

Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas

Daniel Sarmiento

"(...) porque a terra, para cada um de nós, é muito mais do que um pequeno pedaço de terra negociável. Nós temos uma relação espiritual com a terra de nossos ancestrais. Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida. A terra é mãe e mãe não se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege." (Sônia Guajajara¹)

1. Introdução

A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal solicitou-me a elaboração de Nota Técnica a propósito da constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional 215/00, em trâmite na Câmara dos Deputados, tendo em vista a impetração por diversos deputados federais do Mandado de Segurança nº 32.262 no STF. No mencionado *writ* constitucional, os Impetrantes pretendem sustar a deliberação congressual sobre a PEC nº 215 e outras a ela apensadas, sob a alegação de que afrontam cláusulas pétreas da Constituição da República.

A PEC 215, de autoria de parlamentares federais encabeçados pelo Deputado Almir de Sá, "*acrescenta o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º, ambos do art. 231 da Constituição Federal*". Pela PEC 215, os referidos preceitos constitucionais passariam a ter a seguinte redação:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

¹ Manifestação oral na sessão de debate da PEC 215 realizada em 13/08/2013, na Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Sônia Guajajara é indígena da etnia Guajajara Tentehar e representante da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil.

XVIII- aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas."

"Art. 231 (...)

§4º. As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.

(...)

§ 8º. Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas indígenas deverão ser regulamentados em lei."

A justificativa apresentada para a PEC 215 foi que a demarcação de terras indígenas consubstanciaria *"verdadeira intervenção federal em território estadual, com a diferença de que, nesse caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do art. 49, nenhum mecanismo há para controlá-la, ou seja, a falta de critérios em lei torna a demarcação unilateral"*. Como a decretação da intervenção federal depende de aprovação pelo Poder Legislativo, para os proponentes da PEC 215 também seria adequado submeter ao crivo do Congresso as demarcações de terras indígenas, o que, segundo eles, além de evitar conflitos federativos, daria maior segurança jurídica às demarcações.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por meio de parecer da lavra do Deputado Federal Osmar Serraglio, aprovou em parte a admissibilidade da PEC 215, aduzindo que a proposta não feriria cláusulas pétreas, a não ser no ponto em que determina a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional das demarcações já homologadas, o que violaria o art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Por consequência, **tal previsão foi expurgada da PEC 215 pelo próprio Poder Legislativo**, no exercício do controle político preventivo de constitucionalidade.

A CCJ da Câmara dos Deputados também aprovou, no mesmo ato, as PECs 156/2003, 257/2004, 275/2004, 319/2004, 37/2007, 117/2007, 161/2007, 291/2008, 411/2009 e 415/2009, todas anexadas à PEC 215. Com exceção da PEC 291/2008, que trata da definição de áreas de conservação ambiental, propondo nova redação para o art. 225 da Constituição, todas as demais versam basicamente sobre o

mesmo tema: criam embaraços e limitações adicionais para a demarcação de terras indígenas. Porém, considerando que o foco precípua do Mandado de Segurança nº 32.262 é a PEC 215 - única discutida pelos Impetrantes na petição inicial -, o fato de que é sobre tal proposta que vem convergindo toda a movimentação política em favor da mudança constitucional do tratamento dos territórios indígenas, e ainda a urgência na elaboração da presente Nota Técnica, minha atenção neste estudo concentrar-se-á sobre a referida proposta de ato normativo.

2- Emendas constitucionais e cláusulas pétreas: controle judicial e interpretação

Beira o truísmo a afirmação de que o poder de reforma da Constituição é juridicamente limitado. O seu exercício deve observar uma série de limites definidos pelo poder constituinte originário, dentre os quais figuram as cláusulas pétreas, que, na Carta de 88, estão elencadas no art. 60, §4º: " I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes; IV- os direitos e garantias individuais"².

No Brasil, é incontroverso o cabimento de controle jurisdicional da atuação do poder constituinte derivado. Afinal, os preceitos constitucionais que instituem limites ao poder de reforma da Constituição são autênticas normas jurídicas, cuja violação não pode ser afastada do conhecimento dos tribunais. A jurisprudência do STF sobre o assunto remonta a 1926,³ e, sob a égide da Constituição de 88, diversas emendas constitucionais já foram invalidadas no todo ou em parte pela Corte, em razão da inobservância dos limites materiais ao poder de reforma. O primeiro precedente de invalidação ocorreu no julgamento do ADI nº 937⁴, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da EC nº 3/93. Naquele histórico julgamento, ressaltou o Ministro Celso Mello:

“É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o

² Além destes limites expressos, discute-se ainda a existência de limites implícitos ao poder reformador.

³

HC nº 18.178, Rel. Min. Hermenegildo Barros. Julg. 1º.10.1926. *Arquivo Judiciário*, v. XVII, n. 5, p. 341. Naquele feito, o STF apreciou a validade de emenda constitucional, mas a confirmou.

⁴ Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ*, 18 mar. 1994.

texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido no art. 60, §4º, da Carta Federal (...) As cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado."

A Corte tem admitido, inclusive, a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade das emendas constitucionais, a partir de mandados de segurança impetrados por parlamentares, tal como postulam os Impetrantes do MS nº 32.262. A hipótese tem fundamento no texto expresso da Constituição, que veda não apenas a aprovação, mas a própria deliberação congressual de proposta de emenda ofensiva a cláusula pétrea: "**não será objeto de deliberação** a proposta de emenda tendente a abolir (...)" (art. 60, §4º, CF)⁵.

O primeiro precedente na matéria é ainda anterior à promulgação da Constituição de 88. No MS 20.257/DF, julgado em 1980, em que se apreciava possível violação de cláusula pétrea por emenda constitucional à Carta de 67/69, consignou o Ministro Moreira Alves:

*"Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição."*⁶

⁵Cf. Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 44-45; Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 142-143.

⁶ MS 20.256, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 99/1031

Esta orientação foi mantida pela Corte após o advento da Constituição de 88 e tem sido reiterada em diversos julgados. No MS 21.642/DF, por exemplo, o STF afirmou: *"O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido quando a Constituição taxativamente vede a sua apresentação ou deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional"*.⁷

É verdade que, em precedente recente⁸, o STF rejeitou a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de **lei**, supostamente ofensiva a cláusula pétrea. Na decisão, todavia, destacou-se que a hipótese não se confundia com a de controle preventivo de emenda constitucional. Neste último caso, como já ressaltado, o próprio texto constitucional foi expresso ao vedar não apenas a edição de emenda constitucional ofensiva aos limites materiais ao poder de reforma, como a própria deliberação parlamentar sobre a proposta da emenda, o que não ocorre com os atos normativos infraconstitucionais. E, além desta razão textual para a distinção, há outra, de natureza substantiva, ressaltada com propriedade no voto proferido no referido precedente pelo Ministro Marco Aurélio:

"O processo de aprovação de emendas corresponde ao momento de reforma do texto constitucional, de modificação de parâmetros de validade de toda a ordem jurídica nacional. Em se tratando dos riscos de alteração da Constituição, é necessário que o controle sobre esta atividade seja reforçado, considerando os aspectos fundantes da ordem constitucional e a defesa da identidade do pacto originário. No tocante aos projetos de lei, os poderes políticos interpretam e aplicam a Constituição no tráfego cotidiano. Isso não implica mudança do texto constitucional, apenas o desenvolvimento legislativo do conteúdo normativo da Carta - o desenvolvimento político do projeto constitucional. Nessa última situação, amolda-se perfeitamente o controle repressivo exercido pelo Supremo, se provocado, permitida a plena deliberação do Parlamento."

⁷ MS 21.642, Rel. Min. Celso Mello, *RDA* 191/200. No mesmo sentido, MS 21.747, Rel. Min. Celso Mello; MS 21.648, Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁸

Assentada a premissa do cabimento do controle preventivo de constitucionalidade de emenda constitucional, cumpre discutir a interpretação das cláusulas pétreas. Trata-se de tema delicado, que envolve, de um lado, a necessidade de salvaguarda dos valores mais básicos da ordem jurídica, e, do outro, o respeito ao princípio democrático, que postula o reconhecimento do direito ao autogoverno popular de cada geração⁹.

É que os limites materiais ao poder de reforma representam o grau máximo de entrincheiramento das normas jurídicas, que são retiradas do alcance até mesmo das maiorias qualificadas necessárias à aprovação de mudanças constitucionais. Só uma ruptura institucional, com nova convocação do poder constituinte originário, pode se sobrepor às cláusulas pétreas. Diante da gravidade da restrição, recomenda-se equilíbrio na interpretação dos limites materiais ao poder de revisão, para que eles não se convertam em instrumento de "governo dos mortos sobre os vivos", nem engessem em demasia a ordem constitucional, impedindo-a de se adaptar às novas necessidades e anseios sociais.

