



Impactos da PEC 215/2000

sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente



**Instituto
Socioambiental**

Impactos da PEC 215/200 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente

Como a proposta de alteração no reconhecimento de Terras Indígenas, Unidades de Conservação e Territórios Quilombolas ameaça o direito dos povos indígenas e populações tradicionais à terra – o direito de todos os brasileiros a um meio ambiente equilibrado

Impactos da PEC 215/200 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente

Instituto Socioambiental, 2015

Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas

Coordenação

Fany Ricardo e Selma Gomes

Equipe de pesquisa e redação

Fany Ricardo, Isabel Harari, Luana Lopes de Lucca, Marília Senlle, Marina Spindel, Rafael Pacheco Marinho, Silvia Futada, Tatiane Klein e Tiago Moreira dos Santos

Mapa

Alana Almeida | Laboratório de Geoprocessamento do ISA

Sistema de Áreas Protegidas (SisArp)

João Ricardo Rampinelli

Programa de Política e Direito Socioambiental

Coordenação

Adriana Ramos

Assessor

Márcio Santilli

Nota técnico-jurídica

Maurício Guetta

Edição e revisão de textos

Isabel Harari, Marília Senlle, Rafael Pacheco Marinho, Silvia Futada e Tatiane Klein

Tradução

David Rodgers e Helena Barbosa

Fotos de capa

1. Vista aérea da aldeia do Demini da floresta amazônica, no alto rio Demene, na TI Yanomami, divisa dos estados de Roraima e Amazonas | Foto: Edson Sato
2. Crianças Guarani-Kaiowá na Terra Indígena Laranjeira Nãnderu, em Rio Brilhante, Mato Grosso do Sul | Foto: Marcello Casal Jr./Abr



Sumário

Carta de apresentação	3
I. Impactos da aprovação da PEC 215/2000 sobre as áreas protegidas	4
As ameaças da PEC 215/2000 às Terras Indígenas	4
As ameaças da PEC 215/2000 às Unidades de Conservação	15
As ameaças da PEC 215/2000 aos Territórios Remanescentes de Quilombos	19
II. Nota técnico-jurídica sobre os impactos da PEC 215/2000 e propostas apensas	22
Inconstitucionalidades e impactos da PEC 215/2000 e propostas apensas	23
Conclusões	36
III. Tradução	38
VI. Mapa das Terras Indígenas no Brasil	52

Carta de apresentação

Os direitos socioambientais no Brasil, arduamente conquistados nas últimas décadas, vêm sendo vítimas de intenso ataque. Entre as diversas ameaças estão a Proposta de Emenda Constitucional 215/2000 e suas propostas apensas, que têm como objetivo principal alterar os procedimentos de demarcação de Terras Indígenas, criação de Unidades de Conservação e titulação de Territórios Quilombolas.

O **Instituto Socioambiental** – que há anos atua na defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos – opõe-se a qualquer medida que venha a fragilizar ainda mais a já combalida justiça socioambiental no Brasil.

Por meio dessa publicação, o ISA traz a público um quadro conciso dos impactos da PEC 215/2000 sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas, populações tradicionais – e sobre o direito de todos os brasileiros a um meio ambiente equilibrado.

A publicação, dividida em duas seções – um relatório diagnóstico e uma nota técnico-jurídica – apoia-se na análise de dados oficiais, monitorados pelo ISA há décadas em seu Sistema de Áreas Protegidas (SisArp), além de informações fornecidas por órgãos oficiais – como Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

As análises aqui contidas permitem verificar que, caso venha a ser aprovada, a PEC 215/2000 levará à paralisação dos processos de reconhecimento de Terras Indígenas, Unidades de Conservação e Territórios Quilombolas e abrirá as Terras Indígenas a atividades de alto impacto – um grave retrocesso aos direitos conquistados pelos brasileiros na Constituição de 1988.

O ISA espera que as informações reunidas nesse documento apoiem e ampliem a atuação da sociedade civil e de parlamentares na luta pela defesa desses direitos fundamentais.

Adriana Ramos, Fany Ricardo e Márcio Santilli

I. Impactos da aprovação da PEC 215/2000 sobre as áreas protegidas

1. As ameaças da PEC 215/2000 às Terras Indígenas

A demarcação de uma terra indígena tem por objetivo garantir o direito indígena à terra, reconhecido como direito originário pela Constituição de 1988. Na Carta Magna, os povos indígenas são reconhecidos como os primeiros e naturais senhores da terra, e as Terras Indígenas, de acordo com o artigo 231, são aquelas “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 seu usos, costumes e tradições”. O processo de demarcação é meramente administrativo e segue uma sistemática de reconhecimento estabelecida pelo Executivo, que sofreu várias modificações ao longo das últimas décadas. A partir de 1996, o Decreto nº 1.775 estabelece as etapas do processo, que inclui estudos de identificação, declaração, demarcação física, homologação e, por fim, registro na Secretaria de Patrimônio da União (SPU)¹.

O que se propõe através da PEC 215/2000 e suas propostas apenas é, em resumo: **(1)** a alteração da sistemática de reconhecimento das Terras Indígenas, transferindo do Executivo ao Legislativo o poder de decisão final sobre as demarcações; **(2)** a abertura das terras reconhecidas como indígenas a empreendimentos econômicos e atividades de impacto, como aquelas definidas em lei complementar como sendo de relevante interesse

1 O Decreto 1.775/1996 é cuidadoso ao estabelecer a participação de diferentes atores no procedimento de demarcação de uma Terra Indígena, garantindo a participação, inclusive, dos Estados e municípios, conforme o parágrafo 8º: “Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior”.

público da União (abrindo margem, tal como definido no Projeto de Lei Complementar 227², à exploração mineral e de potenciais hidrelétricos e à construção de oleodutos, gasodutos, portos, aeroportos, linhas de transmissão de energia, entre outros) e obras de infraestrutura (estradas, ferrovias e hidrovias), bem como assentamentos rurais de não indígenas e atividades agropecuárias, inclusive mediante arrendamento de terras; (3) a vedação à ampliação das Terras Indígenas já demarcadas; (4) inserir a tese do “marco temporal” no texto da Constituição Federal; e (5) aplicar retroativamente as disposições da proposta às Terras Indígenas que estejam sendo objeto de questionamento perante o Poder Judiciário, apesar de já demarcadas e homologadas.

Com relação ao primeiro objetivo, que é a transferência da competência sobre as demarcações, a PEC 215/2000 deve impactar diretamente todas as terras em processo de reconhecimento e que não chegaram ao estágio final do processo demarcatório, qual seja, a homologação pela Presidência da República.

Atualmente, existem 698 Terras Indígenas ocupando uma área total de 113.599.277 hectares, o equivalente a 13% do território nacional. Desse total, 98,39% da extensão das terras indígenas situa-se na chamada Amazônia Legal. O número total de Terras Indígenas no Brasil representa áreas em diferentes estágios de reconhecimento, sendo que 67,48% estão homologadas ou reservadas.

Vale ressaltar a importância estratégica das Terras Indígenas para a conservação ambiental. O desmatamento em TIs na Amazônia acumulado é de apenas 1,9% sobre a área florestada original contida nelas, enquanto o desmatamento geral no mesmo bioma é de 22,8% (em toda a área florestada original na Amazônia). Estes cálculos foram feitos com os dados do Prodes/INPE até 2013. Mesmo fora da Amazônia, onde as TIs têm pequenas extensões, elas têm exercido um papel importante no resguardo da biodiversidade brasileira, como é o caso da TI Mangueirinha, no Paraná, onde está um dos maiores remanescentes de floresta de araucária (*Araucaria angustifolia*) nativa do mundo.

No Brasil todo, 228 TIs aguardam a finalização de seu processo de demarcação e, portanto, apresentam maior fragilidade. Estas, que representam aproximadamente 33% do total, são TIs em identificação pela Funai; identificadas; declaradas como terra

2 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1094134&filename=SBT+3+CAPADR+%3D%3E+PLP+227/2012>. Acesso em 09/09/2015.

tradicionalmente ocupada por indígenas pelo Ministério da Justiça; ou com restrição de uso – que protegem o *habitat* de índios isolados enquanto suas terras não são estudadas ou identificadas.

Quadro de Terras Indígenas no Brasil por situação jurídica – excluídas as homologadas

Etapa	Nº de terras	Extensão (ha)	População
Em identificação	120	8.004*	23.637*
Com restrição de uso	6	1.079.412	_*
Identificada	36	2.707.317	32.203
Declarada	66	4.012.806	51.363
Total	228	7.807.539	107.203

** Muitas vezes, antes da publicação dos estudos de identificação da terra, não se pode obter informações sobre a população e a área. No caso das áreas com restrição de uso, não há informações de população por serem povos em isolamento voluntário*

Vale observar que, se 1,63% dos 113.891.535 hectares cobertos por Terras Indígenas no país está fora da Amazônia Legal, é nessa região que vive 45% da população indígena em TIs no Brasil, aproximadamente 275 mil pessoas (Fonte: ISA). Já a população vivendo em TIs na Amazônia Legal, onde está o maior número de terras homologadas³, é de aproximadamente 338 mil pessoas. Daí pode-se concluir que quase metade da população indígena no Brasil vive em uma área total de apenas 1.861.295 hectares, em terras que, na maior parte dos casos, estão longe de ter seus processos de demarcação finalizados. Fora da Amazônia Legal existem **133** processos de demarcação em curso, dos quais 58% estão ainda na etapa da identificação.

³ São 324 as TIs homologadas na Amazônia Legal contra 146 no restante do país.

Quadro das Terras Indígenas, extensão e população por região

Região	Nº de terras	Extensão (ha)	População
Amazônia Legal	419	111.765.528	338.382
Fora da Amazônia Legal	279	1.861.295	275.703
Total	698	113.626.823	614.085

As modificações propostas pela PEC 215/2000, assim, devem ter um impacto ainda mais perverso sobre os povos e terras em processo de identificação e demarcação nas regiões do Centro Oeste, Sul, Sudeste e Nordeste. Nessas regiões concentram-se os interesses do agronegócio e dos grandes latifundiários e agravam-se os conflitos fundiários em Terras Indígenas. Destaque-se a PEC 415/2009 (apensada à PEC 215/2000), que propõe nova redação ao § 4º do artigo 231 da Constituição, retirando o caráter inalienável e indisponível das Terras Indígenas e inserindo a possibilidade de que as terras sejam permutadas por outras áreas, violando, dessa forma, o reconhecimento do caráter originário do direito indígena à terra.

1.2. Ampliações

Como dito, a PEC 215/2000 e suas propostas apenas também almejam vedar ampliações de terras que já tenham sido demarcadas.

Atualmente, existem **35** Terras Indígenas com processos de revisão de seus limites territoriais. Trata-se de terras que tiveram seus processos de demarcação realizados antes da promulgação da Constituição de 1988 ou que foram reservadas durante o processo de colonização do país – para liberar áreas para a produção agropecuária.

Na maior parte das vezes, além de exíguas, essas áreas não correspondem ao território de ocupação dos povos, sendo insuficientes para a garantia de sua reprodução física e cultural. Esta é a realidade de muitas Terras Indígenas em estados como o Mato Grosso do Sul e o Mato Grosso, onde comunidades indígenas sobrevivem em terras diminutas e lutam para reaver seus territórios tradicionais.

Caso aprovada, a PEC 215/2000 afetará essas 35 terras e uma população de mais de

33 mil indígenas nas diferentes regiões do país.

Quadro de Terras Indígenas em revisão no Brasil, por situação jurídica

Situação jurídica	Nº de terras em revisão	Extensão (ha)	População	Amazônia Legal
Dominial indígena	1	11.506	4.260	-
Reservada	2	6.235	2.906	-
Declarada	1	34.149	506	1
Homologada	31	1.514.263	25.931	13
Total	35	1.566.153	33.603	14

1.3. Judicialização dos processos de demarcação

Os conflitos fundiários em Terras Indígenas são muitas vezes potencializados pela judicialização dos processos de demarcação, favorecendo ocupantes litigiosos e terceiros interessados na exploração econômica das terras.

Este é um segundo aspecto que intensifica a insegurança jurídica das comunidades sobre as quais a PEC 215/2000 exerce maior ameaça. Existem no momento **144** Terras Indígenas *sub judice* em todas as situações jurídicas, inclusive já homologadas, conforme mostra a tabela.

Quadro de terras indígenas *sub judice* no Brasil, por situação jurídica

Situação jurídica	Nº de terras <i>sub judice</i>	Extensão (ha)	População	Amazônia Legal
Dominial indígena	2	16.968	920	-
Reservada	7	298.995	8.805	4
Em identificação	9	4.900	2.859	1
Com restrição de uso	1	242.500	-	1
Identificada	17	2.093.882	26.074	7

Declarada	38	904.719	27.875	9
Homologada	70	28.645.703	82.848	46
Total	144	25.645.453	149.381	68

1.3.1 O “marco temporal”

Um dos elementos que agrava o quadro de ataques aos direitos territoriais indígenas é a aplicação da tese do “marco temporal” em ações judiciais que questionam demarcações de TIs – inclusive declaradas e homologadas.

