

ACESSO À JUSTIÇA PELOS POVOS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL: usos, discursos, conflitos e disputa por direitos¹.

Larissa Carvalho Furtado Braga Silva (UnB)

Letícia Prazeres Falcão (CEST)

RESUMO: A tese do Marco Temporal defende uma releitura do art. 231 da Constituição Federal, o qual define que os indígenas detêm posse permanente sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas. A argumentação apresentada é no sentido de que apenas se poderia considerar território de usufruto indígena aquele que estivesse ocupado pelos povos originários em outubro de 1988, quando da promulgação da Carta Maior, ou fosse objeto de renitente esbulho. A desconsideração dos processos de extermínio, expulsão e retomada das terras indígenas ocorridos pós-constituente, bem como da inércia de o Estado brasileiro em promover a demarcação das terras indígenas que se vislumbra na alegação suscitada, intenciona a redução das áreas ocupadas pelos povos originários, para quem o território é corolário do próprio direito à vida, na medida em que o mantimento das tradições e modelos de bem-viver pressupõem a existência de área para este fim. Por ocasião de um processo judicial que envolve conflito entre o povo Xokleng e o Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina, referido debate alcançou o Supremo Tribunal Federal, que agora é o responsável pela apreciação desta tese. Em razão da importância da discussão que ora se apresenta e da necessidade de construção de estratégias próprias, o movimento indígena articulou seu ingresso no processo judicial de diferentes modos. Tal fato demonstra como os originários têm acessado o sistema de justiça e feito uso dos dispositivos legais em perspectiva contra hegemônica. Importa compreender como a intervenção indígena no processo judicial que discute a tese do Marco Temporal e o uso estratégico do direito pode colaborar a uma alteração paradigmática do próprio sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: territorialidade indígena; marco temporal; acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

¹ VIII Encontro Nacional de Antropologia do Direito. Grupo de Trabalho 26: Processos de reconhecimento de direitos territoriais e culturais, e lutas sociais no Brasil contemporâneo.

O presente estudo intenciona abordar a relevância e necessidade do acesso indígena ao sistema de justiça através do processo que discute a tese do marco temporal, tanto para a garantia do direito à territorialidade dos povos originários quanto para a promoção de uma alteração paradigmática no campo das instituições que compõem o Poder Judiciário.

Para a melhor compreensão da análise aqui pretendida, inicialmente será demonstrada como a insurgência dos povos indígenas no Brasil repercutiu em alterações na Constituição de 1988. Seguidamente se investiga o acesso indígena ao sistema de justiça enquanto estratégia de luta dos povos originários, demonstrando a efetiva abertura para alterações no campo do Poder Judiciário. Por fim analisa como o acesso indígena no sistema de justiça através do processo que discute a tese do marco temporal se configura instrumento estratégico de luta pelos povos originários.

1. O PROTAGONISMO INDÍGENA NO BRASIL E A SUA REPERCUSSÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O protagonismo dos povos indígenas na defesa de direitos tem sido essencial ao reconhecimento de suas garantias. Mundo afora, auto-organizados, os povos originários resistem ao projeto de extermínio que se faz imperar no modelo de acumulação do capital. No Brasil, referida estratégia de articulação, que se consolidou por meados da década de 70, foi chamada de movimento indígena².

O movimento indígena engloba a sistematização das ações e planejamento das lutas por interesses coletivos³. De tal movimento participam pessoas - pertencentes ou não a uma organização específica -, grupos, aldeias, coletivos, articulações, comunidades; agregados por pautas comuns e destoantes de outros modelos de concepção de existência.

Ressalta Luciano Baniwa⁴, em referência aos dizeres de Daniel Munduruku para quem o movimento indígena pode ser resumido por “índios em movimento”, que se trata, em verdade, de vários movimentos, porquanto cada espaço, com sua estrutura e dinâmica própria representa uma organização. Apesar disso, a agregação de todos esses vetores traz a unicidade, a níveis regional e nacional, entendida como relevante à visibilização dos povos e pautas indígenas.

² KRENAK, Ailton. **Encontros**. Org. Sergio Cohn. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2015.

³ BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006. p. 17-25.

