de 8 de agosto de 2001, em que Vossa Senhoria solicita a indicação de técnicos desta secretaria para compor grupos técnicos que realizarão levantamento cadastral de ocupantes não índios em campo nas terras indígenas Xapecó, em Ipuaçú, Marema e Xanxerê, e Morro dos Cavalos, em Palhoça.

Infelizmente, não há como designarmos os profissionais solicitados, pois esta pasta não conta com técnicos para a finalidade em pauta, razão pela qual fica prejudicado o atendimento do pedido.

Atenciosamente,
Deputado Odacir Zonta
Secretário de Estado.⁶

Concluídos os estudos multidisciplinares para identificação e delimitação da terra indígena, o grupo técnico, em conformidade com o artigo 2º, § 6º, do Decreto nº 1.775/1996, apresentou *Relatório Circunstanciado* à Funai, no qual constaram as características e a identificação da terra indígena a ser demarcada.

O *Relatório*, assinado pela antropóloga-coordenadora, foi aprovado pelo presidente da Funai, pelo Despacho nº 201, de 7 de dezembro de 2002, publicado no *Diário Oficial da União*, nº 244, de 18 de dezembro de 2002, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área.

Houve, também, a publicação no *Diário Oficial de Santa Catarina*, nº 17.088, de 4 de fevereiro de 2003, assim como afixação da publicação na sede da Prefeitura do Município de Palhoça, conforme Ofício nº 875/DAF, de 18 de dezembro de 2002, tudo em atendimento ao Decreto nº 1.775/1996, notadamente o artigo 2º, § 7º.

Superada a fase de publicação do Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena, houve a abertura do prazo de noventa dias para que estado, município e todos os interessados que ainda não tivessem se habilitado no processo administrativo pudessem fazê-lo, conforme o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/1996.

Neste período, a Fundação de Meio Ambiente do estado de Santa Catarina (Fatma) se habilitou no processo e apresentou sua manifestação. Os demais órgãos do estado de Santa Catarina, por sua vez, quedaram-se inertes e silentes. É de se observar, destarte, que a participação do Estado no processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos jamais foi obstada.

Apresentadas as contestações pelos despertos interessados, inclusive pelo município de Palhoça, e encerrado o prazo de noventa dias, o presidente da Funai, no Despacho nº 092/PRES/2003, de 3 de setembro de 2003, decidiu por

I – acolher os termos do Despacho n.º 650/PGF/PFE-Funai/2003, manifestando-se pelo prosseguimento do procedimento administrativo, vez

⁶ Cf. teor do Processo Administrativo Funai/DSD nº 0546/03, fls. 103/104, anexado à Petição Inicial da ACO nº 2.323.

que observadas as regras impostas pelo Decreto n.º 1.775/1996. II – O relatório de identificação e delimitação não deixa dúvida quanto à tradicionalidade da ocupação pelos índios Mbyá e Nhandevá. III – Isto posto, remeta-se o processo ao Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça, com fulcro na alínea I, § 10, do artigo 2º do Decreto n.º 1.775/1996, com vistas a expedição da Portaria Declaratória da Terra Indígena Morro dos Cavalos.

Ato contínuo, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça emitiu a Informação CEP/CJ/nº 610/2004, datada de 21 de julho de 2004, concluindo que o processo administrativo cumpriu a legislação de regência, de modo a autorizar a expedição da Portaria Declaratória.

Houve, então, *pedido de reconsideração* da decisão apresentado por particulares, motivo pelo qual o Ministério da Justiça devolveu o processo para manifestação da Funai, a qual, na Informação nº 029/PGF/PFE-CAF-Funai/2005, decidiu:

O Contestante (...) formula um pedido de Reconsideração, fls. 704/705, alegando em síntese os mesmos argumentos produzidos nas Contestações: a) que o procedimento é confisco de terras privadas que ocorre de maneira sigilosa e secreta impossibilitando o acesso a justiça; b) falta do devido processo legal e c) fraudes e irregularidades do procedimento.

Os referidos argumentos são os mesmos apresentados por: Hélio Freitas, Amilcar Scherer e cônjuges – Processo nº 08620.486/03, Parecer nº 004/PGF-Funai/03, fls. 110/123; Auréa Maria Dutra e Outros – Processo nº 08620.546/03, Parecer nº 001/PGF/PFE-Funai/03, fls. 117/131; Prefeitura Municipal de Palhoça/SC – Processo nº 08620.624/03, Parecer nº 003/PGF/PFE-Funai/03, fls. 18/32; Fundação do Meio Ambiente – FATIMA/SC (*sic*) Processo nº 08620.588/03, Parecer nº 002/PGF/PFE-Funai/03, fls. 21/35; Walter Alberto Sá Bensousn e Outros – Processo nº 08620.588/03, Parecer nº 005/PGF/PFE-Funai/03, fls. 569/586.

Os referidos processos foram analisados e receberam seus respectivos pareceres jurídicos. Inclusive movimentam em conjunto com este processo de identificação e delimitação.

Na oportunidade ratifico as manifestações jurídicas, de minha lavra, nos respectivos processos mencionados.

(...)

Ante o exposto, sugiro a remessa dos autos à Presidência para devolver ao Ministério da Justiça, uma vez atendida a solicitação.⁷

Em prosseguimento, o processo foi novamente remetido ao Ministério da Justiça (Despacho nº 36/PRES/2005, de 24 de maio de 2005) e, no dia 27 de setembro

⁷ Cf. teor do Processo Administrativo Funai/DSD nº 0546/2003, fls. 103/104, anexado à Petição Inicial da ACO nº 2.323.

de 2005, a Consultoria Jurídica opinou pelo seu encaminhamento ao ministro da Justiça para decisão.

Em 20 de outubro de 2005, quando o prazo previsto no artigo 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/1996 para manifestação dos interessados já havia se esgotado havia dois anos e cinco meses – configurada, portanto, a preclusão administrativa –, o estado de Santa Catarina apresentou *Memoriais* ao ministro da Justiça.

