O marco temporal indígena sob o viés da integridade

The indigenous time framework under the integrity bias

El marco temporal indígena desde la perspectiva de la integridad

DOI: https://doi.org/10.17655/rdct.2022.e0009

CC BY NC ND

Márcio Santoro Rocha [1]

ROR Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil

http://lattes.cnpq.br/8435861016957782

https://orcid.org/0009-0008-1693-5894

[1] Doutorando PPGDIN UFF. Juiz Federal. Ex-Advogado da União | Email: msantoro1980@hotmail.com

RESUMO:

O presente artigo trata da análise do marco temporal indígena à luz do marco teórico conceitual de integridade desenvolvido por Dworkin. O 1º tema volta à baila com o julgamento em curso pelo STF, em sede de repercussão geral, do RE 101737365 STF (tema 1031). Irá se definir se o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, nos termos do art. 231 da CF, abrange apenas aquelas ocupadas por estes quando do início da vigência da CF/1988, conforme reza a teoria do marco temporal. Através do filtro teórico do conceito de integridade, irá se especular como o mítico juiz Hércules, criado por Dworkin, decidiria esse caso difícil, observando os princípios morais da comunidade e buscando a coerência de todo longo romance em cadeia em que se constitui o Direito. Para responder o problema formulado, será feita uma pesquisa qualitativa da jurisprudência pregressa do STF sobre a questão indígena, bem como a evolução constitucional sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE:

Tema 1031 STF. Integridade. Marco temporal indígena. Dworkin.

ABSTRACT:

This article deals with the analysis of the indigenous time frame in the light of the conceptual theoretical framework of integrity developed by Dworkin. The first theme comes back to the fore with the trial underway by the Supreme Court, in the case of general repercussion, RE 101737365 STF (theme 1031). It will be defined whether the concept of lands traditionally occupied by Indigenous peoples, in accordance with art. 231 of the Federal Constitution, covers only those occupied by them at the beginning of the validity of the CF/1988, as the theory of the time frame says. Through the theoretical filter of the concept of integrity, one will speculate as the mythical judge Hercules, created by Dworkin, would decide this hard case, observing the moral principles of the community and seeking coherence of every long chain romance in which Law is constituted. In order to answer the problem formulated, qualitative research will be conducted on the previous jurisprudence of the Supreme Court on the indigenous issue, as well as the constitutional evolution on the subject.

KEYWORDS:

Theme 1031 Federal Brazilian Supreme Court. Integrity. Indigenous time frame. Dworkin.

RESUMEN:

Este artículo aborda el análisis del marco temporal indígena a la luz del marco teórico conceptual de integridad desarrollado por Dworkin. El 1º tema vuelve a la palestra con el proceso en curso por parte del STF, con repercusión general, del STF RE 101737365 (tema 1031). Se definirá si el concepto de tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, en los términos del art. 231 del CF, sólo cubre los ocupados por ellos cuando entró en vigor el CF/1988, como lo establece la teoría del marco temporal. A través del filtro teórico del concepto de integridad, especularemos cómo el mítico juez Hércules, creado por Dworkin, decidiría este difícil caso, observando los principios morales de la comunidad y buscando la coherencia de toda la larga cadena de novelas en las que se desarrolla el Derecho. constituido. Para responder al problema formulado, se realizará una investigación cualitativa sobre la jurisprudencia previa del STF sobre la cuestión indígena, así como la evolución constitucional sobre el tema.

PALABRAS CLAVE:

Tema 1031 Tribunal Supremo Federal de Brasil. Integridad. Marco temporal indígena. Dworkin.

1. Introdução

O marco temporal indígena é um tema que ganha relevo em razão de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter admitido, em 22/02/2019, o RE 1017365 em sede de repercussão geral (tema 1031). A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é a parte recorrente, sendo recorrido o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA).

Em 2013, o TRF-4 acolheu a tese do marco temporal ao conceder ao IMA a reintegração de posse de uma área que é parte da Reserva Biológica do Sassafrás, onde fica a Terra Indígena Ibirama LaKlãnõ. Na região, vivem os povos xokleng, guarani e kaingang. A decisão do TRF4 manteve a sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra – Seção Judiciária de Santa Catarina, proferida em 2009, que já havia deferido a liminar de reintegração de posse em favor do autor.

Aduziu o IMA na inicial da ação que área integrante da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, unidade de conservação integral criada pelo Decreto nº 2.221, de 4 de fevereiro de 1977, foi ocupado, no dia 13 de janeiro de 2009, por cerca de 100 (cem) índios da etnia Xokleng, com abertura de picadas e montagem de barracas, além da realização de investidas sobre a mata nativa existente no local.

Em contestação, a FUNAI argumentou que a área objeto do litígio é de ocupação tradicional indígena, estando abrangida pela Portaria nº 1.128, de 13 de agosto de 2003, do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani a Terra Indígena Ibirama-La Klanõ, com superfície aproximada de 37.108 hectares e perímetro também aproximado de 110 Km, localizada nos municípios de Doutor Pedrinho, Itaiópolis, José Boiteux e Vitor Meireles, no Estado de Santa Catarina.