Isso não significa, todavia, que as cláusulas pétreas devam ser interpretadas sempre restritivamente, mas sim que a sua exegese deve se voltar antes de tudo à proteção dos princípios e valores básicos de uma sociedade democrática e inclusiva, não se prestando a justificar o entrincheiramento definitivo de decisões contingentes do poder constituinte originário, ou de meros interesses corporativos de grupos bem posicionados, que tenham logrado êxito na arena constituinte. Em outras palavras, as cláusulas pétreas devem funcionar como a "*reserva de Justiça*" da Constituição, nas belas palavras de Oscar Vilhena Vieira¹⁰.

⁹ Desenvolvi amplamente a questão em Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 291-318. Sobre o tema, veja-se também Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo; Malheiros, 1999; Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 159-187; Rodrigo Brandão. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰

É verdade que o texto magno vedou qualquer reforma "*tendente a abolir*" cláusulas pétreas. Nada obstante, não se deve interpretá-lo de forma a interditar qualquer mudança constitucional atinente aos temas salvaguardados, mas tão somente aquelas alterações que possam comprometer os valores, instituições e bens jurídicos tutelados pelos limites materiais ao poder reformador¹¹. Nesta linha, a jurisprudência do STF tem entendido, com acerto, que "*as limitações materiais ao poder de reforma, que o art. 60, §4º, enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*"¹².

Assim, cabe analisar se a PEC 215 ofende ou não a cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Em outras palavras, cumpre perquirir se as mudanças pretendidas pelos proponentes da PEC têm ou não o condão de ferir os valores básicos albergados no art. 60, §4º, da Carta de 88. Demonstrar-se-á abaixo que isto ocorre em relação à transferência ao Congresso Nacional do poder de autorizar a demarcação das terras indígenas, que ofende os limites materiais previstos nos incisos III e IV do preceito - separação de poderes e direitos e garantias fundamentais.

3- O Direito às Terras Indígenas como Cláusula Pétrea

O art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição, veda reformas constitucionais tendentes a abolir os "*direitos e garantias individuais*". A doutrina amplamente majoritária vem ressaltando que os direitos salvaguardados pelo preceito em questão não são apenas as liberdades públicas tradicionais - os típicos direitos de 1ª geração ou dimensão -, mas todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles localizados fora do catálogo constitucional de direitos (arts. 5º a 17).¹³

¹¹ Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso: "*A locução "tendente a abolir" deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas pétreas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política*". (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit., p. 168).

¹²

. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no MS 23.047, DJU 14/11/2003.

¹³ Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. "A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição". In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais*

Em favor desta posição podem ser fornecidos vários argumentos. Em primeiro lugar, partindo-se da premissa assentada acima, de que os limites materiais ao poder de reforma relacionam-se primariamente às exigências básicas de moralidade política concernentes à proteção da democracia e da igual dignidade das pessoas, a extensão das cláusulas pétreas a outros direitos fundamentais, além dos individuais, se afigura inquestionável. Afinal, direitos sociais, políticos e coletivos são tão vitais para o constitucionalismo democrático e para a edificação de uma comunidade inclusiva do que os direitos individuais clássicos. Não há, portanto, razões que justifiquem que só esses últimos sejam tidos como limites ao poder de reforma.

Noutro giro, os que consideram que o papel das cláusulas pétreas é o de proteger o núcleo de identidade da Constituição,¹⁴ também chegam, por outro caminho, ao mesmo resultado: é que a Constituição de 88 tem um compromisso visceral com os direitos fundamentais como um todo, e não só com as liberdades individuais clássicas. Não se trata de uma Constituição liberal-burguesa, preocupada acima de tudo com a contenção do arbítrio estatal, mas sim de uma Lei Fundamental que toma como tarefa primordial promover a dignidade humana em todas as suas dimensões, inclusive das minorias vulneráveis, como os povos indígenas. Daí porque, também sob esta perspectiva as cláusulas pétreas devem se estender a outros direitos fundamentais, além dos individuais em sentido estrito, já que aqueles também compõem o núcleo de identidade da Constituição de 88.

O STF já afirmou que a localização de um direito constitucional fora do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não basta para descaracterizá-lo como cláusula pétrea. Na ADI 939,¹⁵ a Corte assentou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de sediado no art. 150, III, "b", da Carta - logo, fora

Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, pp. 333-394; Oscar Vilhena Vieira *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Op. cit.*, pp. 244-246; Rodrigo Brandão. *Direitos fundamentais, Democracia e Cláusulas pétreas. Op. cit.*, pp. 195-204; Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit.*, pp. 179-182; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 233-242.

¹⁴

A teoria de que o papel das cláusulas pétreas é proteger o núcleo de identidade da Constituição é tributária do pensamento de Carl Schmitt, para quem o poder constituinte reformador não poderia alterar as "*decisões políticas fundamentais*" do constituinte originário (*Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, pp. 151-152). Nesta senda, Luis Roberto Barroso concebe como um dos papéis das cláusulas proteger a essência dos valores que justificaram o exercício do poder constituinte originário, e que compõem a identidade da Constituição (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit.*, p. 161).

¹⁵ ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/1994.

do catálogo de direitos fundamentais -, também está abrangido pelo limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição¹⁶.

Nesse diapasão, a doutrina tem entendido que, até por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, a proteção das cláusulas pétreas se estende a outros direitos localizados fora do catálogo constitucional, desde que os mesmos possuam *fundamentalidade material*¹⁷. Afirma-se, por outro lado, que o principal critério para aferição da fundamentalidade material de um direito é a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸ - epicentro axiológico da Constituição, que dá unidade de sentido ao seu sistema de direitos fundamentais. E é inequívoca a existência de íntima e profunda ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, consagrado no art. 231 da Constituição Federal.

Afinal, para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio¹⁹. Como destacou Darcy

16

No voto que proferiu no referido julgamento, o Ministro Carlos Velloso averbou: "*Ora, a Constituição, no seu art. 60, §4º, inciso IV, estabelece que 'não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais'. Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição.*"

¹⁷ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9ª ed., 2011, pp. 430-435; Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 309-310.

18

Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso: "*(...) é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem ou do tipo de prestação que dão ensejo. (...) Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, desde que sejam dotados de fundamentalidade material*". (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. *Op. cit.*, pp. 178-179).

19

Nesta linha, José Afonso da Silva: "*A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural*" (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.866). No mesmo sentido, Manuela Carneiro da Cunha. *Os Direitos do Índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1989,

Ribeiro, *"a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios"*.²⁰

No âmbito da jurisdição internacional dos direitos humanos, a importância do direito à terra para os povos indígenas tem sido muito ressaltada.²¹ A Corte Interamericana de Direito Humanos, por exemplo, no histórico caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua*, ao reconhecer aos indígenas o direito à propriedade comunal das terras que tradicionalmente ocupavam, ressaltou:

"Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"

Essa dimensão existencial do direito à terra para os indígenas também tem sido apontada pelo STF em vários julgados.²² Em caso envolvendo comunidade indígena do Estado do Mato Grosso do Sul²³, o Ministro Celso Mello, em bela passagem, assinalou:

p. 32; Ana Valéria de Araújo. *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225.

²⁰

Darcy Ribeiro. *A Política Indigenista Brasileira*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962, p. 143.

²¹ Veja-se, a propósito, James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004; Rüdiger Wolfrum. "A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 599-615.

²²

Para uma ampla análise da jurisprudência do STF em matéria de direitos indígenas, veja-se Robério Nunes Anjos Filho. "O Supremo Tribunal e os Direitos dos Povos Indígenas". In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 911-954.

²³

Rec. Ext. nº 183.188-0, Rel. Min. Celso Mello, DJ 14/02/97.

"Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo de desintegração cultural, de perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios do universo em que vive"

Mais recentemente, no julgamento do rumoroso caso *Raposa Serra do Sol*²⁴, o Ministro Menezes Direito seguiu a mesma trilha:

"Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. (...) É nela e por meio dela que eles se organizam. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. (...) Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as."

E o direito dos índios à terra, apesar do seu caráter coletivo, tem relevo central para a vida digna de cada integrante de comunidade indígena, por constituir garantia essencial da sua identidade étnica e cultural. É que a privação do acesso às terras tradicionais, para os índios, além de violar o direito à moradia culturalmente adequada,²⁵

²⁴

Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 25/09/2009.

