



A TESE MARCO TEMPORAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO INDÍGENA: UMA VISÃO A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Sergio Cademartori
Lucas Bortolini Kuhn

RESUMO

O marco temporal da ocupação é um dos grandes instrumentos da luta jurídica para a limitação do direito ao território indígena no Brasil, sendo tese desenvolvida a partir de julgado importante que resultou na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O artigo discute a natureza do direito ao território, definindo-o como um direito fundamental e, a partir do constitucionalismo garantista, traçando a distinção nítida entre atributos dos direitos fundamentais e dos direitos patrimoniais. A partir desta distinção, conclui-se que a tese do marco temporal confunde categorias jurídicas distintas, transcende os contornos expressos no texto constitucional e se mostra, assim, incoerente e inconstitucional.

Palavras-chave: Tese do Marco Temporal. Direito Fundamental ao Território Indígena. Direitos Fundamentais. Constitucionalismo Garantista.

- Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1976), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997) e pós-doutorado junto à Unisinos (RS). Professor aposentado do CPGD/UFSC. Atualmente é professor visitante do doutorado da Universidade de Granada e da Universidade Técnica de Lisboa, professor permanente da Universidade La Salle e do Centro Universitário UniFG. Consultor ad hoc da CAPES. Tem experiência na área de Filosofia, com ênfase em Epistemologia, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, garantismo, direitos fundamentais, constituição e administração pública. Professor vinculado aos programas de doutorado e mestrado em Direito da Unilasalle.
- Mestre e Doutorando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle (UNILASALLE). Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular. Bolsista CAPES/PROSUC em regime de dedicação exclusiva. E-mail: lucas.kuhn@rocketmail.com

1 INTRODUÇÃO

O uso da terra é um dos mais importantes sintomas observáveis da relação entre sociedade e ambiente. Desde o advento da agricultura, é a posse, o uso e as formas de apropriação que passam a refletir de forma mais nítida a relação que as sociedades possuem com o ambiente onde se situam, seja na transformação, no domínio técnico-científico, como também na pura e simples destruição que também guarda elos com a perspectiva moderna de supremacia humana sobre a selvagem (e supostamente alheia) natureza, conquistada pelo intermédio da racionalidade.

Esta linha do tempo de progresso, comum à autoimagem das civilizações ocidentais, através da contínua dominação e domesticação dos espaços, construção de núcleos urbanos e processos de socialização é íntima ao “abismo entre a mentalidade das cidades e a dos sertões” (RIBEIRO, 1967, p. 9). No entanto, verifica-se que as culturas situadas à margem desse processo, pelo fato de se encontrarem nas vastas fronteiras agrícolas e regiões selvagens, apresentam problemas e preocupações específicas.

As terras indígenas e sua situação jurídica no Brasil desde a redemocratização – a partir de 1985 - são um conspícuo exemplo desta problemática. Incluídas pela participação de lideranças indígenas na Assembleia Constituinte no catálogo de direitos positivados na Constituição, as terras indígenas dependem de várias garantias ainda não previstas ou muito pouco atuadas pelos poderes públicos. Assim, atualmente encontram-se ainda mais sob ameaça diante do panorama do governo Bolsonaro, que estimulou a expansão da fronteira agrícola, o extrativismo ilegal e a liberação de armas.

Para a teoria do direito, há uma vasta gama de problemáticas jurídicas contemporâneas que possuem relevância. Este artigo visa a discutir uma delas: a tese do *marco temporal*, que defende a demarcação de terras indígenas utilizando como critério a posse à época da promulgação da Constituição Federal de 1988. A hipótese central deste artigo é a de que esta tese é incorreta e que seu equívoco se sustenta numa incompreensão das diferenças estruturais entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, como o direito de propriedade.

A discussão se divide em três momentos: no primeiro, estabelece as bases teóricas do constitucionalismo garantista, marco teórico adotado para a interpretação e crítica da contemporaneidade jurídica, e, partindo dele, a distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. A segunda parte trata da tutela dos direitos dos povos indígenas pelo estado

brasileiro, discutindo a forma como se afirmaram (ou retiraram) direitos ao longo da história, traçando um panorama dos direitos previstos na Constituição de 1988.

A terceira e última seção se debruça sobre a tese do marco temporal. Para isso, explana os argumentos empregados e demonstra as inconsistências relativas aos direitos positivados na Constituição Federal, bem como discute a relação entre as fragilidades da tese e as duas questões centrais abordadas e desenvolvidas nas seções anteriores, quais sejam, (1) o direito de propriedade, não compreendido dentro do panorama do estado constitucional, que, no Brasil, (2) define o direito fundamental dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam. A pesquisa teórica é majoritariamente bibliográfica, também abordando pontualmente documentos como jurisprudências e peças processuais relevantes.

2 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E A DISTINÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS PATRIMONIAIS

O Estado de Direito contemporâneo vem-se constituindo como Estado *dos direitos*, isto é, um aparato jurídico-político que apresenta em seu centro um catálogo de direitos fundamentais indisponíveis às decisões políticas e subtraídas ao mercado (PEÑA FREIRE, 2003). A conexão entre direito e estado, típica à modernidade jurídica, é primeiramente teorizada já no pensamento hobbesiano, definindo, como lembra Bobbio (1995, p. 147), o direito em função da coerção. O direito como coerção, que é como o positivismo jurídico o definiu desde os seus primórdios até o pensamento do século XX, é um corolário teórico do advento juspolítico do monopólio estatal da violência legítima, segundo a já clássica formulação de Max Weber (1984, p. 44).

Os dois elementos desta modernidade jurídica – as legislações e o positivismo jurídico – conformam um elo que implica um papel caudatário da teoria jurídica em relação a um contexto sociopolítico que evolui de forma plural, ainda que numa direção que compartilha os alicerces do racionalismo da modernidade europeia, dentre eles o liberalismo político - que é um dos fatores determinantes para que, como dizem Mattei e Capra (2015, p. 58), a soberania do estado e a propriedade privada fossem as duas instituições vencedoras da modernidade.

Ainda, entretanto, que estas instituições jurídicas possuam relevância na contemporaneidade, a modernidade jurídica que se constitui e que evolui especialmente nos

séculos XVIII e XIX não é o fim da história, já que a mera construção destes institutos na atuação política e no trabalho científico das escolas juspositivistas não são os dois únicos fatores que determinaram aquele que seria um abalo sísmico: a Segunda Guerra Mundial. Com efeito, já na primeira metade do século XX verifica-se o surgimento tanto dos primeiros projetos de um grande reforço da modernidade jurídica (especialmente nas constituições sociais mexicana de 1917 e da República de Weimar, de 1919), quanto, paradoxalmente, da brutalidade que colocaria a modernidade inteira em xeque, não apenas juridicamente.

