Leandro da Guarda: PEC sobre terras indígenas é inconstitucional

Está em discussão no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição Federal que altera os artigos 61 e 231, da Constituição Federal, e artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de modificar o procedimento de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

À proposta inicial (PEC 215/2000), foram apensadas diversas outras que tratam do tema[1],tendo o relator, Deputado Osmar Serraglio, apresentado Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição 215-A/2000.

Dentre as diversas alterações apresentadas nesse substitutivo, destaco os dispositivos que submeteriam o procedimento de demarcação de terras indígenas à aprovação de projeto de lei:

> "Art. 1º O § 1º, do art. 61 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III :
>
> Art. 61 …….
>
> § 1º São iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
>
> ……
>
> III – delimitem terras indígenas."(NR)
>
> Art. 2º O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> 'Art. 231…….
>
> § 9º A delimitação definitiva das terras indígenas far-se-á por lei, competindo ao Poder Executivo propor em projeto de lei de sua iniciativa privativa os limites e confrontações da área indígena, ou, havendo conflito fundiário, a permuta de áreas, assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo relativo às encravadas em seus territórios."

Todavia, nesse ponto, manifestamente inconstitucional a proposta. Senão, vejamos.

O artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal consubstancia limitações ao poder constituinte derivado reformador, ao estabelecer parâmetros mínimos de garantia da unidade do texto constitucional, por meio das denominadas "cláusulas pétreas":

> "§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I – a forma federativa de Estado;

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais”

Em outras palavras, a revisão constitucional não pode atingir o núcleo essencial da proposta do poder constituinte originário, como leciona Canotilho:

“A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de cláusulas de irreversibilidade e de um processo “agravado” de leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado.”[2]

De outro lado, diferentemente das regras, os princípios são considerados “mandados de otimização”, que têm caráter “normogenético”, na medida em que se prestam a criar e orientar a aplicação da regra. Dessa forma, o poder de reforma do constituinte derivado também está sujeito à adequação aos princípios constitucionais norteadores originais.

Nessa linha, os direitos territoriais dos povos indígenas devem ser interpretados, em primeiro lugar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que constituem em última análise garantia à existência das comunidades indígenas nos limites previstos constitucionalmente, isto é, as terras utilizadas “para suas atividades produtivas”, mais “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” bem como aquelas “necessárias à reprodução física e cultural” (artigo 231 da Constituição Federal).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi estabelecido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da CF/88), sendo considerado um princípio maior, norteador na ponderação de valores constitucionais, situando-se na doutrina como uma exceção à igualdade hierárquica dos princípios.

Tal proteção advém também de compromissos assumidos em diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos aos quais aderiu o Brasil, notadamente a Convenção OIT 169 e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos/1969).

Importante ressaltar, nesse ponto, que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição dispõe expressamente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disso, em que pese o direito originário às terras indígenas não tenha um caráter universalista, a doutrina reconhece que direitos atribuíveis a coletividades determinadas também podem constituir direitos fundamentais, em razão das singularidades dos sujeitos que compõem as sociedades multiculturais.[3]

Aliás, no julgamento da PET 3.388 (TI Raposa Serra do Sol), o Supremo Tribunal Federal identificou o caráter de direito fundamental que reveste a demarcação das terras indígenas, tendo em vista ser a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

"concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica", ancorada na materialização do princípio da igualdade, conforme se observa da ementa do acórdão:

"Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural."

Assim, ainda que possa haver alguma restrição a esse direito constitucional reconhecido aos indígenas, o núcleo essencial garantidor não pode ser eliminado sob alegação de preponderância de outros interesses, nem mesmo pelo poder constituinte derivado.

Na hipótese de demarcação de terras indígenas por meio de projeto de lei, o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras seria necessariamente ofendido e inviabilizado em seu núcleo essencial, visto que ofenderia o caráter declaratório do direito, submetendo sua consecução à deliberação da maioria.

A Constituição Federal prevê que a atribuição dos direitos territoriais aos indígenas se dá por mero reconhecimento desses, visto que se tratam de direitos originários, competindo à União tão somente demarcar suas áreas e fazer protegê-las, conforme decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET 3.388, confirmando a jurisprudência já cristalizada daquela Excelsa Corte. Novamente nos socorremos da ementa deste acórdão:

"DIREITOS "ORIGINÁRIOS". *Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.* Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (parágrafo 6º do artigo 231 da CF)." (grifo nosso)

O STF entendeu, ainda, nesse julgamento, que a demarcação de terras indígenas tem exclusivo caráter de atribuição do Poder Executivo: "Somente à União, *por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo*, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente".

A proposta em discussão revela a possibilidade de que a deliberação política da maioria deixe de reconhecer direito fundamental de uma minoria contramajoritária. Ora, o núcleo fundamental do direito originário às terras conferido aos índios é a garantia de que o processo de demarcação será regido por princípios técnicos e não políticos, ou seja, não estará sujeito à deliberação da maioria em detrimento da ausência de representatividade da minoria.