O marco temporal – uma das 19 condicionantes estipuladas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, para a demarcação da TI Raposa Serra do Sol – impõe um recorte histórico para a definição da tradicionalidade da ocupação indígena da terra, interpretando que ela só deve ser reconhecida nos casos em que a área se encontrava ocupada na data da promulgação da Constituição – 5 de outubro de 1988. A interpretação considera que a tradicionalidade não se perderia em casos em que a ocupação foi impedida por “renitente esbulho” – ou seja, porque o grupo foi expulso à força da área e comprovadamente tentou retornar à área e foi impedido.

Embora sua aplicação não possua caráter vinculante⁴, a tese do “marco temporal” foi aplicada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal para anular portarias declaratórias das TIs Guyraroka, do povo Guarani Kaiowá, e Limão Verde, do povo Terena, em Mato Grosso do Sul; e Porquinhos, do povo Canela Apanyekrá, no Maranhão.

Apesar de não se tratar de tese jurídica consolidada no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a PEC 215/2000 pretende inseri-la no texto constitucional, restringindo a tradicionalidade da ocupação indígena e, portanto, a validade de Terras Indígenas, inclusive as já homologadas.

4 Em 2013, por conta de conflitos com arroteiros da região, a decisão sobre a TI Raposa Serra do Sol foi contestada e levada à submissão de um novo julgamento que reavaliasse os fundamentos elencados para a sua demarcação. Como afirmou na ocasião o ministro Luís Roberto Barroso, apoiado pelo Plenário, os critérios utilizados para a avaliação limitavam-se à TI Raposa Serra do Sol, ou seja, a resolução não poderia ser usada como base para futuros julgamentos.

1.4. O exemplo das terras guarani

A situação dos povos Guarani, que estão presentes em nove estados da federação – SP, ES, RJ, MS, PR, SC, RS, PA e TO – é emblemática em termos de vulnerabilidades causadas pela morosidade na demarcação de seus territórios. Esta população deve ser uma das mais prejudicadas caso a PEC 215/2000 venha a ser aprovada.

Embora seja o povo mais numeroso no país, com população em torno de 60 mil pessoas, menos da metade das TIs atualmente ocupadas por povos guarani-falantes chegou à homologação: de um total de 117 terras indígenas guarani, apenas 37 são homologadas; **há ainda 10 terras reservadas e 3 dominiais indígenas.** São 44 as terras ainda em processo de identificação, 6 identificadas e 18 declaradas, um total de **68** terras, e pelo menos 163.548 hectares, que devem ser afetados com a aprovação da PEC 215/2000.

Em Mato Grosso do Sul – onde vivem os Guarani Kaiowá e os Guarani Nandeva, duas parcialidades guarani –, os conflitos fundiários compõem um quadro de graves violações de direitos humanos, que ganha contornos de genocídio e leva os indígenas a retomar seus territórios – chamados de *tekoha* –, à espera de reconhecimento oficial. Em Mato Grosso do Sul, existem 37 Terras Indígenas ocupadas pelos Guarani Kaiowa e Guarani Nandeva, que representam, em área, menos de 0,5% da área total do estado.

Boa parte dessas terras está em processo de reconhecimento (16)⁵, mas mesmo as homologadas ou reservadas – um total de 21 terras – encontram-se invadidas por fazendeiros ou têm seus processos de demarcação contestados e até anulados na Justiça. É o caso, entre muitas outras, da TI Arroio-Kora (Paranhos/MS), homologada em 2009, mas disputada por fazendeiros e parcialmente suspensa pela Justiça – agravando a situação de violência permanente contra a comunidade. Caso a PEC 215/2000 seja aprovada, pelo menos 16 terras indígenas dos povos Guarani Kaiowa e Nandeva serão afetadas em MS.

Já em São Paulo, existem 27 terras indígenas guarani, mas apenas 7 estão homologadas ou reservadas, totalizando 11.162 hectares. As demais, que juntas somam 35.939 hectares, ainda estão em processo, sendo que 14 destas sequer foram identificadas. Na cidade de São Paulo está um dos exemplos mais dramáticos: o da TI Tenondé Porã. Reconhecida em 1987 com apenas 26 hectares de extensão, a falta de espaço traz inúmeros

5 Esse número inclui 2 terras identificadas, 6 declaradas e 8 ainda em processo de identificação. Dessas 8, 6 são referentes a grupos de trabalho da Funai que estão estudando várias áreas de ocupação tradicional guarani nas bacias dos rios do cone sul do Estado.

problemas aos 824 Guarani Mbyá que ali vivem e, apesar de uma área mais ampla (15.969 hectares) ter sido identificada pela Funai em 2012, o processo também foi questionado na Justiça e a comunidade ainda aguarda que a terra seja declarada. Caso a PEC 215/2000 seja aprovada, pelo menos 20 Terras Indígenas guarani serão afetadas em São Paulo.

Nos estados da região Sul a situação não é diferente. Em Santa Catarina, por exemplo, são 12 as TIs ocupadas pelos Guarani, totalizando 14.224 hectares em extensão. Somente 2 tiveram o processo de demarcação concluído - juntas somam apenas 139 hectares. Um exemplo de destaque é o da TI Morro dos Cavalos, em Palhoça (SC), que se iniciou há mais de vinte anos, tendo sido declarada em 2008. Ainda assim, a área de 1.988 hectares, que abriga uma população de 190 pessoas, aguarda a homologação e é objeto de forte especulação imobiliária. Caso a PEC 215 seja aprovada, 10 terras indígenas guarani serão afetadas em Santa Catarina.

1.5. Conclusões

Considerando as alterações constitucionais pretendidas, os principais impactos da aprovação da PEC 215/2000 e suas propostas apenas serão:

(1) A transferência de competência ao Legislativo pretendida pela PEC 215/2000 impacta diretamente os processos de demarcação de **228** terras ainda sem homologação, os quais devem ser paralisados. Essas terras representam uma área de 7.807.539 hectares com uma população de 107.203 indígenas. Devem ser afetadas ainda **144** terras cujos processos de demarcação estão judicializados, que totalizam uma área de 25.645.453 hectares, com uma população de 149.381 pessoas.

(2) A abertura das Terras Indígenas a empreendimentos econômicos, obras de infraestrutura e atividades de impacto configura grave ameaça a todas as **698** Terras Indígenas, inclusive as já demarcadas, anulando os direitos constitucionais.

(3) Com a proposta de vedação à ampliação de terras, serão afetadas **35** Terras Indígenas, com uma área total de 1.556.153 hectares e uma população de 33.603 indígenas.

(4) A inclusão da tese do “marco temporal” no texto constitucional impactaria diversas Terras Indígenas já demarcadas, homologadas e registradas, além de outras que se encontram em processo de demarcação.

(5) Por fim, a aplicação retroativa da PEC 215/2000 às Terras Indígenas que estejam

sub judice incidiria em pelo menos **144** terras indígenas, sendo que **79** delas já têm demarcações consolidadas.

2. As ameaças da PEC 215/2000 às Unidades de Conservação

Em relação às Unidades de Conservação (UCs), a PEC 215/2000 é uma violação ao direito fundamental de toda a coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal dispõe, em seu Art. 225, § 1.º, inciso III, ser atribuição do Poder Público:

“definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos – ETEPs”.

Em outros termos, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, como Unidades de Conservação, é reconhecida pela Constituição como elemento fundamental para a garantia da efetividade do direito de todos os cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Repetindo os termos da Carta Magna, a Lei 9.985/2000 prevê, em seu Art. 22, que a criação de Unidades de Conservação é ato de incumbência do Poder Executivo, apesar de também poder ser exercido pelo Poder Legislativo.

No que tange especificamente ao objeto em questão, foi apensada à PEC 215/2000 a PEC 161/2007⁶, de autoria de Celso Maldaner, então deputado do estado de Santa Catarina pelo PMDB, que visa alterar a Constituição, estabelecendo que a criação de ETEPs, além da demarcação de Terras Indígenas e o reconhecimento dos Territórios Remanescentes de Quilombo, deverá ser feita exclusivamente pelo Poder Legislativo.

Como será detalhado abaixo, observando o histórico da criação das Unidades de Conservação no Brasil, verifica-se que a contribuição do Legislativo nessa agenda é pontual e praticamente incipiente. O Poder Executivo, por sua vez, sempre mostrou-se mais atuante no cumprimento das metas previstas, inclusive em referência aos compromissos assumidos a partir de acordos internacionais.

Segundo o relatório Panorama Global da Biodiversidade nº 3, que avaliou o cumprimento das metas globais de biodiversidade até 2010, na última década o Brasil foi

6 Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9E9E75B549A69B9772EC175AF9DE55A7.proposicoesWeb1?codteor=506009&filename=PEC+161/2007>. Acesso em 09/09/2015.

responsável por cerca de 2/3 do total de Unidades de Conservação terrestres criadas no mundo, a maior parte na Amazônia⁷.

Um importante instrumento para atingirmos este reconhecimento foi um processo participativo de identificação de áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, competência destinada ao Ministério do Meio Ambiente através do Decreto Nº 5.092/2004, o qual a partir da realização de Seminários de avaliação dos biomas, desenvolvidos por diversas instituições e com representantes da comunidade científica, movimentos sociais e gestores públicos, estabeleceu um mapa de “Áreas Prioritárias para a Conservação, Utilização Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira”, publicado pelo Ministério do Meio Ambiente em novembro de 2003 e reeditado em maio de 2004.

2.1. Unidades de Conservação criadas pelo Executivo ou pelo Legislativo

Nos últimos 65 anos (1950-2015) foram criadas 310 UCs federais, representando a maioria das 321 UCs federais existentes no Brasil. Em tamanho, elas também são extremamente representativas: somadas as extensões dessas 310 UCs, elas representam mais de 74 milhões de hectares (ou 748 mil km²), ou seja, mais de 99% da área de todas as UCs federais no Brasil. Nestes mesmos 65 anos, apenas 5 dessas 310 UCs foram criadas por via do Legislativo, tendo uma representatividade em área de apenas 0,03% da área total das UCs federais brasileiras.

Seguindo o mesmo raciocínio, aplicado ao período após a promulgação da Constituição de 1988, entre 1989 e 2015, foram criadas 210 UCs, as quais representam mais de 58 milhões de hectares (ou 586 mil km²), ou 78% da área de todas as UCs federais no Brasil, sendo que apenas 4 das 210 UCs foram criadas através de Lei e sua representatividade em área, em relação a todas as demais UCs federais no Brasil, continua sendo de 0,03%.

As UCs criadas pelo Poder Legislativo nos últimos 65 anos foram as seguintes:

7 Panorama Global da Biodiversidade 3 (2010). Disponível em: <<http://uc.socioambiental.org/conserva%C3%A7%C3%A3o-da-biodiversidade/2014-panorama-ambiental-global-4>>. Acesso em 09/09/2015.

1. Parque Nacional Marinho das Ilhas dos Currais, criado pela Lei Nº 12.829/2013 e localizado no estado do Paraná, com área de 1360 hectares. Luciano Pizzatto (PFL/DEM) foi o autor do Projeto de Lei Nº 7.032/2002, que iniciou a tramitação.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=59326>

2. Monumento Natural Ilhas Cagarras, criado pela Lei Nº 12.229/2010 e localizada no Rio de Janeiro, com 523 hectares. Fernando Gabeira (PV) foi o autor do Projeto de Lei Nº 1.683/2003 que iniciou a tramitação.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=127842>

3. Área de Proteção Ambiental Serra da Meruoca, criada pela Lei Nº 11.891/2008 e localizada no Ceará, com área de 608 hectares. Inácio Arruda (PCdoB) foi o autor do Projeto de Lei Nº 2.462/2000, que iniciou a tramitação.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18157>

4. Parque Nacional Saint-Hilaire/Lange, criado pela Lei Nº 10.227/2001 e localizado no Paraná, com 25.000 hectares. Luciano Pizzatto (PFL/DEM) é o autor do Projeto de Lei da Câmara Nº 38/1997, que iniciou a tramitação.

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=944

5. Floresta Nacional do Açú, criada pela Lei Nº 1.175/1950 e localizada no Rio Grande do Norte, com área de 2015 hectares. Café Filho (PSP) foi o autor do Projeto de Lei Nº 1.231/1948, que iniciou a tramitação.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189364>

Assim, fica evidente que, se dependêssemos apenas do Poder Legislativo, o direito fundamental da coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja ação mais efetiva é a criação de Unidades de Conservação, estaria, inevitavelmente, comprometido, esvaziando-se o Art. 225 da Constituição Federal.

