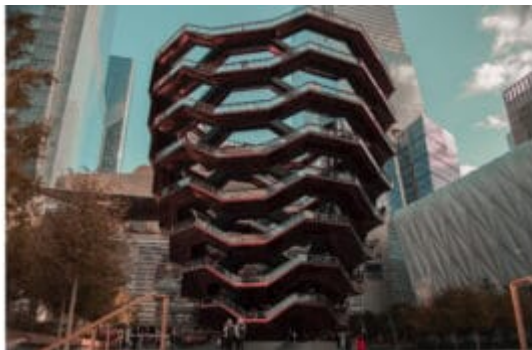


O direito dos índios



Por **MARCUS GIRALDES & MARCUS V. A. B. DE MATOS***

Comentário crítico sobre o parecer do jurista Lenio Streck

A qualquer observador minimamente informado e consciente da realidade brasileira não passará despercebido o contexto mais geral de violência e ameaça em que se dá o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário 1017365. O processo judicial trata especificamente do direito de posse da nação indígena Xokleng às suas terras tradicionais, em Santa Catarina, das quais foram expulsos ao longo das primeiras décadas do Século XX.

No entanto, como o STF definiu repercussão geral para esse julgamento, isso significa que a decisão a ser tomada para esse caso concreto irá orientar a resolução de outros conflitos que tenham por objeto terras tradicionais indígenas que estejam ocupadas por não-indígenas. Por outro lado, uma decisão desfavorável ao direito constitucional das nações indígenas poderá acarretar, inclusive, processos de anulação de demarcações já efetivadas.

O que está em litígio para repercussão geral é a validade da “tese do marco temporal”, uma invenção dos representantes jurídicos dos grandes fazendeiros para dizer que a letra da Constituição Federal não vale plenamente para os indígenas. Segundo essa “tese”, não importa que o texto constitucional diga expressamente que “são reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231), pois o que estabelecem os advogados, juízes e políticos em nome do latifúndio é que esse direito só vale para os indígenas que estivessem ocupando suas terras, as demandando judicialmente ou em comprovado “conflito possessório” na data da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988. Como dizem Juliana Neuenschwander e Rubens Caixeta (2021), “o marco temporal coloca o próprio texto constitucional em questão, retomando debates superados há trinta anos, não obstante os direitos originários dos índios às suas terras sejam direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas da CF/88”. Na mesma linha, Carolina Santana e Conrado Hübner Mendes (2021) afirmam que “o STF decidirá se as terras indígenas serão reconhecidas aos indígenas, como estabelece a Constituição, ou se, uma vez mais, indígenas padecerão de um novo malabarismo analítico para impedir que o artigo 231 seja respeitado”.

Como se trata de uma ficção, gênero narrativo tão caro aos juristas, desde que, em geral, a narração seja aquela do poder, não importa, para eles, que até o advento da Constituição de 1988 os indígenas fossem tutelados pela FUNAI (apenas com o art. 232 do texto constitucional é reconhecida a legitimidade jurídica das comunidades e organizações indígenas), que o Brasil antes disso não fosse um Estado de direito (o regime militar havia acabado em 1985, mas a “constituição” ditatorial continuava vigente), e que a ditadura militar caracterizou-se por ser um período de extermínio e tortura em massa de indígenas (o que, afinal, ficou demonstrado pelo excelente trabalho da Comissão Nacional da Verdade). Ademais, é completamente ilógico o argumento de perda do direito dos índios às terras tradicionais das quais foram violentamente expulsos quando tal direito tem sido reconhecido desde um Alvará Régio de 1680 e encontra-se positivado em todos os textos constitucionais desde 1934. A Constituição de 1988 apenas declara um direito que já existia, ainda que o faça numa linguagem constitucional avançada em termos de pluralismo cultural e reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Desconsiderando toda a história, a ficção jurídica inconstitucional do “marco temporal” funciona da seguinte forma: perdem o direito de posse às suas terras tradicionais aquelas comunidades indígenas que, uma vez expropriadas por milícias de pistoleiros, pela polícia, pelo Exército ou por todos estes reunidos no interesse privado de fazendeiros, grileiros, madeireiros ou garimpeiros, e por vezes bombardeadas com napalm ou confinadas em campos de concentração

organizados pelo Estado, não ingressaram, como homens brancos acompanhados de seus advogados ou procuradores, com uma ação judicial para a qual precisariam de autorização e suporte da FUNAI, um órgão de governo. E, segundo insiste essa ficção dos juristas do latifúndio, os indígenas sobreviventes de expropriações e massacres deveriam ter ajuizado a ação durante a ditadura militar ou no máximo até três anos depois do seu término, durante o governo Sarney, quando ainda continuava vigente muito do seu aparato legal e institucional. Para a ficção do “marco temporal”, a ditadura militar era um Estado de direito e as comunidades indígenas tinham pleno acesso à justiça para fazer valer seus direitos.

A “tese do marco temporal” concede um falso benefício aos indígenas, pois na ausência de “controvérsia possessória ajuizada”, admite-se a evocação de efetivo conflito pela posse da terra. Em outras palavras, os indígenas que não ingressaram com uma ação judicial no período deverão comprovar que estavam em luta contra os expropriadores armados de suas terras. Como bem traduzem Pedro Pulzatto Peruzzo e Vinícius Gomes Casalino (2021), a exigência é de que a parte em geral mais pauperizada da população brasileira faça prova da luta, em 1988, “contra jagunços e proprietários de terras muito bem alimentados e armados”. E a apresentação de prova sobre as “circunstâncias de fato”, quando feita nos processos judiciais, enfrenta dificuldades para ser aceita por um Judiciário pouco sensível aos direitos indígenas.

Embora a ficção inconstitucional do “marco temporal” seja anterior ao bolsonarismo, constando da decisão que julgou a demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol no ano de 2009 – na verdade essa “tese” aparece pela primeira vez em um voto do Ministro Marco Aurélio Melo em um julgamento de 1998 (CAIXETA; NEUENSCHWANDER, 2021) – não resta dúvida que a espoliação dos indígenas e a destruição do meio ambiente estão entre as prioridades do atual governo da extrema direita. Este tem se caracterizado por ser uma aliança de interesses e ideologia entre a alta burocracia militar parasitária e os elementos mais reacionários, agressivos e racistas da classe dominante. Destes, os donos de igrejas e os autodenominados ruralistas (o eufemismo para a frente que reúne tanto o agronegócio economicamente pujante quanto o latifúndio arcaico) destacam-se por sua adesão maciça ao bolsonarismo e pela influência político-ideológica que possuem (“o mito é um enviado de Deus” e “o agro é pop”). Nessas relações de poder há uma especial proximidade entre oficiais militares e ruralistas, que compartilham uma mesma estratégia de ocupação territorial que se opõe ao direito dos indígenas e à preservação do meio ambiente.