²⁵

O direito à moradia, consagrado no art. 6º da Constituição Federal, está previsto também no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU edita comentários gerais, que devem orientar a interpretação de tais direitos, e no *General Comment n. 04*, sobre o direito humano à moradia adequada, estabeleceu que um dos seus requisitos é de que se trate de moradia

representa quase sempre a extinção das tradições, dos laços comunitários, e dos modos peculiares de fazer e viver de sua etnia, que são essenciais para a identidade de cada indivíduo indígena, por constituírem o pano de fundo cultural sob o qual se dá o desenvolvimento da sua personalidade.

O ser humano, como se sabe, não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados.²⁶ Entre grupos tradicionais, como os povos indígenas, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior.²⁷ Por isso, a perda da identidade étnica para os indígenas gera crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.

Assim, é possível traçar com facilidade a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, já que garantia da terra para o índio é pressuposto indispensável para a proteção da sua identidade e personalidade.

Pode-se invocar ainda outra razão adicional para considerar o direito a terras indígenas como cláusula pétrea. É que a interpretação constitucional deve dialogar com o Direito Internacional, especialmente no campo dos Direitos Humanos. O diálogo entre fontes normativas e entre cortes contribui para aperfeiçoar o Direito Constitucional, abrindo-o a novos argumentos e horizontes, e aproximando-o dos ideais emancipatórios que são comuns ao constitucionalismo democrático e ao Direito

"culturalmente adequada".

²⁶

Veja-se, a partir de diferentes perspectivas, Will Kymlicka. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995; Michael Sandel. "The Procedural Republic and the Unencumbered Self". In: Robert Goodin & Philip Pettit (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, p. 246-256; e Charles Taylor. "A Política de Reconhecimento". In: Charles Taylor et al. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94.

²⁷

Na sociologia, é conhecida a distinção, formulada por Ferdinand Tönnies, entre as sociedades - em que os laços sociais são mais tênues, predominando as forças centrífugas - e as comunidades, em que estes vínculos são mais estreitos e a relação entre os membros é mais orgânica. Não há dúvida de que os povos indígenas constituem autênticas comunidades.

Internacional dos Direitos Humanos²⁸. Esta postura de "cosmopolitismo ético" é demandada pela própria Constituição, que contempla relevantes aberturas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em preceitos como o seu art. 5º, §§ 2º e 3º.

Ora, o Brasil é signatário da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, que foi incorporada ao ordenamento interno através do Decreto nº 5.051/2004. Dita Convenção, além de estabelecer que os Estados "*deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios*" (art. 13), determinou o reconhecimento ao direito dos povos indígenas a estas terras (art. 14), dispondo que "*os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar que as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse*" (14.1).

Assim, ao interpretar a Constituição, o STF deve considerar este compromisso internacional voltado ao respeito do direito humano à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, buscando a exegese que melhor proteja e promova tal direito no âmbito interno. Não fazê-lo, poderá inclusive expor o país à responsabilização no plano internacional, pela violação de direitos humanos que se comprometeu a garantir. E a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvida, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea, de modo a protegê-lo mais robustamente diante das maiorias legislativas.

4- O Atentado ao Núcleo Essencial do Direito Fundamental às Terras Indígenas: subordinar um direito fundamental às escolhas políticas das maiorias parlamentares é comprometer a sua essência

No item anterior, demonstrou-se que o direito contido no art. 231 da Constituição Federal configura cláusula pétrea. Porém, como já ressaltado, nem toda

²⁸ Veja-se, a propósito, Vicki C. Jackson. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010; Marcelo Neves. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006; e André de Carvalho Ramos. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

reforma constitucional que modifique dispositivo protegido por limitação ao poder reformador deve ser considerada inconstitucional. Como vem entendendo o STF, é preciso que a mudança comprometa gravemente os valores ou bens jurídicos tutelados para que a inconstitucionalidade se caracterize. É exatamente o que ocorre neste caso, pois a PEC 215, se aprovada, desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231 da Constituição, criando gravíssimo embaraço para a sua fruição.

Com efeito, os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, são limites impostos às maiorias. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin, os direitos são “trunfos”,²⁹ que prevalecem sobre preferências majoritárias ou meros cálculos de utilidade social. Os direitos fundamentais têm, por isso, uma dimensão contramajoritária, pois a sua garantia não depende das preferências das maiorias políticas ou sociais de ocasião. Isso não significa dizer que os direitos fundamentais sejam absolutos. Em geral, eles não o são, e podem eventualmente ceder, numa ponderação com outros princípios constitucionais, pautada pelo princípio da proporcionalidade. Mas eles não serão verdadeiros direitos fundamentais se estiverem à livre disposição das maiorias parlamentares.

Na trajetória histórica do constitucionalismo, a imposição aos parlamentos de respeito aos direitos fundamentais foi um passo extremamente importante, que na maior parte do mundo só ocorreu após o final da II Guerra Mundial. Até então, prevalecia a crença de que o legislador, por supostamente expressar a vontade geral do povo, não violaria os direitos fundamentais, que valiam exclusivamente “no âmbito das leis”. Essa concepção foi radicalmente alterada após a II Guerra Mundial, diante da constatação que as maiorias sociais podem violar gravemente os direitos humanos. Desde então, vem se consolidando um novo modelo de constitucionalismo, que afirma a plena vinculação do Legislativo aos direitos fundamentais e aposta na jurisdição constitucional como fiscal do respeito a estes limites.³⁰ Os direitos fundamentais, nesta nova compreensão, subordinam a atividade parlamentar, que não pode dispor dos mesmos ao seu belprazer.

²⁹ Ronald Dworkin. “Rights as Trumps”. In: Jeremy Waldron. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

³⁰ Cf. Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, pp. 20-56.

Ora, se a PEC 215 fosse aprovada, a fruição do direito fundamental à terra indígena seria plenamente condicionada à vontade da maioria política do Parlamento. Ao tornar a demarcação das terras indígenas dependente de aprovação parlamentar, e subordinar a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos incidentes sobre estas terras à decisão política do Congresso, o constituinte derivado desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231, ferindo o seu núcleo essencial.

Não se trata de uma simples transferência de competência material do Poder Executivo para o Congresso. No atual cenário jurídico, compreende-se a decisão do Presidente da República que conclui o processo de demarcação das terras indígenas como dotada de natureza declaratória e não constitutiva. Isso porque, como diz a própria Constituição, os povos indígenas têm “*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*” (art. 231, *caput*). Tais direitos são, portanto, preexistentes em relação a qualquer ato estatal, que se limita a reconhecê-los. Em outras palavras, “*presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º), o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo*”³¹. Como registrou o Ministro Carlos Britto, no julgamento de *Raposa Serra do Sol*, o “*ato de demarcação passa a se revestir de caráter meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente*”³².

Portanto, o Chefe do Poder Executivo não exerce juízo político de conveniência e oportunidade sobre a demarcação. Caracterizada a terra como de ocupação tradicional indígena, através dos estudos técnicos competentes e do devido processo legal administrativo, a demarcação se converte em direito subjetivo da comunidade étnica em questão. Tal orientação se depreende claramente da Lei 6.001/73 (art. 19, § 1º) e do Decreto 1.775/96 (art. 5º), que caracterizam o ato presidencial como *homologação*, mas deriva, antes de tudo, da própria Constituição, que reconhece o

³¹

Raimundo Sérgio Barros Leitão. “Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo”. In: Juliana Santilli (Coord.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 67.

³²

Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 25/09/2009.

usufruto e posse permanente das terras indígenas como um *direito subjetivo*, cuja fruição, pela sua própria natureza, não poderia depender de juízos políticos discricionários de autoridades estatais. Porém, a PEC 215 pretende que o ato final do processo demarcatório seja não mais a *homologação* da demarcação pelo Presidente da República, mas a sua *aprovação* pelo Congresso Nacional.

Ora, a doutrina administrativista é incontroversa ao salientar a distinção entre os atos de *homologação* e *aprovação*. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “**Aprovação** - é o ato unilateral pela qual a Administração, **discricionariamente**, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta a sua concordância com ato já praticado, a fim de dar-lhe eficácia”, enquanto “**Homologação** - é o ato **vinculado** pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão. Percebe-se que se diferencia da aprovação ‘a posteriori’ em que **a aprovação envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada**” (destaques no original) ³³.

Assim, o que pretende a PEC 215 é substituir uma *decisão técnica* do Chefe do Poder Executivo, desprovida de conteúdo político, que apenas reconhece o direito originário dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, por *decisão política* do Congresso Nacional, caracterizada pela discricionariedade, que subordinaria a fruição do direito dos indígenas às vontades, interesses e preferências das maiorias legislativas de ocasião. Seria difícil conceber golpe tão grave aos direitos das comunidades indígenas consagrados em nossa Constituição!