⁴ Id. *Ibidem*.

Sobre o movimento indígena, a atual Ministra dos Povos Indígenas Sônia Guajajara, resumiu que:

“existem três fases do movimento indígena no Brasil: A gente teve o momento pré-constituente, onde as lideranças lutaram para garantir os direitos indígenas. Depois, teve o momento de lutarmos pelo cumprimento dos direitos adquiridos. E agora, estamos lutando para não perder esses direitos”⁵.

No cenário de fortalecimento do movimento indígena no Brasil, como bem apontou a liderança indígena Guajajara, alguns acontecimentos assumiram elevada importância, seja por permitir a renovação das tradições indígenas, seja pela consolidação de um cenário de resistência necessário à continuidade histórica destes povos; dentre os quais o protagonismo assumido pelos povos na discussão da Constituinte em 1987, cujas organizações ligadas à questão indígena, como destaca Keila Pataxó⁶ “se uniram para criar a possibilidade de inserção dos direitos indígenas na constituição”.

Sobre a participação ativa dos povos indígenas no período da constituinte, Rosane Lacerda⁷ observou que marcou o fim de uma era e o início de um novo capítulo na trajetória histórica de cinco séculos de contato da sociedade não indígena com os povos originários.

A autora acrescentou, ainda, que:

E assim os índios, cuja humanidade havia sido questionada pelos conquistadores, que povoaram o imaginário europeu ora como monstros físicos, ora como monstros morais, ora como seres intelectualmente incapazes e culturalmente inferiores, passaram pela experiência de desempenhar importante papel como protagonistas de um dos momentos políticos mais importantes para a história do país: a elaboração da “constituição cidadã” e contribuindo para com o avanço do estado no sentido de se reconhecer multicultural e pluriétnico⁸.

Como resultado da soma de esforços, houve a capitulação de um texto específico a disciplinar as garantias dos povos originários na Carta Maior de 1988, esta que veio a romper com o paradigma integracionista para com estes grupos, reconhecendo a sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e o direito às terras que ocupam; impelindo ao Estado o dever de fazer proteger referidos bens, inclusive através da demarcação territorial.

⁵ Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/201ce-hora-de-ir-para-cima-para-o-embate201d-4865/>.

⁶ CONCEIÇÃO, Keyla Francis da. **A invisibilidade do indígena no processo eleitoral brasileiro**: as Organizações Indígenas e a luta pela representação política. 2018, p. 24.

⁷ LACERDA, Rosane Freire. Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007.

⁸ Id. Ibidem.

A esse respeito, Souza Filho⁹ ressalta que a Constituição Federal de 1988 representa um marco na conquista dos direitos dos indígenas e um verdadeiro despertar de muitos povos que, por conta da violência resultante da colonização, não se reconheciam enquanto tais.

Em igual sentido, Kuady Karaja¹⁰, denota que “a essência do direito originário é consagrada pela Constituição de 1988 e figura como um dos seus destaques mais importante porque, é a primeira vez que essa perspectiva surge na concepção jurídica do Brasil”.

Passa-se a abordar, de modo mais específico, a garantia e estratégia de acesso indígena ao sistema de justiça.

2. O ACESSO AO SISTEMA DE JUSTIÇA COMO ESTRATÉGIA DE LUTA INDÍGENA

Uma importante garantia acrescentada ao texto constitucional se refere à legitimidade conferida aos indígenas, às suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, disposta no art. 232 da Carta Maior.

Além da previsão constitucional, inúmeros outros tratados de direito internacional, ratificados pelo Brasil, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (Decreto n. 5.051/2004), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) (Decreto legislativo n. 226/1991) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992); reafirmam os preceitos de autodeterminação e autorreconhecimento dos povos indígenas, a necessidade de respeito à sua identidade social e cultural, seus costumes, crenças, tradições e instituições, e à sua autonomia, o que inclui a possibilidade de que os mesmos litiguem nos processos judiciais que os afetem.

Nos últimos anos tem sido possível verificar, de modo cada vez mais frequente, a incidência jurídica indígena, a partir do acesso ao sistema de justiça.

O presente capítulo aborda como tem se operacionalizado referida estratégia.