O panorama que pode-se acuradamente referir como a “crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal” (CADEMARTORI, 2021, p. 16) conecta-se não apenas a um momento de inefetividades estruturais das legislações no âmbito dos estados nacionais, mas de um “déficit de indisponibilidade” (CADEMARTORI, 2021, p. 17) que se refere especificamente ao fato de que os limites políticos da modernidade jurídica não eram realmente jurídicos, mas, sim, políticos. A partir disto, a política poderia dar luz a ordenamentos jurídicos tanto de promissores (e promitentes) estados de bem-estar quanto a regimes totalitários patrocinadores de extermínios em massa, demonstradamente em um mesmo território e em um lapso temporal relativamente curto.

Se é evidente que o positivismo jurídico não poderia deter os movimentos totalitários do contexto sociohistórico que legou as duas maiores guerras já presenciadas, é igualmente evidente que o segundo pós-guerra propiciava o cumprimento de uma exigência civilizatória: a construção de um novo ambiente político e, a partir dele, de uma refundação do Estado de Direito. Este é o panorama que - entre 1945 e 1959 - se traduz no constitucionalismo rígido: o surgimento das democracias constitucionais embasadas em direitos fundamentais inalienáveis, insuprimíveis e universais que traduzem os limites do político não mais como dependentes de uma cultura política específica, mas como limites jurídicos que submetem toda a produção jurídica oriunda da atividade política ao crivo dos direitos fundamentais, traduzindo-se assim em um constitucionalismo jurídico (FERRAJOLI, 2018, p. 67).

Para o garantismo, o constitucionalismo se traduz em um reforço do positivismo jurídico, decorrente do fato de que o mecanismo adotado para a limitação da atividade legiferante é o direito positivo (FERRAJOLI, 2018, p. 67). A entrada, portanto, dos direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos, supraordenados logicamente tanto às leis inferiores quanto às disposições constitucionais não rígidas, e ainda em caráter permanente com a ausência de prescrição ou possibilidade de supressão política (à exceção, claro, da subversão

total da ordem jurídica) faz com que estes direitos fundamentais sejam traduzidos em um parâmetro de legitimidade pelo garantismo.

As normas constitucionais são vinculantes - de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal - e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais - pelo menos em condições de normalidade - e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída. (CADEMARTORI, 2021, p. 18).

A garantia destes direitos fundamentais - a ser investigada tanto na efetividade da atuação institucional sobre estes direitos quanto também na produção legislativa daquelas - é o grande centro de investigação do garantismo, que se traduz, assim, como um positivismo jurídico crítico, que observa no constitucionalismo rígido “un segundo momento constituyente de la modernidad jurídica y un segundo cambio de paradigma tanto del estado de derecho como de la política” (FERRAJOLI, 2018, p. 66) que se inicia pela substituição dos regimes nazifascistas por democracias constitucionais, bem como na fundação de uma ordem jurídica internacional.

No Brasil, o constitucionalismo jurídico é materializado na Constituição Federal de 1988 que inaugura uma democracia constitucional após o período da ditadura civil-militar. Observando-se a rigidez da Constituição, sua carta de direitos fundamentais inalienáveis e insuprimíveis que limitam e submetem a atividade política ao direito, percebe-se que não há meramente uma democracia formal, com vínculos procedimentais à produção do direito, mas vínculos substanciais que, ao mesmo tempo em que enunciam (CADEMARTORI, 2021, p. 125), o Brasil como um Estado de Direito – agora sob a sua forma de Estado Constitucional e Democrático⁶⁵, modelo que veio a substituir a versão legal/liberal desse aparato de dominação - também dão os parâmetros de utilidade para a pesquisa garantista.

É a partir dos direitos fundamentais e garantias já afirmadas também no texto constitucional que se pode, portanto, avaliar a (i)legitimidade do Estado brasileiro, tarefa de pesquisas que tomam a efetividade destes direitos tanto no discurso quanto na prática das instituições brasileiras como o parâmetro para a legitimidade (ou a deslegitimação progressiva) do Estado. Neste sentido, a categoria dos direitos fundamentais assume uma posição central no constitucionalismo tanto jurídica quanto teoricamente.

⁶⁵ Para uma referência adequada das características formais deste novo modelo de dominação, cf. GUASTINI, 2009, pp.49 ss.

As repercussões jurídicas imediatas se dão no controle de constitucionalidade das leis e demais atos jurídicos dos poderes públicos, bem como na exigibilidade judicial de direitos fundamentais, que ampliam o papel da jurisdição e demais funções de garantia e reduzem o poder das funções de governo. Já as repercussões teóricas se expressam na relação utilitarista entre a garantia de direitos fundamentais e a legitimidade, que é o aspecto central do positivismo jurídico crítico assumido pelo garantismo. Esse *approach* direciona a teoria jurídica para a observação crítica da atuação das instituições e do direito positivo, distanciando a cultura jurídica juspositivista contemporânea das acepções que relacionavam a objetividade científica a uma suposta avaloratividade (a *Wertfreiheit* weberiana).

Observando-se, assim, o contexto sociohistórico do constitucionalismo no ocidente e também o lugar da Constituição Federal de 1988 nesta trajetória – com avanços significativos em relação às primeiras cartas dos anos 40 e 50 – torna-se relevante observar que a centralidade dos direitos fundamentais como mecanismos jurídicos de limitação do próprio direito e, assim, das instituições políticas e seu escopo faz com que haja também uma centralidade dos direitos fundamentais na teoria jurídica, nesta área agora dividida entre modelos de constitucionalismo onde se destacam duas correntes: a neoconstitucionalista, de matriz pós-positivista, e a garantista, de matriz juspositivista crítica:

De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de ‘neoconstitucionalista’, é seguramente a mais difundida. (FERRAJOLI, 2012, p. 13).

A corrente doutrinária neoconstitucionalista, que concebe o constitucionalismo “como uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo” (FERRAJOLI, 2012, p. 16), é marcada por uma concepção dos direitos fundamentais “como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção mas à ponderação legislativa e judicial.” (FERRAJOLI, 2012, p. 18). Em uma pretensão de superação do juspositivismo moderno (referido por Ferrajoli como *paleojuspositivismo*), o neoconstitucionalismo adota uma categorização dos direitos fundamentais como normativamente atrelados à prática interpretativa, capaz de resolver conflitos entre direitos fundamentais – concebidos como princípios - nos casos concretos através da ponderação/argumentação.

