



Saulo Andr  : Corrida pelo marco temporal das terras ind  genas

Nas últimas semanas tem-se acirrado os debates a respeito da questão indígena. De um lado está o Congresso, que aprovou recentemente na Câmara o PL 490/2007 em regime de urgência, dispondo sobre a demarca o de terras indígenas. Do outro está o STF (Supremo Tribunal Federal), que no início deste mês pautara o tema no julgamento do RE n  1.017.365-SC (Tema 1.031), o qual foi mais uma vez adiado por [pedido de vistas](#).

Tanto no Legislativo quanto no Judiciário o que se discute   sobre a partir de qual data a terra pode ser considerada tradicionalmente ocupada pelos povos originários, conforme previsto no artigo 231 da Constitui o^[1]. Em 2009, o próprio STF, julgando o caso da demarca o da reserva indígena Raposa Serra do Sol^[2], em Roraima, fixou, apenas para aquele caso, o dia 5 de outubro de 1988 (data da promulga o da atual Constitui o).

Passados quase 15 anos, o Supremo volta a discutir o tema, mas desta vez de forma vinculante, ou seja, para todos os demais casos, presentes ou futuros, que tratem do assunto. Há também a possibilidade de a corte superar seu entendimento sobre o marco temporal, passando a considerar a ocupa o silvícola independente de data pré-fixada, haja vista que os indígenas já estariam nas terras antes mesmo da funda o do Estado brasileiro.

Temendo essa guinada jurisprudencial, o Congresso, representando os interesses políticos e econ micos de grupos ligados ao agronegócio, vem se mobilizando com vistas a manter o marco temporal em 5 de outubro de 1988. Proposto na Câmara há anos, o PL 490/2007 foi aprovado em maio do corrente ano e hoje tramita no Senado.

Como a questão vem se desenvolvendo em paralelo e sem uma data prevista para término,   importante que nos debrucemos sobre os possíveis contextos decorrente do acolhimento ou rejei o da matéria nesses dois poderes da república, de modo a saber,   luz do texto constitucional, qual decisão deverá prevalecer.

O primeiro e mais simples dos cenários será o da permanência do marco temporal em 8 de outubro de 1988, seja por meio da futura lei do Parlamento, seja em decorrência da decisão do STF. Nesse caso, Pretório Excelso s  manteria a linha jurisprudencial em vigor desde a demarca o da Raposa Serra do Sol, mas desta vez, em caráter *erga omnes*; o Congresso, por sua vez, apenas positivaria o entendimento da Corte.

Além disso, outros dois cenários se apresentam no horizonte e decorrem da possibilidade de supera o do entendimento do Supremo a respeito do marco temporal, em detrimento da sua possível aprova o na futura lei ainda em vota o no Poder Legislativo, suscitando em muitos a d vida sobre qual das duas decisões deverá ser cumprida: a do STF ou a do Congresso.



REPRODUÇÃO Caso o marco temporal seja aprovado antes no Congresso e o

STF inove na questão, é preciso atentar de início que a futura novel lei não terá o condão de influenciar no julgamento dos ministros, dado se tratar de tema de repercussão geral no qual estará em análise a constitucionalidade ^[3] do marco temporal à luz da Constituição. Seria um contrassenso afirmar no caso que uma lei ordinária se sobrepusesse sobre a decisão judicial exarada com base na Constituição — cuja supremacia vem sendo há décadas afirmada e fortalecida no Brasil.

Sobre isso, merece transcrição a lição do mestre Mauro Cappelletti^[4] que diz:

"A norma constitucional, quando a Constituição seja 'rígida' e não 'flexível', prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como na França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as Gesetze prevalecem sobre as Verordnungen. Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja 'relevante' uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda."

Logo, a legislação infraconstitucional, por não constituir parâmetro de aferição para fins de controle de constitucionalidade a ser feito no julgamento do Tema 1.031, não deverá prevalecer sobre a deliberação final do Supremo, podendo até mesmo ser declarada inconstitucional por arrastamento (que ocorre quando a invalidade abrange, para além da norma atacada, todas as outras que tenham com ela alguma relação de contrariedade ao Texto Maior).

A outra hipótese seria a de o STF julgar o caso antes, não reconhecendo o marco temporal, e a lei vier a ser posteriormente aprovada no Congresso. Algo semelhante já ocorrera na jurisprudência da nossa Corte Constitucional e ficou doutrinariamente conhecido como reação legislativa ^[5], que ocorre quando o parlamento aprova uma lei em sentido oposto ao de decisão proferida pela corte. Em julgado de 2015 ^[6], a corte reconheceu a existência do fenômeno mediante certas condições, explicitadas com maestria na seguinte passagem do voto do relator:

"Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis in your face), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional.i

A nosso sentir, a forma açodada como Congresso tem lidado nas últimas semanas com a tramitação do marco temporal é um forte sintoma de que o parlamento pretende interferir em uma eventual mudança no entendimento do STF sobre a questão, apenas para atender aos interesses políticos dominantes em suas casas.