Não obstante a sua intempestividade, bem como a absoluta ausência de previsão legal ou normativa para o oferecimento de *Memoriais*, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, no Despacho GAB/CJ nº 175/2005, de 2 de fevereiro de 2006, novamente devolveu o processo à Funai, *in verbis*:

Face ao acima exposto, e considerando a necessidade de propiciar a necessária segurança ministerial, por ocasião da expedição da portaria declaratória, encaminhem-se estes autos e seus anexos à Fundação Nacional do Índio (Funai), sugerindo àquela Fundação que seja reavaliado o relatório de identificação da referida terra indígena, com observância do contido no Memorial apresentado pelo estado de Santa Catarina e acórdão do TCU, precedendo a manifestação conclusiva desta Consultoria Jurídica-MJ⁸.

Em atendimento a tal determinação, a Funai ordenou a realização de diligências (segundo a Instrução Técnica Executiva nº 435/PRES, de 18 de junho de 2006), que foram efetuadas pela antropóloga Blanca Guilhermina Rojas e registradas no Parecer nº 002/CGID-2007, de 31 de maio de 2007, oportunidade em que se ponderou: “ciente de estar perante uma controvérsia de longa data, onde não se visualiza possibilidades de consenso entre as partes em desacordo, a conduta em campo da Técnica responsável, que abaixo subscreve, pautou-se pela necessidade de ouvir criteriosamente todas essas partes, isto é, tanto as contrárias como as favoráveis à demarcação”.

Assim, além de ouvir as partes interessadas quando esteve em campo, a servidora da Funai também procedeu à acurada e minuciosa análise de todos os argumentos expendidos pelo estado de Santa Catarina em seus *Memoriais*. O conteúdo desse Parecer foi analisado no Memo nº 034/DAF/2008, de 11 de fevereiro de 2008, segundo o qual:

⁸ Cf. teor do Processo Administrativo Funai/DSD nº 0546/03, fls. 103/104, anexado à Petição Inicial da ACO nº 2.323.

Conclui-se pela inexistência de argumentos e fatos, nas referidas petições, que justifiquem a reavaliação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação. Em verdade, o Parecer n.º 002/CGID não poderia ter outra conclusão senão confirmar a validade do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, posto que não há no memorial de Santa Catarina e no acórdão do TCU n.º 0533/2005 qualquer fato novo que justifique a reavaliação do referido relatório, limitando-se a reproduzir os mesmos argumentos ventilados por outros interessados na fase do contraditório que foram exaustivamente analisadas, devidamente respondidos e julgados improcedentes pela Funai, conforme Parecer n.º 84/CDA/CGID/DAF/03, Parecer n.º 85/CGID/03, Parecer n.º 86/CDA/CGID/DAF/03, Parecer n.º 87/CGID/03.

Neste sentido, a consulta aos supracitados expedientes técnicos produzidos pela Comissão de Análise, da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação (CDA/CGID), revela-se pertinente por comprovar de plano a repetição dos argumentos e alegações contidas no Memorial de Santa Catarina e no Acórdão do TCU, quando cotejado com o conteúdo das contestações apresentadas na etapa do contraditório, tornando desnecessária e redundante proceder mais uma vez a análise dos pontos e considerações aventadas nas referidas petições protocoladas no Ministério da Justiça, em 28 de outubro de 2005, inclusive, sob pena de contrariar disposto no art. 2º, § 8º do Decreto n.º 1775/96, abrindo novamente a etapa do contraditório, cuja preclusão ocorreu em 28 de abril de 2003, com o encerramento do prazo para oferecimento das contestações.

Não obstante, o fato do Parecer n.º 002/CGID-2007 ter analisado o inteiro teor do Memorial de Santa Catarina e do acórdão do TCU, manifestando-se pontualmente sobre todos os fatos e argumentos contidos nestas petições, inclusive aqueles que já tinham sido devidamente respondidos e afastados pela Funai no âmbito do contraditório, somente vem atestar a consistência técnica do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos e confirmar a regularidade do procedimento administrativo que resultou no reconhecimento oficial pela Funai da área de Morro dos Cavalos como terra tradicionalmente ocupada pelos Guarani.

Assim sendo, não existem fatos novos a motivar invalidação ou reavaliação do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Morro dos Cavalos.⁹

O supracitado memorando foi ratificado pela Procuradoria-Geral Especializada da Funai, por intermédio da Informação n.º 008/PGF/PFE-Funai-CAF/2008, de 20 de fevereiro de 2008, manifestando-se pelo encaminhamento do processo administrativo ao presidente da Funai e, posteriormente, ao Ministério da Justiça.

⁹ Cf. teor do Processo Administrativo Funai/DSD n.º 0546/2003, fls. 103/104, anexado à Petição Inicial da ACO n.º 2.323.

Assim, dois anos e quatro meses depois da apresentação dos intempestivos *Memoriais* do estado de Santa Catarina, no dia 22 de fevereiro de 2008, o presidente da Funai remeteu novamente o processo administrativo ao Ministério da Justiça (Despacho nº 003/PRES/2008).

Sublinhe-se que, nesses mais de catorze anos em que tramitou o processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, foram realizadas diversas análises técnicas e jurídicas, tanto da Funai, como do Ministério da Justiça, as quais foram devidamente ratificadas pelos presidentes do órgão indigenista que se sucederam e demais autoridades.

Por fim, depois da longa tramitação do processo administrativo, no dia 18 de abril de 2008, o ministro da Justiça assinou a Portaria Declaratória nº 771, de 18 de abril de 2008, publicada no *Diário Oficial da União*, em 22 de abril de 2008, que declarou “de posse permanente dos grupos indígenas Guarani Mbya e Nhandeva a Terra Indígena Morro dos Cavalos”.