Com a intenção de facilitar a leitura e compreensão do tema, esta seção será dividida em duas partes: inicialmente se revisará, de modo breve, a literatura sobre acesso à justiça, para, finalmente se analisar, através de exemplos específicos, como a inserção indígena já tem repercutido em uma abertura para a conformação do sistema judiciário no país.

⁹ DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba, Ed. Juruá, 2009, p. 73.

¹⁰ KARAJA, M.H.K. A perspectiva integracionista e o avanço dos direitos constitucionais dos povos indígenas no Brasil. In: Ana Catarina Zema., Elaine Moreira., Marcelo Zelic. (Org.). *Genocídio Indígena e Políticas Integracionistas: Demarcando a Escrita no Campo da Memória*. 1ed.São Paulo: Selo da Rua, 2021, v. 1, p. 34-53

2.1 Considerações sobre acesso à justiça

Sobre o tema do acesso à justiça, no campo internacional em meados da década de 70, Mauro Cappelletti e Bryant Garth realizaram extensa pesquisa comparativa entre os sistemas jurídicos de diversos países, identificando as chamadas ondas de renovação do acesso à justiça. Importa dizer que não consta desse projeto um relatório sobre o Brasil muito embora outros países da América Latina como Chile, Colômbia, México e Uruguai tenham se feito representar no documento¹¹.

No Brasil, Botelho Junqueira¹² afirmou que as primeiras discussões ocorridas sobre direitos coletivos e informalização das agências de resolução de conflitos, se deveram à exclusão da maioria da população dos direitos sociais básicos e não pela crise no estado do bem estar social, daí por que o caso brasileiro não se amolda, segundo a autora, nas três ondas de acesso à justiça descritas por Capelletti.

Ao se debruçarem sobre o tema do acesso à justiça, Rampin e Igreja¹³ concluíram que este costuma ser compreendido apenas como o ingresso às esferas do poder judicial, o que acaba por delimitar a sua capacidade para responder aos desafios atuais da sociedade. Para as autoras, esta abordagem geralmente não dá conta da diversidade de experiências no acesso e sentidos de justiça e direito existentes.

A identidade étnica indígena, destoante do modelo ocidentalizado de concepção de existência, sobre a qual estão baseadas as demandas a que se debruça comumente a jurisdição estatal, denota a importância de que a garantia de acesso à justiça para esse grupo não esteja limitada à mera possibilidade de ingresso em juízo, eis que tal fato não pressupõe a tomada de decisões justas, adequadas e emancipatórias aos povos originários.

Por outro lado, o ingresso indígena e a participação ativa nos processos decisórios tem representado uma coerção pertinente a que o próprio judiciário e seus sistemas venham a se amoldar às necessidades apresentadas pelos povos originários.

Destaque-se que em toda a América Latina, no campo do direito, o protagonismo indígena forçou o debate de temas como pluralismo jurídico, direitos coletivos, soberania,

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

¹² JUNQUEIRA, Eliane Botelho, **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos históricos, v. 9, n. 18, Justiça e cidadania, 1996.

¹³ IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Acesso à justiça: um debate inacabado**. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p.191-220, jul./dez. 2021.

autodeterminação e autorreconhecimento, os quais resultaram em alterações normativas nas Constituições de diversos países.

Ao tratar sobre os direitos dos povos indígenas na América Latina, Rachel Sieder¹⁴ apontou que as questões que versam sobre as múltiplas formas de violência e assédio sofridos pelos originários, exploração acelerada de recursos naturais e controle dos territórios, nos últimos anos têm sido comumente judicializadas, e que tal prática pode contribuir muito à análise do poder transformador do direito.

Importa verificar como tem se operacionalizado o ingresso indígena no sistema de justiça e como essa participação tem forçado uma alteração e conformação do Poder Judiciário.

2.2 A incidência indígena e alterações no Judiciário

Afinal, a que se cumpre o acesso indígena ao sistema de justiça?

A resposta veio sendo moldada no decorrer da pesquisa, a partir da demonstração de como a reivindicação de direitos pelas comunidades indígenas na constituinte repercutiu em mudanças no texto constitucional.