O relator do recurso extraordinário é o Ministro Edson Fachin. Sustenta a FUNAI, entre outros argumentos, a violação ao art. 231*, caput* e parágrafos, da Constituição Federal, aduzindo que a área objeto da lide já foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena, o que a insere no domínio da União e a qualifica como inalienável, indisponível e insuscetível de prescrição aquisitiva, de forma a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e as condições necessárias à

reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos da disciplina constitucional da matéria. Destaca que, em face do art. 231, § 6º, da Constituição da República, eventuais atos de ocupação e posse de terras indígenas por não índios são nulos e não possuem aptidão para gerar quaisquer efeitos jurídicos.

A questão central a ser apreciada em sede de repercussão geral, portanto, é a constitucionalidade do chamado marco temporal indígena, isto é, a tese de que o momento para aferição dos requisitos estabelecidos para definir o conceito de terra tradicionalmente ocupada por índios e garantir a proteção constitucional é a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 de outubro).

Este artigo pretende analisar a tese do marco temporal indígena à luz do marco teórico conceitual do conceito de integridade para Dworkin. Usando a metáfora de *Hércules*, a figura mítica grega, o autor desenvolve uma teoria de como um juiz criterioso e metódico (Dworkin, 2014) deve decidir casos difíceis (*hard cases*), ou seja, aqueles onde não há uma resposta de acordo com um simples raciocínio de subsunção. Existiriam nos casos “fáceis” apenas uma explicação, produto de um raciocínio dedutivo. Entretanto, naqueles em que a resposta não se encontra em uma regra, ou onde, apesar da existência de uma regra, haja um estranhamento do intérprete, isto é, a partir do momento em que se questionar sobre o sentido atribuído à regra, haverá um “caso difícil”, ocasionando aquilo que Streck (2011, p. 310) denomina de “choque hermenêutico”. A resolução dos casos fáceis encontra-se quando não há questionamento. Mas há casos que vão além do *standard*, e esgarçam os horizontes interpretativos.

O juiz Hércules, originariamente criado por Dworkin em sua clássica obra “Levando os direitos a sério” (Dworkin, 2010), publicada em 1977, é aprimorado em “O império do Direito” (Dworkin, 2014), onde Dworkin desenvolverá sua teoria sobre o Direito como integridade e a ideia do romance em cadeia. Conforme enfatiza em sua teoria, “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios [...]” (Dworkin, 2014, p. 291). É, portanto, uma interpretação que rejeita o pragmatismo (Dworkin, 2014), e buscará construir uma teoria da decisão estruturada em razões de princípios, rejeitando o raciocínio utilitarista.

A questão-problema que se coloca neste trabalho, portanto, é se a tese do marco temporal indígena é constitucionalmente adequada de acordo com a teoria do direito como integridade de Dworkin.

O método de pesquisa a ser utilizado é análise qualitativa da jurisprudência do STF acerca da questão do indígena, bem como a evolução constitucional sobre a proteção e conceito de terras tradicionalmente por indígenas.

No primeiro capítulo, se aprofundará o conceito de integridade para Dworkin, estudando seus principais pontos, para a seguir, no segundo capítulo, se estudar o surgimento da teoria do marco temporal indígena e seus contornos conceituais, bem como a evolução do tratamento constitucional da matéria. Após, se fará a aplicação dos postulados da teoria do direito como integridade para verificar se o marco temporal indígena passaria pelo rigoroso crivo do Juiz Hércules, apresentando-se as conclusões da pesquisa no encerramento.

2. O conceito de integridade para Dworkin

A integridade é para Dworkin uma das principais virtudes que caracterizam a sociedade democrática, exigindo que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostre coerente, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas por princípios, e não por argumentos metajurídicos (no que se incluem argumentos de política) ou baseadas na vontade discricionária do intérprete.

Os argumentos de uma decisão devem estar integrados ao conjunto do direito (Streck, 2011). Ao abordar o direito como *integridade* em “O império do Direito”, lançado originariamente em 1986, Dworkin (2014) distingue dois princípios: um princípio legislativo, que é dirigido aos legisladores no sentido de elaborarem leis moralmente coerentes, e um princípio voltado à deliberação jurisdicional, que impõe aos juízes tratarem o sistema de normas como expressão de um conjunto coerente de princípios, e, assim, interpretem essas normas de forma a descobrir aquelas implícitas a esse sistema.

Dworkin considera a integridade uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, sem, contudo, sobrepô-las. O juiz deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, o que não significa que ele esteja obrigado a se ater apenas aos precedentes jurisprudenciais já firmados. É possível, inclusive, alterar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente e com o conjunto de princípios morais existentes na comunidade, o que é uma noção contingente, e não estática.