Inconformado com o processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, o estado de Santa Catarina, mais de cinco anos depois, propôs a ACO nº 2.323, no STF, cuja petição inicial é datada de 24 de janeiro de 2014. Em sua argumentação, o Estado/Autor alega:

- (i) A inconstitucionalidade do Decreto nº 1.775/1996 e de alguns artigos da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), pois a Funai seria o órgão exclusivamente responsável pelo processo demarcatório, o que enfraqueceria o pacto federativo; tais normas não permitiriam a ampla e efetiva participação dos estados e municípios diretamente afetados pela demarcação de Terras Indígenas; o antropólogo seria o responsável por, exclusivamente, identificar determinada terra como tradicionalmente ocupada pelos indígenas, “poder” que seria excessivo;
- (ii) o Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena teria sido conduzido por antropóloga parcial, sem garantia da participação efetiva do Autor, que não teria sido intimado para se manifestar e nem teria tido acesso às contestações administrativas. Ainda sobre o relatório, afirma que ele deixou de ser uma “chapa radiográfica” da situação da Terra Indígena em 1988;
- (iii) em 5 de outubro de 1988, viveria apenas uma família de “índios paraguaios Guarani Nhandeva que ocuparam a região desde 1960” e que “a ocupação posterior à 1988 foi efetivada no início dos anos 90 do século passado por outro grupo indígena, os Guarani Mbyá, o que descaracteriza de plano qualquer ocupação tradicional com caráter de perdurabilidade”, portanto, não haveria comunidade indígena na aldeia Morro dos Cavalos em 5 de outubro de 1988;
- (iv) a Terra Indígena seria ocupada por “índios paraguaios” que “não tinham uma relação anímica com a Terra”, o que afastaria a aplicação do artigo 231 da Constituição Federal de 1988”, que não tem o objetivo de “garantir

direitos originários a índios estrangeiros, mas sim busca tutelar os índios brasileiros”;

(v) não seria possível demarcar Terra Indígena para etnias diferentes – no caso, indígenas Guarani Nhandeva e Mbyá –, até porque os Mbyá teriam chegado na região apenas no ano de 1988;

(vi) a Terra Indígena Morro dos Cavalos estaria inserida no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, Unidade de Conservação do estado de Santa Catarina, criada pelo Decreto nº 1.260/1975, fato que ensejaria nulidade do processo de demarcação;

(vii) a demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos impediria a duplicação da Rodovia Federal BR 101;

(viii) os indígenas de Morro dos Cavalos já teriam sido beneficiados com a aquisição de terras para sua alocação em razão da compensação de impactos ambientais decorrente da duplicação da rodovia BR-101, trecho Florianópolis/SC – Osório/RS, de modo que os indígenas podem ser transferidos para essas áreas, o que, além de tudo, evidencia que “teriam para onde ir” na eventualidade de se “reverter a demarcação”;

(ix) dever-se-ia respeitar o direito de propriedade dos moradores que residem na área, situação consolidada pelo decurso do tempo, uma vez que seriam obrigados a deixar suas casas, em afronta à dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia;

(x) a área demarcada seria “muita terra para pouco índio”, devendo ser readequada para extensão menor;

(xi) mesmo com a Terra demarcada, “o que fica claro é a criação de verdadeiro bolsão de pobreza indígena, por ausência de qualquer política pública em favor dos índios daquela região” e que “é inadmissível que se crie tal situação no estado de Santa Catarina, sendo necessária a anulação da demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos”; e

(xii) a Terra Indígena estaria em região densamente povoada e, por conseguinte, seria “um perigo para os próprios índios, pois pode gerar conflitos de proporções incontroláveis, transformando a região metropolitana de Florianópolis em verdadeiro campo de batalha entre índios e não índios”.

Com base nessas alegações, o estado de Santa Catarina requereu a declaração de nulidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos e, sucessivamente, a declaração de inexistência de direito originário dos indígenas Guarani Nhandeva e Mbya. Pugnou, também, pela exibição das contestações administrativas e levantamento fundiário que integram o processo administrativo de demarcação da sobredita Terra Indígena.

Alternativamente, requereu: a) a redução dos limites da terra indígena para apenas 121,8 hectares, área constante do primeiro estudo apresentado no processo administrativo demarcatório – cujo teor foi recusado pela Funai, por não atender aos requisitos mínimos do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro 1996, conforme explicitado

anteriormente; b) no caso de manutenção da demarcação, a exclusão do leito da BR-101 Sul dos limites da TI, sua faixa de servidão administrativa e a área dos túneis.

A comunidade indígena não foi intimada para integrar a lide, o que tem sido comum em processos judiciais, a despeito do artigo 232 da Constituição Federal¹⁰. Contudo, constituiu advogado e apresentou sua defesa, oportunidade em que solicitou sua inclusão no processo na qualidade de litisconsorte passiva necessária. O pedido, até a presente data, não foi analisado pelo relator do processo, inicialmente o ministro Teori Zavascki e, atualmente, o ministro Alexandre de Moraes.

No presente artigo, em razão da limitação de espaço, analisaremos dois pontos fundamentais a partir dos quais o estado de Santa Catarina busca invalidar o processo de demarcação da TI Morro dos Cavalos: a ilegalidade do processo administrativo de demarcação e a alegação sobre a necessidade de se aplicar a “teoria do marco temporal de ocupação”.

3. A legalidade do processo administrativo de demarcação de terras indígenas

A tentativa de desconstituir os processos administrativos de demarcação de terras indígenas tem se tornado lugar comum em processos judiciais. No caso da ACO nº 2.323, o estado de Santa Catarina insiste que deveria ter sido intimado pessoalmente para participar do processo administrativo; que a Funai é órgão exclusivamente responsável pelo processo demarcatório, o que enfraqueceria o pacto federativo; que a antropóloga que assinou o Relatório de Identificação e Delimitação era parcial. Para tornar críveis as suas alegações, sustenta que o Decreto nº 1.775/1996 seria inconstitucional, bem como o art. 25 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio).

Na verdade, em muitas ações judiciais que visam anular processos de demarcação, os autores buscam uma aplicação seletiva da jurisprudência do STF, visto que a constitucionalidade e legalidade das citadas normas já foram, por diversas vezes, proclamadas pelo STF, que reiteradamente considera ser o rito de publicização e participação nos procedimentos administrativos aquele previsto no Decreto nº 1.775/1996, e não em outras leis, como os autores tentam fazer crer nos processos judiciais.

¹⁰ “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Inclusive, uma das justificativas para a revogação do Decreto n° 22, de 4 de fevereiro de 1991, e do Decreto n° 608, de 20 de julho de 1992, bem como edição do Decreto n° 1.775/1996, foi justamente permitir a participação de todo e qualquer interessado no processo administrativo. Sobre o tema, o STF assentou: “O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”.¹¹

Como visto acima, os ritos do Decreto n° 1.775/1996 foram seguidos durante todo o processo administrativo de demarcação e o estado teve sua participação garantida, inclusive seus memoriais, em que pese intempestivos e não previstos na legislação, foram analisados pela Funai e Ministério da Justiça. Assim “não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, o recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela Funai”.¹²

No julgamento do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o ministro Ayres Britto, em trecho do voto condutor do acórdão, encerrou idêntica celeuma sobre a participação de estados da federação em processos administrativos de demarcação, com as seguintes palavras:

105. Chego à derradeira parte deste voto, que outra não pode ser senão o exame do caso concreto. Fazendo-o, enfrento, como de estilo, as questões formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.

106. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados ‘fatos públicos e notórios’. Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no *Diário Oficial da União* já em abril de 1993,

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 31100 AgR/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 02.09.2014. Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes: Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 27.828/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 14.10.2014; Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 31100 AgR/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 02.09.2014; Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26.212/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 19.05.2011.

¹² Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RMS n.º 27828/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 14.10.2014. No mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 25483/DF. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. DJe 15.09.2007.

tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actus* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho de nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arroteiros). *Noutros termos, nulidade haveria tão somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.*¹³

No ponto, o acórdão ficou assim ementado:

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO.

3.1 Processo que observou as regras do Decreto n.º 1.775/1996, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o estado de Roraima, o município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.¹⁴

No tocante à demarcação administrativa da TI Morro dos Cavalos, recentemente o ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática no MS nº 32.709/DF, decidiu pela sua legalidade:

Quanto às demais irregularidades apontadas pelos impetrantes no processo administrativo que resultou na Portaria nº 771/2008 (doc. eletrônico nº 36), tenho que estas não merecem acolhida, porquanto as informações prestadas pela autoridade coatora revelam que o processo administrativo ora impugnado transcorreu em conformidade com a legislação aplicável à espécie.

(...)

Ressalte-se que a garantia do contraditório e da ampla defesa, no âmbito do processo administrativo destinado à demarcação, se dá pela publicação de todos os atos administrativos na imprensa oficial.

(...)

Ora, tendo em vista tal informação, bem como os termos da Portaria nº 771/2008 da Funai (doc. eletrônico nº 36), na qual consta que as

¹³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Trecho do voto do Relator: ministro Carlos Ayres Britto. DJe 01.07.2010.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. DJe 01.07.2010.

contestações opostas foram julgadas improcedentes, e, ainda, o pedido de reconsideração apresentado por um dos proprietários de terras inclusas na TI Morro dos Cavalos (doc. eletrônico nº 25), mostra-se descabida a alegação dos impetrantes de que não foram oportunizados aos interessados o contraditório e a ampla defesa.

A análise dos demais documentos e informações carreados aos autos revelam que o contraditório e a ampla defesa foram assegurados no curso no Processo Administrativo Funai nº 08620.002359/93-62, em observância ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no art. 2º, §§ 7º e 8º, do Decreto nº 1.775/1996.

Relativamente à alegada nulidade por ausência de participação efetiva dos entes federados no processo administrativo em comento, cumpre observar que o Município de Palhoça/SC, no qual se localiza a Terra Indígena Morro dos Cavalos, ofereceu impugnação à identificação da referida terra indígena, demonstrando seu total conhecimento sobre os estudos conduzidos na localidade, segundo informações da Diretoria de Proteção Territorial da Funai.

(...)

Outrossim, verifico que, após a publicação do Despacho nº 201/2002 do presidente da Funai, a Procuradoria-Geral do estado de Santa Catarina apresentou, em 20/10/2005, memoriais de impugnação (doc. eletrônico nº 29), pugnano pela improcedência da pretensão de declaração da Terra Indígena Morro dos Cavalos formulada pelo órgão federal indigenista, o que demonstra que o Estado Catarinense não ficou alijado do processo administrativo de demarcação.¹⁵

De igual modo, o STF já declarou a constitucionalidade do artigo 25 da Lei n.º 6.001/1973, questionado pelo estado de Santa Catarina, *in verbis*:

Por oportuno, mencione-se que o ato de demarcação de terras indígenas constitui ato meramente declaratório, que apenas reconhece um direito preexistente e assegurado constitucionalmente. O Decreto 1.775/1996 prevê que tanto a portaria de Ministro da Justiça (art. 2º, § 10º, inc. I) quanto o decreto presidencial (art. 5º) não possuem caráter constitutivo, não criando, extinguindo ou modificando nova relação jurídica. A demarcação, que é declaratória, visa trazer o reconhecimento e a regularização das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Corroborando esse entendimento, o art. 25 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), recepcionado pela atual Constituição, dispõe que: “O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. MS n.º 32.709/DF. Decisão Monocrática. Relator: ministro Dias Toffoli. DJe 24.05.2016.

medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.¹⁶

No que concerne à atribuição da Funai para iniciar os processos de demarcação de TIs, nada mais coerente. O órgão possui competência técnica e legal para tanto. Assim, suas atribuições são mero cumprimento da legislação aplicável a todo e qualquer órgão público que tem suas funções definidas em lei. Bom esclarecer que, nos termos do artigo 11 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.”

Ademais, não se pode dizer que a Funai é o órgão exclusivamente responsável, pois a demarcação de terras indígenas é ato administrativo complexo, que necessita da conjugação de análises da Funai, do ministro da Justiça e do presidente da República para se tornar perfeito e acabado, além do que passa pela análise e controle de incontáveis técnicos vinculados a cada uma dessas instâncias, sendo permitidos o contraditório e a ampla defesa de qualquer dos eventuais interessados, a teor do disposto no Decreto n.º 1.775/1996.

À vista disso, não há que se falar, como o estado de Santa Catarina aventa, que o exercício regular das competências constitucionalmente atribuídas a cada um dos poderes da Federação ensejaria situação de conflito capaz de desequilibrar o pacto federativo.

Ora, é isento de dúvidas que a demarcação de Terras Indígenas não abala o pacto federativo, embora o estado de Santa Catarina expresse embaraçoso dissabor com os conteúdos marcadamente imperativos da Constituição da República Federativa do Brasil, mormente aqueles vinculados às competências federativas e aos direitos fundamentais, preferindo desferir, em sua petição inicial, um tratamento acintoso e violento aos índios Guarani, também cidadãos do estado catarinense, da nação brasileira e, portanto, titulares de direitos e liberdades fundamentais.