Mas não é só. A interpretação constitucional, como se sabe, não é um mero exercício de especulação teórica abstrata, descolada da realidade. Trata-se de atividade prática, voltada antes de tudo ao equacionamento de problemas de comunidades políticas concretas, situadas no tempo e no espaço. Exatamente por isso, a

³³ *Curso de Direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 444. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “**A aprovação** é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle ‘a priori’ ou ‘a posteriori’ do ato administrativo (...). É ato **discricionário**, porque o examina sob os aspectos da conveniência e oportunidade para o interesse público; (...) **Homologação** é ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre ‘a posteriori’ e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação”. (*Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 212).

interpretação constitucional deve mirar não apenas o texto da Constituição, mas também a realidade fática subjacente, o domínio empírico sobre o qual incide a normativa constitucional.³⁴ Considerações sobre as consequências práticas das decisões em matéria constitucional são legítimas e necessárias, nos limites das possibilidades normativas definidas pelo ordenamento positivo³⁵.

Nesta perspectiva, não há como ignorar que, no cenário político nacional, uma eventual aprovação da PEC 215 causaria dano terrível aos direitos territoriais das comunidades indígenas brasileiras. Os índios brasileiros constituem uma minoria estigmatizada e vítima de preconceito, que tem poucas armas na luta política e não conta atualmente com nenhum representante no Congresso. E o Parlamento Federal, com todo o respeito que a instituição merece, é uma instância profundamente infiltrada pelo poder econômico, onde se faz presente, com enorme força e poder de barganha, uma ampla bancada ruralista, adversária histórica, ferrenha e implacável dos direitos dos índios. Neste contexto, atribuir ao Congresso Nacional a última palavra sobre a demarcação de terras indígenas significaria, do ponto de vista prático, quase o mesmo que revogar integralmente o direito fundamental dos índios ao território tradicionalmente ocupado. O STF, no seu papel maior de guardião da Constituição e dos direitos humanos das minorias, não pode permitir que tamanha tragédia se consuma.

5- A Ofensa ao Direito Fundamental à Cultura

Nos itens anteriores, demonstrou-se (a) que a garantia do direito fundamental das comunidades indígenas às terras por elas tradicionalmente ocupadas é essencial para assegurar a sobrevivência e vitalidade das culturas dos índios; e (b) que, se aprovada a PEC 215, o direito dos povos indígenas às suas terras seria profundamente afetado, em seu núcleo essencial. Portanto, é possível concluir, em singelo silogismo, que a aprovação da PEC 215 também atingiria gravemente o direito fundamental à cultura, positivado no art. 215 da Constituição Federal.

³⁴ Cf. Friedrich Müller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumman. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 45.

³⁵

Cf. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: tória, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 423-424

É indiscutível, por outro lado, a *fundamentalidade material* do direito à cultura. Afinal, o ser humano é, antes de tudo, um ser cultural, sendo a identidade de cada pessoa profundamente marcada pelo seu enraizamento cultural. Os valores, tradições e cosmovisões socialmente compartilhados fornecem os “contextos de escolha” nos quais os indivíduos exercem a sua liberdade³⁶. Aniquilar a cultura social em que está imersa uma pessoa é retirar o chão em que ela pisa; é roubar o ar que respira. Portanto, diante da fundamentalidade material do direito à cultura, decorrente da sua íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana – expressamente reconhecida no art. 4º da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da Unesco -, pode-se dizer que tal direito também configura cláusula pétrea, a ser protegida diante de possível ação corrosiva do poder constituinte reformador.

O direito à cultura de que fala a Constituição não se esgota na preservação do patrimônio histórico material. Muito mais que isso, ele abrange também, na locução constitucional, “*os bens de natureza (...) imaterial (...) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...) os modos de criar, fazer e viver*” (art. 216, *caput* e inciso II)³⁷.

Tal como se dá com o direito às terras indígenas, a interpretação do direito fundamental à cultura também pode se beneficiar de proveitoso diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O direito à diversidade cultural foi consagrado internacionalmente na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada pela Unesco em 2001, bem como na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 485/2006, e promulgada pelo Decreto 6.177/2007.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural definiu a cultura como “*o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das*

³⁶ Will Kymlicka. “Freedom and Culture”. In: *Multicultural Citizenship*. Op cit., pp. 75-106.

³⁷

Para um estudo do direito à cultura na jurisprudência do STF, veja-se Inês Virgínia Prado Soares. “Direito fundamental cultural na visão do Supremo Tribunal Federal”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais no STF: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 799-828.

letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças". Ela afirma que *"a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza"*, constituindo *"patrimônio comum da humanidade"*, que *"deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras"* (art. 1º). Daí porque, a Declaração estabeleceu que *"a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones"*(art. 4º).

Já a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais afirmou, em seus *consideranda*, que a *"diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos"*, e reconheceu *"a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção"*. Dentre inúmeras outras medidas, ela estabeleceu que *"a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas"* (art. 1.3). Determinou que, *"sendo a cultura um dos motores fundamentais do desenvolvimento, os aspectos culturais deste são tão importantes quanto os seus aspectos econômicos e os indivíduos e povos têm o direito dele participarem e se beneficiarem"* (art. 1.5). E consagrou a ideia de que *"a proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural é condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras"* (art. 1.6).

Esta concepção do sistema internacional de direitos humanos, que enaltece a diversidade cultural e consagra o dever do Estado de garanti-la e promovê-la é absolutamente convergente com a que foi esposada pela Constituição de 88, devendo também inspirar o Poder Judiciário brasileiro ao lidar com o tema da diversidade cultural.

É certo que, no passado, os direitos das comunidades indígenas eram pensados no Brasil a partir de uma visão *integracionista*³⁸. A partir de ótica profundamente etnocêntrica, carregada de traços racistas, concebia-se os grupos indígenas como coletividades que se encontravam em estágio inferior de desenvolvimento, e que deveriam ser paulatinamente "integradas à comunhão nacional". Com o tempo, as culturas indígenas, tidas como primitivas, deveriam ser abandonadas, com a *civilização* dos índios, que resultaria na sua plena absorção pela sociedade envolvente. Mas, até que isso ocorresse, o Estado garantiria certos direitos transitórios aos índios, exercendo sobre os mesmos uma tutela paternalista.

Mas a Constituição de 88 rompeu, em boa hora, com tal perspectiva, adotando outra, baseada no pluralismo cultural e no respeito e celebração da diferença e da identidade étnica³⁹. Daí o reconhecimento do direito dos povos indígenas à sua "*organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*" (art. 231). A nova compreensão está em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que não só proclamou a importância fundamental da diversidade cultural para a Humanidade (Declaração e Convenção da Unesco, acima citadas), como afirmou o direito dos povos indígenas a "*conservar seus costumes e instituições próprias*" (art. 8º da Convenção 169 da OIT).

Portanto, em nosso cenário normativo, a preservação dos bens imateriais ligados a culturas não hegemônicas, como a dos povos indígenas, é medida essencial, que expressa o respeito à dignidade humana dos índios, e envolve o reconhecimento do seu direito à diferença⁴⁰. Não é, assim, aceitável o acultramento dos indígenas, com a diluição da sua identidade étnica, em decorrência não de uma escolha autônoma e

³⁸ Cf. Robério Nunes dos Anjos Filho. "Artigos 231 e 232". In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.403.

³⁹

Cf. Deborah Duprat. "Terras Indígenas e o Poder Judiciário". In: Enzo Bello (Org.). *Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: Edusc, 2012, pp. 193-202; Marcelo Beckhausen. "Etnocidadania, Direitos Originários e Inconstitucionalidade do Poder Tutelar". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. *Op. cit.*, pp. 525-588.

⁴⁰ Sobre o direito à diferença cultural dos povos indígenas, veja-se Daniel Bonilla Maldonado. *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2006; James Tully. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995; e Paulo Thadeu Gomes da Silva. *Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo*. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. *Op. cit.*, pp. 559-598.

informada dos índios em favor da sua integração à sociedade envolvente, mas da absoluta ausência das condições materiais necessárias à preservação e florescimento da sua cultura.

Ocorre que estas condições materiais desaparecem quando não se assegura o direito ao espaço físico tradicionalmente ocupado pelo grupo étnico. Culturas fortemente marcadas pela *territorialidade*, como a dos povos indígenas, dificilmente sobrevivem sem a garantia do direito à terra, como destacado no item anterior.