Embora haja discussões relevantes a serem feitas sobre o tema (cf. FERRAJOLI, 2014, pp. 56-134), a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais na teoria neoconstitucionalista possui uma relevância secundária ao tema do marco temporal, pois a abordagem aqui empreendida não trata da relativização da normatividade de alguns direitos fundamentais em favor da efetividade de outros em casos concretos, como preconiza o constitucionalismo argumentativo quando sustenta que os direitos fundamentais “não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.” (ALEXY, 2015, p. 37).

Em síntese, pode-se dizer que a preocupação da teoria dos direitos fundamentais neoconstitucionalista não é a da definição conceitual dos direitos fundamentais, mas sim o de sua operacionalização, considerando a necessidade/obrigação constitucional da implementação daqueles, que agora - uma vez que eles entendem que não há hierarquia entre esses direitos- apresentam seguidamente antinomias entre normas de mesmo nível. Não há preocupação central, portanto, com a teorização sobre a natureza dos direitos fundamentais, para além do fato de que seriam, em si, um trunfo contra a separação juspositivista entre direito e moral, sendo neste aspecto marcadamente distintos do resto do ordenamento jurídico.

Já para o garantismo, conceituar direitos fundamentais significa diferenciá-los dos outros direitos subjetivos⁶⁶, única forma de justificar teoricamente a centralidade destes direitos e sua influência em toda a teoria do direito e da democracia constitucional. Enquanto para ambas as abordagens parece central a diferenciação entre direitos fundamentais e demais âmbitos do direito positivo, no neoconstitucionalismo a diferenciação busca afirmar uma capacidade interpretativa mais ampla da atividade jurisdicional. Já no garantismo a diferenciação visa a construir uma teoria formal dos direitos fundamentais, concentrando-se em características únicas e universais às categorias.

Direitos fundamentais, nesta acepção, são

todos os direitos universais, indisponíveis e imediatamente dispostos por normas téticas, das quais todos são titulares enquanto e somente enquanto pessoas naturais, ou cidadãos ou pessoas e/ou cidadãos capazes de agir. Seu traço distintivo é o seu caráter universal, o que os torna o elemento constitutivo da democracia

⁶⁶ Sobre esta categoria, refere Ferrajoli: “*todos os direitos subjetivos* – sejam estes patrimoniais ou fundamentais, apenas passivos ou também ativos – são situações passivas, consistentes em expectativas positivas de prestações ou em expectativas negativas de não lesão adscritas no interesse de seus titulares. (FERRAJOLI, 2023, p. 121)

constitucional como fundamento da igualdade: da “*égalité en droits*”, como diz o art. I da Declaração de 1789. (FERRAJOLI, 2023, p. 133).

Neste sentido, os traços formais comuns que possibilitam identificar direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos são a universalidade (ou seja, todos são titulares em igual medida), a indisponibilidade (ou seja, não há como se falar em alienação ou prescrição, nem em supressão legislativa e/ou administrativa legítima) e a sua disposição por normas téticas (ou seja, normas postas e independentes de situações concretas específicas). No sentido oposto, Ferrajoli (2023, p. 134) afirma que os direitos patrimoniais são marcados justamente pela singularidade (cada um é titular, e pode opor tais direitos *erga omnes*), a disponibilidade (podem ser vendidos, comprados e podem prescrever) e estão previstos em normas hipotéticas (criadas em situações concretas, como os contratos privados que estabelecem os limites dos direitos patrimoniais de um negócio jurídico).

Ambas as figuras acabam configuradas como direitos subjetivos, o que, por vezes, oculta a diferença tanto nas características destes direitos como, também, na sua origem. Como assevera Ferrajoli (2018b, p. 19), os direitos patrimoniais são uma construção conexas à tradição do direito romano, ainda que se conectem à tradição jusnaturalista especialmente na *common law*, onde os direitos patrimoniais também são vistos como anteriores à existência do estado. Já na *civil law*, tradição jurídica da qual boa parte das democracias constitucionais contemporâneas são herdeiras, os direitos fundamentais são o grande elo com a tradição jusnaturalista (é relevante afirmar, todavia, que o papel do pensamento jusnaturalista é similar nas duas tradições, ainda que interpretado de forma distinta).

Na *common law* a anterioridade ao estado dos direitos patrimoniais se expressa na ideia jusnaturalista de que a propriedade é adquirida pelo trabalho, sendo somente *a posteriori* reconhecida pelo estado. Já na *civil law* contemporânea, o *direito à propriedade* é um direito fundamental conectado, justamente, à tradição jusnaturalista no sentido de que todos são titulares do direito de adquirir propriedade, uma expressão própria do direito de realizar negócios jurídicos que é, na base, o centro da preocupação jusnaturalista com a propriedade. A preocupação jusnaturalista, portanto, é com a aquisição de propriedade que, como descrevem Capra e Mattei (2015, p. 74-75), significou transformar o que era comum (*res communis omnium*) em coisa de ninguém (*res nullium*), apta a ser, assim, apropriada.

O caráter romanista do *direito de propriedade*, entretanto, que é um direito patrimonial, é ainda o aspecto tradicional do direito privado cujo núcleo, ainda hoje, é amplamente similar às legislações das codificações do séc. XIX e preserva institutos romanos,

ainda que reformulados na modernidade. A maior destas obras de reinterpretação, todavia, é a já mencionada confusão entre *res communis omnium* e *res nullium*, que eram claramente separadas no direito romano no intuito de reconhecer coisas comuns como impassíveis de apropriação, como rios, parques, enquanto a *res nullium* poderia ser adquirida por simples posse, como a pesca de peixes nos rios, a caça de animais selvagens, a colheita de frutos selvagens, etc. (CAPRA; MATTEI, 2015, p. 75).

Considerado o cenário contemporâneo, fica nítida a utilidade da distinção teórica entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais justamente para distinguir o *direito de aquisição*, ou seja, o de realizar contratos, do *direito de propriedade*, que é o exercício dos direitos oriundos deste contrato (ou de qualquer outra forma jurídica de aquisição da propriedade). Guardada a distinção, é também útil retomar as distinções centrais entre as duas formas de direitos: a universalidade e indisponibilidade do direito fundamental a realizar contratos e a singularidade do direito patrimonial de propriedade sobre a coisa adquirida no contrato que é, também, alienável e prescritível.