Assim, a demarcação da terra indígena Morro dos Cavalos tanto não abala o pacto federativo como realizou-se em consonância com as normas aplicáveis, inclusive quanto à forma, conteúdo, competência, motivação, ampla defesa, contraditório, participação, imparcialidade, finalidade, entre outros, sendo manifesta a sua legalidade.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar n.º 610/SC. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. DJe 04.03.2015.

4. A não aplicabilidade da “teoria do marco temporal de ocupação” e sua premente inconstitucionalidade

Durante o processo administrativo de demarcação da TI Morro dos Cavalos, restou inconteste que os indígenas jamais abandonaram a área. O estudo de identificação e delimitação da área é corroborado por diversos estudos antropológicos. Nesse sentido o *Relatório de eleição de área a ser destinada pela TBG aos índios Mbya Guarani do litoral do estado de Santa Catarina*, de 6 de maio de 1999, assinado pelo antropólogo Aldo Litaiff (Museu Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina), pelo Agrônomo do Inra Carlaceu Alencar da Mota, pelo técnico da Funai Sérgio de Campos e pela socióloga Maria Dorothea Post Darella (Museu Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina), concluiu:

De todo o litoral de Santa Catarina, é da área de Morro dos Cavalos que há mais dados disponíveis sobre a ocupação dos índios Guarani neste século: através de registros acadêmicos, institucionais e dos relatos dos descendentes/moradores. Isso ocorre talvez por ter sido *uma área de ocupação antiga e ininterrupta*; por ter sido uma importante área de referência para os grupos Guarani de passagem pelo litoral do Estado (entre Paraguai – Misiones – Rio Grande do Sul – Paraná – São Paulo – Rio de Janeiro – Espírito Santo), e ainda por sua localização: os Guarani são “descobertos” nessa área quando da construção do traçado original da BR 101, na década de 1960 (vários locais do Morro dos Cavalos foram ocupados: da cabeceira do rio Massiambu às proximidades onde atualmente está identificada a Terra Indígena).¹⁷

Outro não é o sentido do Estudo do Componente Indígena do EIA/RIMA referente à duplicação da rodovia BR-101-Transposição do Morro dos Cavalos¹⁸, de setembro de 2010, elaborado por extensa equipe multidisciplinar e coordenado pela antropóloga e bióloga Isabelle Vidal Giannini, que novamente confirma a tradicionalidade da ocupação da TI Morro dos Cavalos.

Portanto, diversos estudos técnicos são unânimes em assinalar que Morro dos Cavalos é terra tradicionalmente ocupada pelos Guarani nos termos da Constituição Federal, a comprovar o consenso científico sobre o assunto.

¹⁷ LITAIFF, Aldo (Coord.). Relatório de eleição de área a ser destinada pela TBG aos índios Mbya Guarani do litoral do estado de Santa Catarina, 30 de julho de 1999. Anexo I - Petição Inicial da ACO nº 2.323.

¹⁸ Anexo II - Petição Inicial da ACO nº 2.323.

Essa conclusão também é reforçada e sedimentada pelo Levantamento Fundiário, constante no processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, realizado em janeiro de 2002. No estudo, os ocupantes não indígenas que se encontravam na referida terra indígena, ao responderem à pergunta do levantamento fundiário sobre “quando soube da existência dos Índios no local?”, afirmaram que “sempre souberam” da ocupação indígena, ou que souberam “ao se instalar”, incluídos aí aqueles não indígenas que passaram a residir na região em meados do ano de 1988 – pouco tempo antes ou depois.

Ainda assim, o estado de Santa Catarina, a exemplo de muitos outros autores de ações judiciais propostas no STF e em todo o Judiciário nacional, insiste na aplicação da “teoria do marco temporal de ocupação”, não obstante ser inequívoca a presença indígena na TI Morro dos Cavalos.

A tese do “marco temporal de ocupação”, no entanto, é juridicamente questionável sobre diversos aspectos. Primeiramente, há que se ponderar acerca da correção ou não de se apontar a Constituição Federal de 1988 como o “marco temporal” dos direitos constitucionais dos índios às suas terras tradicionais. Sobre o tema, José Afonso da Silva em seus recentes escritos, bem anotou: “o termo ‘marco’ tem sentido preciso. (...) Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo”.¹⁹

Então, cabe perguntar: seria a Constituição Federal de 1988 o limite histórico responsável por conferir, *pela primeira vez*, o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam? A resposta é negativa.

Em verdade, como aduz o eminente constitucionalista, o primeiro reconhecimento constitucional acerca dos direitos dos índios sobre suas terras tradicionais “se deu com a *Constituição de 1934*, cujo art. 129 os acolheu numa síntese expressiva essencial: ‘Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las’. As demais Constituições deram continuidade a essa consagração formal até à Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos, como se pode ver do seu art. 231. Mas, no que tange aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Parecer, 2016. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf

1988 não inovou, porque, no essencial, já constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934”.²⁰

Ainda segundo o referido autor, “a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388”.²¹

Portanto, a Constituição Federal de 1988 não constitui qualquer marco temporal em relação ao reconhecimento do direito territorial dos índios, uma vez que apenas deu continuidade aos textos constitucionais que, desde 1934, sempre lhes garantiu tal direito.

Ademais, prossegue José Afonso da Silva, “se são ‘reconhecidos... os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: ‘são conferidos, etc.’, então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos. Mas não foi isso que a Constituição estabeleceu”.²²

Ainda sobre o tema, para investigar o espírito do constituinte originário, importa remontar o histórico de construção do texto constitucional. Conforme enfatiza Márcio Santilli, que participou dos debates constituintes, “a expressão ‘tradicionalmente’ resultou de um acordo político no âmbito da Assembleia Constituinte, a partir do embate entre os conceitos de ‘terras ocupadas’ e de ‘terras permanentemente ocupadas’. O primeiro, proposto por organizações de apoio aos índios, ensejava aos adversários dos direitos destes a perspectiva de ocupações por índios de terras não indígenas. O segundo, proposto pelos adversários, pressupunha a intenção de só reconhecer direitos territoriais indígenas por critérios de antiguidade, prejudicando os índios que foram expulsos de suas terras imemoriais. ‘Tradicionalmente’, ou segundo a tradição indígena, introduziu critério antropológico como referência, em lugar do critério cronológico”.²³

José Afonso da Silva confirma tais observações, ao afirmar que o termo “terras que tradicionalmente ocupam”, contido no artigo 231 da Constituição Federal, não se reveste de um sentido temporal, “mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Santilli, Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil, em: KASBURG; GRAMKOW (Orgs.), *Demarcando Terras Indígenas*, p.26.

e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições”.²⁴

A colocar uma “pá de cal” sobre o tema, é preciso observar que todas as constituições brasileiras, nas hipóteses em que pretenderam trabalhar com “data certa”, o fizeram de forma expressa e inequívoca²⁵, a não deixar margem a dúvidas sobre a aplicação do referencial temporal da data exata da promulgação da Constituição. Não é o que se dá com o artigo 231 da Constituição de 1988, que nada estabeleceu acerca de referencial temporal para os direitos fundamentais dos índios às suas terras tradicionais.