Mas as hordas bolsonaristas vão muito além desses personagens, pois a aliança militar-burguesa é atravessada por um movimento de massa de extrema direita nas redes sociais e nas ruas, que é tanto sua base quanto sua vanguarda, e pelo banditismo que existe no interior do aparelho policial-judiciário de Estado, de onde provêm a sua retaguarda e alguns de seus operadores. Enquanto Bolsonaro tenta desesperadamente encenar a sua Marcha sobre Roma, o clima de constantes ameaças de ruptura por parte de setores militares e policiais vai consolidando um estado de chantagem golpista permanente que corrompe e degrada ainda mais os direitos e a institucionalidade vigente. Nessa conjuntura, a derrota da tese do “marco temporal” pelo STF teria hoje um duplo significado: reafirmar o direito originário das nações indígenas e contribuir para interpor limites jurídicos ao consórcio golpista ruralista-militar. Esta tomada de atitude seria uma parte da resistência, mas, por certo, não toda a resistência necessária. É preciso aproveitar o instante de fraqueza e aparente recuo do governo desde o 07 de setembro para impedi-lo de continuar com suas ações destrutivas e desestabilizadoras, o que exige a retirada urgente do delinquente chefe de crimes contra a humanidade.

No julgamento e no debate cívico acerca do “marco temporal” aparecem à cena, de um lado do palco, o movimento indígena e seus amigos e, do lado oposto, o latifúndio e seus aliados, com suas tropas de advogados e pareceristas contratados. Nesse cenário chama atenção, e para muitos provoca surpresa, que o latifúndio exiba, na defesa de seus interesses, um parecer assinado pelo ilustre jurista Lenio Streck, datado de 18 de agosto de 2021, por demanda de uma banca de advogados contratada por algumas associações do agronegócio e de capitalistas do algodão. No linguajar ideológico corrente, eles se autodenominam “produtores”, como se fossem os patrões e não os trabalhadores aqueles que cultivam e colhem o algodão.

Procurador de Justiça aposentado do estado do Rio Grande do Sul, advogado e professor na UNISINOS e na Estácio de Sá, Lenio Streck é atualmente um dos mais respeitados e influentes juristas do Brasil. Doutrinador de referência no direito constitucional e estudioso aclamado da hermenêutica jurídica, Streck é um autor prolífico, com diversos livros e artigos acadêmicos publicados, um programa de mídia sobre Direito e Literatura, e uma verve que se espalha em uma infinidade de textos em blogs jurídicos e políticos. Além do mais, Streck é um jurista engajado no debate público, com posições identificadas com o chamado campo progressista, pessoalmente ligado ao PT e tendo se destacado nos últimos anos na

oposição ao golpe parlamentar-judiciário de 2016 e na denúncia pública dos abusos e ilegalidades da Operação Lava Jato. Ainda como exemplo de sua versatilidade intelectual e política, o seu nome consta dentre os autores do recém lançado livro em homenagem ao Dr. Augusto Aras, que ocupa a função de Procurador Geral do Bolsonarismo. Aliás, esse livro exaltação, publicado pela Editora Fórum com o curioso título *Estado, direito e democracia*, diz muito da cultura dominante entre as elites do Brasil.

O mesmo que disse Lampedusa sobre a Itália cabe na descrição de nosso país, afinal o Brasil também é um “país das acomodações (*accomodamenti*)”. As elites podem se dividir entre liberais (ou até de esquerda) e conservadoras (muitas vezes reacionárias), mas tende a existir um limite até onde uma ala está disposta a se opor a outra. Toda essa tradição do “tapinha nas costas” entre os de cima nunca impediu, e até ajuda a garantir, a perpetuação de uma das maiores desigualdades econômicas do mundo e uma realidade cotidiana de feroz violência física e simbólica contra as camadas subalternas, especialmente sofrida por indígenas e negros. Em certa medida, é a extrema direita bolsonarista quem hoje tem colocado algum freio ao costume histórico dos ajustes e acordos pelo alto, e o faz perversamente com uma retórica “antissistema” cujo verdadeiro sentido é destruir o Estado de direito corrompido e a pouca democracia que temos a fim de tornar o sistema ainda mais desigual, autoritário, violento, corrupto e carregado de privilégios, em favor da classe dominante e da elite militar. Apesar de tudo o que tem acontecido, essa novidade histórica ainda não foi absorvida por todos na oposição. Analisar os motivos dessa combinação de erro de interpretação com falta de um maior inconformismo diante do momento atual fugiria ao objeto deste artigo.

Mas voltemos ao parecer de Streck. Trata-se de um produto de mercado cujo valor de uso é influenciar ideologicamente uma decisão judicial que terá efeito na vida de centenas de milhares de indígenas brasileiros. É certo que um advogado privado tem o direito de selecionar seus clientes de causas e pareceres e cada um é livre para escolher seu lado na luta de classes e na guerra do capital contra comunidades tradicionalmente oprimidas. Contudo, também há o direito de crítica política e jurídica. Como bem disse o Frei Sérgio Antônio Görgen (2021), “cada escolha também é uma sentença”. No mais, o discurso que apregoa a separação absoluta entre a esfera privada e o espaço público é meramente ideológico, uma falsa consciência que visa ocultar a realidade estrutural de que a economia e a vida privada também são campo de relações coercitivas de poder.

Por seu conteúdo, o parecer chama atenção por uma presença e por uma ausência. A primeira é a proposta de solucionar o caso a partir da aplicação de institutos e métodos de direito estrangeiro sem qualquer referência na nossa Constituição Federal, algo completamente arbitrário e, diríamos, *nonsense* (que nos perdoem aqui o inglês). A segunda é o silêncio sobre a relação do julgamento da “tese do marco temporal” com os temas da herança da ditadura militar e da justiça de transição.

Vejamos o que está presente explicitamente no parecer. A peça é do início ao fim carregada de citações de termos jurídicos em inglês, extraídos do sistema da common law, forma existente no Reino Unido e em países de colonização inglesa, de modo que um leitor desavisado poderia até se perguntar se o julgamento está se dando em Londres ou Washington, ou talvez em Ottawa ou Camberra. Como explica o parecer, em um sistema jurídico como o nosso, no Brasil e em outros países que seguem a tradição jurídica romano-germânica, “o papel de garantir estabilidade (como previsibilidade) foi conferido à figura da lei”, enquanto “na matriz jurídica anglo-saxão –, ela foi buscada na tradição e, por isso, vem associada à autoridade dos precedentes” (FL. 7). Na common law, um modelo como o nosso é denominado civil law, para marcar a especificidade deles.

Importante ter em vista que, ao contrário do que faz crer Streck, o método da common law no Reino Unido e nos Estados Unidos depende de um regime político-constitucional estável para que um precedente seja efetivamente construído sistematicamente. E isso ocorre pelo costume, nunca pela iniciativa legislativa somente. Como importar e aplicar uma lógica baseada em “precedentes” e costumes a um regime como o nosso, cuja constituição acabou de completar 33 anos? No entanto, o precedente é sempre algo vivo. Na própria experiência da common law estadunidense, os precedentes costumam ser alterados, aproximadamente e salvo exceções notáveis, a cada 40 anos (SUSTEIN, 1995: 1733-1772) – o tempo em que, na história constitucional brasileira, teríamos já trocado de constituição.

Não negamos, por óbvio, que o direito comparado possa ser fonte de aprendizado e trocas, afinal, como ensina Niklas Luhmann, o direito é mundial enquanto forma da comunicação. Mas sabemos também que nas disputas concretas que envolvem interesses políticos e econômicos, as referências escolhidas nunca são ingênuas. Por que a escolha da common

law e não do novo constitucionalismo latino-americano de constituições plurinacionais como as de Bolívia e Equador, elaboradas com forte presença de movimentos sociais indígenas?