Como afirma Ferrajoli (2018b, p. 21), os direitos fundamentais assim se demonstram a base da igualdade jurídica, enquanto os patrimoniais formam a base da desigualdade jurídica. E, nesta síntese especialmente útil da diferença entre as duas categorias, já se pode começar a perceber a centralidade destes conceitos para a discussão dos direitos dos povos indígenas no marco do tratamento constitucional atribuído a eles.

3 OS POVOS INDÍGENAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Com o encerramento da ditadura civil-militar em 1985 encaminha a substituição da ordem jurídica da Constituição de 1969 por uma democracia constitucional: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, construída pelos trabalhos de um Congresso Constituinte com ampla representatividade democrática e participação de inúmeros setores sociais brasileiros que se traduz num dos textos constitucionais com maior leque de direitos fundamentais e garantias explícitos. Evidentemente, os anos subsequentes evidenciaram o espaço entre “normas superiores caracterizadas por algum grau de inefetividade, e normas e práticas inferiores caracterizadas por um grau de invalidade ou de ilegitimidade.” (CADEMARTORI, 2021, p. 126).

Estes espaços foram alargados por um processo global de “embestida de la Constitución económica neoliberal contra el contenido social de las constituciones estatales” (PISARELLO, 2012, p. 187) que alargaria as margens fisiológicas de ilegitimidade em duas direções: (1) a margem que se ampliou entre os direitos fundamentais positivados e o direito positivo produzido, que enfraqueceu garantias existentes e deixou de produzir outras garantias necessárias aos direitos fundamentais positivados em 1988, e (2) a margem consistente na inefetividade sistemática das garantias por conta da atuação das instituições. Há um notório avanço, contudo, na inefetividade de um direito fundamental positivado numa constituição rígida em relação ao não reconhecimento de direitos e da ausência da limitação do escopo legislativo do estado, e os avanços da Constituição de 1988 em relação aos direitos dos povos indígenas são marcantes.

Contudo, a diferença na tutela jurídica dos povos originários comparada ao que se previa na ditadura civil-militar ou em prévios períodos de estados legislativos de direito foi pouco sentida: ainda que a ditadura civil-militar tenha significado mortes em grande quantidade, expulsão dos territórios e a integração forçada como política de estado, em pouco estas políticas eram distintas da política indigenista ao longo do período republicano (ALEXANDRE; KOZICKI, 2019, p. 131). Ainda que o período seja notório por projetos como a Transamazônica, a construção da Hidrelétrica de Itaipu, a rodovia Perimetral Norte, e a idealização da Usina de Belo Monte - construída posteriormente -, a perseguição, morte, tortura e expulsão dos territórios ainda se dava pelos mesmos motivos: “interesses econômicos e agrários que ameaçaram e expulsaram estes povos de seus territórios.” (ALEXANDRE; KOZICKI, 2019, p. 134).

A repressão da ditadura civil-militar e a sua forma de executar a política integracionista, entretanto, são as razões que, para Baniwa (2012, p. 212), fundamentam a proliferação de organizações não-governamentais em defesa dos povos indígenas e favoráveis à afirmação de direitos que culmina nos avanços da Constituição de 1988. Se há pouca diferença no tocante à tutela jurídica dos povos indígenas entre modalidades de estado legislativo, a transição ao estado constitucional por sua vez trouxe significativos reconhecimentos e direitos, como sumariza Baniwa (2012, p. 206-207):

a) superação da tutela, reconhecendo a capacidade civil dos índios; b) abandono do pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo; c) reconhecimento da autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o

direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com os seus projetos coletivos presentes e futuros; d) reconhecimento do direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global.

Com um capítulo específico na Constituição de 1988, em meio ao reconhecimento de cidadania que garante a titularidade do vasto rol de direitos fundamentais enunciados a todos os demais cidadãos brasileiros, a democracia constitucional brasileira se traduz numa significativa mudança jurídica em relação ao contexto precedente no tratamento dos povos indígenas. O artigo 231 enuncia o reconhecimento de “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.” (BRASIL, 1988). Entretanto, há relevantes contradições expressas nas linhas do texto constitucional que merecem destaque.

Quanto à capacidade civil, a Constituição de 1988 traz importante avanço que aponta na direção da superação da tutela: a capacidade de atuar diretamente em juízo na postulação dos próprios interesses, enunciado no Art. 232. Há, claro, a afirmação de que o Ministério Público tem a atribuição de atuar na defesa dos povos indígenas, assim como de intervir nos processos relativos a estes que forem de autoria de indígenas, organizações de defesa dos direitos dos povos indígenas ou comunidades com representação própria. Mas a redação aponta que o papel do Ministério Público é o de atuação na defesa de interesses coletivos, não o de tutela de uma coletividade incapaz de postular diretamente.

A superação do paradigma da tutela, entretanto, não parece tão nítida quando o assunto é a exploração de recursos hídricos ou minerais, âmbito em que a Constituição de 1988 parece se aproximar da mesma visão modernizante. O artigo 176, que afirma que a propriedade dos recursos do solo e os mananciais hídricos são juridicamente distintos da propriedade do local onde se encontram, afirma-os pertencentes à União inclusive quando se trata de territórios indígenas, situação na qual a União apenas resguarda a si o direito de estabelecer obrigações adicionais à exploração, como prevê o primeiro parágrafo. A competência para legislar sobre o tema remanesce para o Congresso Nacional, como afirma o Art. 49, XVI, resguardada a exclusividade da esfera jurídica nacional em relação à possibilidade de deliberação nos entes federativos (Art. 22, XIV).

Aliás, a ênfase do capítulo próprio sobre os direitos dos povos indígenas é majoritariamente ligada à questão territorial. Além do Art. 232, que trata da capacidade postulatória, o Capítulo VIII conta apenas com o Art. 231 que, além do caput já mencionado,

conta com 7 parágrafos que tratam, essencialmente, da questão dos territórios. Pode-se, claro, afirmar que outros direitos fundamentais enunciados já se adequam à tutela dos direitos dos povos indígenas e que há meramente um caráter complementar no capítulo específico, que trataria das peculiaridades. A propósito, é importante lembrar que há previsões específicas nos capítulos sobre educação (Art. 210, § 2º, onde é afirmado o direito ao aprendizado da língua materna e ao uso dos processos próprios de aprendizagem) e cultura (Art. 215, § 1º, onde é afirmada a proteção das manifestações culturais dos povos indígenas em oposição à assimilação).