O país ainda deixaria de atender a acordos internacionais vinculados às Metas de Aichi, formuladas durante a 10ª Conferência das Partes da Convenção da Diversidade

Biológica: de acordo com a Meta 11 do objetivo estratégico ‘C’, os países signatários devem ‘melhorar a situação de biodiversidade protegendo ecossistemas, espécies e diversidade genética’, todas as partes deveriam, até 2020, ter pelo menos 17% de áreas terrestres e de águas continentais e 10% de áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, conservados por meio de sistemas de áreas protegidas geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas. Fica claro que, se a criação de UCs estivesse restrita à competência exclusiva do Poder Legislativo, o Brasil estaria ainda mais aquém de atingir as metas internacionais das quais é signatário.

Observe-se ainda que, configurada a necessidade de conferir proteção a uma determinada área devido à sua relevância ambiental ou socioambiental, ao Poder Executivo é dada a tarefa de criar uma Unidade de Conservação, sendo absolutamente descabida a subordinação desse ato a uma decisão eminentemente política e aos dissabores da maioria do Poder Legislativo, em caráter exclusivo, que não detém competência técnica e funcional para tal incumbência.

Por certo, uma das razões que evidencia essa diferença expressiva entre o número de UCs criadas pelo Legislativo e aquelas efetivadas pelo Executivo é que este último Poder da República detém a expertise técnica necessária para tal desiderato, por meio de seus ministérios e autarquias setoriais (Ministério do Meio Ambiente, Instituto Chico Mendes, Sistema Florestal Brasileiro, etc), além de estar vinculado aos deveres legais relacionados à continuidade das políticas ministeriais.

Nesse sentido, muitas das estratégias nacionais vinculadas à importância de um sistema de Unidades de Conservação minimamente conectado com outras áreas naturais, que seja representativo em termos biológicos e paisagísticos e que assegure a integridade ecológica dos ecossistemas e espécies que almeja proteger, são de responsabilidade do Poder Executivo, como por exemplo, a definição de áreas prioritárias para conservação, ou seja, ações que partilhem das atuais concepções de preservação ambiental.

Deve-se lembrar que a criação de UCs compõe um contexto mais amplo de justiça socioambiental e planejamento territorial, e inclusive complementa o esforço do Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE) como essencial para uma visão estratégica do

território nacional e para a articulação política, objetivando metas de crescimento econômico e de combate à desigualdade social, aliada à conservação dos recursos naturais. O ZEE é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente e, segundo o próprio MMA, através dele deve haver não apenas uma conexão entre a elaboração e a execução de um plano nacional e de planos de desenvolvimento regional e planejamento territorial, pela União, e de planos estaduais e municipais, mas também em relação à atuação dos entes federados na proteção do meio ambiente e na promoção do desenvolvimento e da integração social.⁸

Além de estratégico para o planejamento territorial e para a promoção da justiça socioambiental para com os povos tradicionais, a criação de UCs é imprescindível para a conservação ambiental e mitigação dos impactos da mudança climática. Enquanto as TIs e UCs apresentam desmatamento florestal acumulado de 2% em seus limites, o que representa 3,9% do total observado na Amazônia Brasileira, o restante do desmatamento, mais de 96%, ocorreu em propriedades particulares e terras públicas fora das UCs e TIs. Isso as coloca como ponto fundamental na estratégia de contenção do desmatamento na Amazônia e na viabilização de um modelo de desenvolvimento regional justo, que contemple os diferentes modos de vida e a apropriação adequada do território.⁹

Outra questão a ser considerada acerca da imprescindibilidade de manter a competência do Poder Executivo para a criação de UCs consiste na sua capacidade técnico-funcional de dirimir conflitos entre as unidades federativas e conflitos políticos locais. Essa posição reafirma-se principalmente após o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), criado pela Lei 9.985/2000 (regulamentada pelo Decreto 4.340/2002), a partir do qual espaços, ferramentas e fóruns de democracia direta, que agregam as comunidades diretamente afetadas, foram sendo fortalecidos e institucionalizados. Tal base constitucional definiu as unidades de conservação federais em dois grandes grupos: proteção integral e uso sustentável, cada um deles reunindo diferentes categorias. A possibilidade de coexistência dessas múltiplas categorias junto ao SNUC e aos Sistemas Estaduais e Municipais de Unidades de Conservação, pressupõe a complementariedade dos

8 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/gestao-territorial/zoneamento-territorial>>. Acesso em 09/09/2015.

9 “ISA lança mapa Amazônia Brasileira 2014 no Congresso Mundial de Parques”, Notícia Socioambiental, publicada em 17/11/2014, disponível em <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/isa-lanca-mapa-amazonia-brasileira-2014-no-congresso-mundial-de-parques>>. Acesso em 09/09/2015.

mesmos e uma destinação de terras mais adequada aos contextos e realidades locais.

A ampliação e normatização deste arcabouço legal nos últimos anos foi fundamental para a gestão das UCs: criação e formação de conselhos gestores e espaços participativos no processo de sua criação, como consultas públicas, por exemplo. Esses espaços criados, inclusive, são abertos e possibilitam a participação de representantes do Legislativo. Tal participação dos atores envolvidos no processo de criação de UCs seria dificultada caso seja aprovada a PEC 161/2007, apensada à PEC 215/2000.

2.2. Conclusões

Embora o Poder Legislativo já possua, entre suas atribuições, a competência para criar UCs, sua atuação neste setor foi pífia. Das atuais 310 UCs federais criadas nos últimos 65 anos, apenas 5 foram criadas via lei, representando escassos 0,03% da área total das UCs federais brasileiras.

Assim, caso a PEC 215/2000 (e a PEC 161/2007, apensa) venha a ser aprovada e a exclusividade de criação de UCs seja delegada ao Poder Legislativo, pode-se prever uma diminuição drástica na criação de UCs, gerando grande entrave para que o Brasil cumpra seus compromissos junto aos acordos internacionais e também para a efetividade do direito fundamental da coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de tornar a criação de UCs uma decisão eminentemente política e afastar do processo o conhecimento técnico e político dos órgãos técnicos historicamente envolvidos no processo, como o Ministério do Meio Ambiente e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

3. As ameaças da PEC 215/2000 aos Territórios Remanescentes de Quilombos

Os territórios quilombolas existem em várias regiões do Brasil, onde vivem as populações chamadas de “remanescentes de quilombos”. A maioria desses grupos está fora das áreas urbanas e se caracteriza pela ancestralidade escrava, pelas redes de parentesco e pelas fortes relações com o local onde vivem. Reconhecidas como populações tradicionais, as comunidades quilombolas dependem da segurança territorial como garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. Em 1988, a Constituição Federal reconheceu, no Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os direitos territoriais dos quilombolas: “aos remanescentes de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

Atualmente, o processo de reconhecimento de Territórios Remanescentes de Quilombo passa pelas etapas de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação e é regulamentado por uma normativa específica: o Decreto 4.887/2003. Esse processo é levado a cabo pelo poder Executivo. O que se pretende através da PEC 215/2000 e propostas apenas é que a prerrogativa de reconhecer um Território Remanescente de Quilombo passe, com exclusividade, ao poder Legislativo.

O caso é que, assim como no processo de demarcação de Terras Indígenas, há gargalos em todas as etapas e mesmo o reconhecimento oficial não garante que os conflitos fundiários cessem, apesar de ao menos reduzi-los. A atuação do Poder Executivo, nesse ponto, se mostra necessária, dada a sua capacidade técnica e função legalmente atribuída de dirimir conflitos para a criação desses territórios. Se com a competência do Poder Executivo para o reconhecimento de territórios remanescentes de quilombos a morosidade e a extensa burocracia dos processos de regularização fundiária já têm trazido sérios problemas às comunidades quilombolas, principalmente quando há conflitos com ocupantes irregulares e Unidades de Conservação sobrepostas, com a transferência de competência exclusiva ao Legislativo o cenário de inércia estatal relacionado ao reconhecimento do direito territorial quilombola se agravaria sobremaneira.

O direito à terra, no caso quilombola, é mediado pelo critério da autodeclaração, firmado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário. Assim, são os próprios quilombolas que se autoreconhecem como tais.

Mas, para que o processo de regularização territorial se inicie, a Fundação Cultural Palmares (FCP) precisa emitir uma certidão sobre a autodeclaração e formalizar a existência das comunidades. Além disto, dependendo da situação fundiária do território requerido pela comunidade, o poder estadual tem o papel de reconhecer comunidades quilombolas, através da publicação de um Relatório Técnico Científico (RTC), para posterior regularização de terras que são consideradas devolutas.

Em termos de número de comunidades, até junho de 2015, a FCP havia certificado 2598 comunidades quilombolas, mas segundo informações da Coordenação Nacional dos Quilombos (Conaq), há mais de 5000 comunidades quilombolas no país. Até o momento, do total de comunidades certificadas, apenas 217 receberam os títulos de posse de seus territórios¹⁰.

Já com relação ao número de territórios, matéria diretamente impactada pela PEC 215/2000 e propostas apensas, segundo as informações disponibilizadas no site do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA/2015), há no país 1765 territórios remanescentes de quilombos em diversas situações de reconhecimento, dos quais, até o momento, apenas 154, um total de 1.007.827 hectares, chegaram ao estágio final: o título da terra.

Assim, um total de pelo menos **1611** territórios quilombolas serão afetados caso a PEC 215/2000 venha a ser aprovada, impactando uma área de 2.552.784 hectares e uma população de pelo menos 37.056 famílias.

Etapas da titulação	Nº de processos
Processos em fase inicial	1290
Relatórios técnicos de identificação e delimitação (RTID)	169
Portarias de reconhecimento de territórios publicados	89
Decretos de Desapropriação por Interesse	63

¹⁰ Um mesmo título pode ser expedido a mais de uma comunidade, por ocuparem o mesmo território. Por isso, o número de títulos expedidos até o momento é menor que o número de comunidades que receberam os títulos de posse de suas terras.

Social publicados	
Títulos emitidos	154
Total	1765

**Quadro produzido a partir dos dados do INCRA em 28/04/2015*

Além disso, o relatório da PEC 215/2000 apresentado em 01/09/2015 pelo Deputado Osmar Serraglio inclui a já mencionada tese do “marco temporal” no texto do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Com isso, apenas as comunidades quilombolas que se encontrassem fisicamente em seus territórios em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, teriam seu direito à terra respeitado – outra grave ameaça aos territórios remanescentes de quilombos.

Para agravar este quadro, a normativa que regulamenta o processo de titulação está sendo questionada judicialmente por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), movida pelo Partido Democratas (DEM) em 2004. A Ação atualmente está em análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, se for aprovada, todos os processos de titulação em curso (e futuros) serão paralisados por falta de regulamentação. Até o momento o julgamento está empatado, com um voto contra a inconstitucionalidade, da Ministra Rosa Weber, e outro, do Ministro Cesar Peluso, a favor.

3.1. Conclusões

Ao propor que os títulos de territórios quilombolas sejam reconhecidos por Lei, retirando do Poder Executivo tal competência, a PEC 215/2000 e suas propostas apenas devem paralisar o reconhecimento de **1611** territórios que se encontram em andamento nas diferentes regiões do país, impactando uma área de 2.552.784 hectares e uma população de pelo menos 37.056 famílias.

II. Nota técnico-jurídica sobre os impactos da PEC 215/2000 e propostas apensas

A presente nota técnico-jurídica objetiva analisar a constitucionalidade e os impactos da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 215/2000¹¹ e suas propostas apensas (PEC 579/2002; PEC 156/2003; PEC 257/2004; PEC 275/2004; PEC 319/2004; PEC 37/2007; PEC 117/2007; PEC 161/2007; PEC 291/2008; PEC 411/2009 e PEC 415/2009), tendo por base (i) o Parecer Jurídico intitulado “Análise do Substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional n.º 215-A e Propostas Apenas”, elaborado em dezembro de 2014 pelo Programa de Política e Direito Socioambiental e (ii) o relatório “Impactos da aprovação da PEC 215/2000 sobre áreas protegidas”, lavrado pelo Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas – que também compõe essa publicação.

