



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E DE MONOGRAFIA

JULIANNE MELO DOS SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE EMENDA
CONSTITUCIONAL 215/00 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
INDÍGENAS:**

**As estratégias jurídicas-políticas que visam a limitação das demarcações de terras indígenas
no Brasil.**

FORTALEZA
2013

JULIANNE MELO DOS SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE EMENDA
CONSTITUCIONAL 215/00 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS:**

As estratégias jurídicas-políticas que visam a limitação das demarcações de terras indígenas no
Brasil.

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz

FORTALEZA
2013

JULIANNE MELO DOS SANTOS

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE EMENDA
CONSTITUCIONAL 215/00 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS:

As estratégias jurídicas-políticas que visam a limitação das demarcações de terras indígenas no
Brasil.

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque
Universidade Federal do Ceará

Mestranda Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma
Universidade Federal do Ceará

Dedico esta monografia à minha
querida mãe que com amor
imensurável apoiou toda a minha
caminhada

AGRADECIMENTOS

Antes de começar a ler os livros na faculdade, sempre gostava de me dirigir à carta do autor e os agradecimentos, pois era fundamental para compreensão das finalidades e da orientação que o escritor dava à obra.

A monografia é o momento de amadurecimento científico do longo processo de formação da graduação. Imaginava que não seria fácil, mas não vislumbrei a dificuldade que teria.

No agradecimento da minha monografia gostaria de expressar toda a emoção que se materializa no encerramento dessa fase tão importante, os erros e acertos, lágrimas e sorrisos, os companheiros e as companheiras que foram essenciais durante essa jornada.

Agradeço à Deus, me trouxe paz e iluminação nos momentos de dúvidas.

Agradeço à minha mãe, pela perseverança e pelo esforço despendido na minha criação, à minha família, especialmente vovô Raimundo e vovó Antonilde, fonte maior da minha inspiração. Agradeço também a minha irmã Carolinne, pela terna companhia mesmo quando estava à distância.

Agradeço aos amigos e as amigas que a vida me trouxe e que muito ajudaram ao longo dos anos, de forma especial, Marcela, Mateus, Talita, Luiz, Samantha, Camile, Muzilli e Moisés.

Agradeço ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária- meu querido CAJU, o primeiro espaço em que pude provar da doçura da militância por uma outra sociedade livre das amarras da capitalismo e da opressão, sobretudo, pela oportunidade de conhecer companheiros fundamentais que vieram antes e virão depois de mim. Dentre eles, destaco amorosamente: Sofia, Talita, Marcos, Paulo, Seledon, Julian, Rafael, Bruna, Sinara, Rafael, Dillyane, Miguel, Cecília, Elaine, Acássio, Jéssica, Pryscila, Germana, Caio, Hugo, Kalil, Ycaro, entre outros que posso por deslize ter esquecido; além daqueles que me acompanharam na militância da Rede Estadual de Assessoria Jurídica Universitária, o Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária(NAJUC) e o Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU), e da Rede Nacional de Assessoria e que me fizeram crer que a luta planta sementes nos mais diversos cantos do Brasil: Mayara, Solara, Renata Catarina, Liazinha, Vitão, Vlândia, Murilo, Kauhana, Ladislau, Breno, Zaua, Bruno, Leonísia, Wendel, Jackson, Zé Rafael, Nicole, dentre outros.

Agradeço à gestão CA de Todos do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua (CACB) que me ensinou do modo mais difícil a dor e a paixão da representação estudantil na Faculdade de Direito da UFC. Um abraço especial para Isaac, Jacy Luz e Raphael Franco.

Ao coletivo do movimento estudantil Conteste! pelo aprendizado da luta no dia a dia por uma outra Faculdade de Direito.

Ao movimento geral da UFC e às gestões de esquerda do Diretório Central dos Estudantes por me lembrarem que sou sujeita da luta por uma Universidade pública, gratuita e de qualidade.

Ao antigo coletivo “Barricadas fecham ruas, mas abrem caminhos”, hoje campo de juventude “Rompendo Amarras”, por me proporcionar a confirmação da urgência da luta da classe trabalhadora e pelo amadurecimento político fundamental para minha militância.

À militância da Federação Nacional de Estudantes de Direito (FENED), com especial atenção às militantes feministas por fazer entender que a luta por uma outra educação jurídica emancipatória e feminista, anti-racista e anti-homofóbica.

Ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Ceará por renovar minha fé na necessidade de organização partidária.

Aos advogados populares frutos de minha inspiração profissional: POG, Lourdes, Rodrigão, Luciana e demais.

Às amigas e aos amigos de conversas no dia a dia da Faculdade, como Érika Maria, Claudiana, Liana, Raiane, Amanda, Mayara Mendes, Olavo, Bruno Barbosa, dentre outros.

Aos amigos do Escritório Frei Tito de Alencar (EFTA), da Justiça Federal e da Defensoria Pública da União, por me fazerem acreditar que o Direito, apesar de extremamente limitado, também pode ser um instrumento de mudança social.

Ao movimento indígena, pelo exemplo de resistência e luta incansável que inspiraram esse trabalho o mais carinhoso agradecimento.

Por fim, agradeço ternamente ao professor Fernando Ferraz por aceitar tão prontamente a tarefa de me orientar, ao prof. Newton e à Talita Furtado por aceitarem o encargo de participar de minha banca examinadora.

*“Malditas sejam todas as cercas!
Malditas todas as propriedades privadas que nos privam
de viver e de amar!
Malditas sejam todas as leis, amanhadas por umas
poucas mãos, para ampararem cercas e bois e fazerem da
terra escrava e escravos os homens!”*
(Dom Pedro Casaldáliga)

*“[...]porque a terra, para cada uma de nós, é muito mais
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 nossa vida. A terra é mãe e mãe não
se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende,
mãe se protege”*
(Sônia Guajajara)

RESUMO

Esta pesquisa trata da análise, através de pesquisa documental e bibliográfica, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 215 de 28 de março de 2000, que se propõe demarcar terras indígenas apenas mediante a aprovação do Congresso Nacional. No entanto, da proposta, que já foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, emergiu acirrados debates que materializam o conflito entre ruralistas e indígenas. Inicialmente, é necessário traçar os contornos básicas do atual modelo procedimental-administrativo de demarcação de terras indígenas, passando para a análise do processo de construção política do atual capítulo constitucional “Dos Índios” inserido no título “Da Ordem Social” e encerrando-se com o estudo da tramitação da PEC. Em seguida, realizar uma investigação sobre a temática, com base nos fundamentos do neoconstitucionalismo. A partir do conceito de direito fundamental e de cláusula pétrea, pretende-se estudar a (in)constitucionalidade da PEC 215 diante do sistema constitucional brasileiro. Por fim, busca-se apontar as possíveis repercussões jurídicas e fáticas da aprovação da referida PEC.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais Indígenas. Demarcação de terras indígenas.

ABSTRACT

This research deals with the analysis of the Proposed Amendment to the Constitution (PAC) No. 215, of March 28, 2000, which proposes to demarcate indigenous lands only with the approval of Congress. However, the proposal, which was approved in the Commission of Constitution and Justice of the House of Representatives, heated debates emerged that embody the conflict between large landowners and indigenous. Initially, it is necessary to trace the contours of the current basic procedural model - administrative demarcation of indigenous lands, passing to the analysis of the process of political construction of the current constitutional chapter "Of the Indians" title "Social Order" and ending with study of the fate of the PEC. Then conduct an investigation on the subject on the grounds of neoconstitucionalism. From the concept of fundamental rights and entrenchment clause, intended to study the (un) constitutionality of PEC 215 under the constitutional Brazilian system. Finally, we try to point out the possible repercussions of the factual and legal approval of said PEC.

Keywords: Neoconstitucionalism. Fundamental Rights of Indigenous Peoples. Demarcation of indigenous lands.

LISTA DE SIGLAS

CCJC– Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CF – Constituição Federal

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

SPI - Serviço de Proteção aos Índios

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPITULO 1- OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 15 |
| 1.1– A CONSTRUÇÃO POLÍTICA DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPÍTULO "DOS ÍNDIOS" NA CF/88.... | 15 |
| 1.2 – ATUAL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS | 23 |
| 1.3 – TRAMITAÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 215/00 NO CONGRESSO NACIONAL | 23 |
| 1.3.1 – <i>A iniciativa da PEC 215/00.....</i> | <i>28</i> |
| 1.3.2 – <i>Conteúdo da proposta apresentada.....</i> | <i>31</i> |
| 1.3.3 – <i>A tramitação, relatório e votação da PEC 215/00 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados</i> | <i>32</i> |
| 1.4 – MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR PARLAMENTARES FEDERAIS | 35 |
| CAPÍTULO 2- ANÁLISE DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS Á LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO..... | 38 |
| 2.1– NEOCONSTITUCIONALISMO E COMPREENSÃO DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL E CLÁUSULA PETREA | 38 |
| 2.2 – A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS | 48 |
| CAPÍTULO 3- ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 215..... | 53 |
| 3.1– Pacto Federativo e terras indígena | 53 |
| 3.2–Separação de poderes e demarcação | 56 |
| 3.3 – Estado Democrático de Direito e direitos das minorias: Muita terra para pouco índio?..... | 59 |
| CONCLUSÃO | 61 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 62 |

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à terra, ainda é delimitada pelo enfoque da propriedade privada, sendo uma questão estrutural no Brasil. Dentro do espaço hegemônico do Direito predomina a compreensão da terra como uma mercadoria, mensurada apenas pelo valor econômico. No entanto, a terra indígena desafia esse entendimento, pois os povos indígenas concebem a terra como um valor fora da órbita econômico-financeira, um “ser-objeto” fundamental para a vivência individual e coletiva do lugar social, antropológico, ambiental e religioso da comunidade.

A questão agrária é o grande embate político da sociedade brasileira. A propriedade da terra ainda é compreendida como direito absoluto por alguns setores e serve de garantia de poderio político-econômico de uma parcela minoritária, no entanto, a sociedade civil organizada reivindica o acesso à terra com forma de construção de uma sociedade pluralista e igualitária.

As demarcações de terras indígenas não se distanciam dos demais conflitos agrários no campo e na cidade que surgem por todo o país, de forma que é preciso localizar a atual demanda fundiária indígena no país para aperceber-se do objeto do presente trabalho.

Inicialmente, buscou-se os dados oficiais fornecidos pelo Governo Federal sobre terras indígenas, no entanto, o sítio eletrônico da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) não traz informações sistematizadas nem acessíveis sobre atual situação de regularização fundiária indígena.

No sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é possível acessar dados catalogados no último censo, de 2010, sobre as populações indígenas. Assim, o IBGE revela:

Desde 1991 o Censo Demográfico coleta dados sobre a população indígena brasileira, com base na categoria indígena do quesito cor ou raça. O Censo 2000 revelou um crescimento da população indígena muito acima da expectativa, passando de 294 mil para 734 mil pessoas em apenas nove anos. Esse aumento expressivo não poderia ser compreendido apenas como um efeito demográfico (ou seja, devido à mortalidade, natalidade e migração), mas a um possível crescimento no número de pessoas que se reconheceram como indígenas, principalmente nas áreas urbanas do País. [...]

O Censo Demográfico 2010 contabilizou a população indígena com base nas pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça e para os residentes em Terras Indígenas que não se declararam, mas se consideraram indígenas [Nas Terras Indígenas, além do quesito cor ou raça, foi introduzido o quesito “Você se considera indígena?” para as pessoas que declararam categoria diferente de indígena no quesito cor ou raça.].

O Censo 2010 revelou que, das 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil, ou 63,8%, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,7%, moravam em

Terras Indígenas oficialmente reconhecidas [Foram consideradas Terras Indígenas com Portaria Declaratória do Ministério da Justiça.].

Destaca-se o percentual de indígenas vivendo nas áreas rurais quando comparado ao que se observa para a população brasileira em geral. Enquanto 84,4% da população nacional residem em centros urbanos, esse percentual atinge apenas 36,2% no caso dos indígenas, revelando, com isso, um estreito vínculo com a terra. (IBGE, 2013, online)

O censo informa ainda que a taxa de alfabetização de menores de 15 anos dentre os indígenas, habitantes ou não de terras indígenas, é menor que a taxa nacional, o que demonstra a precarização da educação indígena (IBGE, 2013, online).

Apesar das informações demográficas relevantes, através do IBGE também não foi localizado informação sistematizada sobre as terras indígenas no Brasil.

Utilizaremos, então, os dados fornecidos pelo Instituto Socioambiental (ISA), organização da sociedade civil sem fins lucrativos, fundada em 1994.

Segundo mapeamento do ISA (2013, online), existem no país 241 povos indígenas que reivindicam 690 terras indígenas que representam aproximadamente 13% do território brasileiro. De acordo com o site do Instituto Socioambiental (2013, online):

A maior parte das TIs concentra-se na Amazônia Legal: são 414 áreas, 111.108.392 hectares, representando 21,73% do território amazônico e 98,47% da extensão de todas as TIs do país. O restante, 1,53%, espalha-se pelas regiões Nordeste, Sudeste, Sul e estado do Mato Grosso do Sul.

Assim, dentre as terras reivindicadas, 421 espaços territoriais já tiveram sua regularização fundiária concluídas no âmbito administrativo, com homologação do Presidente da República e registro cartorial. A maioria delas se localiza na Amazônia Legal, 306 terras.

No entanto, há 269 terras que não tiveram o processo demarcatório concluído até a titulação. Dentre estas, 128 áreas estão nas fases iniciais do processo demarcatório e não possuem nenhum reconhecimento jurídico consistente, estão “em identificação” ou “com restrição de uso a não-índios”. Das que estão em fases mais avançadas do processo, 101 terras não tiveram a demarcação física dos limites efetivados.

Podemos inferir desses dados, que em áreas fora da Amazônia Legal que, em geral, tem maior densidade populacional, as terras indígenas costumam ter uma dimensão muito menor do que as terras da Amazônia Legal e que tem um número menor de processos de demarcação finalizados.