Não resta dúvida que países como Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Austrália têm muito pouco o que ensinar sobre o tratamento de populações indígenas. Pelo contrário, devemos com eles aprender muito mais o que não fazer. A common law nunca impediu as atrocidades do colonialismo inglês contra povos dominados. Não impediu o genocídio indígena nos Estados Unidos e o confinamento dos sobreviventes e descendentes em reservas miseráveis, hoje arrasadas pela Covid-19. Não impediu a crueldade dos internatos de crianças indígenas no Canadá, que funcionaram até o final do século XX, com cemitérios infantis sendo descobertos até os nossos dias, cobrindo aquele país de vergonha e suscitando debates sobre justiça de reparação. Não tem impedido a perpetuação da pobreza extrema e do racismo contra os aborígenes na Austrália.

Alguém poderia argumentar que toda sorte de barbárie também é conhecida em países da tradição jurídica continental europeia ou civil law, como a vigente no Brasil, com suas codificações e primazia da lei geral escrita. É um fato. Nenhum modelo jurídico é garantia de nada, por si só, e basta lembrar, por exemplo, que no Brasil Império as relações escravistas de produção estiveram inscritas na letra de algumas normas legais. Mas o que se questiona aqui é a importação arbitrária e descontextualizada de um modelo estrangeiro, desconsiderando direitos fundamentais positivados em uma Constituição republicana como a nossa, que, bem ou mal, é resultado de lutas e relações de forças e que é (ou deveria ser) o marco institucional do fim da ditadura militar.

Mais precisamente, a common law evocada pelo parecer de Streck é a técnica jurisprudencial estadunidense, ou o que ele entende por ela. Alguém poderia se perguntar se o autor não se confundiu e deu por já concluído o intento original do governo Bolsonaro em transformar o Brasil em uma colônia dos Estados Unidos. No entanto, ninguém poderá dizer que o autor do parecer não é coerente ao adotar uma postura colonizada a fim de defender a perpetuação de uma situação colonial para as nações indígenas.

Logo no início do parecer, o autor faz a ressalva de que iria se limitar à “discussão teórica e dogmática-processual relativa à estabilidade e autoridade das decisões judiciais, à segurança jurídica e às expectativas normativas da sociedade, sem adentrar, porém, o mérito da questão indígena” (FL. 2). O julgamento envolve repercussão geral em matéria constitucional, mais especificamente direito fundamental de uma parte da população brasileira que tende ser a mais pauperizada e que está submetida a toda sorte de iniquidades. Porém, o parecerista tenta resolver o problema evocando uma preliminar processual qualquer que afastaria a necessidade de análise do mérito. De fato, em todo o percurso do parecer, chama atenção que em nenhuma passagem são sequer mencionados os artigos da Constituição Federal referentes aos direitos indígenas. E na sua chicana “dogmática-processual”, ele ainda usa o argumento da “segurança jurídica”, enquanto a realidade concreta é que a “tese do marco temporal” significa uma ameaça à segurança e à vida física e cultural dos indígenas.

Em seu parecer, os argumentos propriamente de direito são muito simples, e equivocados, ainda que envoltos em uma cansativa exibição de erudição jurídica. O autor justifica a escolha da referência (colonizada, diga-se de passagem) no direito estadunidense porque, segundo ele, “é inegável que Direito brasileiro(sic) vem intensificando sua aproximação com a Common Law, sobretudo a partir da positivação de um conjunto de institutos de matriz anglo-saxã, promovida em larga medida pelo Código de Processo Civil” (Fl. 10). Mas são apontadas apenas duas normas do CPC: o inciso VI do §1º do art. 489 (Fl.9), que estabelece que uma sentença não estará devidamente fundamentada caso o magistrado deixe de justificar por que não seguiu “súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte”, e o art. 926 (Fl.11) que trata do dever dos tribunais em “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Chama muita atenção que um constitucionalista cite duas normas infraconstitucionais de processo civil para justificar a perda de um direito fundamental positivado no texto constitucional. Há nessa argumentação uma evidente inversão da hierarquia do ordenamento jurídico. No parecer de Streck, quase todo baseado na defesa da aplicação no Brasil do que ele entende serem noções da construção jurisprudencial estadunidense, o direito brasileiro, quando aparece, está de cabeça para baixo.^[1]

É curioso observar que o parecer sustenta o sentido exatamente oposto a de posições teóricas anteriormente manifestadas pelo autor. Recomendamos por sua facilidade de acesso, a série de artigos publicado no site do Conjur em 2016 (ver, por, exemplo, Por que os commonlistas brasileiros querem impedir os juízes de interpretar?; Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II; Uma tese política à procura de uma teoria do direito – Parte III), onde o Professor Lenio Streck critica justamente a importação descontextualizada da common law, a tentativa de bloqueio à interpretação dos

juízes por certa adoção política da tese dos precedentes, e o intento de que lei infraconstitucional ou decisão judicial venham criar competência não prevista na Constituição Federal. Resumindo, tudo que, desdizendo-se agora, é defendido no parecer. Resta saber se o autor mudou de opinião ou se ele convive com uma separação absoluta e incomunicável entre as posições do constitucionalista e as do parecerista privado.

A despeito de seus rodopios retóricos, o núcleo argumentativo do parecer em relação ao caso concreto é que as “salvaguardas institucionais” estabelecidas, em 2009, no julgamento pelo STF da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol “tecnicamente” um “precedente”. E junto do estabelecimento dessas “salvaguardas” estaria – que coincidência – a tal “tese do marco temporal” em 05/10/1988, que é o que mais interessa ao latifúndio. O parecer reconhece que um precedente não é o mesmo que a jurisprudência reiterada e que não é necessária a existência de uma decisão formal que expressamente vincule o precedente para o futuro (Fl. 11). As ressalvas no parecer eram logicamente imprescindíveis, pois de fato não há uniformidade jurisprudencial em favor da “tese do marco temporal” e o próprio STF, quando julgou, em 2013, os Embargos de Declaração do caso Raposa Serra do Sol, decidiu que aquele acórdão não tinha força vinculante. Pelo contrário, o tribunal máximo do país estabeleceu a repercussão geral para o que sair do julgamento sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos Xokleng. Então por que o “marco temporal” seria “tecnicamente” um precedente? Porque entende Streck que tal decisão do caso Raposa Serra do Sol atenderia aos requisitos do que seria um precedente conforme estabelecido pela tradição jurisprudencial e pela doutrina...dos Estados Unidos. Será que também estaríamos obrigados, por alguma “força moral e persuasiva”(Fl. 16), a escrever *Fox Sun Hills*?

Como enumera o parecer, os requisitos *Made in USA* do que seria um precedente são a sua autoridade moral e, o mais importante, uma “substância fundamentadora universalizável”, ou seja, o que “dentro do precedente” existe de “generalizante independente dos fatos tratados”, aquilo que a doutrina gringa denomina “*ratio decidendi*” ou “*holding*” (FLs. 7-8). Como se vê, o parecer é recheado de jargões e anglicismos, mas em nenhum lugar de suas vinte e cinco folhas, Streck nos diz, afinal, qual seria a *ratio decidendi* da “tese do marco temporal”, o que lhe exigiria uma fundamentação em conformidade com a Constituição Federal...do Brasil. Não é por menos, pois presumimos que ele não estaria contratualmente autorizado a admitir que a única razão da “tese do marco temporal” é o interesse sórdido do poder econômico em expropriar o direito de posse dos índios às suas terras tradicionais. E o texto constitucional não prevê que um tribunal, ainda que seja a mais alta instância do Poder Judiciário do país, esteja dotado de qualquer competência para derrogar um direito fundamental positivado.

Se o parecerista não diz qual a *ratio decidendi* contrária ao direito das comunidades indígenas expropriadas antes do advento da Constituição de 1988, como medir a sua “força moral e persuasiva”? Sabemos que a persuasão conhecida pelos indígenas são os canos das armas ao serviço do latifúndio, dos madeireiros e do garimpo. Porém, Streck constata que o “marco temporal” seria um precedente por três motivos. Primeiro, ele afirma que o “marco temporal” inserido na ementa do acórdão referente à demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol “representa um grande avanço em termos de conquista civilizatória”. Trata-se aqui de mais uma afirmação solta no parecer sem qualquer explicação. Nesse ponto, faltou, pelo menos, que ele nos contasse a qual civilização se refere. Segundo, a decisão judicial que mencionou o “marco temporal” em um julgamento específico (Raposa Serra do Sol) teria as características de uma lei em sentido material, dotada, portanto, de “generalidade, universalização e abstração” (FL. 13). Aqui ele esquece a lição básica de que uma norma geral, universal e abstrata pode ser absolutamente inconstitucional e igualmente violadora de direitos humanos. Nesse caso específico, o caráter de “generalidade, universalização e abstração” da norma jurisprudencial é apenas aparente. Na verdade, o “marco temporal” assemelha-se mais a uma medida administrativa de arbítrio típica de ditadura, pois se trata de uma decisão política contra um grupo particular oprimido a fim de favorecer economicamente um outro grupo particular que é dotado de capital político. Terceiro, o autor sustenta que haveria um precedente na menção a um “marco temporal” de ocupação de terras indígenas pelo fato de que a decisão “produziu impactos nas esferas administrativa, legislativa e judicial”(FL. 16). Que diabo de impactos teriam sido esses? Ele cita novas decisões judiciais que descumprem o direito constitucional dos indígenas, duas portarias governamentais em favor dos interesses do latifúndio e alguns projetos de lei de autoria de deputados de direita cujos teores são contrários à letra e ao espírito da Constituição. No entanto, uma decisão judicial, um ato de governo e uma lei infraconstitucional não são, ou não deveriam ser, capazes de derrogar norma constitucional, ainda mais em matéria de direito fundamental. Não obstante, parece que para Streck, quando o tribunal, o governo e alguns parlamentares serviços do latifúndio se referenciam na “tese do marco temporal”, então é óbvio que há “força moral” e racionalidade/“*holding*”. Diante da impossibilidade de fundamentar a “tese

do marco temporal” na Constituição Federal, o autor recorre simplesmente a um argumento redundante de fé no poder político e judiciário. Quando conveniente, basta dizer que o poder legitima-se por si mesmo.

Contra possíveis críticas, óbvias, de que estaria se valendo de uma perspectiva conservadora, Streck pretende demonstrar que o precedente não é uma camisa de força e que a common law é capaz de mudar. Sim, mas com limite e sem pressa, ele nos alerta. Como veremos nos parágrafos seguintes, para deixar claro que não é um conservador, Streck acaba se valendo de argumentos ultrarreacionários. Ademais, sem ter como mencionar qual a *ratio decidendi* da “tese do marco temporal”, posto que inexistente, ele precisa garantir, ao menos, que tal “salvaguarda” do latifúndio não seja abandonada por decisões no presente e no futuro. O autor quer estabelecer quais as hipóteses que poderiam levar a uma imaginária derrota da “tese do marco temporal”, simplesmente para concluir que não há nenhuma possibilidade de revisão que atenda o direito dos indígenas.

Os leitores que não tenham desistido diante de toda afetação retórica derramada no parecer irão chegar a uma de suas mais absurdas passagens, que é o comentário sobre alguns casos judiciais célebres da Suprema Corte dos Estados Unidos. Vejamos três deles. Um é o caso *Dred Scott v. Stanford*, de 1857, que declarou a constitucionalidade da escravidão (FL. 17). Para o autor do parecer, se “precedentes não fossem passíveis de revisão – e engessassem o sistema jurídico com uma posição insuperável sobre determinada matéria –, a escravidão perduraria até os dias de hoje” (FL.18). Primeiro, o parecerista se esquece que a escravidão chegou ao fim nos Estados Unidos por meio de uma guerra civil e não pela graça de juízes esclarecidos e observadores dos métodos da common law. As condições históricas impuseram que os senhores de escravos fossem militarmente derrotados e subjugados pela força das armas. Ele também esquece que a abolição da escravidão foi formalizada por emendas escritas à Constituição. Segundo, em 1857 aquela decisão judicial pró-escravidão já estava em oposição à consciência universal avançada, que havia experimentado as revoluções liberais, o jacobinismo, a Revolução Haitiana e os primeiros movimentos socialistas. Quase quarenta anos antes daquela espúria decisão da Suprema Corte, Hegel havia afirmado que, mesmo que esteja factualmente assentado em ordens normativas existentes, o instituto da escravidão é sempre contrário a qualquer conceito verdadeiro de direito (HEGEL, 2010, parágrafos 2 e 57). Que viesse hoje um jurista assumidamente reacionário admitir a legitimidade jurídica da escravidão naquela época, isso já seria intolerável. Quando tal disparate emerge da escrita de um jurista tido por “progressista”, o absurdo é carregado de surpresa. Essa é uma boa oportunidade para uma reflexão acerca de uma maior cautela com uso da palavra “progressista”, que é carregada de significados contraditórios entre si, a depender do ponto de vista social. Lembremos da crítica revolucionária de Walter Benjamin à catastrófica marcha do progresso dos vencedores, em suas *Teses sobre o conceito da história*. No Brasil, muitos dos crimes cometidos contra os indígenas têm sido praticados em nome do “progresso” das forças produtivas capitalistas.

Outra decisão da Suprema Corte mencionada no parecer é o caso *Plessy v. Fergunsson*, de 1896, que autorizou a prática da segregação racial em locais e serviços públicos, revisado quase sessenta anos depois, apenas em 1954, no caso *Brown v. Board of Education*, que pôs fim a tal regime nas escolas públicas. Não resta dúvida que a segregação racial já era uma abominação jurídica no final do Século XIX e é notório que a manutenção dessa torpeza nos Estados Unidos serviu de inspiração para a legislação racial do nazismo quase quarenta anos depois. A lista de decisões absurdas segue com o caso *Bowers v. Hardwick*, que, pasmem, em 1986 autorizou a criminalização da “sodomia masculina” pelas legislações estaduais, o que viria a ser revisto apenas em 2003 (FL.18). Dezesete anos após a rebelião de Stonewall, os magistrados da Suprema Corte julgaram em desconsideração ao movimento gay estadunidense e essa decisão violadora de liberdades individuais durou mais dezesete anos.

Todos esses exemplos trazidos ao parecer são provas da resiliência conservadora, e em grande medida reacionária e bárbara, da ordem jurídica estadunidense. Contudo, Streck vislumbra candidamente nesses casos “a dimensão da responsabilidade política que marca as decisões da Suprema Corte, sobretudo quando se põe em marcha o movimento de revisar e superar um precedente” (FL. 18). Que precedentes? Escravidão, segregação racial e criminalização da homossexualidade. No caso do fim da segregação racial nas escolas públicas, decidida judicialmente apenas em meados dos anos cinquenta do século passado, nove após a derrota militar do nazi-fascismo, e conquistada nas ruas pelo acúmulo da luta heroica do movimento negro de massa nos Estados Unidos, o reconhecido teórico brasileiro da hermenêutica saúda na decisão a demora com que foi tomada, para ele “uma estratégia temporalmente moderada para a produção de seus efeitos” (FL. 18).

O parecerista nos explica professoralmente que para o abandono de um precedente é exigida uma “alteração do sentido normativo relacionada à matéria, no plano da intersubjetividade” (FL. 20). Esse argumento é muito interessante, pois evidencia de maneira muito explícita o seu caráter alienado e ideológico. Ora, que subjetividades são essas? Certamente não é adequado que sejam analisadas sem levar em consideração a formação econômica e o sistema político vigentes. Em uma ordem escravocrata, as subjetividades que determinam as decisões judiciais não são aquelas dos escravos. É sintoma de tempos difíceis quando precisamos a todo momento dizer o óbvio. Enquanto historicamente algumas subjetividades foram reprimidas pelo poder armado do Estado, os juízes puderam decidir levando em consideração apenas as que eram permitidas. Contudo, há dialética. Ao longo da história, os oprimidos lutam por sua emancipação, tentam furar o bloqueio estabelecido pelo poder, muito raramente alcançam alguma vitória individual dentro daquele sistema restrito, coletivamente acumulam forças, sofrem revesses, persistem, avançam, acumulam novamente forças, até que conquistam alguma vitória coletiva que signifique um acréscimo de liberdade. É um exercício de intersubjetividade, não há dúvida, mas em conflito, muitas vezes de vida e morte, e não a fantasia jurisprudencial pintada no parecer em favor do latifúndio.

O caráter conservador da *common law*, apesar de suas origens históricas serem anteriores, está assentado na sua relação com sistemas políticos modernos pouco abertos à participação política das classes subalternas. Tenhamos em vista a distorção do regime de distritos eleitorais no Reino Unido e a manutenção de uma câmara alta aristocrática, o que historicamente resulta na sub-representação da classe trabalhadora. Pior tem se dado nos Estados Unidos, seja pela perseguição estatal aos partidos e movimentos de esquerda, seja pela distorção numérica do sistema eleitoral de delegados, seja pela coerção criminosa ou burocrática contra o cadastro e o comparecimento eleitoral dos negros, sem esquecer que essa república, autodeclarada “terra da liberdade”, conviveu durante décadas com o regime escravista. Esse bloqueio parcial à socialização política dos de baixo determina a dita “intersubjetividade” que chega às cortes e fundamenta as decisões judiciais.

O conservadorismo da *common law* no Reino Unido e nos Estados Unidos nunca passou despercebido aos observadores críticos. Em seu exílio em Londres nos anos 30, o jurista marxista Franz Neumann, ao estudar especificamente o sistema jurídico britânico, constatou que “a *common law* é extremamente racional, mas apenas para os ricos. Ela continua irracional, em ampla medida, para o pobre e para a pequena burguesia” (2013: 432). É certo que conquistas ocorreram e que um Estado de bem estar social foi estabelecido no Reino Unido após a Segunda Guerra, mas tais avanços foram consolidados principalmente no parlamento a partir de lutas na sociedade civil. E nos Estados Unidos, também após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu um processo de “virada interpretativa” em seu regime constitucional no sentido de mitigar um pouco a desigualdade, ainda que em termos muito mais jurídicos do que econômicos. Há uma dialética particular nesses regimes que não podemos perder de vista. Se por um lado, os bloqueios à ação política das classes subalternas, mais nos Estados Unidos do que no Reino Unido, dificultaram e até impediram, dentre outros fatores, o crescimento da esquerda, de outro lado, o conservadorismo de suas instituições sedimentou uma estabilidade que serviu de proteção para que esses países não sucumbissem a ditaduras fascistas ou militares, inclusive porque estas não se fizeram necessárias como defesa da ordem social capitalista.

Se há uma verdade no parecer de Streck é a comparação, provavelmente involuntária de sua parte, entre as supostas juridicidades da escravidão e da segregação racial no passado e a tentativa de legalização do esbulho de terras tradicionais indígenas no presente. Ao empregar sua sofística na defesa da “tese do marco temporal”, o autor acaba sustentando a legitimidade jurídica da escravidão e da segregação racial. Acreditamos que o tenha feito sem perceber, no afã da retórica.

Toda a argumentação do parecer sobre as mudanças em um sistema da *common law* redundam em uma tautologia. Nele, se um precedente muda é por que deveria mudar, se não muda é por que deveria permanecer como está. A confissão de conformismo é explícita e ele cai em um “realismo jurídico” bastante vulgar. Evidentemente, o autor defende que a “tese do marco temporal” venha a ser consolidada como repercussão geral pelo STF, esse é o intuito do parecer, e por isso a classifica como um precedente que estaria assentado em uma suposta *ratio decidendi* que ele nunca diz qual é, mas que produz uma misteriosa “força moral e persuasiva”. Há aqui uma evidente manobra, também tautológica: o “marco temporal” deve ser julgado como tendo repercussão geral porque já seria obrigatório, antes mesmo da decisão do STF, devido a sua suposta condição inexplicável de “precedente”.

Entretanto, há uma diferença abismal entre o caso em julgamento no Brasil e todos os demais exemplos de mudança de precedentes na Suprema Corte dos Estados Unidos evocados ao longo do parecer. Ainda que lentamente e arrastando-se

por décadas de pesadas injustiças normatizadas, todos os casos trazidos da jurisprudência estadunidense são da passagem de um estado de não direito para uma situação de reconhecimento de direitos subjetivos. A via foi a da maior liberdade. No Brasil, a “tese do marco temporal” significa o exato oposto: a expropriação de um direito fundamental positivado na Constituição Federal. Uma derrota judicial dos índios estaria na via de uma maior opressão. É como se nos Estados Unidos de hoje se inventasse um novo “precedente” que ordenasse a volta da segregação racial.

Mencionados todos esses precedentes da jurisprudência da common law estadunidense, o autor chega finalmente ao objetivo de seu parecer: afirmar que a “tese do marco temporal” não é passível de revisão que beneficie os indígenas. Como ele explica em seu parecer, haveria condições determinadas para a substituição de um precedente por um novo, que seriam as razões de direito e de fato que justificariam, a partir da “identificação da *ratio decidendi* do precedente, para que então seja possível confrontá-la com nova discussão judicial”, a fim de “evidenciar, com clareza, por que o precedente precisa ser modificado, isto é, por que ele se tornou frágil ou inadequado diante do caso concreto”. Seria, portanto, necessária que se interpusse, diante do precedente jurisprudencial estabelecido, mudanças tanto da intersubjetividade jurídica quanto da realidade dos fatos. Consequentemente, tais transformações exigiriam um “esforço hermenêutico” que as demonstrasse (FL. 20). Esforço hermenêutico mesmo (e que esforço!) é justificar a escravidão, a segregação racial, a criminalização da homossexualidade e a manutenção da expropriação de terras indígenas. Afinal, ninguém poderá desconhecer o esforço do parecerista.

Dizer que não há base intersubjetiva para a recusa da “tese do marco temporal” é levar em consideração, nesse caso, apenas a relação entre as subjetividades do latifúndio expropriador e da alta burocracia militar ávida por privilégios. O sujeito coletivo movimento indígena brasileiro, em suas muitas organizações e etnias, nunca aceitou ser espoliado de suas terras ancestrais e de suas condições de existência. Contudo, nem sempre essa subjetividade indígena é levada em conta pelos juízes. Um pouco adiante, o parecer diz algo mais em desconsideração aos indígenas. Após citar a passagem do voto do Relator, Ministro Edson Fachin, em que este afirma o “acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil”, ele exige que se apresente provas, “demonstração concreta, material” da existência de “maior prejuízo à questão indígena”. Ora, considerando a opressão das populações indígenas há cerca de quinhentos anos e a piora trazida pelo atual governo da extrema direita, esse argumento é, no mínimo, um escárnio.

Mas a exigência de demonstração factual é apenas um artifício, pois o parecerista conclui que tal provado notório infortúnio vivido pelos indígenas no Brasil, que ele não admite em nenhuma passagem de seu texto, não é possível de nos ser dada, tendo em vista que “nenhuma das partes busca a revisão do precedente Raposa Serra do Sol” (FL. 21). Aqui o texto induz uma confusão entre revisão de precedente a partir do julgamento de um novo caso concreto e ação rescisória, um remédio jurídico específico previsto no Código de Processo Civil para casos transitados em julgado. Primeiro, como demonstramos, a “tese do marco temporal” não é um precedente juridicamente válido nos termos do nosso sistema jurídico, mas uma violação da Constituição Federal. Segundo, nem as partes são as mesmas nos processos Raposa Serra do Sol em Roraima e dos Xokleng em Santa Catarina, nem haveria interesse jurídico na rescisão do primeiro caso, pelo menos por parte dos indígenas que tiveram reconhecida a posse de suas terras tradicionais sem serem atingidos pela “tese do marco temporal”.

Em sua alienação da realidade concreta dos indígenas brasileiros, que são alvo de ataques de inimigos poderosos, o parecer diz que não haveria “*turning point* hermenêutico” (FL. 23) para a não aplicação da “tese do marco temporal”, considerada arbitrariamente por ele como sendo um precedente, apesar de o STF ter decidido que apenas no caso dos Xokleng é que se dará a repercussão geral. Traduzamos então todo o argumento do parecer de Streck em uma frase: o STF tomou algumas decisões contrárias a direito fundamental positivado na Constituição Federal, mas, no julgamento da repercussão geral para o futuro, o tribunal está obrigado, por imposição de direito de Estado nacional estrangeiro, a insistir no erro e derogar direito constitucional dos indígenas, e para isso basta citar alguns jargões em inglês e manipular a história dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Como o parecer pró-latifúndio é todo baseado em uma proposta de importação arbitrária da *common law*, é salutar que sejam abordados brevemente mais alguns aspectos dessa tradição jurídica. A leitura de Streck sobre a *common law* parece bastante limitada à experiência constitucional estadunidense, ignorando sua origem: o arcaico sistema de direito inglês. Trata-se de um sistema jurídico pré-moderno, atualizado constantemente, mas com significativa parte da sua validade dependente da realidade histórica, política e social. Em um contexto onde não há uma constituição codificada em um único

texto legal declarado como hierarquicamente superior, como no caso do Reino Unido – embora muitas leis constitucionais britânicas sejam, sim, escritas – os precedentes, e sua posterior e permanente modificação, são simplesmente a própria forma de construção do direito. Acrescenta-se, no entanto, que as chamadas “convenções constitucionais” são normas de direito não-escritas e, por isso, quase nunca sujeitas à revisão judicial – salvo nos casos onde o Parlamento Britânico as tenha transformado em “estatuto”. Nesse aspecto, é importante dizer que os juízes na *common law* entendem que fazem lei com suas decisões, embora, por outro lado, limitem ao mínimo seu o papel de intérpretes dos “Estatutos”, a legislação aprovada pelo parlamento. A lei é feita pelos juízes ao decidir os casos em si, baseando-se aqui não apenas nos Estatutos do Parlamento, mas também nas suas próprias decisões anteriores, os precedentes, que servem, portanto, para dizer o que o direito é hoje.

Porém, o método proposto pelo autor em considerar um caso explicitamente declarado sem validade geral pelo STF (a Raposa Serra do Sol), como sendo um “precedente”, é um equívoco em muitos sentidos. Se é possível falar em um “método da *common law*”, como propõe o professor Martin Louhglin (2013: 21), este tem significado absolutamente distinto daquele aplicado por Streck – que se restringe estritamente a uma tentativa de interpretação (reacionária, aliás) da realidade constitucional estadunidense. Por exemplo, apesar da força dos precedentes em seu sistema, a *common law* inglesa rejeita em absoluto a ideia de que uma proposição geral, ainda que com validade jurídica, possa ser diretamente gerada ou inferida a partir de um precedente advindo de uma decisão jurídica em um caso concreto anterior, no modelo de “*judge made law*” (na citação em inglês tão ao gosto de alguns). Em decisão proferida no início do século 20, no caso *Quinn v. Leatham*, de 1901, Lord Halsbury dizia que uma decisão judicial só pode ser considerada como “autoridade” pela decisão em si, e nunca como apoio a uma “proposição que parece ser logicamente decorrente dela”. Seu argumento é muito interessante. Para Halsbrury, fazer uma aferição de uma proposição de lógica geral, a partir de um precedente e desconsiderando a realidade dos fatos do caso concreto, revela “uma razão modal que pressupõe o direito como sendo necessariamente um código lógico, quando qualquer advogado sabe que o direito não é, de maneira nenhuma, constantemente lógico”.

Todo o parecer de Streck caracteriza-se pela propagação de uma suposta superioridade da racionalidade da *common law* dos Estados Unidos, o que o faz desconsiderando a história concreta daquele país. Entretanto, o início da virada interpretativa em seu regime constitucional veio tão somente após a Segunda Guerra Mundial, por diversas determinações de ordem externa e interna. Mas essa mudança interpretativa é constantemente apagada da história constitucional recente. Mesmo juristas considerados progressistas nos EUA, como Cass Sustein, defendem a existência de um “excepcionalismo constitucional” que teria marcado a história dos EUA, corroborando com a tradicional leitura de Alexander Hamilton, de que os Estados Unidos seriam um exemplo de “construção constitucional” intencional – em oposição à experiência europeia, que teria sido marcada pelo conflito social e pelo absolutismo despótico e, só por acaso, resultado em uma experiência constitucional democrática (RANA, 2015: 267). Essa redenção interpretativa é, naturalmente, uma estratégia revisionista que busca afastar a história constitucional dos EUA da sua origem material: o imperialismo europeu e anglo-saxão, que deixou as mesmas marcas de massacres indígenas e segregação racial institucionalizada em todos os países onde estabeleceu seu domínio – como na África do Sul, Austrália e Canadá.

O constitucionalismo democrático que se advoga ideologicamente que existe hoje nos EUA é, portanto, uma interpretação que reabilita a Constituição dos EUA, mas que tem, na verdade, algumas décadas apenas. Trata-se de um revisionismo histórico que mascara um Estado nacional superclassista que, mesmo após a independência, incluiu um projeto de escravidão e de extermínio indígena. Tudo isso foi compatibilizado com a Constituição dos EUA até um passado relativamente recente. Não foi por outra razão que o movimento negro nos EUA, em geral, e o Partido dos Pantera Negras, em particular, “defenderam uma nova assembleia nacional constituinte e uma ruptura com a ordem legal” naquele país (RANA, 2015: 269). E é baseado em tal experiência colonizadora, instituída através da escravidão africana e do extermínio indígena, cujo “precedente constitucional” mais antigo é a violação completa da autodeterminação e da existência dos povos originários, sem qualquer tipo de reparação, que Streck propõe a sua defesa da “tese do marco temporal” contra os direitos dos indígenas brasileiros.

Por fim, algumas breves linhas sobre a grande ausência que atravessa o parecer, além, é claro, da falta de referência na própria Constituição Federal como norma, conforme já demonstramos nos parágrafos acima. O parecer se omite diante da relação entre “marco temporal” e ditadura militar. As graves violações de direitos humanos contra os indígenas durante aquele regime são conhecidas e bem documentadas. O livro de Octavio Ianni, *Ditadura e agricultura*, publicado pela

primeira vez em 1979, é um clássico, mas há toda uma bibliografia sobre o tema. A ditadura militar organizou e promoveu a expropriação de terras e o extermínio físico em massa de indígenas e camponeses a fim de abrir espaço para a expansão do capitalismo pelos campos e florestas do Brasil, favorecendo empresas, latifundiários e grileiros, e realizando grandes obras públicas que deveriam fornecer a infraestrutura útil para o desenvolvimento da economia. Sem dúvida, o trabalho da Comissão Nacional da Verdade é um marco para a consciência dessa violência, por tudo o que conseguiu reunir e sistematizar da história do período, das memórias e testemunhos das vítimas, e dos números que descobriu. Estima-se em mais de oito mil indígenas mortos pelo regime.

Durante a ditadura militar, os Krenaks foram confinados em campos de concentração, os Waimiri-Atroari foram bombardeados com napalm e agente laranja, e muitos outros atos hediondos vitimaram várias etnias. Esses fatos são o que está escondido por trás da “tese do marco temporal”, pois, uma vez conhecidos, revelam por que tantos indígenas não estavam em suas terras em 05 de outubro de 1988. O genocídio contra os indígenas não começou na ditadura militar, e infelizmente não terminou com ela, mas é fato que teve nesse regime de arbítrio um ponto alto. Os mesmos interesses econômicos que no passado motivaram toda essa violência são os que hoje pressionam pela legitimação jurídica do esbulho das terras tradicionais indígenas, sendo que tais intentos se veem fortalecidos com a ascensão da extrema direita ao governo. Em janeiro de 1976, o Ministro do Interior do governo Geisel, Rangel Reis, declarou: “Os índios não podem impedir a passagem do progresso (...) dentro de 10 a 20 anos não haverá mais índios no Brasil.” O governo Bolsonaro é o herdeiro dos planos de genocídio racial e cultural daquele ministro da ditadura.

Portanto, recusar a “tese do marco temporal”, declarando-a inconstitucional e violadora de direitos humanos, constituiu-se em medida necessária de justiça de transição que nos coloque fora tanto do histórico geral de barbárie contra os indígenas quanto da ditadura militar que permanece por meio de estruturas que não são aceitáveis. Em 2010, o STF teve uma chance de romper com a ditadura militar e não o fez. O mesmo tribunal que até 2003 ainda mantinha ministro nomeado pelos generais e continuou pelos anos seguintes com outros que foram orientando acadêmicos de próceres do regime.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153 requereu que a Lei da Anistia fosse interpretada de acordo com a Constituição Federal atualmente vigente e que, portanto, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deveria ser revista a impunidade dos agentes da ditadura militar que cometeram violações de direitos humanos. Contudo, o STF não apenas manteve aquela proteção aos autores de tais crimes, como nas razões daquele acórdão introduziu a exótica “tese” de que aquela impunidade é uma “norma-origem” da Constituição de 1988, uma vez que foi incorporada ao ato normativo de 1985 que convocou a Assembleia Constituinte. Apesar dessa declaração contrária à originalidade da Constituição de 1988 ter sido defendida por apenas dois ministros, Eros Grau e Gilmar Mendes, a “tese” acabou incorporada à redação final do acórdão. Para os ministros do STF, não apenas a ditadura militar é considerada um Império do direito, como a ordem constitucional atual é tida como uma continuidade evolutiva daquele regime autocrático.

Desde 2016, os fantasmas da ditadura militar voltaram a atormentar o país. Desde 1º de janeiro de 2019, os fantasmas estão no governo e matando muita gente.

Embora a “tese do marco temporal” seja cronologicamente anterior (o julgamento da demarcação da Raposa Serra do Sol é de 2009 e já havia menções antes disso), ela é a contraface anti-indígena da decisão pró-ditadura militar proferida na ADPF n. 153. Ambas baseiam-se na ficção absurda de que a ditadura militar era um Estado de direito e tratam como fato consumado os seus crimes e efeitos. Aliás, há uma curiosa coincidência de detalhe entre a impunidade dos agentes da ditadura militar reafirmada em 2010 e o julgamento da repercussão geral da “tese do marco temporal” em 2021. Neste último caso, um jurista identificado com a esquerda, Lenio Streck, forneceu um parecer favorável aos interesses do latifúndio. Na ADPF n. 153, o voto do Relator Eros Grau para que tudo continuasse como está baseou-se, dentre outras referências, na citação de um prefácio escrito por um jurista também identificado com a esquerda, o ex-Governador Nilo Batista.

Alguém que desconheça ou finja desconhecer a história do genocídio indígena no Brasil poderia argumentar que a “tese do marco temporal” não se limita ao período da ditadura militar, pois o evento limite da promulgação da Constituição Federal ocorreu durante o governo Sarney. Entretanto, para os indígenas era como se a ditadura militar não houvesse terminado. O presidente da FUNAI durante o governo Sarney foi Romero Jucá, o mesmo da frase, muitos anos depois, em 2016, do “grande acordo nacional, com Supremo, com tudo”, e considerado por Dário Kopenawa “o maior inimigo dos povos indígenas do Brasil” (BBC Brasil, 25/05/2016). Na segunda metade dos anos 80, já oficialmente sem generais à frente do

governo brasileiro, ele levou adiante uma gestão fortemente anti-indígena, o que configurou um dos piores períodos de violações de direitos humanos contra essa parte da população brasileira, segundo consta no relatório produzido pela Comissão Nacional da Verdade. Jucá favoreceu a invasão de milhares de garimpeiros a terras habitadas por indígenas e como reação às críticas que recebeu por esse apoio, ele expulsou, em 1987, os profissionais de saúde que atendiam à população Yanomami. Alegando na época razões de “segurança nacional” contra ONGs e missionários estrangeiros, ele impediu a assistência médica, inclusive por parte de profissionais brasileiros, em meio a um quadro grave de epidemias, principalmente de gripe e malária, trazidas pela presença dos mesmos garimpeiros que acobertava e incentivava. Cabe lembrar que os responsáveis por esses atos de violação de direitos humanos ainda estão sujeitos a serem julgados e punidos, pois o crime de genocídio não prescreve e eles não estão protegidos pela desculpa da Lei de Anistia, já que os fatos são posteriores a 1979.