Em apertada síntese, a PEC 215/2000 e suas propostas apensas pretendem alterar os artigos 61, § 1.º, 225 e 231 da Constituição Federal e o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para: **(1)** excluir a atribuição do Poder Executivo e definir como sendo de competência exclusiva do Poder Legislativo a realização dos atos finais de reconhecimento de Terras Indígenas, de criação de Unidades de Conservação da natureza e de titulação de Territórios Quilombolas; **(2)** permitir a realização de empreendimentos econômicos e atividades de alto impacto dentro de Terras Indígenas, tais como aquelas definidas em Lei Complementar como sendo de “relevante interesse público da União” (que, segundo o Projeto de Lei Complementar n.º 227¹², seriam a exploração mineral e de potenciais hidrelétricos, a construção de oleodutos, gasodutos, portos, aeroportos, linhas de transmissão de energia e outros) e estradas, ferrovias e hidrovias, bem como assentamentos rurais de não indígenas e atividades agropecuárias, inclusive mediante arrendamento de terras; **(3)** vedar a ampliação de Terras Indígenas já demarcadas; **(4)** inserir a tese do “marco temporal” no texto da Constituição Federal; e **(5)** aplicar retroativamente as disposições da PEC 215/2000 às Terras Indígenas que, apesar de já

11 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em 09/09/2015.

12 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1094134&filename=SBT+3+CAPADR+%3D%3E+PLP+227/2012>. Acesso em 25.05.2015.

demarcadas e homologadas, estejam sendo objeto de questionamento perante o Poder Judiciário.

Sendo esta a síntese do conteúdo da PEC 215/2000 e propostas apensas, passamos a analisar, de forma objetiva, suas inconstitucionalidades e respectivos impactos.

1. Inconstitucionalidades e impactos da PEC 215/2000 e propostas apensas

1.1. Inconstitucionalidade decorrente da violação ao princípio da separação dos poderes

Como anotado acima, a PEC 215/2000 e suas propostas apensas têm como *objetivo principal conferir competência exclusiva ao Poder Legislativo, excluindo-a do Poder Executivo*, para o reconhecimento de Terras Indígenas, a criação de Unidades de Conservação da natureza e a titulação da propriedade definitiva dos remanescentes das comunidades quilombolas.

Contudo, a referida proposta de alteração de competência encontra óbice intransponível no *princípio da separação dos poderes*, previsto no artigo 2.º e consagrado à condição de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal, cujo mandamento imperativo consiste na *divisão das atribuições estatais* em três esferas de atuação distintas e independentes (Legislativo, Judiciário e Executivo), cada qual com suas funções típicas, determinadas em razão de sua capacidade técnica e de suas atribuições funcionais.¹³

Importante destacar que, devido à questão da *capacidade funcional*, caracterizada como fundamento de existência e núcleo central da separação dos poderes, é a natureza do ato estatal que define qual dos Poderes da República deverá, necessariamente, realizá-lo.¹⁴

13 Sobre o princípio em referência, Paulo Bonavides ensina que “nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes. Inarredável de todas as Constituições e projetos de Constituição já formulados neste País, desde 1823, data de elaboração do célebre Projeto de Antônio Carlos oferecido à Constituição Imperial, ele atravessou o Império e a República, rodeado sempre do respeito e do prestígio que gozam as garantias constitucionais da liberdade.” In: BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional.” 12.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 508/509.

14 Nesse sentido, a Nota Técnica do Ministério Público Federal sobre o tema em estudo bem pontua que, “como destacou Luís Roberto Barroso, insere-se no núcleo básico da separação de poderes a exigência de ‘especialização funcional’, que ‘inclui a titularidade, por cada poder, de competências privativas’. Esta imposição constitucional também se projeta sobre as competências do Poder Executivo, as quais envolvem funções administrativas que, pela sua própria natureza, só devem ser por ele desempenhadas. Trata-se da chamada reserva de administração, que, nas palavras de Canotilho, ‘compreende um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento’.” In: Ministério Público Federal – Procurador da República

No caso do reconhecimento das Terras Indígenas, da criação das Unidades de Conservação e da titulação de Territórios Quilombolas, não há dúvida de que tais atos *incumbem com exclusividade* ao Poder Executivo.

Primeiro, pelo fato de que as complexas análises técnicas, sociais, ambientais e antropológicas, a delimitação e o registro das áreas, a resolução de conflitos fundiários e o pagamento de indenizações, entre outros, configuram-se como *atos de índole tipicamente administrativa*, justamente em razão da capacidade funcional da qual é provido o Poder Executivo, imbuído de todo um quadro de *expertise* multidisciplinar voltado ao cumprimento desses deveres estatais.

Trata-se de atos que, à evidência, jamais poderiam ser emitidos com exclusividade pelo Poder Legislativo, vocacionado para a elaboração e edição de normas gerais e de caráter impessoal, bem como para a tomada de *decisões de índole eminentemente política*. Sua capacidade funcional é completamente dissociada daquela necessária para o reconhecimento de Terras Indígenas, a criação de Unidades de Conservação e a titulação de Territórios Quilombolas.

Aliás, a referida transferência de competência ainda implicaria confusões entre as responsabilidades de cada um dos Poderes da República no âmbito das centenas de ações judiciais que visam à nulidade de Terras Indígenas, inclusive com eventuais tumulto processual e possibilidade de inclusão do Congresso Nacional como parte nos processos.

Segundo, porque é juridicamente inviável pretender que a efetivação de direitos fundamentais fique subordinada à decisão política de maiorias de ocasião do Congresso Nacional. Nesse sentido, o documento intitulado “Senadores apoiam sociedade civil contra a PEC 215/2000”¹⁵, assinado por **48** Senadores da República, afirma: “A confirmação de direitos de minorias não pode ficar suscetível a maiorias temporárias. A demarcação é um ato técnico e declaratório. Não há sentido em introduzir o componente político neste ato. É incabível trazer essa matéria para o âmbito do Congresso, um equívoco político e jurídico, um atentado aos direitos dos povos indígenas.” Até porque os direitos fundamentais dos povos indígenas e comunidades quilombolas possuem eficácia plena e aplicabilidade

Daniel Sarmiento. Nota Técnica: a PEC n.º 215 e as cláusulas pétreas. Rio de Janeiro, 2003, p. 29.

15 Disponível em <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/numero-de-senadores-contra-a-proposta-de-emenda-constitucional-215-ja-chega-a-48>>.

imediatas¹⁶, não podendo a sua efetivação se subordinar a decisões de caráter político do Congresso Nacional.

Por fim, no que tange à efetivação de Terras Indígenas (e Territórios Quilombolas¹⁷), a competência do Poder Executivo, e não do Legislativo, ainda se justifica em razão da *natureza declaratória* do referido ato estatal, que apenas reconhece o direito indígena originário, preexistente a qualquer ato estatal, tal como definido pelo artigo 231 da Lei Maior e sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸

Por essa razão, “presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1.º), o direito a ela por parte da sociedade indígena que a ocupa *existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo*.”¹⁹

Registre-se, por oportuno, que a referida inconstitucionalidade da PEC 215/2000 foi *expressamente reconhecida pelo Ministro Luís Roberto Barroso*, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “a jurisprudência deste Tribunal já assentou que a demarcação de Terras Indígenas é um ato *declaratório*, que se limita a reconhecer direitos imemoriais que vieram a ser cancelados pela própria Constituição. O que cabe à União, portanto, não é escolher onde haverá Terras Indígenas, mas apenas *demarcar* as áreas que atendam aos critérios constitucionais, valendo-se, para tanto, de estudos técnicos. Nessa linha, trata-se de um procedimento que se volta, tanto quanto possível, à aplicação do direito de ofício – província tipicamente atribuída ao Poder Executivo, como igualmente observado por este Tribunal.”²⁰

16 Artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal.

17 O Supremo Tribunal Federal reconhece “a eficácia plena e a imediata auto-aplicabilidade da dicção do art. 68 do ADCT da CF/1988, norma tida como duplamente qualificada pelos direitos fundamentais do acesso à terra e à cultura.” In: Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 29.362/MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. D.J. 06.09.2011.

18 Como asseverou o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, o termo “originários” visa “traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. [...] Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.” In: Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Popular n.º 3.388/ED/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. D.J. 25.09.2009.

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

20 Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 32.262/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. D.J. 24.09.2013.

Não se mostra possível, portanto, sujeitar o direito fundamental dos povos indígenas e comunidades quilombolas sobre suas Terras a um ato político de natureza constitutiva a ser emitido com exclusividade pelo Poder Legislativo, como prevê a PEC 215/2000. O ato estatal, neste caso, é eminentemente declaratório e deve, obrigatoriamente, ser emitido pelo Poder Executivo.²¹

Sendo assim, por todas essas razões, evidencia-se que a PEC 215/2000 e as propostas apenas violam flagrantemente o princípio da separação dos poderes, eivado a cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal.

1.2. Violação de direitos fundamentais e respectivos impactos

Entre as limitações incidentes ao poder constitucional reformador, previstas no § 4.º do artigo 60 como *núcleo imodificável* do texto constitucional, encontram-se os *direitos e garantias fundamentais*, que não podem ser suprimidos ou afetados negativamente pelo Congresso Nacional, devido ao reconhecimento de sua importância vital para a manutenção dos valores mais elevados estatuídos pela Carta Constitucional, pilares do Estado Democrático de Direito.

Tamanho a sua relevância que a doutrina²² e a jurisprudência²³ reconhecem a existência do princípio da *vedação de retrocesso em direitos fundamentais* (sociais, políticos e socioambientais²⁴), segundo o qual não é possível a supressão ou a imposição de limitações aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

No caso da PEC 215/2000 e propostas apenas, pretende-se alterar os artigos 225 e 231 da Constituição Federal e o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais

21 Daí, inclusive, a razão pela qual o ato que reconhece uma terra como sendo indígena é denominado de “homologação”. Não se trata de aprovar o surgimento de um direito do povo indígena, mas de homologar o seu direito originário e pré-existente sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998, p. 320/321.

23 No âmbito jurisprudencial, são diversos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que reconhecem expressa e amplamente a existência do princípio da proibição de retrocesso social. A título de exemplo: Supremo Tribunal Federal. 2.ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. D.J. 22.11.2013.

24 SARLET, Ingo Wolfgang; e FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: “O princípio da proibição de retrocesso ambiental.” Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 142/143.

Transitórias, afetando direta e negativamente os direitos fundamentais dos povos indígenas, das comunidades remanescentes de quilombos e da própria coletividade brasileira (a quem pertence o meio ambiente ecologicamente equilibrado). Vejamos.

1.2.1 Inconstitucionalidade e impactos da PEC 215/2000 sobre o direito dos povos indígenas sobre suas terras

Conforme se depreende do artigo 231 da Carta Magna, o direito às Terras Indígenas constitui o *elemento central* de proteção constitucional dos povos indígenas no Brasil.²⁵ Nesse sentido, o *caput* do referido dispositivo estabelece serem “*reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*” Ademais, nos termos do § 2.º do mesmo artigo 231, “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.”

Tamanha a relevância do direito originário dos índios às suas Terras que o § 4.º tratou de prevê-las expressamente como “*inalienáveis e indisponíveis*, e os direitos sobre elas, *imprescritíveis*.” Por fim, o § 5.º ainda determinou a *impossibilidade de remoção* dos povos indígenas de suas terras, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas e temporárias, após as quais é garantido o *direito de seu imediato retorno*.

Sobre o tema, é preciso ter em mente que a razão ensejadora do direito fundamental previsto no artigo 231 consiste na *absoluta dependência da existência/sobrevivência dos povos indígenas com a garantia de permanência em suas terras tradicionais*. Trata-se, por certo, de limite mínimo de garantia, proteção e defesa da dignidade humana e da própria sobrevivência dos povos indígenas. Como já pactuou o Supremo Tribunal Federal, “*emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios*, pois estes, sem a possibilidade de acesso às Terras Indígenas, *expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e*

25 SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 32.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 856.

que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem.”²⁶

Na contramão, a PEC 215/2000 pretende alterar o referido artigo 231 da Constituição em diversos trechos, além de outros dispositivos constitucionais, com graves impactos sobre os direitos fundamentais indígenas.

A *primeira* alteração constitucional diz respeito à transferência de competência, do Poder Executivo para o Poder Legislativo, para emitir o ato final de reconhecimento de Terras Indígenas, violando não apenas o princípio da separação dos poderes, como exposto acima, como também a proibição de supressão/alteração de direitos fundamentais.

Sobre tal proposição, a Nota Técnica do Ministério Público Federal sobre a PEC 215/2000, de lavra do Procurador da República Daniel Sarmento, reforça o argumento de inconstitucionalidade exposto no capítulo anterior, no sentido de que, “se a PEC 215 fosse aprovada, a fruição do direito fundamental à terra indígena seria plenamente condicionada à vontade da maioria política do Parlamento. Ao tornar a demarcação das terras indígenas dependente de aprovação parlamentar, e subordinar a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos incidentes sobre estas terras à decisão política do Congresso, *o constituinte derivado desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231, ferindo o seu núcleo essencial.*”²⁷

Vale destacar que a referida inconstitucionalidade incidente sobre a PEC 215/2000 foi expressamente reconhecida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que sepultou: “condicionar o reconhecimento de um direito fundamental à deliberação político-majoritária parece contrariar a sua própria razão de ser. Com efeito, tais direitos são incluídos na Constituição justamente para que as majorias de ocasião não tenham poder de disposição sobre eles. Para utilizar o termo que se tornou clássico, os direitos fundamentais são ‘trunfos’ contra a maioria, contra a prevalência incondicionada das metas coletivas sobre as posições subjetivas dotadas de proteção especial. O ponto é particularmente relevante quando a tutela se volta a grupos minoritários e/ou historicamente marginalizados, os quais, como regra, não dispõem de meios para participar em condições adequadas do debate político. É esse o caso dos índios, no Brasil e em

26 Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 183.188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. J. 10.12.1996. D.J. 14.02.1997.