Ainda que o tratamento da questão territorial seja o mais detalhado entre todos os direitos fundamentais específicos aos povos indígenas, há um espaço um pouco maior para a interpretação do que o que se encontra em outras áreas do texto constitucional. O Art. 231 define (§ 1º) o que são territórios indígenas, (§ 2º) os direitos que possuem os povos indígenas sobre eles, (§ 3º) a possibilidade de exploração das riquezas separadas da área (minérios e cursos hídricos para energia), (§ 4º) a diferença entre o direito ao território e os direitos reais, (§ 5º) requisitos especiais para a remoção temporária em caso de desastres naturais, epidemias ou eventos similares que apresentem riscos à sobrevivência, (§ 6º) a nulidade de atos jurídicos que signifiquem apropriação de territórios indígenas e (§ 7º) a vedação do estímulo ao garimpo.⁶⁷

Primeiramente, ao estabelecer o reconhecimento ao “direito originário” (BRASIL, 1988) sobre o território tradicionalmente ocupado ao mesmo tempo que reconhece tais territórios como bens da União (Art. 20, inciso XI), o texto constitucional é pouco explícito sobre a natureza da relação jurídica entre povos indígenas e territórios. O que se pode fazer é construir a partir da observação de que - garantida a posse e o usufruto sem a propriedade, sendo os territórios inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre eles imprescritíveis - territórios indígenas não se encaixam na noção da propriedade privada como concebida nos

⁶⁷ Estes dispositivos, especificamente, acabam descontextualizados na situação dos territórios indígenas, já que o texto do artigo no qual se inserem refere-se ao incentivo ao cooperativismo, visando a estimular cooperativas de garimpeiros em desfavor dos modelos históricos brasileiros de garimpos de massa não cooperativos - com exploração sistemática de trabalhadores precarizados, exploração desenfreada e insegura de recursos naturais, uso de métodos inseguros de mineração e manutenção de trabalhadores em regime análogo à escravidão -, assim como incentivar as cooperativas de garimpeiros em desfavor da mineração por grandes empreendimentos. Evidentemente, o estímulo não diz respeito à exploração de recursos em territórios indígenas, âmbito no qual a autorização e operação possuem requisitos muito diferenciados por força da própria Constituição Federal. Evidentemente, o garimpo em cooperativas vislumbrado pelo texto constitucional em nada se assemelha ao que se observa hoje nos territórios indígenas, aumento estimulado pelo enfraquecimento da fiscalização e pela escalada de um movimento político que encampou o discurso pró-extratativismo empoderador do desmatamento e da grilagem de terras.

direitos reais de origem romana. Ao mesmo tempo, advirta-se que ainda que a Constituição afirme o reconhecimento de um direito originário, ela reserva os bens cujo direito afirma aos povos indígenas em titularidade da União e coloca as riquezas hídricas e minerais como passíveis de exploração, ainda que sob requisitos específicos.

Pode-se observar, todavia, na literatura sobre o tema tanto o uso da expressão “direito originário”, utilizada no texto constitucional, como também a utilização da expressão “direito natural dos povos indígenas sobre suas terras” (OSOWSKI, 2017, p. 323). Na prática, porém, o que há é uma amostra da preponderância da ideologia do constitucionalismo rígido que, como diz Ferrajoli (2018a, p. 67), se mostra como um reforço do positivismo jurídico - no sentido de que o próprio pensamento jusnaturalista reconhece a positividade como requisito de validade jurídica. Quer se reconheça como direito natural ou que a Constituição afirme como um direito originário, o que se torna relevante é a sua natureza de direito positivo.

Enquanto direito positivo, o direito ao território se mostra no texto constitucional como um direito fundamental, dado que: (a) os territórios indígenas são indisponíveis e inalienáveis, porquanto sequer a propriedade é conferida, sendo a garantia deste direito a situação de posse que deve ser garantida pelo Estado, resultado tanto da redação direta do Art. 231, § 2º, quanto também da titularidade da União; (b) o direito originário dos indígenas aos territórios é um direito universal: conferido a todas as pessoas indígenas de igual forma. Relevante repisar que, na esteira do que diz Ferrajoli (2007, p. 726), a universalidade dos direitos fundamentais não significa que sejam atribuídos a todas as pessoas, mas a grupos determinados de forma abstrata, sendo uma universalidade “mais ou menos extensa segundo a extensão das classes de sujeitos aos quais se refira.” (FERRAJOLI, 2007, p. 726, tradução dos autores⁶⁸).

Somando-se às incompatibilidades que existem entre o direito fundamental às terras indígenas e o direito patrimonial de propriedade, ainda há que se notar certas incompatibilidades com as categorias jurídicas empregadas para a definição do direito fundamental ao território, que também remetem a institutos de direito privado. O texto constitucional estabelece o direito de uso e fruição (Art. 231, § 2º e § 3º), veda a disposição (§ 4º) e estabelece a obrigação da União para reavê-la (Art. 231, caput). Ainda que a clareza

⁶⁸ “E tuttavia questa ‘universalità’, al pari dell’uguaglianza che su di essa si basa, è un’universalità relativa agli status con riferimento ai quali è predicata, ed è perciò più o meno estesa a seconda dell’estensione delle classi di soggetti cui essi sono riferiti. Non tutti i diritti fondamentali spettano infatti a tutti gli esseri umani e non tutti gli esseri umani sono titolari dei medesimi diritti fondamentali.” (FERRAJOLI, 2007, p. 726).

referente aos institutos tradicionais conexos à apropriação e uso da terra providencie algumas utilidades, é nítida a diferença entre o aspecto patrimonial destes conceitos e as inúmeras cosmovisões que orientam as relações entre diferentes populações indígenas e seus territórios.

Às várias cosmovisões e relações entre povos e ambiente há um aspecto comum: não apenas divergem da relação de dominação e exploração relativa ao ambiente, própria da economia capitalista, mas também da relação de apropriação jurídica, da qual, ao fim, contemporaneamente dependem para defender-se do avanço das atividades econômicas sobre seus territórios. A juridicidade das relações entre sociedade e terra é algo estranho às relações simbióticas próprias à multitude de cosmovisões indígenas que dispensam demarcação, titularidade ou quaisquer outras formas jurídicas de mensuração e apropriação de um território específico.