Essa situação foi construída historicamente visto que os colonizadores iniciaram a colonização pelo litoral, avançando para a ocupação mais efetiva da Amazônia muitos e muitos anos depois. Dessa forma, os nativos das regiões mais acessível estão a muito mais tempo em

contato e em conflito com os não índios e tiveram suas terras invadidas de modo mais massivo e sistemático.

Assim, a regularização fundiária perfaz-se em um ponto de estrangulamento das políticas públicas para os povos indígenas. Nesse sentido, relevante estudar as mudanças no processo demarcatório e as consequências jurídicas e fáticas da Proposta de Emenda Constitucional nº215.

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise da (in) constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 215, 28 de março de 2000, que em 2013 foi aprovada com alteração na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, e visa modificar a competência para o processo de demarcação do Poder Executivo para a necessária autorização do Congresso Nacional.

Mais do que um projeto legislativo de baixo impacto, a referida PEC representa a tomada de forma da disputa de modelos de desenvolvimento agrícola divergentes: um modelo de respeito à sociodiversidade, à vida e à apropriação coletiva da terra das comunidades indígenas e um outro do agronegócio e do lucro dos latifundiários.

Esta pesquisa investiga, com base no neoconstitucionalismo, se os direitos territoriais indígenas são considerados direitos fundamentais, se constituem cláusula pétrea e se as mudanças propostas pela PEC 215/00 alteram o núcleo essencial do direito à terra indígena.

O trabalho foi realizado mediante densa pesquisa bibliográfica para delimitação dos conceitos, além de pesquisa documental relacionada com a tramitação legislativa da PEC 215 e, finalmente, pesquisa de decisões judiciais concernente a aludida PEC bem como à questão indígena em geral.

Nota-se, inicialmente, que é necessário delinear o processo histórico de construção do capítulo “Dos Índios” na atual Constituição Federal de 1988, compreendendo como as coletividades indígenas enquanto sujeitos políticos atuaram na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e influíram decisivamente na consagração de seus direitos no texto constitucional.

A norma constitucional foi regulamentada de forma pormenorizada em legislação infraconstitucional que é essencial para percepção das várias etapas do processo administrativo demarcatório, esclarecendo assim, a participação do Estado e dos Municípios afetados bem como da comunidade indígena, da equipe multidisciplinar e do órgão indigenista federal – FUNAI.

Ainda no capítulo inicial, estudaremos a proposta de emenda constitucional (PEC) 215/2000, buscando elucidar o lócus político dos congressistas autores da proposta, bem como o tramite legislativo, as PECs apensadas, as emendas à proposta, a votação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados e, finalmente, o mandado de segurança impetrado por um grupo de parlamentares liderados pelo deputado federal Padre Ton, no Supremo Tribunal Federal (STF), almejando o trancamento da proposta.

O segundo capítulo consiste, inicialmente, numa análise da compreensão conceitual de direito fundamental e cláusula pétrea a partir do referencial teórico do neoconstitucionalismo. Em seguida, analisa-se a natureza dos direitos territoriais indígenas e adequação desses direitos à concepção de direito fundamental.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a constitucionalidade da proposta, apontando a autorização do Congresso Nacional como núcleo da alteração legislativa colocada pela PEC 215/00 e a subsistência dos argumentos postos em debate perante a natureza jurídica do direito à terra indígena.

CAPÍTULO 1 OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Este capítulo inicial tem como escopo uma breve análise dos principais direitos indígenas constitucionalmente previstos a partir da construção política da redação atual no contexto histórico da Assembleia Constituinte de 1987-1988 em contraste com as asserções colocadas pela Proposta de Emenda Constitucional 215/00.

A necessidade de, inicialmente, analisarmos como se desenrola o processo demarcatório de terras indígenas a partir do modelo constitucional vigente, estudando as nuances das movimentações em torno da tramitação da PEC 215/00 no Congresso Nacional e da atuação dos sujeitos políticos envolvidos na questão, buscando compreender as repercussões que a proposta traz no âmbito fático e jurídico que permitirão uma análise mais profunda da (in) constitucionalidade da proposta diante da ordem constitucional brasileira, como veremos a seguir.

Finalmente, estudaremos o mandado de segurança impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pelos parlamentares pró-indígenas visando obstar a tramitação da referida PEC.

1.1 A construção política da redação original do capítulo "Dos Índios" na CF/88

A política indigenista no Brasil, desde o descobrimento, foi marcada por uma relação de opressão étnica, dominação e exploração. As nações indígenas foram catequizadas, escravizadas, espalhadas e suas terras foram invadidas pelo homem branco.

Entretanto, os grupos que sobreviveram às epidemias, à miscigenação, muitas vezes forçada, e ao etnocídio, utilizaram diferentes estratégias de convívio com o branco e de resistência às suas imposições.

No período de Brasil colonial, após os primeiros contatos amistosos, os portugueses iniciaram as tentativas de escravizar e catequizar os índios, conforme esclarece Thais Colaço (2006, p.4):

Coexistia no território da América Portuguesa colonial índios aldeados, aliados dos portugueses e índios inimigos, escravizados ou dispersos pelos sertões. A legitimação da escravidão indígena era a chamada guerra justa com objetivos de “salvar” as almas, de erradicar a antropofagia, assim como o resgate dos cativos capturados por outros índios.

Com a proximidade do fim da escravidão negra e o aumento da imigração europeia, foi publicada em 1850 a chamada Lei de Terras, lei 601/1850, a primeira lei a regulamentar a propriedade privada da terra no Brasil. Consistia em uma forma de impedir que o trabalhador livre encontrasse terras disponíveis e optasse pelo trabalho assalariado. No entanto, a referida lei já reconhecia o direito à terra dos indígenas:

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

No início da República, a Constituição de 1891 não fazia qualquer menção aos índios ou aos seus direitos territoriais, o que explica a razão do órgão indigenista posteriormente criado não ter, inicialmente, atribuição para demarcar terras indígenas.

O primeiro órgão oficial do Estado criado com a função de trabalhar com a questão indígena foi, inspirado no ideário positivista e no indigenismo paternalista de Marechal Rondon, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN) em 1910, mais tarde, denominado apenas Serviço de Proteção aos Índios (SPI). O professor Sílvio Coelho dos Santos (1989, p. 14) explica:

O objetivo fundamental desse serviço era promover a paz no Sertão, garantindo a expansão da sociedade nacional e condições de sobrevivência para os povos indígenas. Fundamentava a ação do SPI a ideologia positivista, da qual Marechal Rondon, principal responsável pela criação desse novo órgão de proteção oficial, era adepto.

O SPI entrou em contato com diversos povos indígenas e reservou parte de seus territórios para usufruto exclusivo dos indígenas. No entanto, o órgão se burocratizou e, após um escândalo internacional de denúncias contra funcionários do SPI, foi criado no ano de 1967, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Segundo Ana Valéria Araújo (2004, p. 31):

É aí que surge a Fundação Nacional do Índio, com competência para exercer o papel de tutor dos índios e, dentre outras funções, ‘garantir a posse permanente’ das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes. Na prática, porém, a FUNAI ergueu-se sobre os escombros do SPI, aproveitando inclusive a sua estrutura de pessoal, recursos etc. Em outras palavras, um pouco mais do mesmo!

A posse indígena da terra foi garantida em Constituição a primeira vez no art. 129 Carta Magna de 1934; foi praticamente repetido no artigo 154 da Constituição de 1937 e no artigo 216 da Constituição de 1946. Vejamos o texto da Carta de 1934:

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”.

A Constituição de 1967 e a Emenda constitucional de 1969 trouxeram inovações relevantes como a declaração das terras indígenas como propriedade da União em seu texto original e nulidade da titulação sobre as terras indígenas e, na emenda, exclusão do direito à indenização.

O Regime Militar no Brasil trouxe alterações legislativas importantes para a questão indígena como o Estatuto do Índio. No entanto, o saldo foi negativo para os índios, pois o governo brasileiro desenvolveu diversas ações visando ocupar a Amazônia que provocaram conflitos com os índios. Além disso, a política governamental de investir em obras de infraestrutura como estradas e hidrelétricas retiraram várias comunidades indígenas de suas terras tradicionais.

Apesar do regime de intensa repressão, o movimento indígena vivenciou um momento de profunda reorganização que culminou com forte participação na Assembleia Nacional Constituinte. A profa. Rosane Freire Lacerda (2007, p. 120) sistematiza os elementos imprescindíveis para a análise da conjuntura:

Para uma compreensão minimamente razoável do avanço das propostas em torno da questão indígena na Assembleia nacional Constituinte- ANC, bem como da importância do protagonismo indígena naquele processo, é preciso antes que situemos no contexto imediatamente anterior, (a) a ruptura de importantes segmentos das ciências sociais como também da Igreja Católica com os modelos históricos de relacionamento com os povos indígenas (b) a emergência do movimento indígena com um novo e importante ator político, e (c) o salto qualitativo das discussões sobre a problemática indígena no Brasil, a partir dos anos 1970, nos rastros dos movimentos de independência das colônias europeias na África, Ásia e Oceania.

O “Simpósio de Fricção Interétnica na América do Sul não-Andina” realizado em 1971 com o patrocínio do Conselho Mundial de Igrejas que sintetizou suas análises na “Declaração de Barbados” chamou a atenção da opinião pública internacional sobre os indígenas sul-americanos porque responsabilizou Estados, Igreja e antropólogos pela relação de dominação e submissão

dos povos indígenas. A repercussão provocou profundas reorientações tanto na Igreja quanto na Academia da relação com os povos indígenas.(LACERDA, 2007, p.127; SANTOS, 1989,p. 35)

A 2ª Reunião de Barbados, em 1977, representou um avanço, pois além de cientistas sociais, pode contar ainda com representantes dos movimentos indígenas que assumiram a “II Declaração de Barbados” como bandeira de luta. A partir de então, a participação das sociedades indígenas foi crescente no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) o que provocou alterações legislativas significativas tal como a revisão da perspectiva assimilacionista da Convenção 107 OIT. O assimilacionismo apregoava que os indígenas seriam categorias transitórias que deveriam ser absorvidas pela sociedade nacional.

As incursões contra as comunidades indígenas no período da Ditadura Militar, com a invasão das terras por madeireiros, mineradores ou até mesmo por obras governamentais monumentais, fez acalorar a reação indígena às ofensivas do homem branco e fortaleceu a organização política das comunidades indígenas, que, estimuladas por grupos da sociedade civil e pela Igreja, intensificaram a luta por suas reivindicações.

O professor Sílvio Coelho dos Santos esclarece a situação (1989, p. 37):

Não há dúvidas, assim, que durante os anos setenta as situações vividas pelos diversos povos indígenas do país, serviram, objetivamente, para fundamentar a resistência e a luta que vários segmentos da sociedade civil exercitavam no interior do país, visando alcançar a redemocratização. As repercussões externas, alcançadas pelas ações antiindígenas que o governo promovia, portanto, foram estimuladoras das ações pró-indigenistas deflagradas pelos segmentos referidos da sociedade civil. Lideranças indígenas emergiram das aldeias. Os índios chegaram assim à condição de atores políticos, num cenário carregados de autoritarismo e de visões distorcidas sobre o que é realmente o país Brasil.

Em 1973, foi lançado o documento “Y-Juca-Pirama - O índio: aquele que deve morrer” assinado por um grupo de bispos e missionários comprometidos com a luta indígena que denunciava o tratamento ofertado aos povos indígenas no Brasil, segundo Rosane Lacerda (2007, p. 123):

Assim como a Declaração de Barbados I, o documento Y-Juca-Pirama causou tamanho impacto que, segundo PREZIA, ofuscou a notícia da aprovação do Estatuto do Índio, fato pelo qual o governo “apresentava o Brasil com um dos primeiros países do mundo a terem uma legislação específica para povos indígenas”

A carta “Y-Juca-Pirama” também serviu de orientação pastoral para o Conselho Indigenista Missionário- CIMI, organização da sociedade civil, que até os dias atuais se mantém como forte apoiador da causa indígena.

Um relevante passo na reorganização dos povos indígenas foi a realização de Assembleias Indígenas, inicialmente patrocinadas pelo Conselho Indigenista Missionário, as reuniões propiciaram que a partir das trocas de experiências e informações, os líderes de diversas comunidades reconhecessem problemas em comum e buscassem atuar conjuntamente para o reconhecimento de seus direitos.

As assembleias, apesar das limitações, mostraram sua potencialidade ao propiciar diversas ações políticas protagonizadas pelos povos indígenas. Sobre o tema trazemos Rosane Lacerda (2007, p. 129):

Ações como retomadas de terra e ocupações de sedes de administrações da FUNAI, passaram a ser adotadas com frequência crescente ante a falta de providências do órgão indigenista em garantir a satisfação das necessidades específicas dos povos indígenas. Importante observar, aqui, que a prática das retomadas de terra pelos povos indígenas, ou seja, o retorno por sua conta e risco, de comunidades inteiras para o interior das terras que antes ocupavam, e das quais haviam sido expulsas (geralmente por proprietários rurais ligados à pecuária e à monocultura de cana-de-açúcar, ou por projetos de colonização e reforma agrária que deliberadamente ignoravam a presença indígena), antecede as famosas ocupações de terra que pouco tempo depois são desenvolvidas pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra- MST.

O amadurecimento político ocasionado pelas Assembleias e a percepção do papel político do Estado para efetivar direitos e a necessidade de incidir sobre ele, provocaram mudanças na auto-percepção do movimento indígena que passa a se reconhecer como sujeito que pode e deve exigir direitos, conforme esclarece ORTOLAN MATOS apud LACERDA (2007, p. 128):

Ao circular pelos altos escalões do governo, os índios aprenderam a se impor como autoridades políticas que deveriam ser recebidas e ouvidas pelos representantes do Estado brasileiro, fosse ele presidente da FUNAI ou presidente da República. Mesmo que, na maioria das vezes, o governo brasileiro não tenha tratado os líderes indígenas com o reconhecimento desejado, estes não perderam, até hoje, sua postura de autoridade frente à sociedade nacional e ao Estado. Para os líderes indígenas não há argumento que justifique a recusa de um representante do Estado em recebê-los para uma audiência.