27 Ministério Público Federal – Procurador da República Daniel Sarmento. Nota Técnica: a PEC n.º 215 e as cláusulas pétreas. Rio de Janeiro, 2003, p. 15. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/parecer-tecnico/nota-pec-2015>. Acesso em 29.11.2014.

diversas outras partes do mundo.” ²⁸

A demonstrar a gravidade dos impactos de tal alteração de competência sobre o direito fundamental previsto no artigo 231 da Constituição Federal, o Relatório do Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas do Instituto Socioambiental demonstra que **228** Terras Indígenas ainda não homologadas teriam seus processos demarcatórios paralisados com a eventual aprovação da PEC 215/2000, representando uma área de 7.807.539 hectares, com uma população de 107.203 indígenas. Ainda sofreriam impactos **144** Terras Indígenas cujos processos de demarcação encontram-se *sub judice*, aguardando a definição pelo Poder Judiciário, que totalizam uma área de 25.645.453 hectares, com uma população de 149.381 pessoas.

A *segunda* alteração constitucional pretendida pela PEC 215/2000 relaciona-se com a permissão de realização de empreendimentos econômicos e atividades de alto impacto dentro de Terras Indígenas.

Trata-se de proposição que viola flagrantemente o direito fundamental dos povos indígenas, uma vez que permitiria significativas degradações dentro de Terras Indígenas, além de afetar drasticamente os seus direitos à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, previstos no § 2.º do artigo 231 da Constituição Federal.

Os gravíssimos impactos decorrentes da eventual aprovação de tal alteração constitucional incidiriam sobre todas as **698** Terras Indígenas existentes no Brasil, inclusive as já demarcadas e implantadas, anulando o direito fundamental dos povos indígenas.

A *terceira* alteração proposta pela a PEC 215/2000 ainda prevê a vedação à ampliação de Terras Indígenas já demarcadas, o que é justificado pelo Relator com base em decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal para um caso específico.

Contudo, além de não haver jurisprudência consolidada da Corte Constitucional sobre o tema, ao inserir a referida proibição no texto constitucional, a proposta impediria a efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas sobre as Terras Indígenas que foram demarcadas com base nos critérios adotados anteriormente à Constituição de 1988, o que novamente resulta em sua patente inconstitucionalidade.

28 Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 32.262/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. D.J. 24.09.2013.

Seu impacto direto incidiria sobre **35** Terras Indígenas, que representam uma área total de 1.556.153 hectares, na qual está inserida uma população de 33.603 indígenas.

Por fim, a PEC 215/2000 ainda pretende incluir no texto constitucional a tese jurídica do “marco temporal”, adotada pelo Supremo Tribunal Federal especificamente no caso da Ação Popular (PET) n.º 3.388/RR (Terra Indígena Raposa-Serra do Sol), pela qual apenas os povos indígenas que estivessem fisicamente ocupando suas terras em 05/10/1988, data da promulgação da Constituição, teriam direito a elas.

Para além da já mencionada impossibilidade de se impor tamanho retrocesso ao direito fundamental dos povos indígenas às suas Terras, com graves consequências a Terras Indígenas já demarcadas, homologadas e registradas, há motivo de ordem técnico-processual que impede a inclusão dessa tese no texto da Lei Maior: a decisão judicial em que se baseia é desprovida de força vinculante e limita-se única e exclusivamente àquele caso, da Ação Popular (PET) n.º 3.388/RR.

É o que esclareceu o Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento dos Embargos de Declaração: “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.”²⁹ Para não deixar margem a dúvidas sobre o que se aduz, vale registrar que, recentemente, o próprio Pleno do Excelso Pretório, em votação unânime, tratou de confirmar esse entendimento: “O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que ‘A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.’”³⁰

Nada mais óbvio. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que possuem caráter vinculante a todas as esferas de poder do País, as decisões prolatadas em sede de Ação Popular produzem efeitos apenas para o caso específico versado nos autos. Assim, nem mesmo mediante o maior

29 Supremo Tribunal Federal. Pleno. Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3.388/ED/RR. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. D.J. 04.02.2014. (destacamos)

30 Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de Segurança n.º 31.100/AgR/DF. Relator: Ministro Ricardo Lwandowski. D.J. 13.08.2014. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de Segurança n.º 27.939/AgR/DF. Relator: Ministro Ricardo Lwandowski. D.J. 13.08.2014.

esforço interpretativo poderia o hermeneuta entender que a decisão proferida na Ação Popular (PET) n.º 3.388/RR seria aplicável a todos os casos de Terras Indígenas do Brasil. Tal formulação, constante do Relatório do Substitutivo à PEC 215/2000 e apensos, é, portanto, absolutamente equivocada.

Assim, se é descabido falar em aplicação automática e vinculante dos critérios estabelecidos no caso da PET n.º 3.388/RR para outros processos judiciais, com mais razão ainda se justifica a absoluta inadequação de inseri-los no texto constitucional.

Some-se a isso o fato de ter o relator da PEC 215/2000 olvidado que o próprio acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no caso da PET n.º 3.388/RR afastou a incidência do tal “marco temporal” para os casos em a posse indígena em 05.10.1988 somente não ocorreu por renitente esbulho por parte de não-índios. Confira-se: “11.2. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.”

Assim, afigura-se como inconstitucional a pretensão contida na PEC 215/2000 de incluir o critério do “marco temporal” no texto da Constituição Federal.

Diante dessas considerações, conclui-se que a PEC 215/2000 e as propostas apenas configuram-se como proposições legislativas absolutamente inconstitucionais, encontrado óbice insuperável no artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal, em razão de flagrante *violação a direitos fundamentais*, com graves impactos aos povos indígenas do Brasil, devendo, por essa razão, ser *definitivamente arquivada*.

1.2.2 Inconstitucionalidade e impactos da PEC 215/2000 sobre o direito da coletividade sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado

A PEC 161/2007 e a PEC 291/2008, apensadas à PEC 215/2000, visam, entre outras modificações, alterar o artigo 225, § 1.º, inciso III, da Constituição Federal para determinar que a criação, alteração e supressão de espaços territoriais especialmente protegidos de natureza ambiental somente poderão ser realizadas por Lei.

Contudo, tal proposição normativa encontra óbice no artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal, por violar o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente estatuído no artigo 225 da Carta

Constitucional.

Sobre o tema, é certo que o principal mérito da Carta Magna em matéria ambiental foi justamente a inclusão da previsão do *direito fundamental de toda coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*³¹, o qual guarda relação direta com o direito à vida, constitucionalmente previsto no *caput* do artigo 5.º; tanto no que toca à necessidade de garantir qualidade de vida, como também em termos da própria sobrevivência do ser humano, dependente da promoção e manutenção do equilíbrio ecológico do meio ambiente.³²

Como medida essencial para garantir a efetividade desse direito fundamental difuso, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 225, § 1.º, inciso III, ser atribuição do Poder Público “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de Lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos – ETEPs.” Repetindo os termos da Carta Magna, a Lei n.º 9.985/2000 prevê, em seu artigo 22, que a criação de Unidades de Conservação é ato de incumbência do Poder Executivo, apesar de, eventualmente, também poder ser exercido pelo Poder Legislativo.

Por certo, se a própria Constituição Federal determina que a criação de ETEPs pelo Poder Público é medida imprescindível para assegurar a efetividade do direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não poderiam as PECs 161/2007 e 291/2008 pretender alterar a forma de criação dessas áreas ambientalmente protegidas, excluindo a competência do Poder Executivo.

31 Sobre o tema, Antonio Herman V. Benjamin preleciona: “Além da instituição desse inovador ‘dever de não degradar’ e da ecologização do direito de propriedade, os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade (ou mesmo, para alguns doutrinadores, em patamar superior) com outros também previstos no quadro da Constituição, entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade. (...) Pela via norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). “Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.” São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

32 Nesse sentido, Édís Milaré pontifica que “o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.” MILARÉ, Édís. “Direito do Ambiente.” 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

A ameaça contida nas PECs 161/2007 e 291/2008 à criação de áreas ambientalmente protegidas no Brasil e, portanto, ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é evidenciada pelo fato de apenas **5** das **310** Unidades de Conservação federais dos últimos 65 anos terem sido criadas pelo Poder Legislativo, o que representa escassos 0,03 % da área total protegida.

Tal dado evidencia que a criação dessas áreas protegidas não pode se subordinar a uma decisão de caráter eminentemente político do Congresso Nacional, sob pena de impor sério risco à efetividade do direito fundamental previsto no artigo 225 da Carta Magna. Ainda, verifica-se a possibilidade de tal alteração constitucional ainda impor consequências negativas à criação de Unidades de Conservação estaduais e municipais, o que tornaria ainda mais drásticos os seus impactos.

Ademais, considerando as categorias de Unidades de Conservação onde se permite a realização de atividades extrativistas³³, verifica-se que as proposições legislativas em questão ainda ameaçam a vida de diversas comunidades tradicionais brasileiras, que dependem da criação dessas áreas protegidas para desenvolver seus produtos tradicionais.

Assim, resta claro que as PECs 161/2007 e 291/2008, apensadas à PEC 215/2000, contêm conteúdo flagrantemente *inconstitucional*, uma vez que sua eventual aprovação representaria grave ameaça ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pelo artigo 225 da Constituição Federal, o que é vedado pelo artigo 60, § 4.º, inciso IV.

1.2.3 Inconstitucionalidade e impactos da PEC 215/2000 sobre o direito das comunidades remanescentes de quilombos sobre seus Territórios

A mesma PEC 161/2007, que tramita conjuntamente com a PEC 215/2000, ainda prevê a alteração do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para que a emissão de títulos de reconhecimento de propriedade definitiva dos remanescentes das comunidades de quilombos somente possa ser feita mediante Lei, excluindo a atual competência do Poder Executivo.

A exemplo dos itens anteriores, tal modificação representa gravíssima ameaça ao

33 Como as Reservas Extrativistas, por exemplo.

direito fundamental das comunidades remanescentes de quilombos sobre seus territórios, previsto no referido dispositivo constitucional.

Atualmente, o processo de reconhecimento de Territórios Remanescentes de Quilombo é regulamentado pelo Decreto n.º 4.887/2003, no qual são previstas as etapas de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação, todas conduzidas e realizadas pelo Poder Executivo, o que, como exposto acima, se justifica em razão da capacidade técnica-funcional de seus órgãos executores.

Entre os temas versados na presente Nota Técnico-Jurídica, o direito fundamental dos quilombolas aos seus territórios é aquele sobre o qual recai o maior passivo/inércia pelo Estado Brasileiro: dos 1765 territórios remanescentes de quilombos identificados pelo INCRA, apenas 154 obtiveram a titulação.

Assim, seriam **1611** territórios diretamente afetados pela eventual aprovação da PEC 215/2000 e apenas, representando uma área de 2.552.784 hectares e uma população de pelo menos 37.056 famílias, o que demonstra o tamanho do impacto negativo das referidas propostas legislativas sobre o direito fundamental das comunidades quilombolas sobre seus territórios.

Para além da referida questão, o recente relatório da PEC 215/2000, apresentado em 01/09/2015, inclui a já mencionada tese do “marco temporal” no texto do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pretendendo, com isso, que o direito das comunidades quilombolas fique restrito aos casos em que tenha havido ocupação física dos territórios em 05/10/1988, data da promulgação da Constituição. Segundo a proposta, portanto, as comunidades que não se encontrassem fisicamente em seus territórios na referida data estariam alijadas de seu direito territorial.

Trata-se, certamente, de gravíssima limitação ao direito fundamental das comunidades quilombolas sobre seus territórios tradicionais, na medida em que lhe impõe severo retrocesso, do que resulta a sua patente inconstitucionalidade.

Some-se a isso o fato de que a aplicação da tese do “marco temporal” não encontra respaldo em qualquer decisão judicial ou texto normativo, fato que reforça a sua inconstitucionalidade.

Sendo assim, por violar gravemente o direito fundamental insculpido no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as PECs 215/2000 e 161/2007, apensada à PEC 215/2000, são inconstitucionais, encontrando óbice intransponível no artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal.