Como bem assevera José Afonso da Silva: “Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data se ela nada diz a esse respeito, nem explícita, nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário se se ler com a devida atenção o *caput* do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa”.²⁶

Nesse sentido, a adoção da tese do “marco temporal” como “linha de corte” aos direitos territoriais indígenas viola o próprio texto da Constituição Federal de 1988. Nas palavras do multicitado José Afonso da Silva, “o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição, que até determina competir à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A Constituição o diz no *caput* do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância. Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem!”.²⁷

²⁴ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.875.

²⁵ Nesse sentido, vide o artigo 119, § 6º e 133, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934; o artigo 242, da Constituição Federal de 1988; os artigos 1º, 19, 21, 29, § 3º, 45, 58 e 69, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

²⁶ SILVA, José Afonso da. Parecer, 2016. Disponível em:

https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf

²⁷ Idem.

E arremata o referido autor: “deslocar esse marco para ela (a Constituição de 1988) é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuamente. Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como a que foi prolatada no RMS 29.087, como já deixei consignado antes”.²⁸

Além de todo o exposto, é preciso que a interpretação à expressão “terras que tradicionalmente ocupam” guarde congruência com o restante do texto constitucional, que assegura aos índios seus “usos, costumes e tradições”. Nesse sentido, condicionar a demarcação de terras indígenas à presença dos índios na terra em uma data certa pode equivaler a solapar “usos, costumes e tradições”, porquanto o “tempo cronológico” é categoria culturalmente construída, que não traduz significado universal: muitas culturas indígenas estruturam suas vidas em torno de outros paradigmas existenciais, ou, ainda, não significam a categoria “tempo” da mesma maneira que o não indígena, de modo que a aplicação seca do “marco temporal” equivaleria à exigência de atendimento, por parte dos indígenas, de paradigmas alheios a suas estruturas culturais (“usos, costumes e tradições”) e, muitas vezes, deveras abstratos e/ou incompreensíveis.

Não bastasse tudo isso, o debate em questão ainda impõe outra reflexão: sendo certo que a sobrevivência física e cultural dos indígenas depende necessariamente de estarem na posse de suas terras tradicionais, anular atos de reconhecimento de uma determinada terra indígena com base no “marco temporal”, além de se mostrar juridicamente questionável, tem como efeito direto e inexorável condenar a etnia indígena à sua morte cultural, ao relento da assimilação forçada, paradigma que, este sim, a Constituição quis estancar. Sobre o tema, é preciso indagar muito seriamente o que os poderes da República farão com os índios e com seus direitos.

A teoria do “marco temporal”, tal como está posta, configura mais uma das sub-reptícias formas de legitimar as seculares “guerras justas” empreendidas contra os índios, inclusive durante o período recente da ditadura militar, legitimando sua exclusão

²⁸ Idem.

para fora do âmbito normativo do real, a negar-lhes seus direitos territoriais, desqualificar suas identidades e, mais uma vez, condená-los a processos de assimilação forçada. Ou seja, manter-se-ia o histórico e secular processo de violência e negação de direitos territoriais dos indígenas, agora por intermédio de uma interpretação constitucional restritiva e legitimadora destas mesmas violências.

5. O “renitente esbulho” como excludente de aplicabilidade do “marco temporal” e seu conceito

No julgamento da Petição 3.388, o STF estabeleceu, no item “11.2” do acórdão, que “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios”. Aliás, a própria demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi mantida justamente pela constatação da ocorrência de renitente esbulho possessório.

Interessante observar, ainda, que o Excelso Pretório já decidiu, em outras oportunidades, que “a remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse. *In casu*, vislumbra-se a persistência necessária da comunidade indígena para configurar a continuidade suficiente da posse tida por esbulhada. A posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada”.²⁹

Nada obstante tal orientação, a colenda Segunda Turma do STF acabou por inovar e estabelecer, no caso específico do ARE 803.462-AgR/MS, concepção altamente restritiva do conceito de “renitente esbulho”, limitando gravemente e até impossibilitando a sua configuração.

Segundo a ementa do referido julgado: “Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”³⁰.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO nº 312/BA. Relator: ministro Eros Grau. D.J. 20.03.2013.

³⁰ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE 803462 AgR/MS. Relator: ministro Teori Zavascki. DJe 12.02.2015.

Assim, segundo a interpretação adotada naquele caso pela colenda Segunda Turma, de duas uma: ou os índios estariam em confronto com os não índios causadores do esbulho; ou deveria haver ação judicial de natureza possessória acerca do conflito – tudo isso na data exata da promulgação da Constituição Federal.

Além de poder produzir efeitos “em cascata”, a gerar grave insegurança jurídica a índios e a não índios sobre praticamente todas as terras indígenas eventualmente judicializadas, os referidos “requisitos” estabelecidos para que se configure uma situação de renitente esbulho possessório são *impossíveis* de serem preenchidos. Explicamos.

