

RESENHAS

DOI <http://dx.doi.org/10.1590/1678-49442019v25n2p587>

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela & BARBOSA, Samuel (orgs.). 2018. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 368 pp.

Paulo Büll

Mestre em Antropologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6651-2071>

O livro *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*, organizado por Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa, é uma coletânea que reúne artigos focados em denunciar a onda de retrocessos que atualmente assola os direitos dos povos indígenas no Brasil. Assentada na tese do "marco temporal", essa onda tem contaminado boa parte do Poder Judiciário brasileiro, culminando em novas decisões judiciais desfavoráveis ao direito dos índios à posse permanente de suas terras tradicionalmente ocupadas. Ainda mais grave que isso, a tese do "marco temporal" tem sido utilizada para contestar direitos já adquiridos, pondo em risco a exclusividade da posse nativa das terras que ainda estão em fase de regularização pela União, com respaldo nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988. Trata-se da legitimação legal da

inconstitucionalidade ou, nas palavras da procuradora Déborah Duprat, da "admissão do extraordinário".

A coletânea é inaugurada por um parecer jurídico de José Afonso da Silva, no qual o jurista avalia criticamente os argumentos dos tribunais que se assentam na tese do "marco temporal", além de apresentar uma interpretação alternativa e mais adequada às garantias constitucionais dos índios. Em seguida, são apresentados oito capítulos inéditos. No primeiro deles, Déborah Duprat discute o caso concreto da Terra Indígena Limão Verde com base no conceito de resistência, equivocadamente interpretado pelo Judiciário nos casos de matéria indígena. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e José Antônio Peres Gediel avaliam os limites da tese do "marco temporal" baseando-se em conceitos de direito civil, e Samuel Barbosa, em conceitos da teoria do direito. Extrapolando a dimensão do direito brasileiro, Pádua Fernandes e Julio José Araujo Junior apresentam críticas à tese do "marco temporal" destacando, respectivamente, as convenções internacionais e o novo constitucionalismo latino-americano. Em seguida, Juliana de Paula Batista e Mauricio Guetta discorrem sobre outras ações judiciais de matéria indígena que estão sendo apreciadas pelo Judiciário brasileiro com base no "marco temporal". A série de artigos inéditos é fechada com

a transcrição da apresentação oral de Dalmo Dallari no seminário "Direitos dos povos indígenas em disputa no STF", realizado em 2015 na USP.

Em termos gerais, a tese do Marco Temporal define que quem não habitava a terra litigada no dia em que a Constituição foi promulgada (5 de outubro de 1988) não tem nenhum direito sobre ela, salvo hipótese de ter ocorrido "esbulho renitente", isto é, uma situação de conflito possessório contra o qual os índios, exatamente na mesma data, ofereceram resistência – seja ela física (reagindo fisicamente aos invasores), ou judicial (contestando a invasão a partir de ação judicial protocolada). Os juristas, integrantes do Ministério Público Federal, advogados e pesquisadores que assinam os artigos da coletânea aqui resenhada denunciam a tese do "marco temporal" de forma cirúrgica, contestando cada um dos pilares que a sustentam. O tom interdisciplinar da coletânea, presumido pelas trajetórias de cada um dos organizadores, reverbera na fundamentação de tais contestações: do ponto de vista do direito, a tese do "marco temporal" colide diretamente com o conceito de "direito originário", o qual foi literalmente consagrado na Constituição. Ao dispor desse conceito, o poder constituinte reconheceu que o direito indígena às terras tradicionalmente ocupadas é anterior à demarcação, sendo esta, portanto, uma etapa meramente declaratória e formal. Não há, nesse sentido, criação de direito novo na data da promulgação da Constituição de 1988 que justifique o estabelecimento de um marco temporal limitador de direito porque, justamente, o direito dos índios à terra é originário, isto é, atemporal.

Ademais, o estabelecimento da data de 5 de outubro de 1988 como data certa não se fundamenta porque, no essencial, a previsão constitucional do direito dos

índios às suas terras já constava em Constituições anteriores. Os dois capítulos não inéditos anexados ao livro, um deles de Manuela Carneiro da Cunha, e o outro de João Mendes Júnior, cumprem a função de mostrar justamente que a temática indígena na legislação e doutrina jurídicas não foi inaugurada em 1988. Nesse sentido, mesmo reconhecendo a importância da nossa última Constituição na continuidade do reconhecimento constitucional ao direito dos índios, os autores da coletânea mostram como a fixação do "marco temporal" em 5 de outubro de 1988 significa traçar um corte na continuidade histórica da proteção constitucional aos direitos indígenas às suas terras.

Do ponto de vista socioantropológico, por sua vez, o conceito de "esbulho renitente" desconsidera que a concepção indígena de conflito e resistência transcende as hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Impor a resistência física em face dos invasores como condição do direito à terra significa projetar a nossa concepção ocidental de resistência aos índios e, mais que isso, significa ignorar a desigualdade de forças imanente aos conflitos possessórios envolvendo índios e posseiros. Ademais, exigir que estes conflitos tenham sido judicializados significa desconhecer que, até 1988, os índios não possuíam plenos direitos civis para protocolar ação judicial, além de desconsiderar a dificuldade dos órgãos tutelares em preservar o interesse dos índios pelas suas terras.

Embora a Constituição de 1988 tenha sido ordenada por um viés pluralista, o livro *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa* mostra como o teor eurocêntrico do direito prevalece em face da hermenêutica mais adequada às culturas indígenas. As definições de "posse", "esbulho" e "resistência" foram incorporadas pelo direito a partir da visão hegemônica

ocidental e permanecem sendo homologadas no nosso ordenamento jurídico por operadores do direito que parecem naturalizar o etnocentrismo. Em um cenário de muitas ameaças no âmbito legislativo, dadas as poderosas forças anti-indígenas que ali vigoram, nem mesmo o Judiciário brasileiro demonstra firmeza na garantia dos direitos indígenas. A comemoração em 2018 pelos 30 anos do capítulo dos índios na Constituição de 1988, nesse sentido, tem sido ofuscada pelo pseudoativismo judicial daqueles que, em tese, são designados a garanti-la e a defendê-la em sua literalidade.