1.2.4 Inconstitucionalidade da PEC 215/2000 por violação a direito adquirido e ato jurídico perfeito

Inovação relevante do relatório apresentado pelo Deputado Osmar Serraglio em 01/09/2015, relator da PEC 215/2000 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, diz respeito à possibilidade de que as alterações constitucionais propostas se apliquem de forma retroativa, atingindo Terras Indígenas já demarcadas, homologadas e registradas.

Tal situação decorre do quanto previsto no artigo 4.º da referida PEC, ao dispor que “as demarcações em curso, independente da fase administrativa ou judicial sem trânsito em julgado, em que estiverem, obedecerão às disposições desta Emenda Constitucional.” Assim, diferentemente do relatório apresentado em 19/11/2014, o novo texto proposto permitiria a aplicação dos já mencionados retrocessos aos direitos dos índios também aos casos de Terras Indígenas que se encontrem sub judice, isto é, na pendência de decisão judicial final transitada em julgada.

Trata-se, à evidência, de mais uma grave excrecência jurídica contida na Proposta, violadora da garantia fundamental da irretroatividade da lei, expressamente prevista no artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, caracterizada como base de sustentação da segurança jurídica e, portanto, do Estado Democrático de Direito, ante a afronta a atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e coisas julgadas (administrativas).

Segundo o mencionado imperativo constitucional, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, ordem que é repetida no artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece: “lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” ³⁴

Como sempre decidiu a Corte Suprema, “a essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas

34 Lei de Introdução do Código Civil, Decreto-Lei n.º 4.657/1942.

pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal.”³⁵

Com efeito, seriam drásticos os efeitos da eventual aprovação de tal disposição, uma vez que são 141 Terras Indígenas cujos processos de demarcação encontram-se sub judice.

No ponto, apesar da obviedade da afirmação, há que se recordar, como já exposto acima, que o processo administrativo de demarcação de Terra Indígena tem seu início e sua conclusão no âmbito do Poder Executivo; a dizer, a sua conclusão ocorre no processo administrativo demarcatório, após as suas diversas fases, como estabelece o Decreto n.º 1.775/1996. Nada mais evidente: tratando-se de processo administrativo – como indica o próprio *nomen juris* –, a demarcação de Terras Indígenas não se encerra formalmente no Poder Judiciário, mas no Poder Executivo, ainda que se trate de processo administrativo ulteriormente questionado em processo judicial.

Não poderia a PEC 215/2000, portanto, pretender que suas disposições sejam aplicadas retroativamente a processos de demarcação de Terras Indígenas já finalizados, inclusive em processo administrativo objeto de ação judicial desprovida de decisão transitada em julgado.

Diante disso, temos que a PEC 215/2000 viola frontalmente a garantia fundamental constante do artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, consubstanciada no princípio da irretroatividade da lei, pilar da segurança jurídica e alicerce do Estado Democrático de Direito.

2. Conclusões

Diante das considerações acima expostas, conclui-se pela patente inconstitucionalidade da PEC 215/2000 e suas propostas apenas, uma vez que:

(1) violam o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2.º e elevado a cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal;

(2) afrontam gravemente o direito fundamental dos povos indígenas às suas Terras, contido no artigo 231 da Constituição Federal, na medida em que: (a) a atribuição de

35 Supremo Tribunal Federal. 2.ª Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 646.313 / PI. Relator: Ministro Celso de Mello. D.J.E. 09.02.2015.

competência exclusiva do Poder Legislativo para demarcar Terras Indígenas impactaria diretamente **228** processos de reconhecimento de Terras Indígenas ainda não homologadas, bem como **144** Terras Indígenas cujos processos de demarcação encontram-se sub judice; (b) a permissão de realização de empreendimentos econômicos e atividades de alto impacto dentro de Terras Indígenas implicaria possíveis impactos a todas as **698** Terras Indígenas existentes no Brasil, inclusive as já demarcadas e implantadas; e (c) a vedação de ampliação de Terras Indígenas impactaria **35** Terras Indígenas; (d) a inclusão da tese do “marco temporal” no texto constitucional impactaria diversas Terras Indígenas já demarcadas, homologadas e registradas, além de outras que se encontram em processo de demarcação;

(3) impõem grave ameaça à efetividade do direito fundamental da coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, além de impactarem a vida de diversas comunidades tradicionais, o que se evidencia pelo baixo índice de Unidades de Conservação federais criadas pelo Poder Legislativo – apenas **5** das **310** áreas protegidas criadas nos últimos 65 anos (0,03 %); e

(4) contrariam o direito fundamental das comunidades quilombolas aos seus territórios, protegido pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afetando diretamente **1611** territórios pendentes de titulação.

(5) violam o princípio basilar da irretroatividade da lei, constante do artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, por impactar diretamente atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e coisas julgadas (administrativas).

Impacts of PEC 215/2000 on indigenous peoples, traditional populations and the environment

Learn how the Proposed Constitutional Amendment (PEC), which changes how Indigenous Lands, Conservation Areas and Quilombola Territories are recognized, threatens the right of indigenous peoples and traditional populations to land and the right of all Brazilians to a balanced environment

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

Protected Areas Monitoring Program | Socioenvironmental Policy and Law Program
September 2015

Letter of presentation

Socioenvironmental rights in Brazil, painstakingly achieved over the last few decades, have recently come under intense attack. Among the diverse threats are Proposed Constitutional Amendment 215/2000 and its Annexed Proposals, the main objective of which is to change the procedures for demarcating Indigenous Lands, the creation of Conservation Areas and issuing land titles to Quilombola Territories.

Instituto Socioambiental – which has worked for years in defence of social, collective and public wealth and rights relating to the environment, cultural heritage, human rights and the rights of peoples – is opposed to any measure that further weakens the already besieged socioenvironmental justice in Brazil.

In this publication, ISA provides a concise assessment of the impacts of PEC 215/2000 on the territorial rights of indigenous peoples, quilombolas and traditional populations – and on the right of all Brazilians to a balanced environment.

Divided into two sections – a diagnostic report and a technical legal report – the publication is based on the analysis of official data, monitored by ISA for decades via its Protected Areas System (SisArp), and Information provided by official agencies, including the National Institute For Space Research (INPE), the National Indian Foundation (FUNAI), and the National Institute for Colonization and Agrarian Reform (INCRA).

The analyses contained here show that, were it to be approved, PEC 215/2000 would lead to the paralysation of the processes for recognizing Indigenous Lands, Conservation Areas and Quilombola Territories, and would open up Indigenous Lands to high-impact activities – a serious setback to the rights won by Brazilians in the 1988 Constitution.

ISA hopes that the information gathered in this document can support and extend the work of civil society and parliamentarians in their fight to defend these fundamental rights.

Adriana Ramos, Fany Ricardo and Márcio Santilli

I. Report on the impacts of the approval of PEC 215/2000 on protected areas

1. The threats posed by PEC 215/2000 to Indigenous Lands

The demarcation of an indigenous land has the objective of guaranteeing the indigenous right to land, recognized as an original right by the 1988 Constitution. In the latter text, indigenous peoples are recognized as the first and natural owners of the land. In accordance with Article 231, indigenous lands are those “on which they live on a permanent basis, those used for their productive activities, those indispensable for the preservation of environmental resources necessary for their well-being and those necessary for their physical and cultural reproduction, according to their uses, customs and traditions.” Demarcation, which is merely administrative in nature, involves a systematic process of recognition established by the Executive that has undergone various modifications over the last decades. Decree 1.775, issued in 1996, sets out the different stages of the process, including identification studies, declaration, physical demarcation, homologation and finally registration at federal level by the Secretaria de Patrimônio da União (SPU).¹

What PEC 215/2000 and its annexed proposals propose, in summary, is: (1) alteration of the systematic process for recognizing Indigenous Lands, transferring the power of final decision on demarcations from the Executive to the Legislature; (2) the opening of lands recognized as indigenous to economic enterprises and high-impact activities, such as those defined in supplementary law as being of significant public interest of the Union (allowing the possibility, as defined in Supplementary Law Bill 227,² of mineral exploration, hydroelectric projects, the construction of oil and gas pipelines, ports, airports, energy transmission lines and so on) and infrastructural works (roads, railways and waterways), as well as non-indigenous rural settlements and farming activities, including land leasing; (3) the prohibition on the enlargement of already demarcated indigenous lands; (4) the inclusion of the argument of ‘temporal landmark’ in the Federal Constitution’s text; and (5) the retroactive application of the proposal’s provisions to Indigenous Lands that are being questioned before the Judiciary, even though demarcated and homologated.

In relation to the first objective, the transfer of authority over demarcations, PEC 215 would directly affect all lands currently in the process of being recognized that have not reached the final stage of the demarcation process, namely homologation by the President of the Republic.

Today 698 Indigenous Lands exist, occupying a total area of 113,626,823 hectares, equivalent to 13% of the national territory. Of this total, 98.39% is located in Legal Amazonia. The total number of Indigenous Lands in Brazil represents areas at different stages of recognition with 67.48% homologated or reserved. It is worth emphasizing the strategic importance of Indigenous Lands for environmental conservation. The accumulated deforestation in ILs in Amazonia is just 1.9% of the original forested area contained within them, while overall deforestation in the biome is 22.8% (of the total original forested area of Amazonia). These calculation were made using data from Prodes/INPE up to 2013.

Even outside Amazonia, where ILs are smaller in area, they have played an important role in safeguarding Brazilian biodiversity, as

in the case of the Mangueirinha IL, in Paraná state, where one of the world's largest surviving areas of native araucária (*Araucaria angustifolia*) forest is found.

In Brazil as a whole, 228 ILs await finalization of their demarcation processes and are therefore more at threat. Representing approximately 33% of the total, these are ILs either presently in identification phase in FUNAI, or identified, or declared as land traditionally occupied by indigenous peoples by the Ministry of Justice; or with use restrictions – which protect the habitat of isolated peoples while their lands are still to be studied or identified.

Table of Indigenous Lands in Brazil by legal situation, excluding homologated Lands

Legal situation	N. of Lands	Size (ha)	Population
Under identification	120	8,004*	23,637*
With use restriction	6	1,079,412	-*
Identified	36	2,707,317	32,203
Declared	66	4,012,806	51,363
Total	228	7,807,539	107,203

* Before to the publication of the land identification studies, there is very often no information on population and area. In the case of areas with use restrictions, there is no demographic information since the peoples concerned are in voluntary isolation

It is worth observing that while 1.63% of the 113,626,823 hectares covered by indigenous lands in the country is located outside Legal Amazonia, 47% of the indigenous population living in ILs in Brazil are found in this region, comprising approximately 264,000 people (Source: ISA). The population living in ILs in Legal Amazonia, which contains the largest number of homologated lands³, is approximately 296,000 people. We can conclude from this data that almost half of the indigenous population in Brazil lives in a total area of just 1,833,653 hectares, on lands where, in most cases, the demarcation processes are far from being finalized. Outside Legal Amazonia there are 131 demarcation processes under way, 58% of which are still in the identification phase.

Table of number of Indigenous Lands, size and population by region

Region	N. of Lands	Size (ha)	Population
Legal Amazonia	419	111,765,528	338,382
Outside Legal	279	1,861,295	275,703

Amazonia			
Total	698	113,626,823	614,085

The modifications proposed by PEC 215/2000 in IL's identification and demarcation processes would therefore have an even more negative impact on the peoples and lands in the Central West, South, Southeast and Northeast regions. These areas are where the interests of agribusiness and the large landowners are concentrated and, therefore, land conflicts in indigenous areas are worse. Here we can highlight PEC 415/2009 (annexed to PEC 215/2000), which proposes a new version of Paragraph 4 of Article 231 of the Constitution, removing the inalienability and indisposability of Indigenous Lands and introducing the possibility for lands to be changed for other areas, thereby violating the constitutional recognition of original right to the land.

1.2 Expansions

As mentioned above, PEC 215/2000 and its annexed proposals also seek to prohibit expansions of already demarcated lands.

There are currently 35 Indigenous Lands with territorial boundaries under review. These are lands whose demarcation processes were undertaken prior to the 1988 Constitution or that were made reservations during the process of colonizing the country – in order to free up land for farming production.

In most cases, as well as being tiny, these areas do not correspond to the territory traditionally occupied by the peoples concerned and are insufficient to guarantee their physical and cultural reproduction. This is the reality of many indigenous lands in states like Mato Grosso do Sul and Mato Grosso where indigenous communities survive in very small lands and fight to regain their traditional territories.

If approved, the PEC will seriously affect these 35 lands, and a population of more than 33,000 indigenous people across different regions of the country.

Table of Indigenous Lands under review in Brazil, by legal situation

Legal situation	N. de terras em revisão	Size (ha)	Population	Legal Amazonia
Indigenous ownership	1	11,506	4,260	-
Reserved	2	6,235	2,906	-
Declared	1	34,149	506	1
Homologated	31	1,514,263	25,931	13
Total	35	1,566,153	33,603	14

1.3. Legal contestation of the demarcation processes

The land conflicts in Indigenous Lands are frequently exacerbated by the legal contestation of demarcation processes, favouring litigious occupants and third parties interested in the economic exploitation of the lands.

This is a second aspect that intensifies the legal insecurity of the communities where PEC 215/2000 poses a greater threat. At the moment 144 Indigenous Lands are *sub judice* in a variety of legal situations, including those already homologated, as shown in the table below.

Table of Indigenous Lands *sub judice* in Brazil, by legal situation

Legal situation	N. of <i>sub judice</i> lands	Size (ha)	Population	Legal Amazonia
Indigenous ownership	2	16,968	1,576	-
Reserved	7	298,995	9,192	4
Under identification	9	4,900	2,801	1
With use restrictions	1	242,500	-	1
Identified	17	2,082,218	22,247	7
Declared	38	904,719	27,875	9
Homologated	70	22,095,153	61,325	46
Total	144	25,645,453	149,381	68

1.3.1 The 'temporal landmark'

One of the factors exacerbating the set of attacks on indigenous territorial rights has been the use of the argument of a 'temporal landmark' in legal cases questioning demarcations of ILs – including those already declared and homologated.

This temporal landmark – one of the 19 constraints stipulated by the Supreme Federal Court (STF) in 2009 in relation to the demarcation of the Raposa Serra do Sol IL – imposes a historical cut-off point for defining traditional indigenous occupation of land, arguing that a traditional claim should only be recognized in cases where the area in question was occupied on the date of the promulgation of Brazil's Constitution: October 5th 1988. This interpretation accepts that traditionality is not lost in cases where occupation was prevented by 'obstinate disseisin' – that is, the group was forcibly evicted from the area and demonstrably attempted to return to the area but was prevented from doing so.

Although this constraint is not binding⁴, the argument of the 'temporal landmark' was applied by the Second Panel of the Federal Supreme Court in order to revoke the ministerial decrees declaring the Guyra Roka, of the Guarani Kaiowá people, and Limão Verde, of the Terena people, ILs in Mato Grosso do Sul, and Porquinhos IL, of Canela Apanyekra people, in Maranhão.

Though not a legal argument consolidated in the Plenary of the Federal Supreme Court, PEC 215/2000 plans to insert this constraint into the text of the Constitution, restricting the traditionality of indigenous occupation and therefore the validity of indigenous lands, including those already homologated.

1.4 The example of Guarani lands

The situation of the Guarani peoples, who are dispersed across nine states of the federation provides an emblematic example of the vulnerabilities caused by delays in the recognition of their territorial rights. This population would be one of the most severely affected were PEC 215 to be approved.

Although the largest indigenous people in the country, with a population of around 60,000 people, less than half of the ILs currently occupied by Guarani-speaking peoples have reached homologation stage: just 37 of a total 117 Guarani indigenous lands are homologated; there are also 10 reserved lands and 3 indigenous properties. There are 44 lands still in identification phase, 6 identified and 18 declared – a total of 68 ILs, covering at least 163,548 hectares, that would be affected by approval of PEC 215.

In Mato Grosso do Sul (MS) – where two Guarani groups, the Guarani Kaiowa and Guarani Nandeva, live with other peoples – land conflicts have formed part of a series of grave violations of indigenous rights that practically amounts to genocide and has led indigenous peoples to return to their territories – called *tekoha* – to await official recognition. In Mato Grosso do Sul, there are 37 indigenous lands occupied by the Guarani Kaiowa and Guarani Nandeva, which in terms of area represent less than 0.5% of the state's total area.

Many of these lands are now in the process of being recognized (16)⁵, but even those that have been homologated or reserved – a total of 21 ILs – have been invaded by farmers or have had their demarcation processes questioned or overturned in the courts. This is the case, among many others, of the Arroio-Kora IL (Paranhos/MS), homologated in 2009, but disputed by farmers and partially suspended by the courts – worsening a situation of constant violence perpetrated against the community. Were PEC 215 to be approved, at least 16 Indigenous Lands belonging to the Guarani Kaiowa and Guarani Nandeva peoples will be affected in MS.

São Paulo state, for its part, contains 27 Guarani ILs, although only 7 have been homologated or reserved, totalling 11,162 hectares. The remainder, which total 35,939 hectares, are still under study, with 14 yet to be identified. The city of São Paulo is home to one of the most dramatic cases: the Tenondé Porã IL. Recognized in 1987, just 26 hectares in size, it is the smallest Indigenous Land in Brazil. Today the lack of space is causing numerous problems for the 824 Guarani Mbyá living there and, despite a larger area (15,969 hectares) being identified by FUNAI in 2012, the community is still

waiting for the land to be declared. Were PEC 215 to be approved, at least 20 Indigenous Lands belonging to the Guarani would be affected in São Paulo.

The situation is no different in the states of the South. In Santa Catarina, for example, 12 ILs are occupied by the Guarani, covering a total area of 14,224 hectares. The demarcation process has been concluded for just two of these – together amounting to a mere 139 hectares. A prominent example is the Morro dos Cavalos IL, in Palhoça (SC), which began to be studied more than 20 years ago, and was finally declared in 2008. Even so, the area of 1,988 hectares, containing a population of 190 people, is awaiting homologation and subject to intense property speculation. Were PEC 215 to be approved, 10 Guarani ILs would be affected in Santa Catarina.

1.5 Conclusions

Considering the planned constitutional changes, the main impacts of PEC 215/2000 and its annexed proposals would be:

(1) The transfer of authority to the Legislature planned by PEC 215/2000 would directly affect the demarcation processes of 228 lands still to be homologated, which would be effectively paralyzed. These lands represent an area of 7,807,539 hectares with a population of 107,203 indigenous people. Another 144 lands where the demarcation processes are under legal review would also be affected: these amount to an area of 25,630,907 hectares and a total population of more than 149,381 people.

(2) The opening up of Indigenous Lands to economic ventures and high-impact activities would pose a serious threat to all 698 ILs, including those already demarcated, nullifying their constitutional rights.

(3) The proposed ban on expanding ILs would affect 35 Indigenous Lands with a combined area of 1,556,153 hectares and an indigenous population of 33,603 people.

(4) The inclusion of the argument of 'temporal landmark' in the constitutional text would impact several Indigenous Lands already demarcated, homologated and registered, besides others which are undergoing the demarcation process.

(5) Finally, the retroactive application of PEC 215/2000 to Indigenous Lands which are currently *sub judice* would affect at least 144 indigenous lands, considering that 79 of such lands are solidly established concerning their demarcation process.

2. The threats posed by PEC 215/2000 to Conservation Areas

In terms of Conservation Areas (CAs), PEC 215/2000 represents a violation of the fundamental right of the Brazilian people as a whole to an ecologically balanced environment. Article 225, Paragraph 1, Clause III of the Federal Constitution stipulates that public authorities have the power to: "define, in all units of the Federation, territorial spaces and their components that are to be specially protected, with any change or suppression permitted only through law, prohibiting any use that compromises the integrity of the characteristics that justify their protection [the Specially Protected Territorial Spaces: ETEPs]."

In other words, the creation of specially protected territorial spaces,

such as Conservation Areas, is recognized by the Constitution as a fundamental element in terms of guaranteeing the realization of the right of all citizens to an ecologically balanced environment. Repeating the terms of the Constitution, Article 22 of Law 9.985/2000 stipulates that the creation of Conservation Areas is the responsibility of the Executive, although they may also be created by the Legislature.

Specifically addressing this issue, PEC 215/2000 – annexed to PEC 161/2007⁶, authored by Celso Maldaner, then Santa Catarina state deputy for the PMDB party – aims to change the Constitution by establishing that the creation of ETEPs, as well as the demarcation of Indigenous Lands and the recognition of quilombola territories, should be made the responsibility of the Legislature alone.

As we detail below, going back over the history of the creation of Conservation Areas in Brazil, we can note that the Legislature's contribution in this area is sporadic and practically incipient. The Executive, by contrast, has always proven more active in meeting the planned targets, including in relation to the commitments made via international agreements.

According to the Global Biodiversity Outlook 3 report, which assessed compliance with global targets for biodiversity up to 2010, over the last decade Brazil was responsible for around two-thirds of the terrestrial Conservation Areas created worldwide, most of them in Amazonia⁷.

An important tool in Brazil gaining this recognition was a participatory process for identifying priority areas for conservation, sustainable use and sharing of the benefits of biodiversity, a task assigned to the Ministry of the Environment through Decree 5.092/2004. Through a series of biome evaluation seminars, organized by a variety of institutions with representatives from the scientific community, social movements and public sector managers, it produced a map of "Priority Areas for Conservation, Sustainable Use and Sharing the Benefits of Brazilian Biodiversity," published by the Ministry of the Environment in November 2003 and reissued in May 2004.

2.1 Conservation Areas created by the Executive or by the Legislature

Over the last 65 years (1950-2015), 310 federal CAs were created, representing the majority of the 321 federal CAs existing in Brazil. In size, they are also extremely representative: combined, the area of these 310 CAs comes to more than 74 million hectares (or 748,000 km²) – that is, more than 99% of the area of all the federal CAs in Brazil. During these 65 years, just 5 of these 310 CAs were created by the Legislature, representing just 0.03% of the total area of Brazilian federal CAs.

Likewise, analysing the period after the promulgation of the 1988 Constitution, between 1988 and 2015, a total of 210 CAs were created, representing more than 58 million hectares (or 586,000 km²), or 78% of all the federal CAs in Brazil. Just 4 of these 210 CAs were created by the Legislature and their combined area continues to represent just 0.03% of the total federal CAs in Brazil.

The CAs created by the Legislature over the last 65 years were the

following:

1. Marinho das Ilhas dos Currais National Park, created by Law 12.829/2013 and located in Paraná state, with an area of 1,360 hectares. Luciano Pizzatto (PFL/DEM) authored Law Bill 7.032/2002, which introduced the law:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=59326>

2. Ilhas Cagarras Natural Monument, created by Law 12.229/2010 and located in Rio de Janeiro state, with an area of 523 hectares. Fernando Gabeira (PV) authored Law Bill 1.683/2003, which introduced the law:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=127842>

3. Serra da Meruoca Environmental Protection Area, created by Law 11.891/2008 and located in Ceará state, with an area of 608 hectares. Inácio Arruda (PcdoB) authored Law Bill 2.462/2000, which introduced the law:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18157>

4. Saint-Hilaire/Lange National Park, created by Law 10.227/2001 and located in Paraná, with an area of 25,000 hectares. Luciano Pizzatto (PFL/DEM) authored Law Bill 38/1997, which introduced the law:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=944

5. Açu National Forest, created by Law 1.175/1950 and located in Rio Grande do Norte state, with an area of 2,015 hectares. Café Filho (PSP) authored Law Bill 1.231/1948, which introduced the law: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189364>

Were we to depend solely on the Legislature, therefore, it is clear that the fundamental right of the Brazilian people to an ecologically balanced environment – the most effective action towards which is the creation of Conservation Areas – would inevitably be undermined, breaching Article 225 of the Federal Constitution.

The country would also fail to meet international agreements linked to the Aichi Diversity Targets, formulated during the 10th Conference of Parties to the Convention on Biological Diversity: according to Target 11 of strategic objective ‘C,’ all the signatory countries, in order to “improve the status of biodiversity by safeguarding ecosystems, species and genetic diversity,” must, by 2020, have at least 17% of terrestrial and inland water, and 10% of marine and coastal areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well-connected systems of protected areas, and other spatial conservation measures, and integrated into the wider landscapes and seascapes. It is clear that were the creation of CAs to be limited to the authority of the Legislature, Brazil would be even further away from meeting the international targets to which it has agreed.

It may also be observed that, when faced with the need to provide protection to particular areas of environmental or socioenvironmental importance, the Executive is assigned the responsibility for creating a Conservation Area, making it

completely inappropriate to subordinate this action exclusively to an eminently political decision and the tribulations of the majority in the Legislature, which lacks the technical and functional capacity for this task.

Undoubtedly, one of the reasons for the pronounced difference between the number of CAs created by the Legislature and those introduced by the Executive is that the latter possesses the technical expertise needed for this purpose, enabled by its ministries and sector-based agencies (Ministry of the Environment, Chico Mendes Institute, Brazilian Forestry System etc.), and also by its legal responsibilities in relation to the continuity of ministerial policies. Consequently, the Executive is responsible for many of the important national strategies linked to developing a Conservation Area system that is closely integrated and linked to other natural areas, representative in biological and landscape terms, and assures the ecological integrity of the ecosystems and species that it aims to protect. These responsibilities include, for example, defining priority areas for conservation: that is, initiatives in line with contemporary conceptions of environmental preservation.