O movimento pela redemocratização se fortalece com a campanha das “Direitas Já” em 1984, visando a eleição direta para o presidente do país. No entanto, em janeiro de 1985, o colégio eleitoral se reúne e escolhe Tancredo Neves, que havia feito campanhas em palanques,

para ser o novo presidente. Não obstante, Tancredo adoece e morre antes da posse, assumindo o cargo o vice José Sarney a quem coube a atribuição de organizar a Assembleia Nacional Constituinte (ANC).

Visando facilitar os debates da Constituinte foi criada a Comissão de Assuntos Constitucionais presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco para elaborar um anteprojeto, que apesar não ter sido encaminhado de forma oficial à Constituinte, servia de referência no plenário. Danielle Bastos Lopes (2011, p. 40) esclarece a conjuntura político-econômico da Constituinte:

No ano de 1988 a inflação chegou a índices alarmantes, assim, quando em 1987 estavam sendo votadas as novas propostas para ANC, o Brasil acabava de sair de duas tentativas fracassadas de planos econômicos o que consequentemente acabava por afetar os ânimos da população colocando na inscrição de uma nova Constituição o peso de um caráter “salvadorista” para as mazelas da economia. Naquele momento os pontos polêmicos para nova Carta eram: estabilidade de emprego, jornada de trabalho, liberdade sindical, greve, a reforma agrária, o sistema de governo parlamentarista ou presidencialista, sistema eleitoral, bem como o reconhecimento da diversidade indígena.

Em 15 de novembro de 1986, 60 milhões de brasileiros compareceram as urnas para eleger os responsáveis pela elaboração da nova Constituição. A Assembleia Nacional Constituinte foi, então, composta por 559 membros, sendo 487 deputados e 72 senadores e não tinha a função de constituinte exclusiva. Danielle Lopes (2011, p. 50) traz o cenário político existente dentro da ANC:

Politicamente, o grupo mais forte dentro da Assembléia Constituinte foi o Centro Democrático, popularmente conhecido como “Centrão”, base de apoio do governo Sarney formada por parlamentares do PMDB, PFL, PDS, PTB e algumas legendas menores. Fortemente criticado pelos partidos de esquerda, representava os setores sociais mais conservadores e conseguiu decidir votações importantes.

As lideranças indígenas buscaram se articular para eleger representantes na ANC, no entanto não foram vitoriosos e tiveram que buscar outras vias de pressão política:

Em relação à questão indígena, ao todo sete representantes concorreram para vaga de deputado federal constituinte, sendo três candidaturas independentes e quatro escolhidas pelas respectivas comunidades com o apoio da UNI. De modo independente, candidataram-se Mário Juruna, Idjahuri Karajá e Marcos Terena. Mário tentava sua reeleição novamente pelo PDT do Rio de Janeiro; Idjahuri concorria pela primeira vez, pelo PMDB do estado de Goiás e Marcos Terena concorria pelo PDT no Distrito Federal (DF). Enquanto isso, escolhido por suas comunidades e articulados pela UNI junto ao Partido dos Trabalhadores, estavam: Álvaro Tukano (candidato pelo Amazonas); Biraci Brasil Yawanamá (candidato pelo Acre); Davi Yanomami e Gilberto Pedroso Macuxi (candidatos por Roraima). [...] Mas, apesar dos esforços nenhum candidato foi eleito. Avaliando a derrota Ailton Krenak, na época coordenador da UNI, levantava entre as possíveis causas: (1) o choque das propostas das candidaturas indígenas com o poderio

dos interesses fundiários locais e regionais, o que não ocorria nos grandes centros urbanos, cujo eleitorado ainda teria uma candidatura indígena mística do “bom selvagem”; (2) a extrema desigualdade da disputa entre o Partido dos Trabalhadores, frente à estrutura de partidos já consolidados como PMDB e PFL, “que lançaram candidatos a todos os níveis com amplos recursos econômicos atingindo inclusive as comunidades indígenas com uma campanha agressiva”.(LOPES, 2011, p. 56)

O movimento indígena passou, então, a atuar, através da União das Nações Indígenas (UNI) e com apoio de entidades aliadas, tais como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) buscando convencer parlamentares, participando de audiências públicas realizadas pelas comissões e subcomissões da ANC e propondo Emendas Populares (LOPES, 2011, p. 62).

Ainda durante o anteprojeto comandado por Afonso Arinos, José Afonso da Silva lançou uma proposta inicial sobre direitos indígenas. A União das Nações Indígenas (UNI), fortalecida por setores aliados, lançou também contraproposta ampliar a proposta inicial.

Tendo em vista que o anteprojeto presidido por Afonso Arinos foi rejeitado, a Assembleia Constituinte precisou propor uma metodologia de trabalho:

“[...] o novo projeto para construção de uma nova Carta foi dividido em grandes temas/áreas, que seriam organizados em comissões temáticas, estas com suas respectivas subcomissões, e por fim a compatibilização desse processo em um único projeto pela Comissão de Sistematização. [...] A *participação popular* era realizada de duas formas: (1) a primeira a partir de audiências públicas organizadas pelas comissões/subcomissões. (2) Além desta, havia a concessão da apresentação de Emenda Popular ao anteprojeto da Constituição desde que atendida a exigência de conter no mínimo 30.000 assinaturas de eleitores e respaldo de três entidades associativas, legalmente constituídas. A iniciativa das Emendas Populares foi acolhida pelo Regimento Interno da Assembléia.(LOPES, 2011, p. 67)

Os espaços de audiências públicas eram utilizados pelas lideranças indígenas e entidades aliadas para fomentar a discussão em torno das demandas indígenas e das propostas constitucionais.

Para votação das propostas sistematizadas oriundas das comissões e subcomissões temáticas foi necessária a criação de um comissão de sistematização que colocasse as demandas legislativas em um documento único. A partir de então, a metodologia era:

Neste contexto, após a votação na Comissão de Sistematização, temos três momentos até o texto final: o projeto de Constituição (A), apresentado em novembro de 1987. E o projeto de Constituição (B), gerado a partir da votação e modificação do Projeto (A) no primeiro turno, concluído em agosto de 1988. E o Projeto de Constituição (C), gerado a partir da votação e modificação do Projeto (B) em votação de segundo turno, ou seja, a etapa (C) significava o texto final, devidamente aprovado e revisado. (LOPES, 2011, p. 69)

A partir das diversas experiências políticas o movimento indígena amadureceu a denominada “Proposta Unitária”, que segundo Danielle Lopes (2011, p. 72) pode ser traduzida:

Formulada em forma de capítulo, a proposta foi endossada por mais de 20 entidades e diversos grupos indígenas. Composta por três artigos entre suas exigências estavam: (art.1º) o reconhecimento das comunidades indígenas em seus direitos originários sobre as terras que ocupam sua organização social, seus usos, costumes, línguas e tradições. Cabendo á União dar devida proteção ás terras, saúde, educação e etc.; (art. 2º) as terras ocupadas pelos índios deveriam ser inalienáveis e destinadas à sua posse. Era proibida nas terras ocupadas pelos índios qualquer atividade extrativista de riquezas não renováveis, exceto a garimpagem, mas somente quando exercida pelas próprias comunidades indígenas; (art. 3º) ficavam reconhecidas as comunidades indígenas, bem como, suas organizações, sendo o Congresso Nacional e o Ministério Público partes legítimas para ingressarem em juízo na defesa dos direitos indígenas.

A Assembleia Nacional Constituinte, fruto da luta contra a repressão da Ditadura Militar, e o caráter eclético da Constituição foi a demonstração dos conflitos de interesses que nascem da disputa entre antagônicos modelos sociais. A redação final aprovada na Constituição Federal de 1988 não acolheu totalmente a proposta unitária, mas apresentou avanços significativos e ficou:

Título VIII
Da Ordem Social
Capítulo VIII
Dos Índios

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

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no Art. 174, §§ 3º e 4º.

Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O capítulo constitucional “Dos índios” foi um passo marcante, na derrocado do mito da homogeneidade étnico-cultural que cultua o povo brasileiro como um todo surgido da mistura inseparável entre o colonizador branco, o nativo indígena e do escravo negro e serve de justificativa para a negativa de ações concretas e políticas públicas que visem preservar as diferenças étnico-culturais.

O marco implementado pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo os povos indígenas como coletividades culturalmente distintas da “comunhão nacional”, derrubou a idéia assimilacionista que reinava até então, inclusive trazida no Estatuto do Índio de 1973, e garantiu aos indígenas o direito à diferença.

Carlos F. Marés de Souza Filho (1993, p. 310) explica com propriedade o significado do novo texto constitucional:

A constituição de 1988 foi, sem dúvida, um novo capítulo na história das relações entre o Estado e os povos indígenas, o conteúdo dessa relação foi revisto. A tônica de toda a legislação indigenista, desde o descobrimento, é a integração, dita de modo diverso em cada época e diploma legal. “Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce” (1808); “despertar-lhes o desejo do trato social” (1845); “até sua incorporação à sociedade civilizada” (1928); “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (1973). A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a idéia de que integração era um bem maior que se oferecia ao gentio[...]. Entretanto, é somente no avançado século XX que se tem mais claro a importância da diversidade e a possibilidade real de entender-se o diferente sem juízo de valor. A humanidade mudou. Os conceitos de relacionamento humano mudaram, o Direito, embora sempre atrasado, se lhes segue (SOUZA FILHO, 1993, p. 310).

1.2 Atual procedimento administrativo da demarcação de terras indígenas

A Constituição Federal, em seu no art. 231, delimita os parâmetros que compõe o conceito de terra indígena: (a) áreas de habitação permanente das comunidades; (b) terras utilizadas para as atividades produtivas; (c) áreas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais e (d) terras necessárias à preservação física e cultural dos povos indígenas.

Vale ainda ressaltar que o aspecto mais relevante do texto diz respeito ao modo e ao sujeito fundamental para delimitação das terras indígenas, que vem esclarecido na expressão

“segundo seus usos, costumes e tradições”. Assim, conclui-se que o modo é sobre compreensão sociocultural da terra e o sujeito que deve enunciar o conceito é a comunidade indígena.

O processo demarcatório de terras indígenas tem previsão constitucional, no art. 231 da CF, também foi regrado no Estatuto do Índio, lei nº 6.001/73:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

Atualmente, a demarcação é regulamentada pelo decreto nº 1.775/96. Trata-se de procedimento administrativo da competência da União que se encontra dividido em diferentes etapas cuja maior parte da execução é atribuída à Fundação Nacional do Índio- FUNAI. Para Ana Valéria Araújo (2006, p. 49): “o procedimento de demarcação de terras indígenas, previsto em decreto baixado pelo Presidente da República, simplesmente traduz para burocracia estatal o conceito constitucional aplicado no caso concreto”.

De acordo com o art. 20 XII da Constituição Federal de 1988, as terras indígenas são bens da União, cabendo ao Poder Executivo Federal o dever de demarcar as terras e proteger as coletividades indígenas contra a investida de terceiros. Nesse sentido (SILVA NETO et alii, 2006, p. 10):

[...] a competência para fixar os limites das terras indígenas é da União, em consonância com os artigos 20, XI e 22, XIV da própria Constituição Federal, os quais determinam, respectivamente, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União e que a competência para legislar sobre direitos indígenas também é da União.[...] Além disso, pela leitura, sobretudo do caput do art. 231, percebe-se que tem a União a obrigação de promover os atos necessários à demarcação física dos limites dos territórios indígenas e sua respectiva proteção.

A primeira etapa é de identificação em que ocorre a nomeação de um antropólogo que realiza o estudo antropológico de identificação e coordena o grupo técnico especializado que realizará estudos complementares necessários à delimitação. Essa etapa é muito relevante para o

processo demarcatório, conforme esclarece o “Manual do Antropólogo-Coordenador” (Fundação Nacional do Índio, 1997, p. 2):

É, portanto, na identificação que se produz a principal peça para a justificativa e fundamentação de uma terra *indígena*, para efeito de demarcação e regularização oficial desta. Esta peça pode, no entanto, ser – tem sido – questionada em juízo ou dentro do próprio processo (Decreto 1775/96, art.2º § 8), daí que esta deva ser convincente e sustentável não apenas no processo administrativo de administração, como também na arena jurídica. A leitura jurídica na esfera administrativa tem sido cada vez mais presente, mas como peça jurídica esta poderá ser questionada, avaliada e esmiuçada pelos *termos* da lei, obrigando uma aproximação maior e mais cuidadosa quanto ao discurso jurídico e a jurisprudência sobre o assunto.

O relatório circunstanciado de identificação e delimitação é a conclusão do Grupo de Trabalho Interdisciplinar que realiza a pesquisa de campo e abrange trabalhos antropológicos, fundiário-cartorial e ambiental, além de outros trabalhos complementares imprescindíveis ao estudo. Vejamos novamente o “Manual do Antropólogo-Coordenador” (Fundação Nacional do Índio, 1997, p. 14):

O relatório resultante do GT de identificação é uma peça técnica, com finalidade constitucional, base para o ato declaratório da terra como "terra de ocupação indígena". [...] Neste sentido é que a fórmula jurídica do relatório deve ser garantida. Um bom relatório pode influir diretamente no ritmo do processo administrativo e ser peça importante em juízo, diminuindo a necessidade de outras perícias. Ou seja, ele deve ser bom o suficiente para convencer a autoridade administrativa, para o convencimento do juiz e, também, para responder as manifestações de interessados durante o processo, conforme estipulado no Decreto 1775/96 art.2º §8.

Este relatório deve ser aprovado pela FUNAI e publicado nos diários oficiais da União e do Estado juntamente com um memorial descritivo e o mapa da área, além de ser fixado na sede da prefeitura da situação do imóvel.

Após essa etapa, é aberto o contraditório e é dada oportunidade para que qualquer interessado, incluindo Estados-membros e Municípios, se manifeste sobre o relatório para apresentar provas a fim de pleitearem indenização ou apresentarem vícios. Os interessados poderão apresentar suas razões à FUNAI acompanhadas de provas. O órgão indigenista deve opinar em 60 dias e encaminhar para o Ministro da Justiça.