O primeiro “pressuposto” para a configuração do renitente esbulho, segundo a referida decisão, seriam “circunstâncias de fato”. Aqui cabem dois questionamentos:

(i) se, no Estado Democrático de Direito, não se pode “fazer justiça com as próprias mãos”, como poderia se exigir, para a configuração de renitente esbulho possessório, que se comprove a ocorrência de “circunstâncias de fato”? Por certo, no caso específico dos índios, a única “circunstância de fato” que lhes era possível – em muitos casos, nem seria possível – na tentativa de retomar as terras que foram ilegalmente retiradas de sua posse permanente por não índios seria mediante o emprego de violência. O entrave, contudo, é que tal situação, caso ocorrida, afrontaria os mais básicos princípios do Estado Democrático de Direito, já que o ordenamento jurídico veda a prática de atos de violência, inclusive em relação à retomada de terras, ainda que ilegalmente expurgadas do patrimônio ou posse de qualquer cidadão, tal como se infere, por exemplo, do tipo penal previsto pelo artigo 345 do Código Penal. Aliás, lembre-se que, para os indígenas, se mostraria ainda mais difícil eventual tentativa de retomar, por meio de atos de violência, terras que lhes foram esbulhadas, visto que, em geral, eles não dispõem de meios suficientes para isso, como as armas de fogo utilizadas por não índios para expulsá-los; e

(ii) como poderia haver efetiva comprovação acerca de determinado conflito fundiário que tenha ocorrido exatamente no dia 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição? Como poderiam os indígenas, o Ministério Público Federal ou os órgãos que atuam na defesa de atos administrativos de demarcação de Terras comprovar tal “circunstância de fato”

se, ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, absolutamente nenhum julgado ou qualquer outra orientação estatal havia no sentido de se exigir a comprovação de renitente esbulho possessório no caso de terras indígenas expurgadas do domínio (*lato sensu*) dos indígenas? Evidente que se trata de prova impossível, já que, salvo raras exceções, esses conflitos não foram documentados. Além disso, a comprovação das “circunstâncias de fato” com os requintes que se passa a exigir é totalmente alheia aos “usos, costumes e tradições” dos povos indígenas, os quais, inclusive, estavam em situação de contato recente ou total desconhecimento do sistema jurídico estatal à época da prática do renitente esbulho.

O segundo “pressuposto” para a configuração de renitente esbulho possessório, de acordo com a referida decisão adotada no caso do ARE n.º 803.462-AgR/MS, seria a existência de ação judicial versando sobre conflito possessório entre índios e não índios.

Sobre o tema, ainda com mais clareza se verifica a patente impossibilidade de se preencher o “requisito”. É que, até a Constituição Federal de 1988, aos índios não era conferido o direito de ação, o acesso à justiça e muito menos a possibilidade de ver reconhecida sua legitimidade *ad processum*. Noutros termos, os indígenas não podiam ajuizar demandas de qualquer natureza, inclusive ações possessórias.

Ora, se aos índios era absolutamente vedado ingressar com ações judiciais, como se exigir a comprovação sobre a existência de “controvérsia possessória judicializada” na data exata da promulgação da Constituição da República de 1988 para a configuração de renitente esbulho possessório? Impossível.

Ademais, até o advento da Lei nº 6.001/1973, o Ministério Público sequer tinha atribuição para propor, sem a provocação da União, “medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem” (artigo 36), de modo que a sua estruturação para a defesa dos direitos e interesses coletivos dos indígenas se efetivou apenas com o advento da Constituição Federal de 1988.

Quanto à possibilidade de demandas judiciais ajuizadas pelo Estado ou pela Funai, os registros históricos, em especial o Relatório Figueiredo, nos mostram que o mesmo Estado que tutelava os indígenas era o maior responsável pelas ações ou omissões de violação de seus direitos. Por óbvio, tal demonstração exigida no caso do ARE 803.462-AgR/MS é flagrantemente impossível de ser realizada.

A decisão restringe, ainda, a amplitude probatória estabelecida pela legislação processual, dado que existem muitas outras formas legítimas de se comprovar a ocorrência do renitente esbulho – documentos, registros históricos, jornalísticos, cartas das comunidades aos órgãos públicos competentes, entre outros documentos, a serem considerados conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

A valer a conclusão da Segunda Turma para o caso da TI Limão Verde, as provas disponíveis e a forma encontrada por cada comunidade para documentar as violências das quais foram vítimas não serão consideradas pela mais alta corte do país. Temos que lembrar que a tradição jurídica que privilegia a escrita, a documentação e a judicialização dos conflitos é “natural” para a nossa “metafísica dos costumes”, entretanto, pouco familiar para os povos indígenas, minorias étnicas de tradição eminentemente oral.

Ademais, ao requerer prova que nem sequer era exigível no tempo da ocorrência dos esbulhos, a Segunda Turma se vale da “flecha lançada” e da “oportunidade perdida” para engendrar um alto requinte burocrático na comprovação de violências, transferindo para os violentados o ônus da prova.

Sobre o renitente esbulho, o professor José Afonso da Silva, destacou:

O que mais choca, nessa concepção civilista, é que nem ela é aplicada convenientemente, porque só é utilizada naquilo que favorece o usurpador das terras indígenas. Por exemplo, não se aplica o conceito de posse justa do art. 1200 do Código Civil, ou seja, aquela “que não for violenta, clandestina” [...].

25. Por último, cabe destacar três pontos metodológicos que mostram os desvios semânticos dessa concepção de renitente esbulho que distorcem o sentido das normas constitucionais protetivas dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam.

25.1. *Primeiro*. Essa concepção desvia o foco dos direitos indígenas, interpretando as normas jurídico-constitucionais como se fossem destinadas a comunidades de não índios, por isso quer que os índios e suas comunidades ajam como se vivessem no mundo dito civilizado; é isso que quer dizer aquela exigência de que para caracterizar o esbulho de suas terras pelos não índios o conflito tem que materializar-se ‘por uma controvérsia possessória ajuizada’. Ora, as regras da Constituição sobre os direitos indígenas têm a natureza de direito protetivo de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do contexto de vivência dessa minoria. ‘A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico, por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse contexto veicula – também se submete às relações de contexto’, Ora, o contexto da vivência confere às normas jurídicas destinadas à proteção indígena um sentido compatível com essa vivência. É

isso que se extrai do enunciado do art. 231 da Constituição, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições juntamente com o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras ocupadas por eles e suas comunidades.