Por outro lado, a preservação das culturas indígenas não é direito apenas dos índios. É também direito difuso de todos os brasileiros – aliás, de toda a Humanidade – das presentes e futuras gerações. O Brasil é uma sociedade pluriétnica e multicultural, e a diversidade cultural é uma das maiores riquezas do país. Todos devem poder se beneficiar desta incrível riqueza, para a qual os povos indígenas contribuem decisivamente.

De fato, existem no Brasil pelo menos 220 etnias indígenas, que falam no mínimo 180 línguas diferentes.⁴¹ Cada uma destas etnias possui costumes, valores e conhecimentos tradicionais próprios, que compõem a sua cultura. A sociedade brasileira já se enriqueceu muito, e tem muito mais a se enriquecer, através do conhecimento e do diálogo equitativo com as estas culturas indígenas. Nada obstante, diversos povos indígenas já foram exterminados no país, inclusive em passado recente, não só por doenças transmitidas ou ataques realizados pelos ditos civilizados, mas também pela asfixia imposta pela sociedade envolvente, ao privá-los do direito ao seu território tradicional, como aconteceu com os Xetá, do Estado do Paraná⁴². Outras etnias estão em situação de grave risco de extinção, como os Avá-Canoeiros, de Tocantins, reduzidos a cerca de uma dezena de indivíduos.

⁴¹ Cf. Mércio Pereira Gomes. *Índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 13. O autor fornece estes números, mas afirma que no Censo de 2010 do IBGE ter-se-ia chegado a outros bastante superiores: 305 etnias, falando 274 línguas.

⁴²

Veja-se, a propósito, Carlos Frederico Marés de Souza Filho. “Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais”. In: Boaventura de Souza Santos. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 80-82.

Assim, preservar as culturas indígenas, possibilitando que se desenvolvam com autonomia, é proteger não só os direitos dos índios que as compartilham, mas também o patrimônio cultural da Nação e da Humanidade, que constitui direito fundamental difuso de toda a coletividade. Na contramão disso, a aprovação da PEC 215 teria certamente efeitos dramáticos sobre diversas culturas indígenas, ameaçando-as gravemente de extinção. Também por essa razão, a PEC 215 é inconstitucional, haja vista o grave impacto negativo sobre o direito fundamental à cultura que provocaria, acaso aprovada.

6- A Afronta a Direito Adquirido diretamente decorrente da Constituição

Para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir estabilidade às relações jurídicas de que participam. A segurança jurídica é, por isso, um valor fundamental nas sociedades democráticas, e uma das suas mais importantes concretizações é a garantia do respeito ao direito adquirido, positivada em nossa Constituição no art. 5º, inciso XXXVI.

A doutrina majoritária brasileira concebe o direito adquirido como limite intransponível ao poder constituinte reformador.⁴³ O raciocínio que lastreia a tese é singelo: a proteção ao direito adquirido, erigida em favor da segurança jurídica, configura direito ou garantia fundamental, sendo, por conseguinte, cláusula pétrea, à vista do que dispõe o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. A ideia foi assim sintetizada por José Afonso da Silva: “*os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional*”⁴⁴.

43

Nesta linha manifestaram-se, dentre outros Carlos Mario Velloso. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 457-474; Luis Roberto Barroso *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 52; Carlos Ayres Britto e Waldir Pontes Filho. "Direito adquirido contra Emenda Constitucional". *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 75-90; Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Poder Constituinte*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 191-204; Raul Machado Horta. "Constituição e direito adquirido". *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 112, p. 860. Por honestidade intelectual, devo dizer que sustento posição diferente, cf. Cláudio Pereira de Souza neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 311-314.

44

José Afonso da Silva. "Reforma Constitucional e Direito Adquirido". In: *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

Outra posição sobre o tema, mais correta ao meu modo de ver, foi sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em mandado de segurança⁴⁵ em que se discutia a existência de direito adquirido de servidores públicos a perceberem remuneração superior ao teto do funcionalismo público, fixado por emenda constitucional. Apesar de rechaçar a tese predominante na doutrina, da vinculação do constituinte derivado a todos os direitos adquiridos fundados em legislação infraconstitucional anterior – posição que considerou conservadora, por limitar em demasia o poder reformador em prol do *status quo* normativo –, o Ministro Pertence afirmou que os **direitos adquiridos com fundamento na própria Constituição** estariam imunes à ação das emendas constitucionais. Era esse o caso em discussão, uma vez que o direito à irredutibilidade dos vencimentos ou subsídios fora previsto pela própria Constituição. No julgamento, após dar notícia do debate teórico sobre a matéria, Pertence ressaltou :

“De minha parte – sem me arriscar na imprudente travessia das águas procelosas da discussão doutrinária – tendo a um distinguo que parte da fonte normativa do direito adquirido aventado.

(...) seguramente, uma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos ‘objetivos fundamentais da República’ (CF, art. 3º), não lhes pode antepor toda a sorte de direitos subjetivos advindos da aplicação das normas infraconstitucionais, superadas por emendas constitucionais que busquem realizá-los. Intuo, porém, que um tratamento mais obsequioso há de ser reservado, em linha de princípio, ao direito fundamental imediatamente derivado do texto originário da Constituição, quando posto em confronto com emendas constitucionais supervenientes: nesta hipótese, a vedação a reformas tendentes a aboli-lo – baseada no art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental já não se fundará apenas na visão extremada – e, ao cabo, conservadora – do seu art. 5º, XXXVI, mas também na intangibilidade do núcleo essencial do preceito constitucional substantivo que o consagrar.”

45

Não é necessário debater aqui qual das posições é mais correta. A adoção de qualquer uma delas conduz, da mesma forma, à firme conclusão sobre a inconstitucionalidade da PEC 215. Afinal, para ambas as concepções uma emenda constitucional não pode jamais atingir direitos que tenham sido adquiridos por seus titulares por força de decisão do próprio poder constituinte originário. Porém, é exatamente isso o que faria a PEC 215, se aprovada pelo Congresso Nacional.

Com efeito, o direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é caracterizado pelo art. 231 da Constituição como um **direito originário**, que é apenas **reconhecido** pela União, por meio de ato declaratório, que não envolve qualquer juízo político sobre a sua conveniência e oportunidade. Como já se destacou no item 4 desta Nota Técnica, tal direito preexiste ao ato de demarcação. Assim, todas as comunidades indígenas que, por ocasião da promulgação da Constituição, preenchiam os requisitos previstos no art. 231, § 1º, da Carta, incorporaram à sua esfera jurídica o direito à posse e usufruto das terras que tradicionalmente ocupavam àquela época. Trata-se, indiscutivelmente, de direito adquirido, que se funda em expressa determinação do poder constituinte originário.

Do ponto de vista conceitual, não há dúvida de que o direito de cada comunidade indígena às terras tradicionalmente ocupadas se qualifica como um autêntico direito adquirido. Isto porque, direito adquirido é aquele que já se incorporou validamente ao patrimônio jurídico do seu titular, em razão de um fato idôneo para produzi-lo⁴⁶. E o direito ao respectivo território étnico se incorporou à esfera jurídica de cada comunidade indígena com a promulgação da Constituição, independentemente de qualquer procedimento demarcatório ulterior, uma vez que tal procedimento possui natureza meramente declaratória. Em outras palavras, o fato idôneo à produção do direito adquirido é a ocupação tradicional das terras pelas comunidades indígenas, e não a demarcação administrativa procedida pela União.

⁴⁶ Como assinalou o STF, no julgamento da ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves (RT 690:176 ss.), a construção dogmática da ideia de direito adquirido adotada pela Constituição brasileira remonta a obra do autor italiano Francesco Gabba, que assim o definiu: “*é adquirido um direito que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular*”. Sobre o tema, veja-se José Adércio Leite Sampaio. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; e Limongi França. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

Neste sentido, pronunciou-se o STF no julgamento do caso *Raposa Serra do Sol*. Como consta da ementa do julgado, da lavra do Min. Carlos Britto, “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 ornava de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva”. Na mesma linha, destacou a Ministra Carmen Lucia, reproduzindo em seu voto trecho de parecer de José Afonso da Silva: “os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam são reconhecidos diretamente pela Constituição, independentemente de demarcação de suas terras. Isso significa que o reconhecimento constitucional tem o sentido de informar que, presentes os elementos necessários para definir determinada porção de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º do art. 231), o direito dos índios e de comunidade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de ato demarcatório”. Esta também foi a conclusão do Ministro Ricardo Lewandowski: “a demarcação das terras pela União, do ponto de vista jurídico, não é ato constitutivo, mas tão-somente declaratório, ou seja, apenas reconhece, a partir de estudos técnicos, uma situação fática pré-existente”

Assim, a eventual aprovação da PEC 215 não se limitaria a promover simples alteração no regime jurídico da demarcação das terras indígenas. Fosse só isso, não se poderia acusar a PEC de afronta ao direito adquirido, já que, como se sabe, inexistiria direito adquirido à intangibilidade de regime jurídico. Trata-se, isto sim, de proposta de ato normativo que, se aprovado, atingirá direitos que já foram incorporados ao patrimônio das comunidades indígenas, em razão da ocorrência, no mundo empírico, da *fattispecie* descrita pelo poder constituinte originário no art. 231, § 1º, da Lei Maior. Muitas comunidades indígenas que satisfizeram todos os requisitos previstos na Constituição para reconhecimento do seu direito às terras, mas cuja área ainda não foi demarcada, em decorrência da mora da União em fazê-lo, seriam seriamente prejudicadas, já que passariam a depender das escolhas políticas discricionárias das majorias parlamentares para garantia do seu território.

Assim, é inconstitucional a PEC 215 também por ofender a direitos adquiridos cuja fonte normativa repousa no texto originário da Constituição Federal.

7- A Violação ao Princípio do Devido Processo Legal Administrativo: violência ao direito a um julgador técnico e imparcial e à tutela processual adequada

A demarcação de terras indígenas é a culminação de um processo administrativo que envolve diretamente a tutela de direitos fundamentais de comunidades indígenas e de terceiros interessados. Por isso, não há dúvida de que o procedimento da demarcação deve respeitar o princípio constitucional do *devido processo legal*, segundo o qual "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" (art. 5, LIV, CF)⁴⁷

O princípio do devido processo legal, na sua dimensão processual, envolve diversas exigências ligadas à ideia de processo justo⁴⁸. Nas palavras de John E. Novak e Ronald D. Rotunda, "*a garantia essencial do devido processo legal é de justiça (fairness). O procedimento deve ser fundamentalmente justo com os indivíduos na resolução das bases factuais e jurídicas das ações estatais que possam privá-los da vida, liberdade ou propriedade*"⁴⁹. Trata-se de um princípio aberto, que abrange diversas exigências que devem ser concretizadas no âmbito da legislação infraconstitucional. Dentre estas exigências figura a de que cada caso seja apreciado de forma técnica e imparcial, por decisão fundamentada, proferida por autoridade investida de competência de acordo com regras gerais e abstratas.

Ora, não se pode conceber como justo um processo em que se tutelam direitos fundamentais, cuja decisão final seja de natureza estritamente política e desprovida de fundamentação. Não pode ser considerado justo um procedimento relativo a direitos fundamentais de uma minoria, cuja decisão seja atribuição discricionária da maioria política. Porém, é exatamente isso o que ocorrerá com o processo de demarcação de terras indígenas, caso seja aprovada a PEC 215: a decisão final sobre a demarcação das

⁴⁷ A incidência do princípio do devido processo legal sobre processos de demarcação de terra indígena é incontroversa na jurisprudência do STF, e.g. MS 21.649, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/12/2000; MS 24.045, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 05/08/2005.

⁴⁸

Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. "Direitos Fundamentais Processuais". In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 615/617; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil I*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246. .

⁴⁹

Tradução livre. John E. Novak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. ed., St. Paul: West Publishing, 1995, p. 549.

terras indígenas passará a ser do Congresso Nacional, que deliberará, de forma discricionária, por meio de votação majoritária, em que, naturalmente, não haverá fundamentação no voto de cada parlamentar.

Mas não é só. O devido processo legal também demanda que haja uma *tutela processual adequada* ao direito material em discussão. Como observou Fredie Didier, "o titular do direito, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial"⁵⁰. Em outras palavras, "o processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim"⁵¹

O procedimento de demarcação de terras indígenas têm por objeto direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável, e envolve, necessariamente, a apreciação de questões técnicas altamente complexas, em campos como a Antropologia, História e Sociologia. Portanto, viola a mais não poder a exigência de tutela processual adequada a submissão do processo demarcatório à decisão final de órgão político, sem nenhuma *expertise* técnica, que, até pela sua natureza e composição, certamente decidirá de acordo com os interesses e preferências da maioria.

Por todas estas razões, é flagrante a ofensa perpetrada pela PEC 215 à cláusula pétrea do *devido processo legal*, pois ela instauraria uma disciplina processual para a demarcação de terras indígenas absolutamente injusta e francamente inadequada, considerando a natureza do direito fundamental em questão.

8- A Ofensa ao Princípio da Separação de Poderes: violação da reserva de administração e traição às finalidades subjacentes à separação de poderes

⁵⁰ Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 12ª ed., Salvador: Juspodium, 2010, p. 69.

⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Op. cit.*, p. 630.

A separação de poderes foi concebida pelo constitucionalismo liberal para assegurar a moderação no exercício do poder estatal, evitando o arbítrio dos governantes e protegendo a liberdade dos governados⁵². A ideia essencial é a de que, ao se conferir funções estatais diferentes a órgãos e pessoas diversas, evita-se uma concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer autoridade, reduzindo-se os riscos do despotismo. Embora tenha raízes ainda mais antigas, a versão clássica deste princípio foi divulgada por Montesquieu, no século XVIII, na sua famosa obra *O Espírito das Leis*⁵³.

A leitura ortodoxa do princípio da separação de poderes concebe a existência de três poderes independentes, mas harmônicos entre si, aos quais caberia exercer certas funções estatais típicas⁵⁴: o Poder Legislativo protagonizaria o processo de elaboração das normas jurídicas, atuando também na fiscalização dos demais poderes estatais; o Poder Executivo governaria e cuidaria da administração, aplicando a lei de ofício; e o Poder Judiciário teria o papel de dirimir conflitos intersubjetivos de forma definitiva, com base nas normas jurídicas em vigor.

No Estado contemporâneo, que enfrenta questões altamente complexas e desafios que seriam impensáveis nos albores do Estado Liberal, o princípio da separação de poderes tem sido objeto de uma leitura renovada, que o abriu a novos arranjos institucionais⁵⁵. Para citar apenas duas dentre as várias mudanças significativas na atual compreensão da separação de poderes, houve um significativo incremento das funções normativas do Poder Executivo, e passou-se a reconhecer que o Judiciário não é um mero aplicador autômato das normas jurídicas – não é *la bouche de la loi*, como queria Montesquieu -, participando, em alguma medida, do processo de elaboração do ordenamento. No novo cenário político-social, o princípio da separação de poderes não pode ser objeto de interpretação passadista, que o confine aos limites desenhados pela

⁵² Veja-se, a propósito, Nuno Piçarra. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

⁵³

Charles Montesquieu. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁵⁴

Cf. Miguel Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 1-18.

⁵⁵ Cf. Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

teoria política dos séculos XVIII e XIX, sob pena de não mais se ajustar às complexas demandas postas ao Estado pelas sociedades contemporâneas.

Sem embargo, existe um núcleo básico do princípio, ao lado de uma série de objetivos a ele associados, que em nosso regime constitucional devem ser salvaguardados. No sistema constitucional brasileiro, este núcleo básico deve ser protegido até diante do poder constituinte reformador. Afinal, na nossa Constituição, além de princípio fundamental do Estado (art. 2º, CF), a separação de poderes também configura limite material para as emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inciso III, CF).

Como destacou Luis Roberto Barroso, insere-se no núcleo básico da separação de poderes a exigência de "*especialização funcional*", que "*inclui a titularidade, por cada poder, de competências privativas*"⁵⁶. Esta imposição constitucional também se projeta sobre as competências do Poder Executivo, as quais envolvem funções administrativas que, pela sua própria natureza, só devem ser por ele desempenhadas. Trata-se da chamada *reserva de administração*, que, nas palavras de Canotilho, "*compreende um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento*"⁵⁷.

Arícia Fernandes Correia definiu a reserva de administração como "*um espaço autônomo - e, por isso, insubordinado - de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora da tutela de direitos fundamentais, infenso à subrogação legislativa e jurisdicional, à vista do princípio da separação de poderes*"⁵⁸. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a existência deste princípio em reiteradas decisões⁵⁹, já tendo qualificado a reserva de administração como "*decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º)*"⁶⁰.

⁵⁶ Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit.*, p. 174.

⁵⁷

J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 810-811.

⁵⁸

Arícia Fernandes Correia. "Reserva de Administração e Separação de Poderes". In: Luis Roberto Barroso (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 584-585.