Convém lembrar que a inserção do contraditório foi a principal alteração normativa entre o revogado Decreto nº 22/91 e o vigente Decreto nº 1.775/96. O ponto foi reiteradamente objeto de divergência levada ao Poder Judiciário. Alguns doutrinadores apresentam críticas (ANTUNES apud SILVA NETO et alii, 2006, p. 11):

Paulo de Bessa Antunes já defendia a tese que não são cabíveis, no procedimento de demarcação, o contraditório e a ampla defesa, pois estes seriam destinados tão-somente à

defesa de acusados em matéria penal ou administrativa-disciplinar, não se aplicando a outros tipos de procedimentos existentes no Direito Brasileiro, como é o caso.

A etapa seguinte é a da declaração de limites em que o Ministro da Justiça pode desaprovar o relatório em decisão fundamentada, prescrever diligências que considerar necessárias ou decidir mediante portaria pela declaração de limites e demarcação.

Em seguida, há a demarcação física feita pela FUNAI que implica na “desintrusão” dos ocupantes não-índios que, se for o caso, poderão ser reassentados pelo INCRA. Trata-se de momento simbólico para a comunidade indígena, pois é o reconhecimento fático-jurídico da identidade e do território indígenas.

Por fim, o processo passa pela homologação do Presidente da República através de decreto e, finalmente, pelo registro no Cartório de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União.

1.3 Tramitação da Proposta de emenda constitucional 215/00 no Congresso Nacional

A Constituição é o conjunto de normas fundantes de um Estado, é normatização das estruturas do Estado, delimitando a divisão entre os Poderes, além de distribuir as competências entre os entes federados. Além disso, a Carta Magna, em seu núcleo central, traz ainda um rol de direitos dos cidadãos em face do Estado.

Uma nova constituição é fruto de grandes mudanças sócio-políticas que se materializam através do poder constituinte originário em uma nova ordem constitucional e significa uma ruptura político-social profunda com a ordem anterior.

Segundo Gilmar Mendes, Gonet e Branco (2008, p. 231), o poder constituinte originário “é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”. Esse poder cria as novas bases do Estado e tem por características básicas: ser inicial, ilimitado e incondicionado. Inicial porque é ponto de partida de toda a nova ordem jurídica do Estado. Ilimitado e incondicionado, pois não encontra limitação ou condicionamento em nenhuma ordem jurídica- os limites eventualmente existentes são de ordem política.

É necessário que a Constituição acompanhe as mudanças histórico-sociais. Dessa forma, o poder constituinte originário prevê a possibilidade de alteração do texto constitucional visando atualizá-lo, mas conservando sua essência, os princípios nela existentes.

A alteração da Constituição pode dá-se por processos informais, através de mudança de interpretação, e por processos formais, através de emenda constitucional.

A diferença entre poder constituinte de reforma e o poder legislativo regular só tem relevância diante de constituição rígida, pois somente estas exigem procedimentos mais difíceis e complexos para alteração do texto constitucional.

Interessante colocação é trazida por Mendes, Gonet e Branco (2008, p. 248): “A técnica da Constituição rígida explica-se como solução intermediária entre duas opções tidas como inaceitáveis – a inalterabilidade da Constituição e a sua banalização, pela facilidade de sua reforma”.

O poder constituinte reformador é definido por Marcelo Novelino e Dirley Cunha Junior (2013, p. 406):

é de um Poder Derivado e Constituído, que logra existência a partir do Poder Constituinte Originário, seu instituidor, de onde retira a sua força motriz. Logo, se insere na Constituição, conhece limitações explícitas e implícitas, e define-se como um poder jurídico, que tem por finalidade a reforma da obra constitucional.

O poder de reforma possui limites de exercício que dão o caráter rígido à Constituição e foram definidos pelo poder originário no art. 60 da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

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.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Em suma, podemos concluir que o poder de reforma possui limitações de cunho circunstanciais que proíbem a reforma em determinadas circunstâncias políticas de anormalidade constitucional (art. 60 § 1º CF), substanciais que retiram matérias relevantes da alçada do poder reformador (art. 60 §4º CF) e procedimentais que explicitam as formalidades do processo legislativo da alteração do texto constitucional (art. 60, I,II,III e §2º 3º e 5º CF).

Desta forma, as propostas de emenda constitucional devem estar de acordo com as previsões de ordem formais e materiais prevista pelo Poder Constituinte Originário.

O capítulo constitucional “Dos Índios” do Título “Da Ordem Social”, conforme vislumbramos, foi fruto de intensos debates na Assembleia Constituinte Nacional, da organização política do movimento indígena e da luta dos apoiadores da causa indígena.

No entanto, os setores contrários aos direitos das coletividades indígenas tentam continuamente restringir e limitar os direitos indígenas. Ana Valeria Araújo (2006, p. 61):

Por outro lado, porém, até como uma reação ao aumento das demarcações de terras indígenas em função do reconhecimento de seus direitos territoriais a partir da Constituição de 1988, cresceu significativamente o número de projetos apresentados por parlamentares que procuram restringir os direitos indígenas.

Ana Valéria Araújo (2006, p. 62) destaca que: o projeto de emenda constitucional nº38/99 de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti que buscava limitar a área total de cada estado possível de ser declarada como terra indígena e transferia ao Senado a competência para aprovação dos procedimentos demarcatórios; o projeto de lei nº 188/04 que também busca submeter à demarcação ao Senado e que tratando-se de área de fronteira submete-se a oitiva do Conselho de Defesa Nacional e o projeto de lei complementar nº 151/04 que buscava regulamentar o conceito de relevante interesse público da União impedindo que áreas que desenvolvem atividades agrícolas sejam incluídas nas demarcações de terras indígenas e caracterizando também obras de infraestruturas de transporte, energia e comunicações como relevante interesse público.

Nesse sentido, podemos incluir o Projeto de Emenda Constitucional 215/00 como reação dos setores antiindígenas à demarcação de terras.

1.3.1 – A iniciativa da PEC 215/00

A proposta de emenda constitucional, por ser expressão do poder constituinte derivado, exige um processo legislativo mais rigoroso. Assim, é necessária a subscrição de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme prescrição do art. 60 da Constituição Federal.

A Proposta de Emenda Constitucional 215 foi apresentada em 28 de março de 2000 pelo, então, deputado federal Almir Moraes Sá, eleito pelo Estado de Roraima através do Partido Progressista Brasileiro (PPB), cuja denominação atual é Partido Progressista (PP).

A proposta contou com 232 assinaturas de deputados federais confirmadas, 18 assinaturas não-confirmadas e ainda a assinatura de 2 deputados licenciados, foi publicada no Diário Oficial da Câmara dos Deputados no dia 19 de abril, coincidentemente Dia do Índio.

Dessa forma, foi superado o requisito formal da iniciativa da PEC, visto que a Câmara Federal possui 513 assentos, sendo exigido 171 assinaturas para a admissão de Proposta de Emenda Constitucional.

A emenda contou com assinatura de deputados filiados ao Partido dos Trabalhadores (PT), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Humanista da Solidariedade (PHS), Partido Verde (PV), Partido Social Liberal (PSL), Partido Social Cristão (PSC), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido da Frente Liberal (PFL, atualmente extinto), Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido Social Trabalhista (PST, atualmente extinto), Partido Liberal (PL, após fusão, denominado Partido da Republica- PR), Partido Progressista Brasileiro (PPB, atualmente Partido Progressista-PP). Vale destaca que os partidos com votações mais expressivas foram o PSDB, PMDB, PFL e o PT.

A proposta se consubstancia em matéria da bancada ruralista no Congresso Nacional. As bancadas são organizações, para além dos partidos, que representam interesses setorializados ou específicos da sociedade. Simionatto e Costa (2012, p. 15) explicam o surgimento e histórico das bancadas:

O surgimento das bancadas suprapartidárias data de um período democrático da história política brasileira, que se estendeu entre 1945 e 1964, especialmente durante o governo de João Goulart. Com o início da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), os diversos e diferentes segmentos organizados foram banidos do cenário político nacional, o que

acabou por atingir, também, as organizações congressistas. Pinheiro (2010) destaca que este panorama passa a ganhar novas configurações com a redemocratização do país, sendo que o processo da Constituinte, a partir de 1986, mostrou-se propício para a rearticulação e o retorno desses grupos.

Segundo Simionatto e Costa (2012, p. 17), as bancadas, que tem a denominação oficial de frentes parlamentares, foram regulamentadas na 52ª legislatura (2003-2007) e para serem oficiais precisam apresentar uma composição mínima de 1/3 do Congresso Nacional.

As autoras Simionatto e Costa (2012, p. 18) desenham o quadro das frentes na atual legislatura:

Na atual 54ª Legislatura (2012-2015) estão registradas 126 Frentes Parlamentares, sendo, contudo, apontadas pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) (BRASIL, 2010) como as mais representativas as bancadas: Feminina, Evangélica, Empresarial, Sindical, Ruralista, da Saúde, da Educação e da Comunicação. Cabe ressaltar que algumas delas constituem-se como grupos informais e outras como Frentes Parlamentares, sendo este o caso da Bancada Ruralista, denominada Frente Parlamentar da Agropecuária.

A Frente Parlamentar da Agropecuária, também chamada de Bancada Ruralista, possui estatuto próprio em que são listados seus objetivos, além de possui sítio eletrônico fora do domínio de internet do governo e página nas mídias sociais. A bancada afirmar em seu site contar com mais de 200 parlamentares entre deputados federais e senadores. Dentre os listados oficialmente, é possível reconhecer 32 parlamentares filiados ao PMDB, 20 ao PP, 14 ao DEM, 12 ao PT.

No site oficial da Frente Parlamentar Agropecuária (2013, online) explicado um pouco da história da bancada:

Durante a Assembléia Nacional Constituinte um grupo de parlamentares ligados à agropecuária deu os primeiros passos na defesa dos interesses do setor. A Frente Ampla Ruralista trabalhou mobilizando-se na busca de uma legislação que assegurasse, principalmente, os direitos de propriedade. O resultado deste trabalho assegurou no texto Constitucional a preservação dos direitos de propriedade rural em terras produtivas. De 1990 a 1994, a bancada ruralista continuou a existir informalmente. Em 1995 foi fundada, com ata assinada por deputados e senadores, a Frente Parlamentar da Agricultura. Em 2002, foi lançada a Frente Parlamentar de Apoio à Agropecuária, que em 2008 passou a ser denominada Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) para se adequar às regras de regulamentação criadas pela Câmara dos Deputados. [...] O objetivo da FPA é o de estimular a ampliação de políticas públicas para o desenvolvimento do agronegócio nacional. Dentre as prioridades atuais da FPA está a aprovação da reforma do Código Florestal. São prioritários, também, a modernização da legislação trabalhista, fundiária, tributária, além da regulamentação da questão de terras indígenas e áreas de quilombolas, para garantir a segurança jurídica necessária à competitividade do setor.

A bancada atua no interesse do agronegócio e na manutenção da concentração fundiário no país, acirrando os conflitos no campo. Um dos mais recentes projetos vitoriosos desta bancada

foi a aprovação do Novo Código Florestal, lei 12.651 de 25 de maio de 2012, que anistiou os desmatadores.

Interessante considerar, ainda, as informações contidas no site Pragmatismo Político (2013, online):

[...] a maioria dos parlamentares da bancada são grandes proprietários de terra, que legislam em seu próprio favor, atuando contra a demarcação de terra indígena e áreas de preservação. Entre os dados estão informações sobre a atuação parlamentar, o patrimônio fundiário e financeiro, os financiadores de campanha e as ocorrências judiciais de 13 das principais lideranças.

Desse modo, percebe-se que a PEC 215/00 se localiza dentre as prioridades políticas da bancada ruralista e do agronegócio e representa os interesses antiindígenas no Brasil.

1.3.2 – Conteúdo inicial da proposta apresentada

A partir das premissas acima apontadas, relevante ainda estudar o conteúdo da proposta inicial e também das propostas que foram apensadas e o liame delas com a redação originária.

A proposta inicial do deputado Almir Sá ansiava inserir um novo inciso na competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

[...]

XVIII - aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas (novo inciso)

Assim, as demarcações de terras indígenas deveriam ser submetidas ao processo administrativo demarcatório, em que já foi incluído o direito ao contraditório e ampla defesa de terceiros interessados, particulares, os Estados e Municípios afetados, efetuado pelo Poder Executivo Federal em ato complexo executado pela FUNAI e pelo Ministério da Justiça em que faz-se necessário ainda a homologação do Presidente da República, e, posteriormente, com a inserção do novo inciso, aguardar pela aprovação do Congresso Nacional.

Destaca-se ainda que devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o processo de demarcação pode ainda ser submetido ao Poder Judiciário para apreciação de eventuais vícios e nulidades.

A proposta vai além e busca impor a aprovação do Congresso Nacional não apenas às terras que as demarcações ainda não foram iniciadas ou estão em andamento, mas também

àquelas terras que já tiveram os processos demarcatórios finalizados, avançando assim sobre direitos já devidamente reconhecidos.

O projeto original propunha também a alteração do art. 231 da Constituição Federal, passando vigorar o seguinte texto:

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

[...]

§ 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 por lei.

Dessa forma, o processo administrativo de demarcação de terras indígenas que é, atualmente, regulamentado pelo decreto nº 1.775/96 passaria a ser regido por lei a ser promulgada pelo Congresso Nacional.

A tramitação da PEC 215/00 iniciou-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), órgão interno, presente tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados, ocupado por congressistas e responsável por avaliar, através de parecer, a constitucionalidade dos projetos apresentados nas casas legislativas. As atribuições da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania estão elencadas no artigo 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

[...]

IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

- a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;

[...]

A CCJC é composta por um presidente, três vice-presidentes e sessenta e oito deputados, no caso da Comissão existente na Câmara, com os respectivos suplentes. Há cargos vagos, pois a

vaga pertence ao partido, assim em caso de mudança partidária é preciso nova indicação do respectivo partido.