Trata-se do desenvolvimento da ideia inicial da força gravitacional dos precedentes, já existente em "Levando os direitos a sério". Hércules "deve confrontar cada interpretação com outras decisões do passado". (Dworkin, 2014, p. 293). Essa força será variável e poderá ceder a argumentos de princípio. A justificação deve atender aos princípios de moralidade política que informam a comunidade, evitando o decisionismo, traduzido pela discricionariedade defendida pelo positivismo. O juiz deve, portanto, por sua interpretação em teste frente a todos valores e decisões políticas da comunidade, o que o próprio Dworkin (2014, p. 294) reconhece ser uma pretensão irreal, daí o uso da figura do mítico juiz Hércules. No entanto, um juiz "real" pode alcançar em grande parte esse objetivo verificando os casos similares já julgados pertencentes ao mesmo ramo do Direito, e extraindo daí os argumentos de princípio (Direito) utilizados.

No esquema teórico delineado por Dworkin, a existência de uma *resposta correta* a ser dada em um *caso difícil* surge como um corolário da própria repulsa ao decisionismo. *Hércules* em momento algum faz escolhas com base em suas próprias convicções políticas. Ao revés, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para solucionar os problemas jurídicos (Dworkin, 2010). Isso não significa ignorar a existência de diferentes concepções políticas ou ideológicas entre os juízes, que guardam múltiplas formações culturais e sociais. Mas *Hércules* deve ser capaz de identificar um conceito usado na justificação das instituições da sua própria comunidade e interpretar o seu uso, "(...) e poderá colocar a si próprio, e não a algum hipotético eu, questões que remetam à moralidade profunda que dá valor ao conceito (Dworkin, 2010, p. 200)."

Isso não significa que chegará a mesma conclusão de que qualquer outro juiz em casos polêmicos, mas "(...) Hércules se tornará semelhante a qualquer membro pensante da comunidade disposto a discutir o que a equidade, a igualdade ou a

liberdade exigem em determinadas ocasiões.” O ponto importante a se destacar é que Hércules deve decidir sobre direitos institucionais das partes, “que existirão tanto nos casos difíceis, como nos fáceis”. Ainda que os juízes se equivoquem nos casos difíceis sobre os direitos das partes, isso não pode ser tomado como justificativa para que tais casos sejam decididos com base em razões políticas, mas que sirva de lembrete de que tais casos devem ser decididos com humildade. Seguir seu próprio ponto de vista seria privar as partes do seu direito, que não *nasce* da decisão, mas é preexistente a esta. Nesses casos difíceis, “(...) os princípios não resolvem – em termos lógicoobjetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história constitucional do direito” (Streck, 2011, p. 562).

Cumpre analisar criticamente algumas questões que podem ser levantadas sobre a teoria dworkiana e sua aplicabilidade.

Primeiramente, Dworkin escreve sua obra com foco no *Common Law*, sistema de Direito que impera nos EUA e Reino Unido, com forte raiz no direito consuetudinário e na jurisprudência (*stare decisis*). O sistema brasileiro, por sua vez, tem bases no *Civil Law*, com fundamento no direito escrito (legislado). Não há, contudo, como pode parecer em uma análise mais superficial, incompatibilidade no uso de seus ensinamentos à realidade nacional. Ambos sistemas jurídicos têm cada vez se aproximado mais: o *Common Law* com uma produção cada vez maior de legislação, e o *Civil Law*, por sua vez, conferindo força vinculante à jurisprudência, que no Brasil se encontra representada por diversos institutos, tais como a súmula vinculante, recursos repetitivos no STJ, repercussão geral no âmbito do STF (que é inclusive o que está pautado para decidir sobre a constitucionalidade da tese do marco temporal indígena), incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outros.

Além disso, conforme ressalta Streck (2011), o Direito como integridade diz respeito não apenas a precedentes judiciais, mas também à doutrina: “a coerência e a integridade são requisitos institucionais da prática jurídica” (DWORKIN, 2011, p. 354), e perpassam, assim, qualquer noção particularizada de sistema jurídico. É fundamentalmente, portanto, uma tese antirrelativista, que irá se opor aos dois polos positivistas, um de que a prática legal é submetida integralmente a fatos preexistentes (regras e decisões já estabelecidas), e o outro polo ao chamado

"realismo" pela filosofia de direito, puramente pragmático, que prega que os juízes e advogados nada mais fazem do que aplicar o seu conceito íntimo de justo, sem qualquer amarra institucional (STRECK, 2011).

3. O marco temporal indígena

A garantia da posse da terra dos indígenas, chamados no passado de "silvícolas", vem desde 1934: "Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las." A proteção foi repetida na Constituição de 1937 (art. 154), 1946 (art. 216) e posteriormente na Constituição vigente no período mais autoritário da ditadura militar (EC 01/69) – art. 198.