⁵⁹

E.g. ADI 969, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20/10/2006; Emb. Dec. no Rec. Ext. 427.574, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, DJe 13/02/2012.

⁶⁰

Voto do Min. Luiz Fux proferido na ADI 3.343, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/11/2011.

A demarcação de terras indígenas é, pela sua própria natureza, um processo *administrativo*. O procedimento, disciplinado pelo Decreto nº 1.775/96, envolve a elaboração de estudo antropológico de identificação de comunidade indígena (art. 2º), bem como a realização de estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além de levantamento fundiário (art. 2º, §§ 1º e 2º). Ele demanda a prática de atos administrativos pela FUNAI, Ministério da Justiça e Presidência da República (arts. 1º, 2º, § 10,º e 5º) e conta com a participação dos grupos indígenas envolvidos em todas as suas fases (art. 1º, § 3º). Todo o procedimento se desenvolve sob o signo do contraditório, permitindo-se a ampla participação de todos os interessados, inclusive Estados e municípios (art. 2º, § 8º).

O procedimento de demarcação objetiva, em síntese, concretizar o direito às terras indígenas, previsto no art. 231 da Constituição. As atividades desenvolvidas e as decisões adotadas no procedimento são de natureza estritamente técnica, voltando-se a aferir a caracterização da hipótese descrita no § 1º do art. 231, da Carta, e a extrair daí as consequências pertinentes, que consistem na demarcação e registro da área indígena, na eventual exclusão de ocupantes não indígenas da área, e no pagamento aos mesmos das indenizações competentes, quando cabíveis. São, portanto, ações materiais e decisões de índole técnica, que, pela sua própria natureza, têm natureza administrativa. Daí porque, submetê-las ao crivo político do Poder Legislativo viola a reserva de administração, ofendendo, com isto, a cláusula pétrea da separação de poderes.

Em casos similares, o STF vem reconhecendo a ofensa à reserva de administração e à separação de poderes. Com efeito, a Corte apreciou hipótese em que a lei orgânica de um município brasileiro tinha transferido, do Poder Executivo para o Legislativo, a prerrogativa de definir quais seriam as "entidades de utilidade pública" municipais. Para justificar a invalidação do ato normativo, o Tribunal averbou:

"O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas a exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes.

Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais.

Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional de poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais."⁶¹

Em outro julgamento, o STF reputou inconstitucional a Lei Orgânica do Distrito Federal, que submetia as desapropriações à necessidade de autorização prévia da Câmara Legislativa⁶². O STF considerou que, como "*a decisão político-administrativa de desapropriar é, ontologicamente, matéria de alçada do Executivo*", a subordinação desta decisão ao juízo político do Poder Legislativo ofenderia o princípio da separação de poderes.

É certo que não é estranho ao princípio da separação de poderes a existência de mecanismos de controles recíprocos entre os poderes estatais. São os instrumentos de *freios e contrapesos*, inspirados na ideia de *checks and balances* cogitada pelos *Founding Fathers* da ordem constitucional norte-americana. Porém, não é admissível a instituição de um mecanismo de controle interinstitucional de poder que subordine um ato técnico do Poder Executivo a um juízo estritamente político do Parlamento, sobretudo quando se trata de ato voltado à concretização de direito fundamental.

Com efeito, deve-se analisar a questão sob a perspectiva dos fins que o princípio da separação de poderes deve perseguir no Estado contemporâneo. Bruce

⁶¹ Emb. Dec. no Rec Ext. 427.574, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13/02/2012

⁶²

ADI 969, Rel. Min. Joaquim Barbosa, D.J 20/10/2006. Consta na ementa do julgado: "*É inconstitucional, por invadir a competência legislativa da União e violar o princípio da separação de poderes, norma distrital que submeta as desapropriações, no âmbito do Distrito Federal, à aprovação prévia da Câmara Legislativa do Distrito Federal*" (grifei).

Ackerman destacou que tais fins são a *legitimação democrática do Estado*, a *competência técnica*, visando ao *desempenho eficiente das missões estatais* e a *proteção e promoção dos direitos humanos*⁶³.

Em relação à legitimação democrática, cumpre salientar que democracia não é sinônimo de governo da maioria. Há amplas discussões sobre o significado da democracia⁶⁴, mas há certo consenso no sentido de que existem algumas exigências normativas que devem estar presentes para que um regime possa se caracterizar como democrático. Uma delas é a necessidade de respeito aos direitos fundamentais das minorias. É por isso que, embora Hitler tenha ascendido ao poder pela via eleitoral, e governado durante a maior parte do tempo com o respaldo da população alemã, seria absurdo considerar o regime nazista como democrático. Assim, não se legitima pelo argumento democrático uma decisão que determina a submissão dos direitos mais básicos de uma minoria à vontade política discricionária da maioria.

Quanto à competência técnica, é certo que um dos elementos centrais da separação de poderes é a especialização funcional, que busca atribuir aos órgãos estatais as funções que eles tenham condições de desempenhar de forma mais adequada e eficiente. Afinal, se todos os órgãos e instituições públicas pudessem se imiscuir em todos os assuntos e esferas, além da paralisia estatal, decorrente do entrelaçamento entre poderes, haveria grave impacto na capacidade de o Estado atuar de modo eficaz, cumprindo satisfatoriamente as suas múltiplas missões. A cogitação sobre as atribuições de cada poder deve levar em conta, portanto, uma análise comparativa das suas *capacidades institucionais*.⁶⁵

63

Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 65-111.

64

Sobre o tema, a literatura é inabarcável. Veja-se, por todos, Robert A. Dahl. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁶⁵ Veja-se, a propósito, Cass Sunstein e Adrian Vermeule. "Interpretations and Institutions". *John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 156*, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>; e Daniel Sarmiento. "Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A consideração sobre as capacidades institucionais para equacionamento de questões concernentes ao princípio da separação de poderes não é estranha à jurisprudência do STF. No julgamento do rumoroso caso envolvendo a extradição de *Cesare Battisti*, a Corte, pelo voto de "desempate" do Ministro Fux, valeu-se de reflexão sobre o tema para definir a competência do Poder Executivo, e não do Judiciário, para dar a última palavra sobre a realização de extradição já autorizada pelo STF:

"O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (...). Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com os Chefes de Estado estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as conseqüências políticas das decisões do Brasil no plano internacional".⁶⁶

Ora, a demarcação de terras indígenas é, como antes assinalado, um procedimento que envolve juízos essencialmente técnicos, de natureza altamente complexa. O Poder Executivo tem os quadros com a *expertise* necessária para adotar decisões nesta área, mas não o Legislativo, que é legitimado e vocacionado, pela sua própria natureza, à adoção de decisões políticas. Portanto, também por esta razão, ligada ao princípio da separação de poderes, seria absurdo transferir do Poder Executivo para o Parlamento a decisão final sobre a demarcação de terras indígenas.

Outra finalidade subjacente ao princípio da separação de poderes é a proteção e promoção de direitos fundamentais. No cenário do constitucionalismo liberal-burguês, que enxergava o Estado basicamente como um adversário dos direitos, a separação de

⁶⁶

poderes era pensada como instrumento voltado à limitação das atividades dos Poderes Públicos, o que, de acordo com a concepção então vigente, favoreceria os direitos dos cidadãos. Porém, no constitucionalismo contemporâneo, sabe-se que o Estado tem muitas vezes que agir concretamente na realidade social para efetivar os direitos humanos. Neste novo contexto, a separação de poderes não deve ser pensada como um instrumento de bloqueio, que crie obstáculos intransponíveis para a promoção dos direitos fundamentais. O princípio pode e deve ser visto antes como mecanismo institucional voltado a viabilizar a concretização eficiente dos direitos humanos.

Daí porque, não se pode compreender a transferência ao Poder Legislativo da prerrogativa de dar a última palavra sobre demarcação de terras indígenas como um mecanismo legítimo de freios e contrapesos, no sistema constitucional da separação de poderes. Como já salientado, a submissão da demarcação a um juízo político do Congresso representaria barreira praticamente insuperável para a garantia de direito fundamental de uma minoria estigmatizada.

Portanto, uma interpretação do princípio da separação de poderes centrada nas suas finalidades e aberta aos influxos dos valores humanistas da Constituição só pode chegar à conclusão de inconstitucionalidade da PEC 215, na parte em que atribuiu ao Congresso o poder de autorizar as demarcações sobre terras indígenas.