Ao mesmo tempo, é a juridicidade a única barreira razoavelmente respeitada pelos atores econômicos interessados na expansão infinita, que desafia não apenas terras indígenas mas a finitude dos recursos do planeta. A linguagem escolhida, que define um direito fundamental e o expressa em termos típicos do direito privado, acaba resultando em um vasto rol de obrigações ao estado (demarcar e proteger) e proibições à atividade legislativa e econômica (não invadir, não adquirir, não realizar atividades exploratórias sem aprovação do Congresso) que, ainda que muito estranhos à relação entre os povos e seus territórios, podem tornar-se aliados relevantes da sobrevivência dos povos, de sua cultura e costumes.

4 A TESE DO MARCO TEMPORAL

Apesar da tese do marco temporal ter a centralidade na discussão sobre territórios indígenas desde, ao menos, o final da década de 2000, o nome da tese ignora o grande aspecto temporal da questão territorial que, inclusive, é tematizado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. De fato, o Art. 67 do ADCT prevê, expressamente, a demarcação dos territórios indígenas no prazo de 5 anos, considerando-se a urgência da demarcação como uma imposição decorrente do próprio direito fundamental às terras indígenas. Ao mesmo tempo, entretanto, a tese do marco temporal é assentada justamente num julgamento de uma demanda judicial contra uma portaria do Ministério da Justiça que, em 2005, 17 anos após a entrada em vigência da Constituição de 1988, demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Yamada e Vilares (2010, p. 149) afirmam que o caso da Raposa Serra do Sol é emblemático porque dele se esperava um enfrentamento profundo da questão constitucional das terras indígenas, sem o qual os conflitos sobre território não poderiam ser resolvidos. Apesar da nítida mudança da tutela jurídica que o texto constitucional trouxe – e da clareza com a qual a matéria foi tratada –, persistiram os conflitos diante da timidez institucional que abertamente ignorou o verdadeiro marco temporal constitucional: os cinco anos para a demarcação, obrigação constante no ADCT. A insegurança jurídica, portanto, foi combustível para os conflitos pelos territórios, o que foi acentuado também pela atuação do judiciário ao responder ao processo, com duas tumultuadas paralisações por pedidos de vista feitos pelos ministros Menezes Direito e Marco Aurélio Mello. Apesar das amplas expectativas, o Supremo Tribunal Federal apenas “reafirmou de forma vacilante a aplicação da Constituição de 1988.” (YAMADA; VILARES, 2010, p. 149).

A Petição nº 3.388/RO, uma ação popular de autoria do então senador de Roraima Augusto Affonso Botelho Neto, contou com a assistência de vários arroteiros da região interessados na não demarcação das terras indígenas, bem como com a assistência do governo do estado de Roraima. Neste julgamento, o primeiro grande caso referente a demarcação de terras indígenas na história do judiciário brasileiro, o Ministro Ayres Britto – relator - foi o responsável pelo desenvolvimento de três critérios que fundamentaram a decisão pela legalidade do ato administrativo de demarcação: (1) o marco temporal da ocupação, (2) o marco da tradicionalidade da ocupação e (3) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional (BRASIL, 2009, p. 7-8).

Quanto ao marco temporal, refere o relator:

A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (BRASIL, 2009, p. 7).

O texto constitucional não faz qualquer alusão a um referencial temporal de ocupação. Além disto, a expressão “direito originário” adotada e a imprescritibilidade do direito ao território apontam justamente noutra direção: a de que, comprovado o caráter de território indígena de um determinado local, o direito ao território é um direito fundamental e, assim, não prescrevem, não se permite a alienação ou o esbulho e quaisquer atividades econômicas não vedadas requerem autorização pelo Congresso Nacional. Aliás, é o que a própria redação

da decisão aponta, quando, na sequência, afirma 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.” (BRASIL, 2009, p. 235-236).

Isoladamente, todavia, o marco temporal de ocupação criado na decisão de relatoria do Ministro Ayres Britto significa a criação de uma restrição ao direito fundamental ao território que não existe no texto constitucional. E isto não significa falar na criação de novas terras indígenas pela ocupação posterior, mas sim das “recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar” (PEGORARI, 2017, p. 249). Starck e Bragato (2020, p. 256-257), por sua vez, afirmam que o marco temporal da ocupação, apesar de sequer constar na ementa do acórdão e da decisão não ter força vinculante segundo o próprio STF, acabou por ser um elemento especialmente reverberante do acórdão, passando assim a ser articulado nas batalhas jurídicas contra a demarcação de terras indígenas.

Este é o caso observado, por exemplo, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/MS, em que um agricultor insurgiu-se contra a Portaria 3.219 de 2009 do Ministério da Justiça que demarcou a Terra Indígena Guyrároka e conferiu o direito aos Guarani-Kaiowá que nela tradicionalmente moram. Alegou, em suma, que as terras onde exercia sua atividade eram sua propriedade legítima e que o próprio laudo da FUNAI, no qual a demarcação embasava-se, atestava que os indígenas haviam sido retirados da terra muito antes, na década de 40. O relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski, pretendia resolver o processo com a afirmação de que o laudo da FUNAI não poderia ser adequadamente contestado sem dilação probatória que não caberia ao meio processual.

O Ministro Gilmar Mendes, todavia, requereu vista dos autos por afirmar, como constam nos debates registrados no acórdão, que a FUNAI “tem que se orientar para fixar que a posse indígena tem que ser fixada, identificada, em 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2014, p. 18). Em seu voto-vista, o Min. Gilmar Mendes – que acabou tornando-se o relator do processo – retoma a linha de raciocínio de que o laudo da FUNAI atestava a expulsão dos povos Guarani-Kaiowá da região em disputa nos anos 40. Mesmo com o laudo asseverando a permanência de indígenas na condição de peões das fazendas constituídas ali com títulos conseguidos ao longo dos anos 1940, a conclusão é a de que não haveria mais a posse indígena daquela área (BRASIL, 2014, p. 22).

O marco temporal de ocupação, portanto, não estaria observado, o que foi a razão para não analisar o laudo antropológico da FUNAI em sua integralidade, que atestava que:

(i) a terra se encontra em área ocupada pelos ancestrais dos Guarani-Kaiowá antes do período colonial; (ii) os índios demonstram vontade de retornar e demonstram haver um vínculo especial com a terra; (iii) a ocupação de caráter permanente da terra deixou de existir a partir da década de 1940; (iv) os motivos pelos quais a ocupação permanente desapareceu na década de 1940 foram que: a) as terras voltaram ao domínio da União; b) as terras foram tituladas e, posteriormente; c) as terras foram vendidas ou distribuídas pelo Estado do Mato Grosso do Sul aos colonos; d) os índios foram paulatinamente expulsos pelos fazendeiros; e) muitos índios tornaram-se peões e portanto permaneceram na terra onde sempre viveram sob esta nova condição de mão-de-obra barata. (PEGORARI, 2017, p. 252).