A CF/1988 dispôs no art. 231, *verbis*:

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

O marco temporal indígena consiste na data utilizada para aferição dos requisitos estabelecidos para aferir o conceito de terra tradicionalmente ocupada por índios, previsto no art. 231 da CF. Foi adotada, para esta teoria, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 de outubro), o que significa a exclusão dos direitos dos indígenas sobre as terras que não mais ocupavam em 05/10/1988.

O primeiro caso de relevo afeto à questão analisado pelo STF sob a égide da CF/88 foi a ACO 323-7/MG, em 1993, no bojo do qual a FUNAI questionava a outorga de títulos pelo Estado de Minas Gerais sobre terras de ocupação do povo Krenak. Conforme discorre Araújo Júnior (2018, p. 221/222), entre os anos 50 e 70, os índios, que ocupavam o local por conta de doação do próprio Estado de Minas Gerais à União para fins de constituição de colônia aos índios Krenak, foram transferidos de maneira forçada da área. O STF neste caso reconheceu que os

direitos poderiam ser reconhecidos mesmo sem haver a presença física dos indígenas, considerando a violência da remoção e as graves violações aos direitos humanos existentes.

Os RE 249.705 (DJ 01/10/1999) e RE 219.983 (DJ 17/09/1999) foram outros julgamentos importantes para a consolidação da jurisprudência da questão indígena na Corte Constitucional, sendo precedentes que deram origem à Sumula 650 do STF: "Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto", aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003.

No RE 219.983, um dos precedentes da Súmula 650, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, concluiu o Tribunal que o trecho da CF "terras que tradicionalmente ocupam" não pode abranger situações muito antigas, com o fim de preservar a segurança jurídica. Como ressaltou o Ministro do STF Marco Aurélio neste julgado, de acordo com Araújo Júnior (2018, p. 225), "[...] pensar o contrário implicaria reconhecer que todas as terras do Rio de Janeiro seriam indígenas, e, logo, pertenceriam à União, repetindo a crítica à 'síndrome de Copacabana', que o Min. Cordeiro Guerra fizera [...]".

Um ponto a ser considerado é que esses precedentes que levaram à edição da Súmula 650 diziam respeito não à reivindicação de indígenas sobre essas terras, aldeamentos extintos antes do século XX, mas de ações de usucapião da área, que esbarravam na discussão sobre se tratarem ou não de bens de titularidade da União (Araújo Júnior, 2018).

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388-4 RR), em 2009, o STF vem a delinear a teoria do fato indígena, proposta pelo min. Menezes Direito e acolhida pelo colegiado. Há dois marcos que a constituem. O primeiro temporal – o marco temporal indígena -, relacionado à data de promulgação da CF/88, se valendo da Súmula 650 do STF, e o segundo o marco da tradicionalidade da ocupação, ou seja, o modo tradicional de ocupação assegura um estilo de vida, que envolve fatores culturais, ecológicos, etc.

Consignou-se como exceção para aplicação do marco temporal indígena na ementa do acórdão proferido (item 11) a figura do "renitente esbulho". A expressão, cunhada pelo Ministro Ayres Britto ressalva que se, na época da promulgação da CF/88, os índios não ocupavam a terra porque dela haviam sido expulsos em virtude

de conflito possessório instaurado (fática ou juridicamente), considera-se que eles foram vítimas de esbulho e, assim, essa área será considerada terra indígena para os fins do art. 231. O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Durante os debates no STF sobre a regularidade da demarcação da reserva indígena "Raposa Serra do Sol" diversos fazendeiros alegaram o seguinte: quando a CF/88 foi promulgada, em 05/10/1988, os índios já não mais estavam naquele local e as terras eram ocupadas por não-índios; logo, não se poderia considerar que eram terras indígenas (art. 231). O STF, contudo, rechaçou esse argumento sob o fundamento de que a posse dos fazendeiros era fruto de esbulho, ou seja, eles teriam expulsado os índios daqueles locais, conforme demonstrado no laudo e parecer antropológicos.

Esses itens da ementa do julgado e as salvaguardas posteriormente proferidas no julgado, no que se inclui o marco temporal indígena, não têm efeito vinculante para casos futuros. Porém desenharam uma "verdadeira política pública para terras indígenas" (Falcão, 2015, p. 96).

Embora o próprio STF esclareça expressamente que a decisão ali tomada não tem efeito vinculante, conforme decisão proferida em embargos de declaração na PET 3.388 STF, publicada no DJE em 04/02/2014, não se estendendo obrigatoriamente, portanto, a outros litígios que envolvam terras indígenas, a ausência de vinculação formal não impede que a jurisprudência construída pelo STF, estabelecendo diretrizes, possa ser seguida pelas demais instâncias. Isso porque, conforme expôs o Ministro Barroso, "a decisão ostenta a força intelectual e persuasiva da mais alta Corte do País" (Supremo Tribunal Federal, 2013), havendo "ônus argumentativo" para desconstituí-la se for o caso (Supremo Tribunal Federal, 2013).