De modo mais direto, aqui se responde a essa pergunta a partir da fala de Samara Pataxó, indígena oriunda de Coroa Vermelha, no interior da Bahia, estudante de Doutorado na Universidade de Brasília; que se passa a transcrever:

“No ensejo foi perguntado a Samara como ela avaliava essa utilização do direito em contra perspectiva pelos povos originários, ao que ela respondeu que é estratégica a instrumentalização do Direito como ferramenta ao fortalecimento da luta. Que essa estratégia é antiga e era conhecida pelas lideranças mesmo quando elas mesmas não tiveram acesso a uma educação formal, de conhecer as leis dos brancos, já que essas leis costumam se sobrepor ao conhecimento ancestral. E que, da visão do direito enquanto uma ferramenta de luta deriva a importância de ter pessoas “dos nossos” qualificados, que entendam e possuam se utilizar disso como ferramenta para fortalecer as bases”¹⁵

Conhecer “as leis dos brancos” para confrontá-las, como bem pontuado por Pataxó, não se trata de uma estratégia recente. Os ancestrais da indígena assim já o faziam, de modo

¹⁴ SIEDER, Rachel. “Povos indígenas e direito na América Latina”, in César Rodríguez Garavito (coord.) *Direito na América Latina: os desafios do século XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI: 302-321., 2011. ISBN: ISBN 978-987-629-192-7.

¹⁵ FURTADO, Larissa Carvalho Braga Silva. *A tese do Marco Temporal e o protagonismo indígena de mulheres: territorialidade em debate pelo Supremo Tribunal Federal*. 2022. 122 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

que, como visto, forçaram o debate e a inclusão de um capítulo destinado à proteção dos povos indígenas no texto constitucional de 1988.

A judicialização das demandas que envolvem os povos originários é que vem se constituindo, ao longo dos anos, como estratégia de luta apta à promoção de uma alteração do Poder Judiciário, bem como à efetivação de garantias mínimas e necessárias à sobrevivência dos povos originários.

Referida estratégia de incidência tem forçado à conformação do próprio sistema de justiça. Exemplo disso é que, a fim de dar cumprimento à legislação constitucional e federal, de modo a regulamentar o acesso dos povos indígenas e comunidades tradicionais ao sistema de justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 230/2021, a qual disciplina a atuação do Ministério Público brasileiro junto aos povos e comunidades tradicionais.

A resolução dispõe que:

Art. 5º O Ministério Público deve viabilizar a observância do direito à participação dos povos e comunidades tradicionais e a necessidade de consideração efetiva dos seus pontos de vista em medidas que os afetem.

Art. 8º A intervenção obrigatória do Ministério Público em processos judiciais que tratam dos interesses dos povos e comunidades tradicionais não conduz à exclusividade na representação judicial dos grupos, devendo o órgão ministerial zelar para que eles sejam citados e intimados de todos os processos que os afetem, a fim de que possam apresentar suas manifestações de forma autônoma, sob pena de nulidade¹⁶.

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 454/2022, estabeleceu diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas. Consta no art. 3º da Resolução:

Art. 3º Para garantir o pleno exercício dos direitos dos povos indígenas, compete aos órgãos do Poder Judiciário:

[...]

VI – garantir a intervenção indígena nos processos que afetem seus direitos, bens ou interesses, em respeito à autonomia e à organização social do respectivo povo ou comunidade, promovendo a intimação do povo ou comunidade afetada para que manifeste eventual interesse de intervir na causa, observado o disposto no Capítulo II da presente Resolução¹⁷.

Referida resolução, regida pelos princípios da autoidentificação e autodeterminação dos povos, também dispõe expressamente acerca da vedação ao regime tutelar. É o que diz:

¹⁶ Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resoluo-n-230-2021.pdf>.

¹⁷ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.pdf>

Art. 7º A vedação da aplicação do regime tutelar corresponde ao conjunto de ações destinadas à participação e ao reconhecimento da capacidade processual indígena e ao dimensionamento adequado das atribuições dos órgãos e entes responsáveis por políticas indigenistas, os quais não substituem a legitimidade direta dos indígenas, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Parágrafo único. A atuação da Funai ou do Ministério Público Federal em causas sobre direitos indígenas não supre a necessidade de manifestação do povo interessado¹⁸.