Destaque-se também que a redação do Substitutivo implica necessariamente violação ao princípio da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

separação dos poderes, tendo em vista a ocorrência de um desvio de atribuições das funções estatais, comprometendo a harmonia entre os poderes.

O Poder Executivo, que segundo concepção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[4] deveria ser chamado de poder governamental, é a entidade republicana que tem a atribuição de promover o uso do império estatal para o cumprimento estrito da lei.

O mecanismo de freios e contrapesos não pode significar usurpação de poder. No dizer de José Afonso da Silva[5], a divisão de poderes fundamenta-se na especialização funcional e na independência orgânica, a qual significa que "é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação". A exigência de aprovação de um ato executivo de demarcação pelo Congresso Nacional tem como consequência a constituição de uma relação de subordinação entre os poderes em uma atividade de natureza específica do Poder Executivo.

A vontade do constituinte originário resguardou propositadamente do processo de tomada de decisões por maioria os direitos das minorias excluídas do processo político, de forma a evitar que as decisões majoritárias no país terminassem por aniquilar os direitos desses povos. O fundamento do Estado Democrático é a convivência intersubjetiva entre os diferentes, sendo que a vontade da maioria não pode excluir o direito de existência das minorias contramajoritárias.

Nesse sentido, oportuno ressaltar, ainda, que, quando da análise do pedido liminar formulado no Mandado de Segurança STF 32.262, impetrado por Deputados Federais contra atos relativos à tramitação da PEC 215/2000, em sua redação original, que submetia à aprovação do Congresso Nacional a demarcação de terras indígenas, o ministro relator assim se manifestou quanto à plausibilidade do direito alegado:

(…) *Em primeiro lugar, e novamente em linha de princípio, condicionar o reconhecimento de um direito fundamental à deliberação político-majoritária parece contrariar a sua própria razão de ser. Com efeito, tais direitos são incluídos na Constituição justamente para que as maiorias de ocasião não tenham poder de disposição sobre eles.* Para utilizar o termo que se tornou clássico, os direitos fundamentais são "trunfos" contra a maioria, contra a prevalência incondicionada das metas coletivas sobre as posições subjetivas dotadas de proteção especial. O ponto é particularmente relevante quando a tutela se volta a grupos minoritários e/ou historicamente marginalizados, os quais, como regra, não dispõem de meios para participar em condições adequadas do debate político. É esse o caso dos índios, no Brasil e em diversas outras partes do mundo.

Além disso, e em segundo lugar, a jurisprudência deste tribunal já assentou que a demarcação de terras indígenas é um ato declaratório, que se limita a reconhecer direitos imemoriais que vieram a ser chancelados pela própria Constituição. *O que cabe à União, portanto, não é escolher onde haverá terras indígenas, mas apenas demarcar as áreas que atendam aos critérios constitucionais, valendo-se, para tanto, de estudos técnicos. Nessa linha, trata-se de um procedimento que se volta, tanto quanto possível, à aplicação do direito de ofício – província tipicamente atribuída ao Poder Executivo, como igualmente observado por este Tribunal.* (…) (DJE de 23/09/2013; grifamos)

No mesmo sentido de que os direitos fundamentais das minorias são garantias desses grupos contra a vontade da maioria, há de se destacar o seguinte excerto do voto do ministro Celso de Mello proferido

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

no Julgamento da ADI 4277 (União Homoafetiva; Rel. Min. Ayres Britto, DJE 14/10/2011):

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, *mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais,* como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (…)

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (…) (fls. 846-849; grifo nosso)

Assim, a submissão de direitos indígenas reconhecidos pela Constituição ao processo majoritário de decisão viola também os próprios princípios democrático e isonômico, na medida em que não resguarda o direito à diferença e à sobrevivência da alteridade.

Por fim, a tramitação da PEC, por constituir ato estatal que pode afetar diretamente os interesses das populações indígenas, importa grave violação ao direito de consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas, em razão da exigência expressa contida no artigo 3º da Convenção 169/OIT, a qual foi introduzida no ordenamento pátrio pelo Decreto 5.051/2004, com o status de norma supra legal (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Evidencia-se, portanto, que o Substitutivo ao Projeto de Emenda Constitucional 215-A/2000 contraria o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III e IV, da Constituição Federal, na medida em que viola o princípio da separação de poderes e o núcleo essencial de direitos e garantias dos povos indígenas consubstanciados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e democrático. Contraria, ainda, o artigo 3º da Convenção 169/OIT, em razão da ausência de consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas.

[1] PEC 579/2002, PEC 257/2004, PEC 275/2004, PEC 319/2004, PEC 156/2003, PEC 37/2007, PEC 117/2007, PEC 411/2009, PEC 415/2009, PEC 161/2007 e PEC 291/2008

[2] CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional. 6ª edição. Almedina, Coimbra. 1993. p. 955

[3] MENDES, Gilmar e outros. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 244

[4] Curso de Direito Constitucional. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 192

[5] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.10ª ed. São Paulo: Malheiros,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

1995. p. 110

Date Created
19/12/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.