O tema vem novamente à baila em razão de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter admitido, em 22/02/2019, o RE 1017365 em sede de repercussão geral (tema 1031). A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é a parte recorrente, sendo recorrido o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA).

Em 2013, o TRF-4 acolheu a tese do marco temporal ao conceder ao IMA a reintegração de posse de uma área que é parte da Reserva Biológica do Sassafrás, onde fica a Terra Indígena Ibirama LaKlãnõ. Na região, vivem os povos xokleng, guarani e kaingang. A decisão do TRF4 manteve a sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra – Seção Judiciária de Santa Catarina, proferida em 2009, que já havia deferido a liminar de reintegração de posse em favor do autor.

A questão da permanência do entendimento do marco temporal indígena é essencial para o deslinde desse feito, pois conforme aduziu o IMA na inicial da ação, a área ocupada pelos indígenas é integrante da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, unidade de conservação integral criada pelo Decreto nº 2.221, de 4 de fevereiro de 1977, sendo ocupado no dia 13 de janeiro de 2009, por cerca de 100 (cem) índios da etnia Xokleng, com abertura de picadas e montagem de barracas, além da realização de investidas sobre a mata nativa existente no local. Assim, é incontroverso o fato de que as terras não eram ocupadas pelos indígenas no início da vigência da CF/88, não havendo notícia de renitente esbulho nos autos. Em sendo aplicado o entendimento do marco temporal indígena, as terras não podem ser consideradas abrangidas no conceito de tradicionalmente ocupadas do art. 231 da CF.

A questão, ainda pendente de julgamento, suscita amplo debate social, tendo sido admitidos 35 (trinta e cinco) entidades como *amici curiae* (Supremo Tribunal Federal, 2021), cuja função processual, enquanto representantes da sociedade civil com pertinência ao tema em questão, é contribuir para a formação do convencimento dos julgadores.

4. Marco temporal indígena e conceito de integridade: o que diria o juiz hércules?

Primeiramente, a definição do marco temporal indígena é um típico “caso difícil”. O conceito jurídico de “terras que tradicionalmente ocupam”, constante do art. 231 da CF/1988, é indeterminado. O que seria “tradicionalmente” suscita divergência profunda de interpretação no âmbito da sociedade e nos tribunais, opondo diferentes interesses econômicos, sociais e ideológicos, tais como dos próprios

povos indígenas, entidades ambientalistas, agronegócio e entes federativos. Não há respostas evidentes ou que não suscitem relevantes divergências no campo jurídico e social.

Para decidir os casos difíceis com integridade, o juiz deve buscar extrair um conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres, e a melhor interpretação da estrutura política e de doutrina jurídica existentes na comunidade em que vive (Dworkin, 2014). Conforme visto no conceito de integridade de Dworkin, o juiz deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, o que não representa um seguimento automático desses precedentes, algo compatível com a realidade constitucional brasileira através da mutação constitucional. Conforme leciona Martins e Pauseiro (2020, p. 81), o Supremo "[...] tem reconhecido a possibilidade, em questões complexas, de modificar a interpretação de leis e de criar novos direitos, uma mutação constitucional sem a alteração do texto da constituição".

De acordo com a ideia do "romance em cadeia", "cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade" (Dworkin, 2014, p. 276).

Como diz Dworkin, (2014), o juiz deve buscar uma maneira coerente de tratar do tema e do personagem, como se de fato tivesse recebido um romance já parcialmente escrito, cuja história deva continuar do ponto em que recebeu. Nesse ponto, os precedentes ganham destaque. O Brasil adota a teoria dos precedentes, mesclando elementos da *Common Law* com a *Civil Law* (Plínio; Pauseiro, 2020). Esses, contudo, são apenas um dos componentes a serem analisados do Direito como integridade, não havendo de se falar em vinculação automática a precedentes anteriores para se satisfazer a virtude da integridade, mesmo porque a assimilação acrítica pode levar ao efeito justamente contrário, podendo-se adotar decisões iguais para casos que se distinguem ou ainda decisões que não adotaram argumentos de princípio (Direito), o que levaria a uma incoerência do sistema e não cumprimento da virtude da integridade.

Partindo o *romance em cadeia* da análise das Constituições pregressas que tratavam do tema, verifica-se que as terras tradicionalmente ocupadas já eram garantidas aos indígenas desde a Constituição de 1934, sendo repetido – sem

interrupção na ordem jurídica constitucional, ou no “romance constitucional” - na Constituição de 1937 (art. 154), de 1946 (art. 216), 1967 (art. 186) e até mesmo na Constituição vigente no período mais autoritário da ditadura militar (EC 01/69) – art. 198. A CF/1988, portanto, não inova na questão no que concerne à proteção do território em que os indígenas tradicionalmente vivam.