O marco temporal de ocupação, criado no caso Raposa Serra do Sol, acabou assim articulado como um requisito restritivo do direito fundamental à terra indígena de especial efetividade. Primeiro, porque a colocação de um requisito claro, inexistente no texto constitucional, já provou a capacidade de ser articulado em modalidades processuais sem capacidade de dilação probatória, como neste caso, em que se tratava de um recurso em um mandado de segurança, com um potencial que se estende, até mesmo, aos pedidos de liminares. Segundo, porque coloca como marco uma data que assinala a inauguração da própria ordem constitucional presente, a primeira que garante aos indígenas capacidade postulatória, bem como ignora a proximidade da data com o período da ditadura civil-militar.

Isto significa que, na prática, os povos indígenas teriam duas alternativas: ou resistiriam ao avanço da agropecuária, do extrativismo e do garimpo sob uma ditadura civil-militar até o dia da promulgação da Constituição, ou então rapidamente constituiriam representação para postular em juízo a retomada das posses. Isto ocorre, como lembram Starck e Bragato (2020, p. 258), porque o marco temporal passou a fundamentar decisões judiciais em conjunto com a Súmula 650 do STF (“Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado”), que, na interpretação reverberante do Ministro Teori Zavascki, passou a significar que não é a ocupação passada ou a desocupação forçada que comprovam a tradicionalidade da posse apesar da ausência de posse no momento da promulgação da Constituição, nos termos da decisão relatada pelo Ministro Ayres Britto: a partir da conjunção entre marco temporal e a Súmula 650, as jurisprudências mais relevantes – especialmente as que tratavam da Terra Indígena Guyrároka e a Terra Indígena Limão Verde – afirmaram a necessidade ou de um

conflito possessório até a data do marco temporal da ocupação, ou a existência de controvérsia possessória judicializada.

Starck e Bragato (2020, p. 257-258) relatam que a tese do marco temporal passou a reverberar no STF e em várias decisões de outras instâncias. Desta forma, tomou a relevância atual por conta do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, de autoria da FUNAI, contra decisão de instância superior que determinou a reintegração de posse de uma área ocupada por indígenas Xokleng que seria parte da Reserva Ambiental do Sassafrás, administrada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente. A ação específica, apesar de marcada por interessantes complexidades, é menos relevante do que o que nela aconteceu: a determinação de suspensão de todos os processos que versam sobre conflitos possessórios sobre terras indígenas após o reconhecimento de repercussão geral, denominado como Tema 1.031. O julgamento desta demanda, assim, ultrapassa a mera discussão entre as partes e passa a versar sobre o estatuto jurídico das terras indígenas, com efeitos vinculantes explícitos, diferentemente do que ocorreu – ou ao menos deveria ter ocorrido – no caso Raposa Serra do Sol.

Observando que os direitos fundamentais são vínculos e limites ao poder, é inescapável a conclusão de que isto significa não apenas a limitação da atuação do poder legislativo, mas também a retomada de uma concepção juspositivista renovada sobre a atividade jurisdicional: se há na jurisdição a capacidade de efetivar os limites à atuação da política, bem como de garantir os direitos já positivados frente às violações que se manifestam na atuação de poderes privados - como se observa nos conflitos fundiários relativos às terras indígenas -, é exatamente na legalidade estrita que se pode legitimar e delimitar a atuação da jurisdição, sob pena de que seja constituída como outra esfera de manifestação dos mesmos poderes que os direitos fundamentais limitam e vinculam.

A tese do marco temporal, neste sentido, ignora o aspecto de direito fundamental do direito à terra indígena. Primeiramente, porque o direito fundamental positivado é um reconhecimento do aspecto pré-jurídico da relação entre povos indígenas e seus territórios. A juridificação, na dinâmica de colonização das Américas, consiste justamente num processo de apropriação de terras, feito através do direito natural e da ressignificação do direito romano (CAPRA; MATTEI, 2015, p. 74-75) que possibilitou a expulsão dos ocupantes originários e emissão de títulos referentes a terras indígenas, bem como o estabelecimento de estados soberanos com territórios que compreendem tais terras. Falar em um aspecto pré-jurídico

desta relação significa, na linha da teoria do Indigenato, afirmar que o direito fundamental à terra indígena não pode ser interpretado meramente como um instrumento jurídico de apropriação de terras, sob o qual podem pesar parâmetros como um marco temporal exato de posse.

Mais do que isto, afirmar um marco temporal como requisito para reconhecimento de um direito fundamental significa confundi-lo com um direito patrimonial num de seus aspectos constitutivos: a imprescritibilidade. Tal qual, portanto, o processo de colonização utilizou-se da confusão entre *res communis omnium* e *res nullius* para tornar possível a exclusão das coisas comuns e a sua posterior apropriação, bem como a apropriação de vastos territórios fartos em recursos antes comuns nos territórios colonizados, a tese do marco temporal confunde atributos dos direitos patrimoniais e fundamentais, bem como empodera aqueles em desfavor destes, ao possibilitar a insurgência de posseiros pela legitimação de títulos de propriedade com base em um critério temporal consolidado na esteira da vulnerabilidade histórica dos povos indígenas brasileiros, como se viu no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/MS.

Assim, fica relevante ressaltar a urgência de que a ciência do direito trate a atividade jurisdicional como objeto de pesquisa, subvertendo o tratamento hegemônico neoconstitucionalista da jurisdição como fonte do direito e da doutrina como caudatária da jurisprudência (FERRAJOLI, 2014, p. 118). Apesar de haver forte movimentação e atuação de grandes agentes econômicos veiculando a tese do marco temporal, o ponto inicial da atual fase de negação do direito fundamental ao território indígena foi dado pelo Supremo Tribunal Federal justamente em um julgamento histórico onde este mesmo direito foi afirmado, mostrando as complexidades e contradições que podem ocorrer quando se aborda a atuação dos tribunais na teoria do direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos sobre terras indígenas não são um fenômeno recente, e já nem mesmo é recente a divergência na teoria jurídica sobre os desdobramentos necessários à efetividade da visão da Constituição Federal sobre a tutela jurídica dos direitos dos povos originários. Todavia, a articulação da tese do marco temporal já pode reivindicar significativo retrocesso na efetividade do direito fundamental ao território que, em compensação, se traduz no

fortalecimento dos poderes que este direito fundamental limita, que se manifesta em várias atividades econômicas como a grilagem de terras indígenas para expansão da fronteira agrícola, o garimpo ilegal e a extração ilegal de madeira.