Duas semanas antes da última sessão do Supremo que analisou o Tema 1.031, realizada em 7 de junho, a Câmara dos Deputados (que há quase 15 anos levava o PL 490/2007 em banho-maria) aprovou a tramitação de urgência no projeto e o aprovou em 30 de maio, sem ter promovido uma discussão democrática acerca da temática. Agora no Senado, também há pressão, conforme a imprensa vem divulgando, ^[7] para que o projeto seja votado e aprovado em tempo recorde.

Em um primeiro momento, a lei do Congresso dispendo sobre o marco temporal, nascendo com presunção de constitucionalidade, produziria seus efeitos, haja vista que decisões do STF em repercussão geral apenas vinculam ^[8] os demais órgãos do Poder Judiciário. Não obstante, haverá grande probabilidade de propositura de ação de controle concentrado contra a possível lei, em um Supremo que já estaria orientado em julgá-la inconstitucional.

Diante desses cenários, fica visível que a decisão do Supremo sobre o marco temporal (na função de guardião máximo da Constituição prevista no artigo 102 da CF/88) sobrepõem-se à que o Congresso pretende adotar. Ainda que haja mudança de entendimento, o STF tem legitimidade dada pela Lei Maior para se debruçar sobre o assunto e decidir da melhor forma conforme a evolução que o tema sofrer com o passar dos tempos, o que é normal em um Estado democrático de direito.

Apenas para ficarmos em alguns exemplos de julgados conhecidos que implicaram em mudança na jurisprudência do Supremo, quem não lembra da época em que os aprovados dentro das vagas previstas no edital de concurso público tinham mera expectativa de direito à nomeação e o STF, sensível à situação de milhões de concurseiros, passou a entender que havia direito líquido e certo^[9]? Quem não lembra de quando casais homoafetivos não podiam casar e o Supremo deu a última palavra no sentido de garantir esse direito, enquanto até hoje o Congresso não analisa projetos que regulamentem direitos LGBT ^[10]? E quem não lembra da mudança de entendimento do Pretório Excelso sobre a posição concretista a respeito da concessão de mandados de injunção, garantindo o acesso a direitos constitucionais do cidadão muitas vezes negados por inércia do Poder Legislativo^[11]?

Todos esses foram casos postos à mesa do STF que, compreendendo a mudança do contexto fático e jurídico, evoluiu e alterou seu próprio entendimento. Agora, na questão do marco temporal das terras indígenas, estamos diante de um panorama de possível alteração de entendimento. Caso tal venha a se confirmar, o movimento que vem sendo feito no Congresso afronta a separação e independência dos Poderes, pois o objetivo do PL 490/2007 é, de alguma forma, sustar a decisão da Corte, caso não atenda aos interesses dos grupos políticos dominantes hoje no Parlamento.

Portanto, nessa corrida pelo marco temporal, é preciso que cada Poder aja dentro do seu desenho institucional previsto na Constituição, que erigiu o Judiciário (e o Supremo como seu órgão máximo) como o último a se pronunciar em matéria de interpretação constitucional, mesmo que, como já disse outrora Rui Barbosa ^[12], isso represente para alguns "errar por último".

[1] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[2] Pet 3.388. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Dje 25/09/2009.

[3] A Carta Magna, ao estabelecer as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, apenas o admite contra decisões que de alguma forma a violem: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[4] CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992. p. 77-78.

[5] Para quem desejar maior aprofundamento, recomendamos a leitura do artigo do mestre Márcio André Lopes Cavalcante neste [link](#)..

[6] ADI 5105/DF. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Dje 16/03/2016.

[7] Vide as seguintes reportagens: [aqui](#), [aqui](#) e [aqui](#).

[8] Assim dispõe o CPC, no art. Art. 927: Os juízes e os tribunais observarão: (...) III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

[9] RE 598.099. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 03/10/2011.



[10] ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Dje 14/10/2011.

[11] MIs 670, 708 e 712. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 31/10/2008.

[12] Em sessão de 29 de dezembro de 1914, o Águia de Haia travou um debate com o colega Pinheiro Machado, que se insurgia contra uma decisão do STF. Rui interveio e definiu com precisão o poder da Suprema Corte em matéria constitucional: *“Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.”*