Assim, não há como se compatibilizar com a Constituição vigente a jurisprudência que estabelece como marco temporal a Constituição de 1988, violando a virtude da integridade no trato constitucional da questão, e rompendo a coerência que deveria existir no “romance em cadeia” do direito. Desde a Constituição de 1934 esse direito já era concebido aos indígenas, não havendo interrupção na ordem jurídica existente quanto à sua previsão.

Maus enfatiza ser um direito primordial do povo mudar a Constituição, o que vem desde os ideais consolidados na Revolução Francesa (Maus, 2010). A mesma Revolução concebeu também o “juiz boca da lei”, cuja função cingia-se a aplicar textualmente a lei, dando nascimento à chamada escola exegética. Todavia, a *Civil Law* passou por profundas transformações, e o juiz que antes era impedido de interpretar a lei, passou interpretá-la, o que levou a uma situação arriscada do ponto de vista democrático de formações de precedentes sem participação popular (Martins; Pauseiro, 2020).

Contudo, a própria Constituição prevê o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), e *in casu* não houve, ao menos desde 1934, qualquer alteração nesse sentido. Não se trata, portanto, de uma inovação na ordem constitucional. Em verdade, o ineditismo é tão somente a própria teoria do marco temporal com base na CF/1988, ignorando toda a tradição constitucional pregressa, desde a Constituição de 1934 sem interrupções, inclusive atravessando dois períodos de ditadura (Estado Novo e ditadura militar de 1964).

Quanto à “síndrome de Copacabana”, no termo cunhado pelo Min. Cordeiro Guerra, trata-se de um uso retórico do argumento *ad absurdum*. Neste tipo de argumento, “se uma dada regra, juízo, ou decisão levar a consequências inaceitáveis, então a regra, juízo ou decisão deve ser rejeitada” (Golding, 2001, p.38 apud Bustamante, 2012, p.9). Por certo não há de se considerar que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas devam sê-las consideradas sem qualquer sorte de marco temporal, o que seria um raciocínio que conduziria ao

absurdo de se considerar praticamente todo o território nacional inserido no conceito jurídico em testilha. No entanto, e aqui está o uso retórico do argumento, a afirmação não autoriza que se conclua ser o marco temporal indígena a CF/1988. Isso seria ignorar as Constituições pregressas e o direito que adveio daí sem qualquer interrupção na cadeia constitucional que se sucedeu, violando o direito adquirido e o princípio da segurança jurídica, que paradoxalmente é defendido por entidades que são *amici curiae* a favor do marco temporal indígena na delimitação ora existente.

Mas não é só. A Súmula 650 do STF, frequentemente utilizada em defesa do marco temporal indígena, é inadequada para tanto. Isto porque os precedentes que lhe deram causa, como visto, referem-se a casos concretos muito diversos, nos quais não havia reivindicação de direito de indígenas sobre as terras. Eram ações de usucapião, e os aldeamentos haviam sido extintos antes do século XX. Não é, portanto, apta para a construção de uma história coerente do ponto de vista da interpretação constitucional usá-la como precedente sem se atentar as relevantes diferenças entre as situações julgadas, sendo caso de *distinguishing*.

No caso Raposa Serra do Sol, apesar da adoção da teoria do marco temporal indígena, ressalvou-se na ementa (item 11), a figura do “renitente esbulho”.

Durante os debates no STF sobre a regularidade da demarcação da reserva indígena “Raposa Serra do Sol” diversos fazendeiros alegaram o seguinte: quando a CF/88 foi promulgada, em 05/10/1988, os índios já não mais estavam naquele local e as terras eram ocupadas por não-índios; logo, não se poderia considerar que eram terras indígenas (art. 231). O STF, contudo, rechaçou esse argumento alegando que a posse dos fazendeiros era fruto de esbulho, ou seja, eles teriam expulsado os índios daqueles locais, conforme demonstrado no laudo e parecer antropológicos.

A expressão “renitente esbulho”, cunhada pelo Ministro Ayres Britto ressalva que se, na época da promulgação da CF/88, os índios não ocupavam a terra porque dela haviam sido expulsos em virtude de conflito possessório instaurado (fática ou juridicamente). Considera-se que eles foram vítimas de esbulho e, assim, essa área será considerada terra indígena para os fins do art. 231. O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988,

materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Essa conclusão, abstraindo-se do marco da CF/1988, mostra-se harmônica com o direito, cumprindo a virtude da integridade. Em demandas relacionadas ao instituto jurídico da usucapião (que se trata de um caso de prescrição aquisitiva de direitos) ou da prescrição propriamente dita (perda de uma determinada pretensão jurídica pelo decurso do tempo), é sempre necessária a inatividade como requisito para o início da confluência do prazo em ambos os institutos. Nessa linha, a literatura civilista cunhou a teoria da *actio nata*, consagrada na jurisprudência, encontra-se presente, por exemplo, na Súmula 278 do STJ: "O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral." Assim, o prazo prescricional apenas se inicia quando constatada pelo titular a lesão ao seu direito.