Ao tratar das especificidades do acesso à justiça dos povos indígenas o normativo disciplinou que:

Art. 12. Dar-se-á preferência à forma pessoal para as citações de indígenas, suas comunidades ou organizações.

§ 1º A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos processos que envolvam interesses dos indígenas não retira a necessidade de intimação do povo interessado para viabilizar sua direta participação, ressalvados os povos isolados e de recente contato.

§ 2º A comunicação será realizada por meio de diálogo interétnico e intercultural, de forma a assegurar a efetiva compreensão, pelo povo ou comunidade, do conteúdo e consequências da comunicação processual e, na medida do possível, observarem-se os protocolos de consulta estabelecidos com o povo ou comunidade a ser citado, que sejam de conhecimento do juízo ou estejam disponíveis para consulta na rede mundial de computadores.

[...]

As resoluções citadas, editadas, respectivamente, nos anos de 2021 e 2022, reforçam o entendimento no sentido de que o judiciário está promovendo mudanças e adaptações de modo a efetivar a garantia do acesso ao sistema de justiça pelos povos indígenas.

Não se percebe apenas a adequação dos ritos e formalidades para efetivar o acesso indígena ao sistema, mas também a adequação do entendimento do judiciário, de modo a trazer sentido a essas garantias.

O reconhecimento da autonomia indígena e necessidade de efetivar o protagonismo desses povos na defesa de seus interesses se encontra bem fundamentado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Agravo interno na petição no recurso especial n. 1.586.943/ SC, sob relatoria do Min. Herman Benjamin.

No caso, que envolvia conflito entre particulares e um grupo da etnia Kaingang, o Tribunal da Cidadania, ao invalidar a premissa utilizada pelos agravantes no sentido de que a presença do Ministério Público Federal e da FUNAI nos autos seria suficiente à garantia de regularidade processual, apontou que “deve-se afastar qualquer interpretação da lei que

¹⁸ Id. Ibidem.

transfira às entidades públicas poderes do titular do direito, emasculando-o”¹⁹, razão pela qual, em virtude da citação apenas da FUNAI e MPF no processo, e não do povo Kaingang, anulou todas as decisões proferidas até então no processo, a fim de que “isso force o sistema de justiça do Brasil a reconhecer definitivamente os índios como sujeitos de direitos”²⁰.

Por fim, cabe citar, em reforço ao que já foi dito, que no último dia 20 de junho de 2023 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a reserva mínima de 3% de vagas para indígenas em concursos voltados ao ingresso na magistratura brasileira²¹.

As referências dão conta da efetividade da estratégia indígena e da necessidade e relevância de que os povos indígenas acessem e componham o sistema de justiça, como meio para uma alteração paradigmática no campo do direito.

3. A INCIDÊNCIA INDÍGENA NO PROCESSO DO MARCO TEMPORAL

Exemplo recente da participação indígena no sistema de justiça pode ser verificado a partir do processo que discute a tese do marco temporal, ora em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O tema é considerado de extrema relevância aos interesses dos povos originários, uma vez que a decisão a ser proferida pela Corte está apta a afetar seus modos de existência²².

Em razão da importância da discussão e da necessidade de construção de estratégias próprias, como dito, o movimento indígena articulou seu ingresso no processo judicial de diferentes modos. A comunidade Xokleng foi admitida ao feito na condição de litisconsorte passiva necessária. Além disso, inúmeras organizações, conselhos e comunidades indígenas tiveram sua colaboração aceita na ação judicial na condição de Amicus Curiae. Quatro indígenas advogados realizaram sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal anteriormente ao início da votação pelos ministros da Corte.

Portanto, na impossibilidade de enumeração de todos os Amicus Curiae admitidos ao processo, passa-se a elencar aqueles considerados mais importantes por se tratarem de

¹⁹ (AgInt na PET no REsp n. 1.586.943/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 1/7/2022.).

²⁰ Id. Ibidem.