Vejamos a justificativa anunciada para o projeto que consta no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (2013, p. 5):

Segundo os Autores da proposição, há necessidade de se instaurar um maior equilíbrio entre as atribuições da União relativas à demarcação de terras indígenas, assegurando a participação dos Estados-membros nesse processo. A exigência de aprovação pelo Congresso Nacional estabelecerá, desse modo, “um mecanismo de co-validação” no desempenho concreto daquelas atribuições, evitando que a demarcação de terras indígenas crie obstáculos insuperáveis aos entes da Federação em cujo território se localizem tais reservas.

1.3.3 – A tramitação, relatório e votação da PEC 215/00 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados

A proposta apresentada em março de 2000 e publicada em abril do mesmo ano e já tramita há mais de 13 anos na Câmara dos Deputados.

Durante esse interregno, ocorreram onze requerimentos de apensamento para outras proposições com temas similares. Os requerimentos foram apreciados e votados pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados em parecer publicado em 21 de março de 2012. Na mesma ocasião foi discutida e votada proposta de emenda saneadora e a admissibilidade das propostas diante dos regramentos constitucionais.

Dentre as propostas apensadas, quatro tratam da tentativa de submissão da demarcação das terras indígenas ao Congresso Nacional (PECs 579/02, 275/04, 319/04, 37/07); outra busca submeter as demarcações às audiências das Assembleias Legislativas Estaduais (PEC 257/04); uma das propostas anseia preservar direitos de pequenos produtos rurais que ocupam terras indígenas (PEC 156/03); outra pretende estabelecer competência do Executivo para iniciativa de lei sobre demarcação de terras indígenas (PEC 411/09); há ainda uma que aspira que as demarcações de terras indígenas ocorram apenas através de lei (PEC 117/07) e outra que, além das terras indígenas, anseia que terras quilombolas e espaços territoriais a serem especialmente protegidos no âmbito ambiental só sejam demarcados por lei (PEC 161/2007); uma das proposta busca autorizar a permuta das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios por outras de idêntico tamanho em áreas de litígio (PEC 415/09).

Foi ainda apensado projeto que trata unicamente da determinação que unidades de conservação sejam criadas por lei federal (PEC 291/08). Esta proposição já havia sido apensada à PEC 161/07.

A emenda saneadora adotada pela CCJC, diferente do projeto inicial, buscou suprimir do âmbito de submissão à autorização do Congresso Nacional as terras já homologadas, uma vez que, segundo o voto do relator Deputado Osmar Serraglio (Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB), a redação original implicaria a revisão de atos jurídicos consumados.

Quarenta deputados compareceram à reunião, que foi presidida pelo deputado Ricardo Bezoini (do Partido dos Trabalhadores- PT), e participaram da votação que admitiu a PEC 215/00, dentre eles destaca-se a presença do deputado Paulo Maluf (do Partido Progressista-PP), Esperidião Amin (PP, ex-governador de Santa Catarina), Anthony Garotinho (do Partido da República- PR e ex-governador do Rio de Janeiro), Abelardo Lupion (do Partido Democratas-DEM e líder da bancada ruralista).

Vejamos o voto do relator sobre a admissibilidade das PECs apresentadas:

Analisando as Propostas sob esse aspecto, não vislumbro nenhuma ofensa às cláusulas invioláveis do texto constitucional, à luz do disposto no § 4º do art. 60 da Constituição Federal. As PECs em consideração não ofendem a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, com ressalva da possibilidade de o Congresso Nacional rever as demarcações já concluídas, prevista na PEC nº 215/00. [...]

Primeiramente, cabe ressaltar que a inclusão da participação do Congresso Nacional no processo de demarcação de terras indígenas não viola o princípio da separação dos Poderes. Na dicção do art. 231 da Lei Maior, o Legislador Constituinte atribuiu à União a competência para a demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A demarcação das terras indígenas tem dois distintos momentos. Primeiro, fixa-se a delimitação, que pode levar em conta acidentes geográficos ou linhas geométricas. O segundo momento corresponde à localização, concreta, da linha divisória. Esta última ação é, necessariamente, atuação do Poder Executivo. Já a definição do âmbito territorial da reserva, tanto pode ser por lei como por ato administrativo, segundo preconize a Constituição.(COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, 2011a, p. 8)

Dentre os presentes, apenas os Deputados Luiz Couto (PT) e Anthony Garotinho (PR) apresentaram votos contrários ao parecer do relator pela admissibilidade das propostas com emenda saneadora. Já o Deputado Sarney Filho (do Partido Verde- PV) apresentou voto em separado.

O voto em separado apresenta divergências consistentes com o voto do relator apontado que a PEC 215/00 interfere na harmonia e independência dos Poderes, ofendendo o art. 2º da Constituição Federal, uma vez que submete a decisão homologação do Presidente da República à aprovação do Congresso. Ressalta ainda:

Igualmente, afirmo que comungo com o mesmo pensamento dos Deputados Luiz Couto e Geraldo Pudim, relatores anteriormente designados para analisarem essas propostas, nesta CCJC, de que todas elas são também inconstitucionais por violarem as cláusulas pétreas expressas nos incisos I e III do art. 60, § 4º, que vedam a deliberação sobre emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado e a separação dos Poderes, ao pretenderem subtrair a autonomia da União na demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, na criação de unidades de conservação e no reconhecimento de áreas remanescentes das comunidades quilombolas, [...]

Essa demarcação tem natureza declaratória dos limites da terra tradicionalmente ocupada pelos índios e consiste em ato administrativo, por intermédio do qual a Administração Pública federal explicita os limites das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, baseada em elementos de prova documental, testemunhal e pericial, fixando os marcos oficiais, sinalizadores do limite da terra demarcada. (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, 2011b, p. 5)

Após a admissibilidade da PEC 215/00 na CCJC da Câmara dos Deputados, é necessário parecer da Comissão Especial, criada em 11 de abril de 2013 para discutir exclusivamente a proposta, para prosseguimento dos trâmites legislativos com o envio da proposta para votação do plenário da Câmara e, posteriormente, para o Senado Federal, conforme previsão constitucional de procedimento mais rigoroso para exercício do poder constituinte reformador.

Apesar da criação da Comissão Especial, os embates políticos impediram que a Comissão realizasse até mesmo sua primeira reunião. De forma que, visando conciliar dos setores confrontantes foi criado um Grupo de Trabalho (GTerras) para debater a questão das terras indígenas.

Foi ainda requerida audiência pública na Câmara Federal para discutir a constitucionalidade da PEC 215/00 que já foi realizada.

1.4 Mandado de segurança impetrado por parlamentares federais

O controle de constitucionalidade almeja proteger a supremacia constitucional extirpando as normas contrárias á Carta Magna e pode ser exercido de forma preventiva ou de forma repressiva. O controle preventivo, realizado antes da aprovação da norma, é feito pelo Poder

Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça e pelo Poder Executivo por meio do veto.

O ordenamento jurídico brasileiro não admite o controle de constitucionalidade preventivo efetuado pela via jurisdicional, no entanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) aceita de maneira excepcional uma hipótese.

Trata-se da possibilidade de impetração de mandado de segurança cujo a legitimidade exclusiva é conferida aos parlamentares visando coibir atos que podem culminar com a aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com a disciplina constitucional do processo legislativo.

Após a admissão da PEC 215/00 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, em 8 de agosto de 2013, foi impetrado mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal assinado por 22 parlamentares que compõe a Frente Parlamentar de Apoio aos Povos Indígenas, contra ato do Presidente da Câmara e do Presidente da CCJC, visando sustar a tramitação de Proposta de Emenda Constitucional que fira a Constituição.

A ação sustenta que a PEC é inconstitucional porque visa alterar cláusula pétrea, norma imodificável pelo poder constituinte reformador, pois o art. 231 CF se constitui em direito fundamental dos povos indígenas, além disso, argumenta ainda a proposta ameaça a separação e a harmonia entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

O mandado, distribuído no STF, ficou sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso que admitiu a ação, no entanto, denegou o pedido liminar. O indeferimento se baseou na ausência de *periculum in mora*, uma vez que o processo legislativo foi considerado num momento inicial em que ainda é necessário o debate público sobre o tema, um dos dois requisitos essenciais para a concessão de liminares, conforme explica a decisão:

22. A despeito dessa plausibilidade jurídica, não considero a ameaça atualmente verificada suficientemente forte para que se possa cogitar de uma suspensão do próprio debate sobre o tema. A Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a incumbência de servir como o espaço público de vocalização de ideias, opiniões e interesses de todos os segmentos da sociedade. Somente por exceção extrema se deve obstar a discussão de um assunto de interesse público. Tal como compreendido atualmente, o ideal de governo democrático é o deliberativo, em que a ênfase recai sobre a capacidade de cidadãos, livres e iguais, decidirem seu futuro em um processo argumentativo honesto, em que prevaleça a força das melhores razões. Embora a deliberação não se restrinja (nem deva se restringir) aos órgãos formais de representação política, é inegável sua importância nesse cenário. 23. No caso específico em exame, acaba de ser constituída a comissão especial destinada a examinar a PEC nº 215/2000. Esse deve ser um espaço democrático

e dialético para serem ouvidas as comunidades indígenas e as autoridades públicas envolvidas, assim como os titulares de interesses fundiários e negociais. Considero precipitado e, mais do que isso, uma interferência indevida proibir o funcionamento de uma comissão deliberativa do Congresso Nacional. Seria igualmente impensável presumir que os parlamentares atentariam de forma deliberada contra a Constituição. Em vez disso, assumo a premissa de que o debate na Comissão será plural, permitindo que os diferentes pontos de vista sejam vocalizados e apreciados. 24. Seja como for, qualquer que seja o resultado a que chegue a comissão, devem-se seguir, ainda, dois turnos de votação, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Diante disso, seria prematuro o Judiciário se interpor em um processo que está em estágio inicial de tramitação, antes mesmo de as Casas legislativas terem tido a oportunidade de amadurecer o debate público correspondente. 25. Por essas razões, não vislumbro a presença de periculum in mora que justifique a paralisação do processo legislativo neste momento. citação

Apesar da decisão negativa, o relator analisou ainda o segundo requisito para a concessão de liminares, *fumus boni juris*, e entendeu que havia plausibilidade no pedido requerido na ação, visto que os direitos dos povos indígenas foram considerados direitos fundamentais. Vejamos:

12. A questão trazida no presente mandado de segurança envolve um aspecto extremamente sensível da teoria constitucional contemporânea. No constitucionalismo democrático, as Constituições desempenham dois grandes papéis: (i) o de preservar os direitos fundamentais, inclusive e sobretudo das minorias; e (ii) o de assegurar o governo da maioria, cujos representantes foram livremente eleitos. Não é incomum, no mundo plural e complexo em que vivemos, que surjam tensões entre esses dois polos, vale dizer, entre os direitos fundamentais de uma minoria e a vontade da maioria. É disso, precisamente, que trata a presente demanda, na qual se contrapõem interesses dos povos indígenas e a vontade (ao menos potencial) do Congresso Nacional. 13. A Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000 altera as regras pertinentes às terras indígenas, atribuindo ao Poder Legislativo competência para aprovar a demarcação dessas áreas e definir, em lei, os critérios e procedimentos a ser observados. O que se alega é que a proposição não poderia ser objeto de deliberação por ofender os direitos dos índios e o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. Para que se possa afirmar a presença do *fumus boni iuris*, é necessário investigar a natureza do direito dos índios ao usufruto das terras por eles ocupadas e o eventual risco que poderia decorrer da proposta de se condicionar os atos demarcatórios ao processo político majoritário. É o que passo a examinar. Existência de um direito fundamental em risco 14. O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os direitos individuais. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina, que considera protegidos os direitos materialmente fundamentais em geral aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como individuais (e.g., liberdade de expressão), mas também os políticos (e.g., direito de voto), os sociais (e.g., direito à saúde) e os coletivos (e.g., direito ao meio ambiente equilibrado). Isso porque, como meios de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade. 15. No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/88, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse no sentido que os termos assumem no direito privado, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura. Não é outra a orientação acolhida pelos

tratados internacionais pertinentes pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição. 16. A circunstância de um grupo ser minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. Como já observado por este Tribunal, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”8. Ademais, o modelo constitucional contemporâneo reconhece o pluralismo como uma marca das sociedades livres e democráticas, de modo que a proteção do que nos faz diferentes pode ser, e frequentemente é, tão importante quanto a tutela do que temos em comum. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. citação

Assim, a Corte Constitucional Brasileira aponta que a PEC 215/00 representa risco incolumidade da ordem constitucional delineado pela constituinte de 1988, pois pode alterar direito fundamental que compõe o núcleo imutável da Constituição.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Até o momento, buscamos traçar uma rápida evolução histórica dos direitos indígenas no Brasil, com enfoque no novo paradigma criado pela Constituição Federal de 1988, iniciando pela análise das mudanças políticas que impulsionaram a reorganização do movimento indígena.

Foi traçado um panorama da Proposta de Emenda Constitucional 215/00, o preenchimento dos requisitos formais, a iniciativa, a tramitação na Câmara dos Deputados, o conteúdo da proposta apresentada, as PECs apensadas, a votação na Comissão de Constituição e Justiça e a atuação da banca ruralista que impulsiona a PEC.

Analisaremos as premissas teóricas do neoconstitucionalismo, relacionando-as com os direitos territoriais indígenas, identificando se seriam direitos fundamentais e cláusulas pétreas.

2.1 Neoconstitucionalismo e compreensão do conceito de Direito Fundamental e cláusula pétrea

Constitucionalismo, em sentido amplo, entende-se como o momento em que as sociedades passam a adotar mecanismos de limitação do exercício do poder político. Nesse sentido, ocorreram experiências constitucionalistas ainda na Idade Antiga, como a Teocracia do povo hebreu limitada pelas leis sagradas e a Politeia da Grécia Antiga.

No entanto, o constitucionalismo teve suas linhas estruturais traçadas e teorizações mais profundas com a transição da monarquia absolutista para o Estado Liberal no final século XVIII, já no início da Idade Moderna.

As teorias contratualistas de Locke, Rousseau e Hobbes buscam explicar o surgimento do Estado como um contrato social fundada na vontade dos homens, afastando a premissas teológicas até então prevalentes de que o poder do soberano tinha origem divina e seria ilimitado.

Os movimentos constitucionais modernos aconteceram em países e em momentos históricos diversos, tendo suas linhas estruturantes condicionados pelas vivências políticas da sociedade.

As principais experiências constitucionais que serviram de paradigma para as demais foram o constitucionalismo inglês, o norte-americano e o francês.

O constitucionalismo inglês teve como marco documental a Magna Carta de 1215 que, apesar de um documento de resguardo dos direitos dos barões, ao longo do tempo, tornou-se uma carta geral de liberdades públicas (BARROSO, 2012, p. 32). O absolutismo inglês era frágil e os conflitos entre o rei e o parlamento culminaram com a Revolução Gloriosa, em 1688, com a posse de Guilherme de Orange com poderes limitados pelo *Bill of Rights*. Sobre o conteúdo do documento trazemos esclarecimentos de Luís Roberto Barroso (2012, p. 33):

A Declaração de Direitos previa a convocação regular do Parlamento, de cujo consentimento dependiam por medidas como criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exercito permanente em tempo de paz. Assegurava, ademais, imunidade aos parlamentares por suas manifestações no Parlamento e impedia a aplicação de penas sem o prévio julgamento.

A tradição constitucional inglesa é construída através dos costumes e dá relevância ao princípio da supremacia do Parlamento e não ao princípio da supremacia da Constitucional, pois, historicamente, o parlamento cumpriu o papel fundamental para a limitação do poder do monarca.

Dessa forma, por ter uma constituição costumeira e de natureza flexível, no direito inglês não há controle de constitucionalidade.

A experiência constitucional inglesa contribuiu para a consolidação dos institutos da monarquia constitucional e do parlamento bicameral com representação política através de eleição popular.

A colonização inglesa na América do Norte foi diferente da colonização portuguesa e espanhola que predominou na América Latina. Os colonos ingleses migravam por motivos diversos dentre questão religiosa e endividamento, mas o sentimento comum era de tornar a nova terra em morada permanente. Para Barroso (2012, p. 37): “Até meados do século XVIII , quando tiveram início os conflitos, as colônias eram leais à Coroa Britânica e gozavam de razoável autonomia. Ao lado disso, beneficiavam-se da tradição inglesa do poder contido e institucionalizado.”.

Com o acirramento do conflito entre as colônias norte-americanas e a metrópole inglesa, foi assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso Continental, representação das 13 colônias, a declaração de independência.

As colônias acordaram se tornar uma confederação em 1778. Foi convocada a Convenção de Filadélfia que converteu-se em convenção constitucional para delinear a estrutura da confederação. Em 17 de setembro de 1787, foi aprovada a primeira constituição escrita do mundo, conforme Barroso (2012, p. 39): “[...] em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*).”

Em sua versão original, a constituição norte-americana não possuía uma declaração de direitos que foi incluída em 1791, com as primeiras dez emendas denominadas *Bill of Rights*. O texto consagrou uma separação nítida entre Executivo, Legislativo e Judiciário estruturado em uma República sob o sistema presidencialista.

Com um texto enxuto, a Constituição norte-americana ainda vigora mais de 200 anos depois de aprovada, tendo sofrido apenas 27 emendas. A Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário, cumpriu papel fundamental na conservação do texto, pois através de suas decisões a constituição foi atualizada e interpretada a partir da realidade da sociedade. (BARROSO, 2012, p. 40).

A terceira experiência constitucional relevante é o movimento constitucionalismo francês. A revolução Francesa, no final do século XVIII, desempenhou um papel simbólico e foi um marco de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna e influenciou os povos do Ocidente, alterando a estrutura do Estado e remodelando a sociedade. Apesar de ter tido momentos em que classe trabalhadora liderasse, a Revolução foi eminente burguesa realinhando o poder econômico da burguesia com o poder político do Estado.

Questionando o absolutismo, os privilégios do clero e da nobreza e as relações feudais no campo sob o lema “Igualdade, liberdade e fraternidade”, a Revolução culminou com a elaboração de uma Constituição em 1791 e com a promulgação da “Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão”.

Com o constitucionalismo francês foram consolidados valores com o sufrágio universal, a soberania popular, a separação de poderes e a proteção dos direitos individuais com ênfase nas liberdades públicas.

Na França, devido desconfianças históricas com o Poder Judiciário, havia pouca preocupação em privilegiar as competências judiciais, foram criadas duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a jurisdição judicial e a jurisdição administrativa com atribuição de julgar litígios entre particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública.

Existem ainda dois órgãos típicos do constitucionalismo francês: o Conselho de Estado e Conselho Constitucional. Sobre o papel do Conselho Constitucional explica Luís Roberto Barroso:

Na França, jamais se admitiu o controle de constitucionalidade das leis nos moldes norte-americano ou continental europeu. Sob a Constituição de 1958, todavia, passou a existir um procedimento específico, prévio e preventivo, de verificação da conformidade dos atos legislativos com a Constituição, levada a efeito perante o Conselho Constitucional. [...] Originalmente, o papel do Conselho Constitucional era impedir desvios no sistema parlamentar e, de fato, em uma primeira fase, sua atuação principal foi demarcar competências especialmente entre a lei, ato do parlamento, e o regulamento, ato de governo. [...] Seus pronunciamentos passaram a estender-se a questões envolvendo direitos fundamentais e, por força de modificação constitucional, pode ser solicitado a manifestar-se acerca da compatibilidade de acordos internacionais com a Constituição.

Em 2008, foi promovida reforma constitucional que incluiu uma modalidade de controle de constitucionalidade após a promulgação da lei parecido com o modelo praticado nos demais tribunais constitucionais europeus.

Antes de aprofundarmos o paradigma teórico do neoconstitucionalismo é preciso traçar as vertentes jusfilosóficas antecedentes que predominaram no âmbito científico do Ocidente: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Sob a denominação jusnaturalista existem diversas escolas e teorias. Basicamente, aponta a existência de uma lei não escrita que fundamenta o direito. Uma das versões é de que essa lei seria estabelecida pela vontade divina e teve em São Tomás de Aquino teorização relevante. Outra versão assinala que essa lei seria ditada pela razão humana. Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 258-259):

A modernidade, que se inicia no século XVI, com a reforma protestante, a formação de Estados nacionais, e a chegada dos europeus à América, desenvolveu-se em um ambiente cultural não mais integralmente submisso à teologia cristã. Desenvolvem-se os ideais de conhecimento e de liberdade, no início do confronto com o absolutismo. O

jusnaturalismo passa a ser a filosofia do natural do direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

A teorização sobre os direitos naturais do homem, especialmente os de liberdade e de propriedade, foi um dos elementos centrais das revoluções que lutaram contra o absolutismo e introduziram a burguesia no poder político estatal.

Com o avanço do constitucionalismo e da tradição de codificação e o resguardo da lei sob a forma escrita, a vertente jusnaturalista foi se tornando obsoleta, conforme esclarece Luís Roberto Barroso (2012, p. 260):

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada nos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

O positivismo filosófico foi uma vertente de pensamento que compreendia que a racionalidade científica produziria o único conhecimento válido, e isso só seria possível a partir da objetividade que exsurge da separação entre sujeito e objeto e de método científico “neutro” da ciências naturais estendido até mesmo às ciências sociais.

O juspositivismo teve como principal expoente o jurista Hans Kelsen que, mirando retirar a subjetividade da moral e dos valores do Direito, apregoava que uma aproximação inevitável entre norma, Estado e Direito, pois este, expresso através de normas e emanado apenas do Estado, estrutura um ordenamento completo capaz de oferecer solução de qualquer caso.

O formalismo é uma característica marcante do juspositivismo que acredita que a validade de uma norma depende apenas dos cumprimentos formais de criação, independente do conteúdo expresso. A análise valorativa da norma seria afeita a outra ciência que não à jurídica, poderia ser a filosofia ou a ciências sociais ou até mesmo à moral. Luís Roberto Barroso (2012, p. 263) traz importante crítica à essa vertente:

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do

conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.

A difusão do positivismo jurídico e sua pretensa neutralidade favoreceu que regimes autoritários estivessem forçados e legitimados pela legalidade. Dessa maneira, quando o fascismo foi derrotado na Itália e o nazismo na Alemanha em meados do século XX, não era possível reconhecer como Direito as atrocidades cometidas acobertadas pelo manto da legalidade e efetivadas mediante o cumprimento da lei e da ordem emanada da autoridade competente.

A superação do jusnaturalismo e derrocada do juspositivismo culminaram com o surgimento de uma nova vertente, teoricamente inacabada e composta por diversas teorias diversas entre si, até a denominação pós-positivista expressa sua imprecisão. Assim descrita por Luís Barroso (2012, p. 270-271):

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. [...] A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterógenas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica. Com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras: a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo busca a reaproximação dos valores e da ética do Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e de legitimidade. Nessa vertente, os princípios foram alçados aos status de normas vinculantes tanto quanto as regras.

A vertente do pós-positivismo pode ser confundida com a vertente neoconstitucionalista, no entanto, tem amplitudes diferentes, pois o pós-positivismo busca discutir os fundamentos do direito e abarca diversas teorias, já o neoconstitucionalismo tem enfoque no direito constitucional e um leque de teorias menor.

O neoconstitucionalismo, assim como o pós-positivismo, não tem uma delimitação teórica muito clara, sendo reivindicado tanto por autores com aproximação jusnaturalista quanto por positivista. Há, ainda, teóricos que são comumente identificados como neoconstitucionalistas por terceiros, mas que, no entanto, não se identificam com tais. Esclarece Daniel Sarmiento (2012, p. 3):

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norteamericano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. Os adeptos do neoconstitucionalismo buscaram embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.

Costumam ser identificados como marcos teóricos do neoconstitucionalismo: o reconhecimento da força normativa da Constituição com ênfase na aplicabilidade dos princípios e sua utilização na aplicação do Direito, uma nova hermenêutica constitucional destacando-se novos métodos, tais como a ponderação de princípios e ampliação da relevância e da abrangência da jurisdição constitucional (BARROSO,2012, p. 288; SARMENTO,2012, p.1). Sarmiento (2012, p.2) caracteriza ainda como “constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento”.

A partir da compreensão neoconstitucionalista, o rol de direitos fundamentais elencados nos textos constitucionais, de teor eminentemente principiológico, passaram a ser reconhecidos como normas e como tais deveriam ter aplicabilidade. Por isso, adotamos este paradigma para a análise desse trabalho.

Na Constituição Federal brasileira traz no bojo do art. 5º normas sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dessa forma, podemos localizar a Carta Magna brasileira dentre dos marcos normativos do neoconstitucionalismo e avançarmos para discutir o conceito de direito fundamental.

Assim como na obra de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2010,p. 45), Bulos (2012, p. 523) traz um rol com termos que também são utilizados para designar direitos fundamentais tais como “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”.

Martins e Dimoulis (2010,p. 45) trazem ainda consideração relevante sobre a imprecisão terminológica no corpo do próprio texto constitucional e suas repercussões interpretativas:

Alguns desses termos são utilizados na própria Constituição Federal que não foi conseqüente na terminologia. Isso é lamentável, pois aqui temos uma ‘questão terminológica essencial’ em dois sentidos. Primeiro, porque os vários termos adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque a emprego de um termo pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a ‘direitos individuais’ ou a ‘liberdades fundamentais, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécies de direitos coletivos, e portanto, não individuais.

Bulos (2012, p. 522) conceitua direitos fundamentais como “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”.

Já Martins e Dimoulis (2010, p. 46-47) definem direitos fundamentais como “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Bulos conceitua assim direitos fundamentais a partir de uma concepção material com enfoque na essencialidade desses direitos para sociedade, enquanto Martins e Dimoulis definem esses direitos com base na positivação constitucional. No texto constitucional de 1988 encontramos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta 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.

Nesse parágrafo foi, então, consagrado o princípio da não tipicidade material (BULOS, 2013, P. 713), de maneira que o rol de direitos fundamentais previsto no artigo 5º é meramente exemplificativo, podendo existir outras normas de direitos fundamentais ao longo do texto e até normas implícitas desde que sejam materialmente constitucionais.

A Constituição é documento que materializa a estruturação do Estado, com limitação e distribuição de poder, e o rol de direitos fundamentais. O poder constituinte originário, entendendo a necessidade de preservação da essência da Carta Magna, impôs limites ao poder constituinte reformador.

As limitações ao poder de reforma constitucional brasileiro estão previsto no art. 60 da CF e são classificados em limites formais, circunstanciais e materiais. Para Bulos (2012, p. 418) há ainda limitações implícitas ou inerentes que são aquelas relacionadas à titularidade e ao exercício do poder constituinte originário e reformador, além dos direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do processo legislativo especial de reforma, rejeitando assim a possibilidade do poder derivado modificar as regras de mudanças formais da Constituição.

Para a análise da PEC 215/00 é fundamental nos debruçarmos sobre a compreensão de limites materiais do poder constituinte de reforma, pois trata dos limites relativos ao conteúdo das propostas, estão prescritos no art. 60, §4º, da CF e visam proteger o cerne, a essência da Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- 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.

Cláusula pétrea, também denominada pela doutrina de garantia de eternidade, cláusula permanente e clausula intangível, é, segundo Bulos (2012. p. 414), “aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”.

Para Barroso (2012, p. 183-184), as clausulas pétreas se legitimam pela preservação da identidade constitucional, pois as alterações mais profundas na Constituição significam mudanças

na estruturação do Estado ou no rol de direitos fundamentais que só poderiam ser feitas por nova manifestação do titular do poder, e pela defesa da democracia, pois os limites permitem o exercício da jurisdição constitucional vedando que a maioria legislativa retire direitos das minorias.

Os limites matérias previsto no processo de emenda constitucionais se consubstanciam em cláusulas pétreas e são o parâmetro que permite o controle de constitucionalidade de PEC e de emendas já promulgadas, conforme esclarece Daniel Sarmiento (2013, online):

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.

Sobre a Proposta de Emenda Constitucional 215/00 paira controvérsia a respeito da constitucionalidade, pois há quem entenda que o conteúdo da proposta afrontaria o princípio da separação de poderes (art. 60 § 4º III) e violaria a proteção aos direitos e garantias individuais (art. 60 § 4º IV).

Sobre a cláusula pétrea acerca da expressão “os direitos e garantias individuais” existem interpretações divergentes. Para Bulos (2012, p. 413) a utilização da palavra individuais trata-se apenas de mera imprecisão legislativa, visto que “englobam, também, os direitos econômicos, os sociais, e, ainda, os difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais não podem ser objeto de emendas tendentes a aboli-los”.

Já Barroso (2012, p. 201) entende a partindo da essencialidade do princípio da dignidade da pessoa humana é preciso resguardar todos os direitos materialmente fundamentais, independentemente da geração ou se de natureza de liberdade contra o Estado ou se prestacional.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 201) esclarece os argumentos da posição divergente que não será adotada nesse trabalho: “Parte da doutrina sustenta que a cláusula constitucional somente faz menção aos direitos individuais e que, por se tratar de norma excepcional limitadora dos direitos da maioria política, deve ser interpretada de maneira estrita, e não extensiva.”.

Interpreta-se ainda a expressão “tendente a abolir” de maneira a se admitir reformas nas normas referentes às cláusulas pétreas desde que ela não alterem o núcleo essencial ou possibilitem o aniquilamento dos direitos previstos.

Partindo-se do exposto, analisaremos se os direitos territoriais indígenas constituem direitos fundamentais, se são revestidos da proteção da cláusula pétrea e se a PEC 215/00 visa modificar o núcleo central do direito à terra indígena previsto no art. 231 da CF.

2.2 – A Natureza Jurídica dos direitos territoriais indígenas

O conceito de terra indígena é instituto jurídico-constitucional, fruto de intensos debates na Assembleia Constituinte, e não pode ser compreendido sob a ótica privatista e etnocêntrica do direito brasileiro.

Os direitos territoriais indígenas se baseiam no instituto do indigenato, antiga criação portuguesa que consagra os direitos originários dos índios sobre a terra e que foi revalidado pela Constituição de 1988. Marco Antônio Barbosa (2007, p. 5) declara sobre o indigenato:

Com base no Alvará Régio de 1º de abril de 1680 e na Lei de 6 de junho de 1755, João Mendes Junior, no início do século XX, formulou a teoria brasileira do indigenato. Pelo indigenato, instituído pelo Alvará de 1680, o direito indígena à terra no Brasil é reconhecido como direito especial, absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos, não integrando o sistema relativo aos direitos de posse e de propriedade, previstos pelo Código Civil, mas se constitui em direito autônomo, especial e independente do sistema geral. [...] Com o Alvará Régio de 1680 e com a Lei de 1755, portanto, foi admitido pelo Estado português haver um direito originário dos índios sobre as terras brasileiras, *imprescritível, inderrogável, exclusivo e derogador* de qualquer outro, inclusive dos títulos de sesmarias ou outras formas de concessão feitas pelo Estado. Direito esse não sujeito a nenhum tipo de tributo ou a qualquer tipo de confirmação, ou seja, o título é a própria condição inata de índio.

O reconhecimento da teoria do indigenato através do Capítulo “Dos Índios” na Constituição Federal ratifica que as terras pertencem aos indígenas independente de qualquer título escrito que a legitime, pois se legitima pela ocupação tradicional, de modo quaisquer outras titulações apresentadas por não-índios não subsistem. Assim, a CF traz:

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

O uso da expressão “são reconhecidos” e “direitos originários”, assim como a teorização sobre o instituto do indigenato e a especial relação dos povos indígenas com a terra são suficientes para explicitar que a demarcação das terras realizada através de processo dirigido pela União não se trata de condição constitutiva do direito dos índios, mas a ato meramente declaratório de direito existente pela ocupação tradicional. A tradicionalidade não se trata de um marco temporal, mas sim é um desdobramento do reconhecimento da forma diferenciada de organização social das etnias indígenas que constroem com a terra uma relação sócio-antropológica a partir de “seus usos, costumes e tradições”. Conforme anuncia José Afonso da Silva (1993, p. 47-48):

O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplo em que se deslocam etc. Dai dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.

Partindo do referencial constitucional de direito originário, é lógica a interpretação da legislação que classifica o processo administrativo demarcatório como meramente declaratório, pois o processo não constitui nenhuma relação jurídica. Somente declara relação que é constituída na ocupação fática da terra pelos indígenas. Conforme Lisboa (2008, p.1112):

Dessa forma, o direito à terra por parte da sociedade indígena que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo, ou seja, a demarcação de uma Terra Indígena é ato meramente declaratório, decorrente do reconhecimento feito pelo Estado, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional.

Posicionamento referendado por Souza Filho (1998, p. 148) que fundamenta o direito na presunção histórica: “[...] não há ato constitutivo de terra indígena, ela é e se presume que sempre o foi e esta presunção tem forte traço de realidade, os povos indígenas já estavam naquela terra antes dos não-indígenas chegarem”.

Apesar dos direitos territoriais constituírem o direito material protegido constitucionalmente é inegável que a processualista da demarcação é essencial para resguardar o direito material e por isso teve traços básicos também prescritos no texto constitucional. Assim, a direito de acesso à terra indígena e a forma de demarcação de maneira indissociável formam o núcleo fundamental dos direitos constitucionais territoriais indígenas. Esclarece Tércio Ferraz Junior (2004, p. 692):

Como a Constituição fala em *direitos* não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo faz parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção. [...] O sujeito é o *titular* do direito, aquele a quem se atribui um título capaz de legitimar o seu exercício. O conteúdo tem a ver com a faculdade (de dispor, exigir, constringer etc.). O objeto diz com o bem protegido. E a proteção aponta para a possibilidade de fazer valer a faculdade em face do objeto, em especial, para a ação processual. Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito como titular. [...] Quanto ao seu *objeto*, passível de comprovação, fala a Constituição em *terras que tradicionalmente ocupam* (art. 231). *Terras* são o bem protegido. [...] Ademais, a demarcação não engendra nenhum direito às terras, pois tal direito é declarado originário (antecede à demarcação). Mas tem o sentido de conferir certeza e segurança ao exercício do direito, no que se refere ao seu conteúdo (faculdades) e objeto (terras ocupadas tradicionalmente).

Assim, a demarcação, apesar de meramente declaratória, é parte fundamental dos direitos originários dos índios sobre suas terras, pois somente com o reconhecimento estatal as comunidades podem exercer plenamente seus direitos, não só os relativos à terra, mas todo o feixe de direitos interrelacionados com a sociodiversidade indígena. Tércio Ferraz Junior (2004, p. 695) esclarece:

Problema distinto deste é o do sentido do próprio ato de demarcar. Sem este ato, o exercício dos direitos originários (faculdade) fica incerto quanto ao seu objeto (as terras tradicionalmente ocupadas). Assim, se a demarcação não legitima o título (ele é anterior à demarcação), só pela demarcação é possível determinar quais as terras objeto do direito.

Para análise da constitucionalidade da PEC 215/00 é imprescindível compreender que se o conteúdo dos direitos territoriais indígenas configuram direitos fundamentais.

Conforme explanado no tópico anterior, há alguns autores como Dimuolis e Martins basta que sejam direitos públicos subjetivos positivados constitucionalmente e representem limites ao arbítrio estatal frente às liberdades individuais.

A partir desse conceito, é possível definir direitos territoriais indígenas como direitos fundamentais, pois esses direitos tem posituação constitucional, são direitos públicos que tem como sujeitos as coletividades indígenas e limitam o poder estatal visto que conferem proteção ao domínio territorial indígena mesmo frente à União e são uma forma de exercício da liberdade individual e coletiva de identificassem como índios.

Ensina Tércio Sampaio Junior (2004, p. 691): [...] “os direitos e interesses dos índios dizem respeito à comunidade como um todo e a cada índio em particular enquanto membro do

grupo gentílico. Daí, como assinala José Afonso da Silva, os direitos e interesses dos índios terem natureza de direito coletivo, direito comunitário.”.

Vale lembrar que o próprio texto consagra o princípio da não tipicidade material dos direitos fundamentais admitindo que possa haver direitos não expressos no rol do art. 5º da CF, mas que constituem-se como fundamentais, posição que foi acatada pelo Supremo Tribunal no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 939-7/DF ao reconhecer que princípio tributário era direito fundamental do contribuinte.

Para Luís Roberto Barroso, a marca indelével dos direitos fundamentais seria a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Ingo Sarlet (2006, p. 299):

Se partirmos aqui do pressuposto de que a dignidade da pessoa possa ser definida, ainda que em termos evidentemente não fechados, como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” [...]

Dessa maneira, podemos reputar que o desfrute livre e desimpedido do direito à terra pelos povos indígenas constitui a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana resguardada de forma *sui generis* através dos direitos fundamentais indígenas presentes nos arts. 231 e 232 da CF. Para isso relevante colacionar trecho do artigo da advogada e indígena Wapixana Joênia Batista de Carvalho (2006, p.96):

A compreensão de terra, para os povos indígenas, vai além do aspecto meramente patrimonial. Ela se apresenta como condição de existência, de vida, fazendo parte, inclusive, de sua identidade – é a vida não apenas física, biológica, mas em suas múltiplas referências. Além da sobrevivência física de cada um dos membros da comunidade, busca-se garantir a de indivíduos numa comunidade que tem uma história, um modo de ser e viver, uma maneira de se expressar, o que faz com que sejam reconhecidos como grupos étnicos diferenciados.

Assim, inegável a relevância da terra para a dignidade individual e coletiva dos indígenas e como alicerce para a continuidade e reprodução sociocultural dos povos originários, de modo que, a alteração legislativa sobre os direitos sobre a terra indígena precisam ser avaliados de modo cauteloso.

A PEC 215/00 prevê mudanças no processo demarcatório de terras indígenas que aniquilariam a fruição dos direitos fundamentais territoriais indígenas conforme veremos no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 215/00

Trataremos neste capítulo da proposta mais contundente entre as apensadas no bojo da PEC 215/00: a necessidade de autorização do Congresso Nacional para que seja finalizada a demarcação de terras indígenas.

Dividiremos este tópico em três partes: a primeira estudará o argumento apresentado para propositura da PEC, que seria o ferimento do pacto federativo e a intromissão da União nos territórios dos Estados-membros e dos Municípios através da demarcação, enquanto o segundo compreenderá o estudo da possibilidade da proposta violar o princípio da separação de poderes ao transferir para o Congresso a competência exclusiva para autorizar a demarcação. Já o terceiro estudará o Estado democrático de Direito e a proteção constitucional das minorias.

3.1 Pacto Federativo e Terras indígenas

Quando da análise da admissibilidade da PEC 215/00 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, o voto do relator apresenta no relatório e posteriormente na fundamentação do seu voto:

Segundo os Autores da proposição, há necessidade de se instaurar um maior equilíbrio entre as atribuições da União relativas à demarcação de terras indígenas, assegurando a participação dos Estados membros nesse processo. A exigência de aprovação pelo Congresso Nacional estabelecerá, desse modo, “um mecanismo de co-validação” no desempenho concreto daquelas atribuições, evitando que a demarcação de terras indígenas crie obstáculos insuperáveis aos entes da Federação em cujo território se localizem tais reservas.

[...]

Quanto ao princípio federativo, as proposições não maculam seu núcleo essencial, eis que a competência é originalmente da União e continuará a ser, conforme os textos ora analisados.

A discussão da matéria pelo Poder Legislativo não fere o pacto federativo. Ao contrário, poderá contribuir para o aprimoramento do Estado Federal, com a participação ativa da representação dos Estados membros no Congresso Nacional, o Senado Federal.

De fato, a demarcação de terras indígenas provoca impacto significativo em vários aspectos da vida das unidades federadas, havendo até os que comparam os efeitos da demarcação territorial nos Estados-membros com a intervenção federal. (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, 2013, p. 4)

Um dos argumentos trazidos pelos defensores da PEC 215/00 é de que a demarcação de terras indígenas seria uma forma de intervenção federal nos Estados-membros, uma vez que gera

uma dita intromissão no território do ente. De forma que, as propostas relacionadas na PEC 215/00 buscariam reequilibrar o pacto federativo, através da participação do órgão representativo da Federação: o Senado.

Necessário, então, buscar o significado de Federação para compreendermos a (in) validade do argumento colocado. Bulos define Federação (2012, p. 913):

[...] significa pacto, interação aliança, elo entre Estado-membros. Trata-se de unidade dentro da diversidade [...] É a federação, portanto, uma genuína técnica de distribuição de poder, destinada a coordenar competências constitucionais das pessoas políticas de Direito Público Interno, que no Brasil, equivale à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, arts. 1º e 18).

Ora, as terras indígenas foram listadas no art. 20, XI, da Constituição como bens da União, visto que o constituinte entendeu que dada a importância das áreas indígenas como bem de interesse nacional, isto é, de interesse da República Federativa do Brasil. De modo que à União, cabe resguardar seus interesses enquanto ente federativo, mas também o interesse da República Federativa, do país como um todo. Por isso, foi conferida à União a competência para demarcar as terras de acordo com os parâmetros colocados no art. 231 da CF.

De forma que, a demarcação de terras indígenas não constitui intervenção federal. Para Bulos (2012, p. 966):

Intervenção é a cessão excepcional da autonomia política dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, com vistas ao restabelecimento do equilíbrio federativo.[...] trata-se de medida excepcional, temporária, de natureza política, vertida num *punctum dolens*. Os atos interventivos enquanto providências extremas não podem ser praticados de modo aleatório, cerceando de modo injustificado, as capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação das entidades federadas.

A demarcação territorial não cerceia a autonomia do Estado-membro, não impede o exercício do autogoverno, da autoadministração, da auto-organização e da autolegislação, nem alterou as competências constitucionais delimitadas aos Estados-membros.

Essa posição é confirmada pelo parecer do Ministério Público Federal assinado pelo procurador da República Daniel Sarmento (2013, p. 35):

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 Executivo. 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.

A alegação dos propositores da PEC 215/00 também foi discutida na Ação Popular que visava anular a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol que foi decidida em última instância pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O voto do relator o Ministro Carlos Ayres Britto analisa e desconstrói a dita alegação:

59. Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo, nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil.

60. Afirme-se, porém, que nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica. Isto a partir da singela, mas robusta proposição de que o regramento constitucional-topográfico de todas elas se deu no título versante sobre a “Ordem Social” (título de nº III). Não no título devotado à “Organização do Estado”, que é, precisamente, o título constitucional de nº III. Tampouco no título constitucional de nº IV, alusivo à “Organização dos Poderes” de cada qual das pessoas estatais federadas. Numa frase, terra indígena é categoria jurídico-constitucional, sim, mas não instituição ou ente federado.

O necessário controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena

61. Também é de se afirmar, com todo vigor, que a atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. É que subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e mineral de sua economia. Donde a expedição, por eles (Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o ministro Maurício Correia no bojo da ADIN 1.512, favorecedores de não-índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se põe em debate a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988.

62. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário. Não só contra os não-índios. [...]

63. Seja como for, é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. Mas sempre sob a firme liderança institucional da União, a se viabilizar por diretrizes e determinações de quem permanentemente vela por interesses e valores a um só tempo “inalienáveis”, “indisponíveis” e “imprescritíveis” (§ 4º do artigo constitucional de nº 231). [...]

Do exposto, o argumento de apresentação da PEC não é consistente. De forma que altera a sistemática de demarcação para o modelo proposto pela PEC 215/00 não protege o pacto federativo, visto que a demarcação não é interesse da União, pessoa jurídica interna, mas sim interesse nacional.

3.2 Separação de poderes e a demarcação

A separação de Poderes é um modelo de arranjo institucional do Estado que visa a limitação do exercício do poder estatal. Montesquieu foi o autor que aprofundou a discussão desse modelo na obra o “O espírito das leis”.

O modelo geral de separação de poderes prevê a divisão do poder em funções administrativa, legiferante e jurisdicional. Em cada Estado, o sistema de divisão tem aspectos próprios.

No Brasil, a separação de poderes está consagrada no art. 2º da Constituição Federal que prevê a harmonia e a independência como parâmetros desse princípio.

Assim, para garantir a independência, é conferido a cada Poder o exercício de uma função típica que é a predominante, mas também o exercício de funções atípicas para garantir a independência do poder.

Além disso, foi também aplicado no país o modelo norte-americano do “check and balances”, ou freios e contrapesos, que entende que para manter o equilíbrio no exercício dos poderes é necessário que cada um deles possa de alguma forma conter, freiar, limitar o poder do outro.

Dessa forma, são admitidas e delimitadas na Constituição, competências de controle entre os poderes, sendo também garantir o exercício pleno das funções típicas de cada Poder.

Barroso (2012, p. 196) esclarece:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

O autor da PEC 215/00 o ex-deputado Almir Sá (2013) justifica a apresentação do projeto em um artigo veiculado em um site sobre agronegócio:

A PEC 215 é uma proposta a ser inserida na Constituição Federal garantindo ao Legislativo o direito de apreciar as demarcações de áreas indígenas, da mesma forma com que se aprecia a demarcação de áreas de proteção ambiental ou de qualquer projeto de lei. Onde está a inconstitucionalidade da matéria? O Brasil não vive em um “estado democrático” pela participação dos três poderes constituídos e pelas garantias individuais previstas pela Constituição Federal (CF)? [...] Ora, nada mais justo a participação do Congresso Nacional na apreciação de atos do poder Executivo como se dá em qualquer projeto de lei encaminhado ao Legislativo. A ideia é o poder Executivo propor as demarcações de áreas indígenas ao Legislativo e este, por sua vez, como poder emanado do povo, analisar e cancelar. A proposta aprovada pelo Legislativo retorna ao executivo para sanção e homologação. Isto é democracia! O que estas instituições, que são contra a PEC 215, se baseiam para argumentar contra as demarcações de áreas indígenas, são laudos antropológicos emitidos por pessoas ligados as estas mesmas entidades. Portanto, com influências distorcidas da realidade e totalmente unilaterais, forjadas em interesses institucionais, totalmente parciais. Não há regras definidas que garantam uma justa demarcação e indenização dos prejudicados. A participação do Legislativo dará maior legitimidade ao processo demarcatório. Desta forma, não há como sustentar sobre a inconstitucionalidade, conseqüentemente a limitação dos direitos dos índios. Pelo contrário, haverá ampla discussão nacional sobre o assunto. Afinal, envolve não só o direito dos índios, mas também os direitos de toda a sociedade. [...]

Assim, outro argumento recorrente do setor pró-PEC 215 é que a nova forma de demarcação proposta seria uma forma de controle do Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo.

Assim, a proposta mais proeminente dentre as lista na PEC 215/00 visa inserir um novo inciso no rol da competência exclusiva do Congresso Nacional e alterar o art. 231 da CF submetendo as demarcações administrativas ao crivo do Congresso.

No art. 49 da Constituição Federal foi delimitado um rol de competências políticas do Congresso Nacional que são exercida com exclusividade pelo órgão por meio de decretos legislativos, dispensada a sanção presidencial.

Mendes, Gonet e Branco (2008, p. 915) define função legislativa como “a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo”.

Assim, o ato de demarcação de terras indígenas passaria a ser uma atribuição do Poder Legislativo e de sua função e como tal seria um ato normativo que instituiria direitos e não apenas reconheceria direito pré-existente como no sistema atual.

Barroso (2012, p. 197) esclarece as nuances da separação dos poderes:

Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas ideias centrais dois corolários: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas.

Ora, a PEC em questão rompe com o corolário da especialização funcional, uma vez que a demarcação territorial trata-se de atividade tipicamente administrativa, de execução da norma constitucional sobre direitos territoriais indígenas.

A Corte Constitucional brasileira define e delimita a aplicação do princípio da reversa de administração:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à 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. (...) 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, transgredindo o princípio da divisão funcional do 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. (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012.)

Villares (2009, p. 125-126) sobre processo demarcatório, expressando a competência meramente executória da União da ordem constitucional de proteção dos direitos indígenas:

A demarcação é o ato que define os limites de um território. É o trabalho de colocar marcas físicas, que determinam onde é ou não a área de posse de determinada comunidade/povo indígena. [...] Identificar, declarar e demarcar terras indígenas é uma competência exclusiva da União Federal. [...] materializado num procedimento administrativo e finalizado através de um ato administrativo, que é o decreto homologatório.

Daniel Sarmiento (2013, p. 35), em parecer, confirma essa posição:

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 extrusão 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.

Assim, a Proposta de Emenda Constitucional 215/00 visa alterar a natureza da demarcação de ato técnico, administrativo para ato político. A referida PEC invade a reserva de administração parametrizada pelo princípio da separação de poderes, de forma, que a proposta padece de vício de inconstitucionalidade.

3.3 Estado Democrático de Direito e direito das minorias: muita terra para pouco índios?

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 267), o Estado Democrático de Direito, também recebeu a denominação de Estado Constitucional de Direito e Estado Constitucional Democrático, constitui forma de organização política, que surgiu após a 2ª Guerra Mundial, a partir uma nova compreensão de Democracia e do papel da Constituição advindo das críticas ao Estado de Direito da Alemanha Nazista que legitimou atrocidades durante a Grande Guerra.

Segundo Dallari (2006, p. 145), “A idéia moderna de um *Estado Democrático* tem raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, [...]”.

Já para Silva (2006, p. 119), “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito”.

Com a concepção de Estado Democrático de Direito, segundo Streck e Morais (2000, p. 104) “a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prolectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”

Essa nova compreensão de Constituição busca a reaproximação dos valores e da ética do Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e de legitimidade e alçando os princípios aos status de normas vinculantes tanto quanto as regras.

No Direito, predominava a compreensão civilista da terra como uma propriedade, um direito absoluto, uma mercadoria mesurada apenas valor econômico, entretanto, a Constituição Federal de 1988, redimensionou o direito de propriedade inserindo a função social como elemento intrínseco.

Os povos indígenas desafiam esse entendimento civilista de terra-propriedade, pois concebem a terra como um valor fora da órbita econômico-financeira, um “ser-objeto” fundamental para a vivência individual e coletiva do lugar social, antropológico, ambiental e religioso da comunidade.

Os povos indígenas constituem um grupo minoritário, conforme Canotilho (1999, p. 363):

Minoria será fundamentalmente um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas, ou linguísticas que diferem da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direito com a maioria.

De modo que o Estado pode e deve ser reconhecidos direitos diferenciados para esses povos. Esses direitos tem a função de preservar a diversidade sociocultural do país.

Em áreas reivindicadas como terras indígenas, o ISA (2013, online) informa que há conflitos com o Poder Público para a implementação de usinas hidrelétricas e com particulares em disputa de territórios para mineração e para o agronegócio, dentre outros exemplos de conflitos.

No relatório “Violência contra os povos indígenas no Brasil” do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) referente aos dados de 2010, são relatados casos de violência praticados por particulares tais como assassinatos, agressões e crimes sexuais e violência causada pela privação de direitos decorrentes da omissão do Poder Público, que precarizando a vida dos índios, provoca problemas como suicídios, consumo de drogas e mortalidade infantil.

Assim, é necessário que o Estado execute de forma urgente políticas públicas para defesa dos povos indígenas.

Os direitos territoriais indígenas, conforme estudado no capítulo anterior, constituem direitos fundamentais e como tais tem aplicabilidade imediata.

Além disso, os direitos fundamentais conformam o núcleo da Constituição, limitando o poder estatal, e vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A PEC 215/00 almejando a mudança da sistemática demarcatória altera de modo substancial os direitos fundamentais indígenas sobre suas terras que foi inscrito na Constituição pelo Poder Constituinte Originário. Assim, a Proposta viola o núcleo essencial da Carta Magna, padecendo, assim, de inconstitucionalidade insanável.

CONCLUSÃO

As conclusões deste trabalho encontram-se dispersas no texto, em geral como arremate das discussões dos temas estudados, mas podem ser assim resumidas:

- I) A proteção dos direitos indígenas na Constituição de 1988 foi fruto da luta intensa do movimento indígena brasileiro por direitos.
- II) A compreensão neoconstitucionalista do Direito, reconhece a força normativa da Constituição e a aplicabilidade dos direitos fundamentais.
- III) Os direitos territoriais indígenas e sua forma de demarcação constituem direitos fundamentais dos povos indígenas
- IV) Como direitos fundamentais, a proteção das terras indígenas, compõe o núcleo essencial da Constituição e como tal está protegido como cláusula pétrea.
- V) A PEC 215/00 padece de inconstitucionalidade visto que fere o princípio da separação de poderes e viola os direitos fundamentais indígenas, ambos cláusulas pétreas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença**. Brasília: MEC/SECAD, 2006.

BARBOSA, Marco Aurélio. **Os povos indígenas e as organizações internacionais: instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas**. Disponível em: <www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/.../292>. Acesso em: 24 out 2013

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 de março de 2009.

BRASIL. Lei nº 601, de 1850. **Lei de Terras**. Rio de Janeiro.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Joênia Batista de. Terras Indígenas: a casa é um asilo inviolável. In: ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito à diferença**. Brasília: MEC/SECAD, 2006, p. 85-102.

COLAÇO, Thais Luzia. **A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional**. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Parecer do Relator nº 1, de 15 de janeiro de 2011. **Parecer do Relator Pec 215/00**. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E59A11F097E9145486532CFBF4EFDA5A.node1?codteor=889041&filename=PRL+1+CCJC+=>+PEC+215/2000>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Voto em Separado nº 1, de 10 de janeiro de 2011. **Voto em Separado Pec 215/00**. Brasília, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E59A11F097E9145486532CFBF4EFDA5A.node1?codteor=938182&filename=VTS+1+CCJC+=>+PEC+215/2000>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CONSELHO INDIGINISTA MISSIONÁRIO (Brasil). **Violência contra os povos indígenas no Brasil: Dados de 2010**. Brasília: Cimi, 2011. Disponível em: <[http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1309466437_Relatorio Violência-com capa - dados 2010 \(1\).pdf](http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1309466437_Relatorio_Violencia-com%20capa%20dados%202010%20(1).pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional**. In Revista brasileira de direito constitucional. n. 3. Método, 2004. p. 689-699

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Manual do Antropólogo-Coordenador - Procedimentos para a Identificação de Terras Indígenas**. FUNAI: Brasília, 1997

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Os indígenas no censo demográfico de 2010**. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/os-indigenas-no-censo-demografico-2010>>. Acesso em: 10 out. 2013.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

LOPES, Danielle Bastos. **O movimento indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)**. 2011. Dissertação (Mestrado em História Social). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011

LISBOA, João. Francisco Kleba. **Terras Indígenas, Laudo Antropológico e Hidrelétricas no Sul do Brasil**. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008, p.1110-1129

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÁ, Almir Moraes. **A verdade sobre a PEC 215/00**. Disponível em: <<http://www.canaldoprodutor.com.br/comunicacao/artigos/verdade-sobre-pec-215>>. Acesso em: 12 out. 2013.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporâneo*, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n.48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p. 15-40.

SILVA NETO, José Moreira da; CASTRO, Artur Soares de; CUNHA, Alisson da Cunha; FURTADO, Leonardo Fernandes. **Demarcação de terras indígenas**. Revista da AGU, Brasília, v.5, n. 11, p. 19-64, dez. 2006.

SIMIONATTO, Ivete; COSTA, Carolina Rodrigues. Como os dominantes dominam: o caso da bancada ruralista. **Temporalis**, Brasília, v. 24, n. 12, p.215-237, dez. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/3094>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

SOCIOAMBIENTAL, Instituto (Comp.). **De olho nas terras indígenas no Brasil**. Disponível em: <<http://ti.socioambiental.org/pt-br/#>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão? In: SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p. 295-312.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 183 p.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.