9- A Absoluta Inconsistência da Justificativa da PEC 215

Em deferência ao Congresso Nacional, convém, antes do encerramento desta Nota Técnica, examinar cuidadosamente as razões invocadas pelos proponentes da PEC 215 para a mudança constitucional pretendida, que tanto prejuízo acarretaria a direitos e princípios constitucionais salvaguardados como cláusulas pétreas.

Recorde-se que a justificativa apresentada foi a alegada similitude entre a demarcação de terras indígenas e a intervenção federal nos Estados. Se esta se sujeita à aprovação congressual – argumentaram os proponentes –, aquela também deveria ser condicionada à mesma autorização. Sob a ótica dos proponentes da PEC 215, a alteração objetivada seria positiva, pois além de evitar conflitos federativos com os

Estados, ela também emprestaria maior segurança jurídica às demarcações. Contudo, tais razões, com todas as vênias, são manifestamente improcedentes e desarrazoadas.

Em primeiro lugar, porque não há qualquer semelhança entre a demarcação de terras indígenas e a intervenção federal nos Estados. A demarcação de terras indígenas é de competência federal, porque as terras indígenas são propriedade da União (art. 20, XI, CF), e porque é evidente a predominância do interesse nacional na proteção e promoção dos direitos dos índios, que são grupos étnicos formadores da Nação brasileira em situação de grande vulnerabilidade. Portanto, ao demarcar as terras indígenas, a União não interfere na autonomia dos Estados, não a restringe nem viola, inclusive porque as terras indígenas não deixam, depois da demarcação, de integrar o território dos Estados-membros.

Mas a diferença entre a demarcação das terras indígenas e a intervenção federal não para aí. Em regra, a decisão do Presidente da República que decreta a intervenção é um ato de natureza política, que envolve valoração discricionária do Chefe do Executivo⁶⁷. Daí a justificativa para o exercício de controle político do ato pelo Congresso Nacional. Porém, sendo o direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas um autêntico direito fundamental, a demarcação não pode ser concebida como decisão política discricionária. Trata-se de decisão técnica do Poder Executivo, que se limita a aferir a presença dos pressupostos constitucionais necessários à demarcação, visando à implementação prática da medida.

Ora, diante do caráter exclusivamente técnico da decisão sobre a demarcação, não há qualquer justificativa para submetê-la à aprovação do Congresso, ao contrário do que ocorre com a intervenção federal. Pelo contrário, como antes destacado, a exigência de autorização do Congresso subverteria completamente a lógica da demarcação, convertendo um autêntico direito fundamental de uma minoria - contramajoritário por natureza -, em mera “vantagem”, cujo gozo pelas comunidades indígenas tornar-se-ia dependente dos juízos políticos da maioria legislativa de plantão.

⁶⁷ Como ressaltou Enrique Ricardo Lewandowski em obra doutrinária, “a intervenção federal é (...), essencialmente, um **ato político** ou um **ato de governo**, caracterizado pela ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário e ao controle político pelo Poder Legislativo” (*Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994, pp. 36-37).

Não se questiona o fato de que os entes da federação podem ter um legítimo interesse no processo demarcatório. Porém, este interesse já está devidamente contemplado no atual procedimento, disciplinado pelo Decreto 1.775/96, que prevê expressamente a faculdade de que os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação se manifestem no procedimento administrativo (art. 2º, § 8º), antes da decisão do Ministro da Justiça, que é depois submetida à homologação presidencial.

Afastado o equivocado argumento federativo empregado na justificativa da PEC 215, cumpre dedicar algumas linhas à alegação de que a aprovação congressional traria maior segurança jurídica às demarcações. Tal argumento também não se sustenta. É, de fato, fundamental assegurar a segurança jurídica nas relações sociais, sobretudo em relação ao gozo de direitos fundamentais, como o direito das comunidades indígenas ao território tradicionalmente ocupado. Mas como sustentar que a submissão de um direito fundamental a um juízo político de conveniência e oportunidade do Parlamento lhe confere maior segurança jurídica? Como afirmar que promove a segurança jurídica uma mudança que, como antes demonstrado, violaria, se aprovada, direitos adquiridos concedidos diretamente pelo próprio poder constituinte originário? É mais do que evidente que a consequência de eventual aprovação da PEC 215 seria a inversa. Afinal, subordinar o gozo de um direito fundamental de uma minoria estigmatizada e vulnerável à vontade política da maioria é a forma mais óbvia e insidiosa de mergulhá-lo na mais completa insegurança jurídica!

São, portanto, absolutamente insubsistentes as razões invocadas pelos proponentes da PEC 215 como justificativa para a adoção de medida tão draconiana e inconstitucional em relação às comunidades indígenas brasileiras.

10. O Papel do STF na Defesa das Minorias: o caso dos povos indígenas

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é por vezes questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária”⁶⁸ do Poder Judiciário,

⁶⁸ A expressão “dificuldade contramajoritária” foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-americana: Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

que decorre do fato de os juizes constitucionais, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo. Não nego a premissa de que o controle de constitucionalidade deve ser exercido com prudência e equilíbrio, especialmente em caso envolvendo o controle de proposta de emenda constitucional.

Contudo, há circunstâncias que justificam uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, e uma delas é a proteção de minorias estigmatizadas⁶⁹. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento, muitas vezes não é suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis, falhando pela sua omissão. Outras vezes, ele se volta contra os direitos e interesses destas minorias estigmatizadas, por preconceito ou para favorecer os interesses materiais dos grupos hegemônicos, pecando por ação.

O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que, no campo da Filosofia Constitucional, justificou plenamente a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva⁷⁰. Ele também deve incidir sobre o presente caso, que se volta para a discussão de direitos fundamentais dos indígenas, que estão em vias de ser gravemente violados pelo Congresso Nacional.

Com efeito, além de constituírem minoria numérica - cerca de 0,4% da nossa população, de acordo com os dados do Censo de 2010 -, os índios brasileiros são ainda objeto de preconceito e estigma na sociedade brasileira. Em que pese a dramática situação social em que vivem a maior parte dos povos indígenas no país - com índices de desnutrição e mortalidade infantil muito superiores aos da população brasileira, por exemplo - os índios ainda são vistos por muitos segmentos da nossa sociedade como

⁶⁹ A ideia de que a proteção de minorias estigmatizadas justifica uma atuação enérgica da jurisdição constitucional tem ampla aceitação na teoria constitucional, sendo clássica, neste sentido, a defesa desta postura contida na obra de John Hart Ely. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. A concepção foi adotada pela jurisprudência constitucional norte-americana, que, desde o *leading case Carolene Products Co. v. United States*, julgado em 1938, submete a um escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) os atos normativos que atingem minorias impopulares.

⁷⁰

bárbaros primitivos, a serem eliminados ou "civilizados", ou ainda como grupo privilegiado, que se locupleta às custas do restante do país. Como se não fossem os índios, ao lado dos negros, as principais vítimas do nosso processo civilizatório tão excludente; como se não tivessem os índios sido espoliados e violentados, no corpo e na alma, ao longo de séculos e mais séculos de opressão!

Este contexto justifica plenamente que o STF exerça, com firmeza e altivez, a sua missão de guardião da Constituição, para proteger os direitos fundamentais dos povos indígenas brasileiros, que serão gravemente atingidos caso seja aprovada a malsinada PEC 215.

11. Conclusões

Diante do que foi exposto nesta Nota Técnica, pode-se concluir:

a) É cabível o controle preventivo de constitucionalidade da PEC 215, através de mandado de segurança impetrado por parlamentares federais.

b) O trecho originário da PEC 215 que estabelecia o poder do Congresso Nacional de ratificar as demarcações de terras indígenas já concluídas não mais subsiste, eis que foi expurgado pelo próprio Poder Legislativo, no controle político preventivo de constitucionalidade exercido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

c) Na parte em que pretende acrescentar o art. 49, inciso XVIII, e alterar a redação do art. 231, § 4º, da Constituição, atribuindo ao Congresso o poder de autorizar as demarcações de terras indígenas, e condicionando a proteção destas terras à referida autorização, a PEC 215 viola o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais: direito dos índios às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, CF); direito à cultura (arts. 215, 216 e 231, *caput*, CF); direito adquirido concedido diretamente pelo poder constituinte (art. 5º, XXXVI, CF); e direito ao devido processo legal administrativo (art. 5º, LIV, CF). Assim, a PEC 215 ofende, por diversas formas, o limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição.

d) Na mesma parte referida acima, a PEC 215 viola, ainda, o núcleo essencial do princípio da separação de poderes, ferindo a cláusula pétrea instituída no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição.

Rio de Janeiro, 03 de setembro de 2013.

Daniel Sarmento
Procurador Regional da República