²¹ Disponível em <https://portal.trf1.jus.br/sjba/comunicacao-social/imprensa/noticias/aprovada-reserva-de-vagas-na-magistratura-brasileira-para-indigenas.htm#:~:text=A%20reserva%20m%C3%ADnima%20de%203,10%C2%AA%20Sess%C3%A3o%20Ordin%C3%A1ria%20de%202023.>

²² Sobre a discussão que envolve o processo do marco temporal, ler CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. Ed. UNESP, 2018.

organizações, conselhos e comunidades indígenas, bem como por serem representadas por advogados indígenas.

Na impossibilidade de enumeração de todos os Amicus Curiae admitidos ao processo, passa-se a elencar aqueles considerados mais importantes por se tratarem de organizações, conselhos e comunidades indígenas, bem como por serem representadas por advogados indígenas.

São estes: o Conselho Indígena de Roraima (CIR), Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), Movimento Unido dos Povos e Organizações Indígenas da Bahia (MUPOIBA), Aty Guasu Kaiowa Guarani, Conselho do Povo Terena, Comunidade Indígena Xukuru do Ororubá, Povo da Terra Indígena Passo Grande do Rio Forquilha, Povo da Terra Indígena Kandóia, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), Comissão Guarani Yvyrupa (CGY), Associação do Indígena Krahô-Kanela Apoinkk, Povo Krahô Takaywrá, União Das Aldeias Apinajé Pempxá, Povo Tapuia, Comunidade Indígena Apãnjekra Canela, Comunidade Indígena Memortumré Canela, Comunidade Indígena Akroá-Gamella, Povo Indígena Xavante da Terra Indígena Marãiwatsédé, Comunidade Indígena do Povo Xakriabá, Federação do Povo Huni Kui do Estado do Acre (FEPHAC) Nukun Hunikuinen Beya Xarabu Tsumashun Ewawa. Também é de se destacar a participação, na condição de Amicus Curiae, da Deputada Federal indígena Joênia Wapichana. Por fim, mencione-se a colaboração dos advogados indígenas Samara Pataxó, Ivo Macuxi, Cristiane Baré e Eloy Terena, representando, respectivamente o MUPOIBA, Conselho Indígena de Roraima, a COIAB e o Conselho do Povo Terena.

Após a intervenção indígena, o relator do processo, Min. Edson Fachin, proferiu voto favorável ao reconhecimento de inexistência de um marco ao reconhecimento da tradicionalidade indígena, insculpida no art. 131 da Constituição. Destacou o Ministro, além disso, que a natureza da demarcação das terras indígenas é meramente declaratória, uma vez que os direitos são originários, não se instituindo, portanto, a partir da demarcação, mas anteriormente a ela²³.

Não se está a fazer a defesa de que, tão somente, a participação indígena naquele processo tenha dado causa ao voto do Relator, haja vista que é também necessário considerar a longa jornada de atuação sócio-política do movimento indígena em torno desta pauta e na luta pelo reconhecimento de direitos e demarcação dos territórios indígenas.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário n. 1.017.365** SANTA CATARINA. Voto Proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>.

Entretanto, ao proferir seu voto, o Min. Edson Fachin, fez expressa remissão a algumas das sustentações orais realizadas pelos indígenas, como à defesa apresentada por Samara Pataxó, advogada do Movimento Unido do Povo Indígena da Bahia - MUPOIBA, o que denota, inequivocamente, a contribuição da participação indígena para a decisão tomada.

Até a finalização desta escrita, em julho de 2023, o Recurso Extraordinário n. 1.017.365, que discute a tese em comento, ainda não havia sido apreciado por todo o colegiado do Supremo Tribunal Federal. Apenas o relator do caso, Ministro Edson Fachin, o Ministro Kássio Nunes Marques e o Ministro Alexandre de Moraes proferiram seus votos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa parte de uma crítica ao positivismo jurídico, de modo a priorizar a construção de um direito emergente de práticas sociais.

O enfoque dado às articulações e resistências coletivas protagonizadas pelos povos indígenas através de uma incidência no campo jurídico, e vislumbradas como estratégicas para o cenário anteriormente descrito, demonstra que é possível uma utilização reversa do direito, contrária à estrutura legal vigente que foi criada para o resguardo de valores úteis a uma específica classe dominante; de modo a preservar as liberdades territoriais e os modos de vida tradicionais.