Como observado anteriormente, a tese do marco temporal de ocupação ganhou as fileiras jurídicas do conflito fundiário brasileiro após o julgamento em que o ato administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi afirmado como constitucional. Do julgamento da constitucionalidade da demarcação de uma das maiores terras indígenas no planeta, a tese jurídica mais danosa ao direito fundamental ao território emerge, traduzindo-se num limite ilegítimo – porquanto inconstitucional – a este direito que teve especial eficácia: a obrigação de que se comprove a posse na data da promulgação da Constituição Federal em um país que acabara de sair da ditadura civil-militar.

Na prática, parte relevante do mundo jurídico brasileiro continua operando sob a ótica de que os povos indígenas são obstáculos ao desenvolvimento econômico do país, atuando como se a marcha da expansão sobre a natureza fosse ainda uma necessidade inevitável para o progresso mesmo diante de um mundo devastado. Ignorando a economia do conhecimento, a economia verde, os recentes ganhos de escala da agropecuária conquistados com ciência e tecnologia e não com expansão em área, a realidade da crise climática e seus impactos bem como um noticiário recheado de notícias sobre a crise humanitária do povo ianomami, os anos de desmonte da FUNAI, o homicídio de Bruno Pereira e Dom Philips no Vale do Javari, ainda parece haver uma legião de operadores do direito, da economia e da política dispostos a trabalhar pela manutenção de um Brasil que insiste em andar pra trás: na direção do processo colonial brasileiro que também bebeu do trabalho de juristas, gestores econômicos e políticos oriundos dos países que implementaram a colonização das Américas.

O marco temporal de ocupação enquanto tese tem um futuro imprevisível. A confusão conceitual entre direitos fundamentais e patrimoniais, ao fundo da tese do marco temporal, utiliza atributos dos direitos patrimoniais para limitar o escopo de um direito fundamental enquanto, paradoxalmente, acaba por fortalecer direitos patrimoniais. Por mais que a iteração específica da tese do marco temporal possa acabar consagrada ou rejeitada de acordo com seus resultados práticos, no mérito a tese se demonstra insuficiente ao confiar a um parâmetro inexistente – a temporalidade da posse – a limitação de um direito fundamental.

A viabilidade e os impactos imensuráveis de uma tese tão inconsistente - a ponto de ter em seu cerne a ideia da prescrição de um direito fundamental - são explicados em parte

significativa pela influência detida pelos poderes privados e públicos que a articulam. Desta forma, persiste a insuficiência do estado em combater até mesmo os agentes que o próprio estado reconhece como transgressores, cujo exemplo por excelência é o garimpo ilegal que avança drasticamente inclusive na Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Evidentemente, a tese do marco temporal não é o único – e nem o maior – elemento responsável pelos conflitos atuais sobre territórios indígenas. O seu desprestígio, merecido em razão das insuficiências aqui trabalhadas, não significará a automática desarticulação dos ecossistemas econômicos constituídos a partir da violência contra estes territórios, como os mercados externos que adquirem madeira e minérios explorados em terras indígenas brasileiras. Todavia, o papel dos estados constitucionais é o de subverter a relação tradicional entre o direito e a economia: saindo da relação moderna da legalidade como mera habilitadora da economia capitalista e de suas relações de poder na direção de uma legalidade que é instrumento da sociedade para a luta contra os poderes, recuperando as palavras de FERRAJOLI (2013, p. 123), para quem o fundamento dos direitos fundamentais é a “tutela del más débil contra la ley del más fuerte.”

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, André Demetrio; KOZICKI, Katya. Transitional Injustice For Indigenous Peoples From Brazil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 129-169, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/JrfYbbjx5CXf8s9VyX8rJtC/?lang=en&format=pdf>>. Acesso em 14 fev. 2023.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BANIWA, Gersem. In: RAMOS, Alcida Rita. **Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 206-227.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087**. Recorrente: Avelino Antonio Donatti. Recorrido: União. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 3. ed. rev. e ampl. Canoas: Unilasalle, 2021.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **The ecology of law: toward a legal system in tune with nature and community**. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A construção da democracia**. Coordenação da tradução por Sergio Cademartori. Florianópolis: Emais, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta., 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: 1. Teoria del diritto**. 1. eded. Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018a.

FERRAJOLI, Luigi. **Libertad y propiedad: por un constitucionalismo de derecho privado**. Lima: Palestra Editores, 2018b.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009.

OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. **Revista Mediações**, Londrina, v. 22, n. 2, p. 320-346, 2017. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32261>>. Acesso em 23 jan. 2023.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Aracê**, São Paulo, ano 4, n. 5, p. 242-262,

2017. Disponível em: <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/viewFile/144/79>>. Acesso em: 28 dez. 2022.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Crítica Jurídica**, Curitiba, v. 22, n. 1, p. 31-65, 2003. Disponível em: <https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/440>. Acesso em: 30 abr. 2023.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **A política indigenista brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962.

STARCK, Gilberto; BRAGATO, Fernanda Frizzo. O impacto da tese do marco temporal nos processos judiciais que discutem direitos possessórios indígenas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 1, p. 245-282, 2020. Disponível em: <<https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/616>>. Acesso em 4 mar. 2023.

WEBER, M. **Economía y Sociedad**. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luis Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 143-157, 2010. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213>>. Acesso em 17 dez. 2022.

THE TIME FRAME THESIS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INDIGENOUS TERRITORY: AN INTERPRETATION FROM GUARANTEEIST CONSTITUTIONALISM

Abstract: The time frame of the occupation is one of the great instruments of the legal struggle to limit the right to indigenous territory in Brazil, being the thesis developed from an important judgment that resulted in the demarcation of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land. The article discusses the nature of the right to territory, defining it as a fundamental right and, based on guaranty constitutionalism, drawing a clear distinction between attributes of fundamental rights and property rights. Based on this distinction, it is concluded that the temporal framework thesis confuses different legal categories, transcends the contours expressed in the constitutional text and thus proves to be incoherent and unconstitutional.

Keywords: Time frame thesis. Fundamental Right to Indigenous Territory. Fundamental Rights. Guaranteeist Constitutionalism.