Ao se tutelar o direito do povo indígena que permanece reivindicando sua posse imemorial, se homenageia essa longa tradição na jurisprudência, inclusive na vigência do Código Civil de 1916, que evita que direitos sejam perdidos por aqueles que permaneceram lutando por eles ou que sequer tiveram ciência da violação desse direito, privilegiando um princípio moral a despeito de qualquer regra expressa nesse sentido, o que mais uma vez ressalta a importância da superação de um modelo positivista formalista baseado em uma leitura rígida das regras.

No entanto, para a construção do "romance em cadeia" com coerência, pois Hércules "[...] é um juiz criterioso e metódico" (Dworkin, 2014, p. 288), não basta que o marco temporal indígena seja temperado com o renitente esbulho. Por outro lado, isso não significa ir ao aposto da "síndrome de Copacabana". A construção de um marco temporal indígena que tenha como termo inicial a Constituição de 1934 escreve a história de interpretação constitucional com a coerência que se exige de todo *romance*, e que permite, inclusive, promover mudanças no rumo do enredo, desde que justificáveis e guardando coerência com os fatos pregressos.

Assim, aquelas decisões que adotaram argumentos contraditórios e baseados em questões de política e não em princípios (Dworkin, 2014) podem ser superadas. Precedentes não são absolutos, e uma interpretação é mais satisfatória demonstrando menor dano à integridade que aquelas que disputam consigo a preponderância (Dworkin, 2014).

Por mais que o caso Raposa Serra do Sol fosse um precedente histórico para questão indígena, fruto de intensos debates da Corte Constitucional, ali ficou expresso que não era vinculante. Conforme afirma José Afonso da Silva, o marco temporal não visa a resguardar direitos dos indígenas, porém por fim as disputas por terras. Tem, portanto, um viés pragmático, buscando um interesse de cunho político, mesmo que às custas de um direito, algo que deve ser rechaçado pelo Juiz *Hércules*.

Conforme Dworkin enfatiza ao longo de suas obras, não se podem usar argumentos de política para rechaçar direitos. Para Dworkin, direitos são trunfos, que prevalecem contra praticamente qualquer meta social. Os direitos são justamente aquilo com que nós, indivíduos, resistimos a metas coletivas, ao menos que estas tenham altíssimo grau de relevância ou urgência. Só cedem em última hipótese, e são o remédio contra a estratégia utilitarista própria do campo político (Dworkin, 2014).

A força gravitacional dos precedentes não é, portanto, ilimitada, mas cingida aos "argumentos de princípios". Se a justificativa da decisão é por algum argumento de política, não terá força alguma para influenciar outros casos (tão somente a autoridade específica do caso decidido), pois não haverá um "argumento de equidade" efetivo para que seja estendida a outros casos, que só tem aquelas decisões baseadas em princípios (direitos).

Para Dworkin é preciso ver as decisões judiciais justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política, ainda que a lei tenha sido gerada por uma atuação baseada na política, e não em princípios. É uma exigência do direito como integridade.

5. Conclusão

O marco temporal indígena, construção teórica de que o momento para aferição dos requisitos estabelecidos para definir o conceito de terra tradicionalmente ocupada por índios e garantir a proteção constitucional é a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 de outubro), restou expressamente acolhido pelo

STF no caso raposa serra do Sol (PET 3.388). O tema volta à baila com o julgamento, em sede de repercussão geral, do RE 101737365 pelo STF (tema 1031).

Esse entendimento do marco temporal indígena foi expressamente acolhido no caso Raposa Serra do Sol, e faz referência à Sumula 650 do STF, “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”, aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003.

No entanto, como visto, analisando os precedentes RE 249.705 (DJ 01/10/1999) e RE 219.983 (DJ 17/09/1999) que lhe deram origem, verifica-se tratar-se de situações diversas daquelas onde se discute o direito de indígenas ao território que tradicionalmente ocupam. Esses precedentes tratavam de ações de usucapião em terras onde os aldeamentos indígenas foram extintos antes do século XX, e não havia nessas ações a dedução de pretensões desses povos indígena à terra tradicionalmente ocupada.

Em o direito como integridade para Dworkin, o juiz deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores, o que não representa um seguimento automático desses precedentes. A força gravitacional dos precedentes é cingida aos argumentos de princípios utilizados. Argumentos de política devem ser rechaçados pelo Juiz Hércules, isto porque os direitos funcionam como verdadeiros trunfos contra metas coletivas. São a resistência à estratégia utilitarista, encontrando nesse fim sua principal razão de ser, visto que o ser humano não pode ser instrumento para a realização de qualquer fim coletivo.