Através de alguns exemplos pôde se verificar, inicialmente, como a articulação do movimento indígena no período da constituinte garantiu um capítulo específico a disciplinar os direitos dos povos originários, e, mais adiante, como a participação indígena nos processos judiciais que lhes são de interesse, tem compelido o Judiciário a moldar seus entendimentos e adaptar as suas regras internas, de modo a respeitar as especificidades deste grupo.

A participação indígena no processo que discute a tese do marco temporal é paradigmática, dada a importância do tema, considerado um dos principais assuntos de interesse dos povos originários da atualidade, uma vez que, como já mencionado, sem território, não há como preservar o mantimento dos modos de ser e viver desse grupo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BANIWA, Gersem José dos Santos Luciano. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje**. Brasília: MEC/UNESCO/LACED/Museu Nacional, 2006.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba, Ed. Juruá, 2009.

DOS SANTOS BICALHO, Poliene Soares. **Protagonismo Indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970-2009)**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós Graduação em História da Universidade de Brasília, Brasília – DF, 2010.

FREIRE LACERDA, Rosane. **DIFERENÇA NÃO É INCAPACIDADE: gênese e trajetória histórica da concepção de incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988**. Dissertação apresentada ao programa de Pós Graduação em História da Universidade de Brasília, Brasília – DF, 2007. Parte I.

GRAMSCI, Antônio. **Maquiavel, a política e o Estado Moderno**, Civilização Brasileira, 1980.

IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Acesso à justiça: um debate inacabado**. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2,p.191-220, jul./dez. 2021.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho, **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos históricos, v. 9, n. 18, Justiça e cidadania, 1996.

KARAJA, M.H.K. **A perspectiva integracionista e o avanço dos direitos constitucionais dos povos indígenas no Brasil.** In: Ana Catarina Zema., Elaine Moreira., Marcelo Zelic. (Org.). *Genocídio Indígena e Políticas Integracionistas: Demarcando a Escrita no Campo da Memória.* 1ed.São Paulo: Selo da Rua, 2021, v. 1, p. 34-53.

KRENAK, Ailton. **Encontros.** Org. Sergio Cohn. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2015.

LEMOS IGREJA, Rebecca; SIERRA, María Teresa. **Pluralismo Jurídico e Direitos Indígenas na América Latina: Fundamentos e Debates:** Legal Pluralism and Indigenous Rights in Latin America: Foundations and Debates. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 44, n. 3, 2020.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11º Ed. São Paulo. Ed. Brasiliense, 1984, p. 08.

LUCIANO BANIWA, Gersem José dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje.** Brasília: MEC/UNESCO/LACED/Museu Nacional, 2006.

MACIEL, LUCIANO MOURA. **O Acesso à Justiça dos Povos Indígenas e o Necessário Diálogo com o Novo Constitucionismo Latino-Americano.** *Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, S. B. do Campo*, v.22, n.1, jan./jun. 2016.

PATAXÓ, Keyla Francis de Jesus da Conceição. **A INVISIBILIDADE DO INDÍGENA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO: As Organizações Indígenas e a luta pela representação política.** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós- graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018. Pg. 24.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o Direito ser emancipatório?** *Revista Crítica de Ciências Sociais.* 65. maio/2003.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; et al. *Meio ambiente, território e práticas jurídicas: enredos em conflito.* São Luiz. EDUFMA, 2011.

SIEDER, Rachel. “Povos indígenas e direito na América Latina”, in César Rodríguez Garavito (coord.) **Direito na América Latina: os desafios do século XXI**. Buenos Aires: Siglo XXI: 302-321., 2011. ISBN: ISBN 978-987-629-192-7.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgInt na PET no REsp n. 1.586.943/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 1/7/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário n. 1.017.365 SANTA CATARINA**. Voto Proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamento de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito**. Dossiê. Revista Direito e Práxis, Outubro – Dezembro. v. 10, p. 2711-2735, 2019.