25.2. *Segundo* desvio metodológico é a compreensão dos conflitos sobre as terras indígenas como ‘um conflito possessório de direito civil’, como se se tratasse de um conflito entre dois indivíduos sobre a posse de um bem, como se fosse uma disputa entre dois fazendeiros, uma disputa individualista. Não é isso que se dá; não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não tem uma posse nesse sentido do direito privado. Os direitos dos índios não são de natureza individualista, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido de que as comunidades indígenas é que são primariamente titulares desses direitos; os índios gozam desses direitos como integrantes das respectivas comunidades. É um fenômeno já observado por Jhering ao discorrer sobre as comunidades gentílicas, onde ‘os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade’. É por causa dessa dupla dimensão, ao mesmo tempo, individual e comunitária, que inclui os direitos dos índios entre os direitos fundamentais de solidariedade.

25.3. *Terceiro*. Não se compadece com a Constituição essa concepção de que o esbulho não se refere ao passado, pois enquanto a comunidade usurpada existir os direitos às suas terras perduram, porque a Constituição, art. 231, § 4º, declara que *são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*. Aquela concepção constitui, pois, uma forma de extinção pretoriana de direitos imprescritíveis, em afronta à Constituição. Vale dizer, pois, que a comunidade despojada de suas terras pelos não índios tem direito a elas retornar a qualquer tempo e isso deve ser garantido pelo Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, que tem o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, nos termos do caput do art. 231 da Constituição.”³¹

Não bastassem essas reflexões, face à interpretação altamente restritiva sobre o conceito de “renitente esbulho possessório” em matéria de direitos territoriais indígenas, não se pode deixar de considerar a orientação da jurisprudência³² e da doutrina³³ sobre a necessidade de ser adotada interpretação ampliativa dos direitos

³¹ SILVA, José Afonso da. Parecer, 2016. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf

³² Na linha da jurisprudência, “prevalece a regra de hermenêutica segundo a qual Constituição se interpreta sempre para ampliar os direitos fundamentais, não para restringi-los”. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 171700-85.2008.5.04.0403. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. DJe 07.06.2013.

³³ No escólio de Walter Claudius Rothemburg, “são também, os direitos fundamentais, dotados de abertura, no sentido de que têm possibilidade de expandir-se (expansibilidade dos direitos fundamentais). A interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer. Essa propriedade também é dita eficácia irradiante dos direitos fundamentais”.

fundamentais; principalmente no caso de minorias étnicas desprovidas de poder econômico/político/jurídico e marcadas por grave histórico de violações de direitos, perseguição, tentativas de dizimação, obliteração de sua condição humana e tantas outras violências, como é o caso dos índios no Brasil.

Por todas essas razões, é preciso abandonar qualquer conceituação de “renitente esbulho” que tenha o condão de limitar os direitos fundamentais dos índios sobre suas terras tradicionais, sob pena de violação e absoluta inefetividade do próprio texto da Constituição Federal de 1988.

6. Conclusões

Como visto ao longo desse artigo, a judicialização da demarcação da TI Morro dos Cavalos foi mais uma das maneiras encontradas pelo estado de Santa Catarina para tentar procrastinar a sua regularização fundiária. Além do processo administrativo de demarcação ter transcorrido na mais absoluta legalidade, de acordo com as normas aplicáveis, os indígenas jamais abandonaram a TI Morro dos Cavalos, motivo pelo qual a “teoria do marco temporal de ocupação” é totalmente inaplicável ao caso.

Todavia, é fundamental que se reflita sobre a possibilidade de anulação de demarcações de TIs com fundamento no “marco temporal” ou, ainda, na desconsideração à ocorrência do “renitente esbulho”. Em ambos os casos é necessário perguntar: anuladas as demarcações, para onde irão os indígenas? Essa é uma questão que o Poder Judiciário ainda não respondeu.

Afinal, a aceitar a teoria do “marco temporal”, então é fundamental que se investigue: se não estavam os índios nas terras que hoje reivindicam, onde estariam em 5 de outubro de 1988? E por que não estavam a exercer seu direito territorial e a ocupar suas terras tradicionais? As decisões judiciais que consideram o “marco temporal” determinarão providências específicas ao Poder Executivo, tal como a abertura de novos processos de demarcação de terras, para que se possa aferir onde estavam os índios em 5 de outubro de 1988, e, assim, proceder a demarcação? Farão perícias para identificar esses lugares? Assegurarão que os indígenas continuem em suas terras até que se

encontre uma alternativa ou solução para os graves conflitos fundiários que envolvem a demarcação? Ou continuarão apenas a condenar os indígenas ao degrado de sua condição étnica e à manutenção, *ad eternum*, de direitos válidos e jamais eficazes?

Caso seja sedimentada a teoria do “marco temporal” para todas as TIs, a desconsiderar que os índios constituem coletividades reais, vulneráveis, portadoras de identidade étnica minoritária e que dependem de segurança territorial para continuar existindo, estaria a se validar a assimilação forçada que a Constituição Federal quis estancar e, também, todas as violações de direitos fundamentais, notadamente de direitos territoriais, perpetradas historicamente contra os índios no Brasil.

Compreendemos que todo o conjunto de princípios que rege a tradição republicana e democrática, (re)inaugurada a partir de 5 de outubro de 1988, aponta na direção de uma justiça de transição efetiva, que contemple os povos indígenas no âmbito da reparação e da efetividade de seus direitos civis, econômicos, sociais, culturais, tão atrozmente violentados antes e durante a ditadura militar. A prosperar a “linha de corte” imposta pelo “marco temporal”, o direito fundamental de ocupar uma terra segundo usos, costumes e tradições indígenas, reconhecido pela Constituição Federal de 1988, terá tido validade por apenas um dia, não traduzindo garantia permanente de direitos.

Dessa forma, espera-se que nos próximos anos o STF pondere as graves consequências e violações de direitos fundamentais que vêm sendo legitimadas pela teoria do “marco temporal de ocupação” e adote técnica de decisão que possa melhor traduzir o real sentido dos direitos fundamentais garantidos aos índios pelo constituinte originário de 1988.

Referências Bibliográficas

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas características*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. “Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas”. n.º 29. Outubro-dezembro de 1999.

SANTILLI, Márcio. *Natureza e situação da demarcação das terras indígenas no Brasil*. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). “Demarcando Terras Indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria”. Brasília: Funai; PPTAL; GTZ, 1999.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 38.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. Parecer, 2016. Disponível em:

https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf