

STF: guardião ou porteiro da Constituição?

Supremo tem atuado de forma antidemocrática no caso do novo marco temporal



No último dia 5 de agosto houve, no STF, a primeira audiência da Comissão Especial imposta por decisão judicial para promover a conciliação no âmbito das ações ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86 sobre a tese do [marco temporal](#) para demarcação de terras indígenas.

O tema não é novo. Surgiu na Constituinte de 1987 e lá mesmo foi enfrentado e sepultado. A [Tese de Doutorado](#) da coautora deste artigo, defendida na UnB, inclusive, desconstrói o que o ministro

Gilmar Mendes determinou em sua decisão na formação da Comissão Especial: a retomada e aprofundamento dos argumentos do então deputado constituinte Nelson Jobim sobre a demarcação de terras indígenas.

[Assine a newsletter Últimas Notícias do JOTA e receba as principais notícias jurídicas e políticas do dia no seu email](#)

O tema já foi enfrentado e superado em 1988. Foi retomado sem fundamento constitucional ou legal no RE ([Tema 1031 da repercussão geral](#)) e rechaçado pelo STF em setembro de 2023.

Em clara reação legislativa, o Congresso Nacional editou a [Lei 14.701/2023](#), vetada pelo presidente da República. O Congresso, todavia, derrubou o veto. E, assim, a lei estabeleceu o marco temporal como critério para a demarcação das terras indígenas.

Convém, então, perguntar: pode o Congresso editar lei com conteúdo idêntico àquele declarado inconstitucional pelo STF?

Pode, desde que a lei se fundamente em novos argumentos não enfrentados no julgamento pelo Supremo, ou caso haja uma mudança de cenário fático que torne a lei compatível com a Constituição. Não foi isso que aconteceu com a Lei 14.701/2023.

Nos termos em que foi editada, a lei sofre de presunção de inconstitucionalidade, pois não se fundamenta em argumento novo ou não enfrentado pelo STF quando do julgamento do Tema 1031. Também não houve qualquer mudança de cenário fático a justificar a imposição do marco temporal como critério legal para a demarcação de terras indígenas.

Em face dessa lei, foram propostas as ações de controle abstrato

ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86.

O caso é fácil. E situações como essa não são novidade para a teoria do controle judicial de constitucionalidade e nem para a prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Mas o Supremo resolveu inovar. O ministro relator Gilmar Mendes determinou a criação de uma [Comissão Especial](#) destinada a conciliar os conflitos decorrentes da lei.

Cabe conciliar no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade? O STF pode transacionar os direitos dos povos indígenas, uma minoria sistematicamente aviltada? Mais do que isso, pode formar comissão especial destinada a conciliar e com uma composição majoritariamente formada por pessoas que não sofrerão os impactos da decisão?

Não, não pode. [Não cabe conciliação no controle abstrato de constitucionalidade que analisa compatibilidade de lei com presunção de inconstitucionalidade](#). Para além do evidente erro normativo, de violação da Constituição, do CPC e do RISTF, a questão que se coloca com a insistência na formação de Comissão Especial é: que papel o STF quer assumir? [O professor Dimitri Dimoulis e a professora Soraya Lunardi foram direto ao ponto: ou o STF assume o papel de negociador ou o de Suprema Corte](#).

Mas tem mais. Como mostrou a jornalista Malu Delgado no [Portal Sumaúma](#) (o portal dirigido por ninguém menos que Eliane Brum), o dia 5 de agosto foi o dia em que homens brancos e engravatados se reuniram para decidir sobre as vidas dos povos indígenas. Na condução da audiência, foi dito aos indígenas presentes que se não concordassem com a audiência e saíssem da Comissão Especial, eles seriam representados pela Funai.

Negou-se aos indígenas a representação direta que a Constituição lhes assegura. E mesmo advertido pela professora e advogada Eloisa Machado (FGV-SP), o juiz que conduz a Comissão Especial manteve a imposição. Como magistrado, deveria saber que sua conduta viola o art. 232 da CF. Como juiz auxiliar, deveria ajudar a guardar a Constituição, e não criar meios de violá-la.

No dia 28 de agosto, uma quarta-feira, a segunda reunião da Comissão Especial aconteceu. Não sem uma surpresa anterior, ocorrida no final de semana. No domingo, o ministro relator Gilmar Mendes proferiu uma decisão incluindo o BNDES na Comissão Especial – como se demarcação de terras indígenas e aferição da constitucionalidade das leis fosse uma questão de desenvolvimento social dos povos indígenas. De quebra, inseriu mais uma entidade na Comissão e tornou os indígenas ainda mais minoritários na mesa de negociação.

O episódio ilustra por que o título deste texto importa. O STF deve guardar a constituição, ou ser porteiro dela? Qual a diferença?

Guardião, guarda. Porteiro controla.

A professora Vera Karam de Chueiri, titular da cadeira de Direito Constitucional da UFPR, escreveu uma tese ([a sua tese de titularidade](#)) que nos permite pensar sobre como fundamentar e operacionalizar o potencial radical da nossa Constituição.

É um livro-tese de teoria constitucional, mas também um livro-tese normativo. E propositivo. Num determinado momento da obra, a autora trata da difícil relação entre constitucionalismo e democracia. E enfrenta essa tensão ao invés de apaziguá-la.

A autora mostra que, enquanto a democracia significa a vontade absoluta do povo, das maiorias populares, o constitucionalismo

significa a limitação dessa vontade. O constitucionalismo se relaciona à forma e ao conteúdo da comunidade política constituída por meio da Constituição.

O constitucionalismo se relaciona à forma quando trata da limitação do poder absoluto do povo. E se relaciona ao conteúdo quando trata de instituições dotadas de autoridade para tomar decisões legítimas sobre os compromissos substantivos tomados pela comunidade política formada pela (e em torno) da Constituição. Isso significa dizer que o constitucionalismo como teoria quer dizer que a Constituição importa a ponto de justificar alguns sacrifícios de outros valores importantes para a sociedade.

O constitucionalismo funciona, assim, como um guardião (e não um porteiro) da forma e do conteúdo constitucional, protegendo cada um e cada uma, na esfera da sua autonomia e de suas respectivas concepções de vida boa diante da noção compreensiva de bem-estar da comunidade.

A comunidade que a Constituição de 1988 constituiu e que nos constitui até hoje é exatamente a que reconhece o direito dos povos indígenas às terras tradicionalmente por eles ocupadas.

No entanto, o que temos assistido até aqui neste caso do novo marco temporal é o Supremo atuando como porteiro, e não como guardião da Constituição. O STF tem atuado de forma antidemocrática e contra o constitucionalismo que o forjou como guardião da Constituição.

O porteiro atualmente tem dito e imposto quem entra, quem fala e quem negocia. E se houver discordância, ponha-se para fora, porque o prédio vai continuar funcionando. Um guardião, por sua vez, teria cuidado com as entradas e participações, especialmente se fossem pessoas que compõem minorias vulneráveis e que veem ali naquele

prédio a sede da justiça, do tratamento com igual respeito e consideração.

Até aqui, o STF está sendo porteiro. O silêncio sobre a prevenção do ministro Edson Fachin fala bastante também sobre outro tipo de seletividade (mas isso é tema para outro artigo).

Diálogo se faz em conjunto, com igualdade formal (na comissão especial isso significa, no mínimo, paridade de composição), com igualdade material (na comissão especial isso significa escuta dos povos indígenas, possibilidade de participação substantiva deles, com tempo e disposição para a conversa), com respeito e equidade no tratamento (na comissão especial isso significa suspender a vigência da lei para que os indígenas possam dialogar sobre ela sem a ameaça de ter suas terras aviltadas e suas vidas ceifadas – como está ocorrendo agora, neste momento, com o povo guarani-kaiová em Mato Grosso do Sul).

Há tempo, forma e modo de se corrigirem os rumos. Se a intenção foi nobre, a prática dela, no entanto, mostrou que a via foi errada e a insistência nela tende ser desastrosa. **A melhor solução é encerrar a Comissão Especial, já que os indígenas já não mais a compõem e seguir com ela violaria a Constituição e os tratados internacionais de que o Brasil faz parte (seria uma medida inconstitucional e inconvencional), e levar as ações a julgamento.**

Afinal, o tema não é novo. E se o STF é um órgão contramajoritário, pode e deve decidir contra a maioria eventual que aprovou a Lei 14.701/2023 impondo o novo marco temporal. Se o STF é um tribunal de proteção dos direitos fundamentais, das minorias, se já decidiu no julgamento do Tema 1031 pela inconstitucionalidade do marco temporal, então a solução não deveria nem ser difícil e nem

demorada.

A lição da tese da professora Vera Karam de Chueiri (UFPR) nos mostra que **a portaria do STF já tem sido bem seletiva e desigual; é preciso que o tribunal retome a sua vocação de guardião da Constituição.**