Fazendo um retrospecto dos direitos dos indígenas na ordem constitucional, verifica-se que esses povos têm direito à terra que tradicionalmente ocupam desde a Constituição de 1934 (art. 154), sendo tal previsão repetida nas Constituições que se sucederam sem solução de continuidade. A CF/1988, ao mesmo tempo que prevê em seu art. 231 esse direito, prevê também no art. 5º, XXXVI o respeito ao direito adquirido. Não há, portanto, como se afastar o direito dos indígenas há que essas ocupações sejam respeitadas ao menos desde a Constituição de 1934. Dito de outra forma, se há um marco temporal indígena, este deve retroagir à vigência da Constituição de 1934, porque o direito foi transmitido de geração a geração sem qualquer reviravolta na trama do “romance constitucional”.

Concorda-se que a ausência de qualquer marco temporal delineado conduziria ao absurdo, considerando a própria história de descobrimento do Brasil, conquistado por invasores estrangeiros, o que levaria ao reconhecimento da quase totalidade do território nacional como de ocupação tradicional indígena.

Porém a tese do marco temporal limitada à CF/1988 tem base em argumentos de política e não de princípios, buscando eliminar conflitos sociais (meta política) com a supressão de direitos de minorias (indígenas).

A construção do "romance em cadeia", que decorre do direito como integridade, exige coerência interpretativa. O Juiz-intérprete escreve a história do Direito não a partir do ponto zero. Ele continua a escrever a história do Direito do ponto em que aqueles que o antecederam o fizeram. Deve considerar as decisões que o precederam como parte de uma longa história que ele deverá continuar. Isso não significa que suas decisões devam ser iguais àquelas dos escritores anteriores, porém é uma tarefa diversa daquela de começar um romance inteiramente novo, no qual haja ampla liberdade para se estabelecer o contexto, personagens e roteiro da história a ser desenvolvida.

Tendo todos esses pressupostos de um "romance em cadeia", a reviravolta na jurisprudência do STF quanto ao marco temporal indígena não implica em simples negação da ideia, mas em uma correção de rumo da trama jurídica, adequando-a à trajetória Constitucional pregressa à CF de 1988. Embora não haja direitos adquiridos em face de uma ordem jurídica nova, se essa própria ordem jurídica prega o respeito a esses direitos pregressos, já expressamente previstos, sem solução de continuidade, desde a ordem constitucional de 1934, não se pode arbitrariamente estabelecer como marco o início da vigência da CF/1988 para um direito que não foi criado, mas apenas mantido por ela.

A figura do renitente esbulho, expressa no item 11 da ementa do julgado do caso Raposa Serra do Sol guarda coerência com o sistema jurídico existente, inclusive com a teoria da *actio nata* há muito presente no Direito, e é plenamente compatível em um viés de integridade do Direito para fins de interpretação do art. 231da CF, embora por si só seja incapaz de corrigir a incoerência do marco temporal adotado, devendo ser adequada ao correto marco temporal, qual seja, a vigência da Constituição de 1934. Somente assim a virtude da integridade será preservada, com o romance em cadeia do Direito seguindo seu curso de forma coerente e adequada

aos maiores valores morais da comunidade, que são aqueles expressos em seu Texto fundamental, a Constituição Federal.

CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado

 DOI: 10.17655/rdct.2022.e0009

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, J. J. (2019). Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural | Indigenous land rights: an intercultural interpretation. **Revista Publicum**, *5*(1), 20–71. https://doi.org/10.12957/publicum.2019.36187

BUSTAMANTE, Thomas. O argumento ad absurdum na interpretação do direito Seus usos e significado normativo. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª d. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FALCÃO, Joaquim**. O Supremo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

GOLDING, Martin**. Legal reasoning**. Toronto: Encore, 2001.

MARTINS, Plinio Lacerda; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. Discutindo limites para mutação constitucional. In **Hermenêutica Jurídica** org. Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Plinio Lacerda Martins. - Londrina: Engenho das Letras, 2020.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STF. Representantes e associações de defesa dos povos indígenas questionam tese do marco temporal. **Notícias**. 01 nov. 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472248&ori=1> .Acesso em 29 jul. 2022.

STF. Plenário mantém condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol. **Notícias**. 23 out. 2013. Disponível em < https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/111984637/plenario-mantemcondicoes-fixadas-no-caso-raposa-serra-do-sol>.Acesso em 29 jul. 2022.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Correspondence address:

Márcio Santoro Rocha
Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito
Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN
Rua Presidente Pedreira, nº 62, Ingá – Niterói – RJ
CEP 24210-470
E-mail: msantoro1980@hotmail.com

Enviado para submissão:
01/07/2022

Aceito após revisão:
21/09/2022

Publicado no Fluxo Contínuo
02/11/2022

NOTA DO EDITOR:
A revista foi migrada do portal 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' para o portal 'https://direitocontexto.com.br/' em Julho/2024. Os artigos foram reformatados e republicados.

EDITOR'S NOTE:
The magazine was migrated from the 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' portal to the 'https://direitocontexto.com.br/' portal in July/2024. The articles were reformatted and republished.

NOTA DEL EDITOR:
La revista fue migrada del portal 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' al portal 'https://direitocontexto.com.br/' en julio/2024. Los artículos fueron reformateados y republicados.