Em sua manifestação no julgamento do “marco temporal”, o Procurador Geral do Bolsonarismo apresenta mais um viés de legitimação da ditadura militar. Aparentando conciliar com a posição da instituição que chefia, o Ministério Público Federal, que tem se destacado por alguns de seus membros na defesa da validade dos direitos indígenas declarados na Constituição Federal, ele gasta muitas linhas para dizer que é contra a “tese do marco temporal”. No entanto, ao final de seu parecer, na parte dispositiva, a que produz efeito para a coisa julgada caso venha a ser acatada, o procurador defende que as demarcações sejam decididas caso a caso e de acordo com a lei vigente durante a ocorrência dos fatos. Se o direito dos indígenas às suas terras é reconhecido desde 1680, isso não deveria ser um problema. No entanto, o mais provável, conhecendo-se as relações de poder no Brasil e o caráter classista do Poder Judiciário, é que essa falsa solução, caso adotada pelo tribunal, venha a servir de fundamentação para se dizer, diante dos casos concretos, que os crimes praticados contra os indígenas antes de 1988 estão cobertos pela “legalidade” do período.

Por sua vez, o homem de Bolsonaro dentro do STF, Ministro Nunes Marques, proferiu um voto sem qualquer dubiedade. Após o Relator do processo ter se posicionado contra o “marco temporal”, ele deixou explícito o seu alinhamento de classe, mas sem encobrir os fatos. A sua clareza foi didática. Ele reconhece toda a violência praticada contra os Xokleng, inclusive o esbulho de terras, mas conclui que tudo deva continuar como está, em nome da “segurança jurídica” e da preservação da “propriedade privada”. Em seguida, na mesma sessão de 15 de setembro, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista do processo, devolvendo-o em 11 de outubro para que o presidente do tribunal agende nova data para a reabertura do julgamento.

Não por coincidência, e em afinidade com o voto de Nunes Marques, que lhe é posterior, o parecer de Streck também evoca a defesa da “segurança jurídica”. Os oficiais militares entreguistas e traidores da pátria ainda usam a expressão anacrônica “segurança nacional”, que dava nome à doutrina oficial castrense de submissão aos Estados Unidos. Como é notório, a palavra “segurança” costuma ser um estandarte do discurso conservador ou reacionário. Em sentido oposto, a verdadeira segurança jurídica e nacional seria garantir a concretização da Constituição Federal, mas o que pretendem os defensores do “marco temporal” é a manutenção do status quo dos fatos, ou seja, a continuidade da realidade de insegurança para os oprimidos. Quanto à proteção da “propriedade privada”, o parecer de Streck nada diz, o que seria redundante, tendo em vista as associações de latifundiários que o contrataram por meio de seus advogados.

Diante da defesa que a Escola Histórica do Direito de Savigny fazia da conservação dos “direitos” feudais em terras alemãs, pelo costume ou pela jurisprudência, o jovem Marx sentenciou que aquela era “uma escola que justifica a infâmia (*Niederträchtigkeit*) de hoje pela infâmia de ontem” (2005: 146). Contra todas as teses e ideologias jurídicas baseadas em interpretações reacionárias de precedentes judiciais da opressão, costumes dos dominadores ou tradições das classes exploradoras, aquela crítica de Marx continua atual.

No que se refere às populações indígenas do Brasil, a infâmia de ontem: a espoliação, as doenças, os estupros, a escravidão e o genocídio de cinco séculos, incluindo o extermínio em massa, os campos de concentração e o napalm administrados pela ditadura militar. A infâmia de hoje: esbulho de terras, exploração assalariada ou análoga à escravidão, miséria, matanças, estupros, velhas e novas epidemias, serviços públicos precários e a reiteração da aliança histórica entre latifúndio e Exército em prol de um novo projeto autocrático. Ainda assim, apesar de tudo, os índios resistem. Viva a resistência indígena, hoje, ontem, sempre!

***Marcus Giraldes** é doutor em direito pela PUC-Rio.

***Marcus V. A. B. de Matos** é professor de direito na Brunel University, Londres e fundador da Rede Cristã de Advocacia

Popular (RECAP).

Referência

O parecer de Lenio Streck pode ser consultado na íntegra em: <https://t.co/m5LQZy3Ts2?amp=1>.

Bibliografia

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito da história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAIXETA, Rubens; NEUENSCHWANDER, Juliana. *Duas visões do passado e um só futuro para os povos indígenas no Brasil: um julgamento histórico no STF*. **A Terra é Redonda**, 31/08/2021. Disponível em: https://aterraeredonda.com.br/dois-marcos-temporais/?doing_wp_cron=1631690672.6368699073791503906250.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas*. In: *Relatório Final, Volume II, Texto 5*.

GÖRGEN, Frei Sérgio Antônio. O marco temporal e a decepção Streck. *Sul21*, 24/08/2021. Disponível em: <https://sul21.com.br/opiniaio/2021/08/o-marco-temporal-e-a-decepcao-streck-por-frei-sergio-gorgen/>.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio*. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.

IANNI, Octávio. *Ditadura e agricultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986.

LAMPEDUSA, TomasiDi. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2012.

LOUGHLIN, Martin. *The British Constitution - a very short introduction*. Oxford: OUP, 2013.

MARX, Karl. Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução. In: *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RANA, Aziz. Colonialism and Constitutional Memory, 5 U.C. Irvine L. Rev. 263 (2015). Disponível em: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol5/iss2/4>.

SANTANA, Carolina; MENDES, Conrado Hübner. Marco temporal não pacifica sequer a relação do Supremo com o agro. *Jota*, 08/09/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaio-e-analise/artigos/marco-temporal-nao-pacifica-sequer-a-relacao-do-supremo-com-o-agro-08092021>.

SUSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*. Vol. 108, No. 7 (May, 1995).

PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASALINO, Vinícius Gomes. O parecer técnico e a técnica da política: discussão sobre o Marco Temporal. *Boletim Lua Nova, Cedec*, 23/08/2021. Disponível em: <https://boletimluanova.org/o-parecer-tecnico-e-a-tecnica-da-politica-discussao-sobre-o-marco-temporal/>.

Nota

[1] A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 positivou as figuras da repercussão geral (art. 102, § 3º) e da súmula vinculante (art. 103-A), e obviamente estes não poderão ter um conteúdo concreto contrário aos direitos da Constituição Federal. Por

outro lado, o precedente, nos termos da *common law*, que é uma norma jurídica nascida de decisão do mesmo tribunal ou de tribunal superior, não existe em nosso ordenamento jurídico e, muito menos, poderia derrogar norma expressa da Constituição Federal. Aliás, em tese, nem nos Estados Unidos, por mais aberto que seja o seu texto constitucional

A Terra é Redonda