It should be remembered that the creation of CAs forms part of a wider context of socioenvironmental justice and territorial planning, and indeed complements the efforts of Ecological Economic

Zoning (EEZ) as an essential element in a strategic vision of the national territory and in political articulation, aiming to meet targets of economic growth and reducing social inequality, allied with the conservation of natural resources. EEZ is an instrument of the National Environment Policy and, according to the Ministry of the Environment itself, it should enable not only a connection between the drafting and implementing of a national plan, regional development plans and territorial planning by the Federal Government, and state and municipal plans, but also a connection to the work of other federal units in relation to protecting the environment and promoting development and social integration⁸.

As well as being strategic to territorial planning and to the promotion of socioenvironmental justice for traditional peoples, the creation of CAs is indispensable to environmental conservation and mitigating the impacts of climate change. While the ILs and CAs show an accumulated forest deforestation of 2% within their areas, representing 3.9% of the area observed in Brazilian Amazonia, the rest of the deforestation – more than 96% – has occurred on private properties and public lands situated outside the CAs and ILs. This makes these areas a fundamental element in any strategy to contain deforestation in Amazonia and to promote a just model of regional development, including different ways of life and appropriate uses of the territory⁹.

Another question related to the indispensability of maintaining the Executive’s responsibility for creating CAs concerns its technical-functional capacity to resolve conflicts between the federal units and settle local political conflicts. This position became especially pronounced after establishment of the National Conservation Area System (SNUC), introduced by Law 9.985/2000 (regulated by Decree 4.340/2002), which has allowed the strengthening and institutionalization

of spaces, tools and direct democracy forums, bringing together the communities directly affected. This constitutional framework divides the federal conservation areas into two main groups: full protection areas and sustainable use areas, each combining different sub-categories. The possibility for these multiple categories to coexist with the SNUC and the State and Municipal Conservation Area Systems presupposes the complementarity of the latter and land uses closely adapted to local contexts and realities.

The expansion and codification of this legal framework over recent years has been fundamental to the management of the CAs: the creation and formation of management councils and participatory spaces during the process of their creation, such as public hearings, for example. These spaces are also open to the participation of representatives from the Legislature. This participation of the actors involved in the process of creating CAs would be made difficult were PEC 161/2007, annexed to PEC 215/2000, to be approved.

2.2 Conclusions

Although the Legislature's powers already include the creation of CAs, its activities in this area have been negligible. Just 5 of the 310 federal CAs created over the last 65 years were introduced by legislation, representing a mere 0.03% of the total area of Brazil's federal CAs.

Hence, were PEC 215/2000 (and PEC 161/2007, annexed) to be approved and the Legislature attributed exclusive power to create CAs, we can predict a drastic reduction in the creation of CAs, generating a huge obstacle to Brazil meeting its international commitments and ensuring the fundamental right of the Brazilian people to an ecologically balanced environment. It would also make the creation of CAs an eminently political decision and exclude the technical and political knowledge of the technical agencies historically involved in the process, such as the Ministry of the Environment and the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation.

3. The threats posed by PEC 215/2000 to quilombola territories

Quilombola territories exist in various regions of Brazil, where populations called 'surviving descendants of quilombos' live. The majority of these groups live outside urban areas and are characterized by slave ancestry, kinship networks and strong relations with the locality where they live. Recognized as traditional populations, the quilombola communities depend on territorial security as a guarantee of their physical, social, economic and cultural reproduction. In 1988, the Federal Constitution, in Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act (ADCT), "recognized the definitive ownership of the descendants of quilombola communities who occupy their lands, it being the State's duty to issue the respective land titles to them."

Currently the process of recognizing quilombola territories involves the stages of identification, recognition, demarcation and land titling and is regulated by a specific norm: Decree 4.887/2003. This process is carried out by the Executive. The intention of PEC 215/2000 and its annexed proposals is to transfer responsibility for recognizing quilombola territories exclusively to the Legislature.

As in the case of demarcating indigenous lands, though, bottlenecks are found at all stages of the process and even official

recognition does not guarantee that land conflicts cease, though it may at least reduce them. Here the work of the Executive proves necessary due to its technical capacity and legally attributed function to settle conflicts in order to create these territories. Even with the authority of the Executive for recognizing quilombola communities, the delays and extensive bureaucracy involved in the land regularization processes have already caused serious problems for the communities involved, especially when conflicts arise with illegal occupants and overlapping Conservation Areas. However, the transfer of exclusive authority to the Legislature would hugely worsen the state inertia when it comes to recognizing the territorial rights of quilombola communities.

In the quilombola case, the right to land is mediated by the criterion of self-declaration, firmed by Convention No. 169 of the International Labour Organization (ILO), to which Brazil is a signatory. Hence it is the quilombola communities that recognize themselves as such. But in order for the land regularization process to begin, the Palmares Cultural Foundation (FCP) needs to issue a certificate on the self-declaration and formally recognize the existence of the communities. In addition, depending on the land ownership situation of the territory demanded by the community, the state agency has the role of recognizing the quilombola communities through the publication of a Technical Scientific Report (RTC) for subsequent regularization of lands considered to be unclaimed.

In terms of the number of communities, as of February 2015 the FCP had certified 2,474 quilombola communities, but according to information from the National Quilombo Coordination Group (Conaq) there are more than 5,000 quilombola communities in the country. At present, just 217 of the certified communities have received title deeds for their territories¹⁰.

In relation to the number of territories, meanwhile, an issue directly affected by PEC 215/2000 and its annexed proposals, the information published on the site of the National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA/2015) states that 1,765 quilombola territories exist in the country in diverse phases of recognition. At present, just 154 of these, covering a total area of 1,007,827 hectares, have reached the final stage and have obtained land titles. Hence a total of 1,611 quilombola territories would be affected were PEC 215/2000 to be approved, impacting an area of 2,552,784 hectares and a population of at least 37,056 families.

Stages in the land title process	N. of processes
Processes in initial phase	1,290
Identification and delimitation technical reports (RTID)	169
Territorial recognition decrees published	89
Public interest expropriation decrees published	63
Land deeds issued	154
Total	1,765

** Table based on data from INCRA obtained 28/04/2015*

Additionally, the report of PEC 215/2000 presented on September 1st 2015 by Deputy Osmar Serraglio includes the already mentioned argument of 'temporal landmark' in the text of Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act (ADCT). Therefore, only the quilombola communities physically present in their territories on October 5th 1988, data of the promulgation of the Federal Constitution, would have their right to land guaranteed – another serious threat to the territories of the surviving descendants of quilombos.

Exacerbating this situation, the norm regulating the land deed process is being legally challenged by a Direct Unconstitutionality Action (ADI), submitted by the Democratas Party (DEM) in 2004. The Action is currently being studied by the Federal Supreme Court (STF) and, if approved, all land title processes in progress (and all future processes) would be paralyzed due to a lack of regulatory backing. At the moment the decision is tied, with one vote against its unconstitutionality from the Justice Rosa Weber, and another vote for its unconstitutionality from Justice Cesar Peluso.

3.1 Conclusions

By proposing that the land deeds for quilombola territories should be recognized through legislation, excluding the Executive from this role, PEC 215/2000 and its annexed proposals would paralyze the recognition processes for 1,611 territories currently under way in different regions of the country, affecting an area of 2,552,784 hectares and a population of at least 37,056 families.

II. Technical Legal Report on the impacts of PEC 215/2000 and annexed proposals

In this Technical Legal Report, we seek to analyse the constitutionality and impacts of Proposed Constitutional Amendment (PEC) No. 215-Ai and its annexed proposals (PEC No. 579/2002; PEC No. 156/2003; PEC No. 257/2004; PEC No. 275/2004; PEC No. 319/2004; PEC No. 37/2007; PEC No. 117/2007; PEC No. 161/2007; PEC No. 291/2008; PEC No. 411/2009 and PEC No. 415/2009), based on (1) the Legal Report entitled “Analysis of the Clean Bill for Proposed Constitutional Amendment No. 215-A and annexed proposals,” elaborated in December 2014 by the Socioenvironmental Policy and Law Program, and (2) the “Impacts of the approval of PEC 215/2000 on protected areas,” produced in May 2015 by the Protected Areas Monitoring Program.

Briefly summarized, PEC 215/2000 and its annexed proposals aim to alter articles 225 and 231 of the Federal Constitution and Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, in order to: (1) rescind the authority of the Executive and make the Legislature the sole authority able to recognize Indigenous Lands, create nature Conservation Areas and issue land titles for Quilombola Territories; (2) allow economic ventures and high-impact activities to be undertaken in Indigenous Lands, such as those defined under Supplementary Law to be of “significant public interest of the Union” (which, according to Supplementary Law Bill No. 227¹¹, would include mineral exploration and hydroelectric projects, the construction of oil and gas pipelines, ports, airports, energy transmission lines and so on) and roads, railways and waterways, as well as non-indigenous rural settlements and farming activities, including through the leasing of land; (3) prohibit the amplification of Indigenous Lands already demarcated; (4) include the argument of 'temporal landmark' in the text of the Federal Constitution; and (5) retroactively apply the provisions of PEC 215/2000 to Indigenous Lands that, even already demarcated and homologated, are being legally challenged by the Judiciary.

Having summarized the content of PEC 215/2000 and annexed proposals, we turn to an objective analysis of their unconstitutional aspects and their respective impacts.

1. Unconstitutional aspects and impacts of PEC 215/2000 and its annexed proposals

1.1. Unconstitutionality stemming from the violation of the principle of the separation of powers

As noted above, the main objective of PEC 215/2000 and its annexed proposals is to exclude the Executive and make the Legislature alone responsible for recognizing Indigenous Lands, creating nature Conservation Areas and conferring definitive ownership of land to the descendants of quilombola communities.

However, this proposal to transfer responsibility encounters an insurmountable obstacle in the principal of the separation of powers, as defined in Article 2 and established as irrevocable by Article 60, Paragraph 4, Clause III of the Federal Constitution. This insists on the division of the state's powers into three distinct and

independent spheres – the Legislature, Judiciary and Executive – each with its typical functions, determined by their technical capacities and functional duties.¹²

It is important to emphasize that, the question of functional capacity, which provides the fundamental basis for the existence of the separation of powers, means that the nature of the state act defines which of the Powers of Republic is responsible for its undertaking.¹³

In the case of recognizing Indigenous Lands, creating Conservation Areas and granting land titles to Quilombola Territories, these acts are undoubtedly the responsibility of the Executive.

Firstly, this stems from the fact that the complex technical, social, environmental and anthropological analyses involved, along with the delimitation and registration of areas, resolution of land conflicts and payment of compensation, among other acts, are all typically administrative in nature. This is precisely due to the functional capacity available to the Executive, which has a large and specially trained body of personnel with the multidisciplinary expertise needed to carry out these duties of the state.

These are acts that, on evidence, could not be carried out exclusively by the Legislature, which has the role of drafting and issuing regulations of a general and impersonal kind, as well as taking decisions of a eminently political nature. Its functional capacity is completely unsuited to recognizing Indigenous Lands, creating Conservation Areas or issuing land titles to Quilombola Territories. Indeed, the intended transfer of authority would also confuse the responsibilities of each of the Powers of the Republic in relation to the hundreds of legal appeals to revoke Indigenous Lands, leading to probable legal turmoil and possible inclusion of the National Congress as a party in the legal disputes.

Secondly, it is legally inadmissible to make fundamental rights dependent on the political decisions of temporary majorities in the National Congress. Emphasizing this same point, the document “Senators support civil society against PEC 215,”¹⁴ signed by 48 (forty-eight) Senators of the Republic, states that: “The confirmation of the rights of minorities cannot be left to the mercy of temporary majorities. Demarcation is a technical and declaratory act. It makes no sense to make this act political. It is unacceptable to transfer decision-making on this issue to Congress, a political and legal mistake, an infringement of the rights of indigenous peoples.” Indeed the fundamental rights of indigenous peoples and quilombola communities are fully effective and immediately applicable:vi their realization cannot be made dependent on the politically-informed decisions of the National Congress.

Finally, in relation to the creation of Indigenous Lands (and Quilombola Territories¹⁵), the authority of the Executive, and not the Legislature, is also justified by the declaratory nature of the state act in question, which merely recognizes the original indigenous right, pre-existent to any state act, as defined by Article 231 of the Constitution and underlined by the Federal Supreme Court.¹⁶

For this reason, “if the elements needed to define a particular area of land as indigenous are present (as established in Paragraph 1), the indigenous society’s right to the land that it occupies exists and

is legitimate independently of any constitutive act.”¹⁷

Here it is opportune to note that the unconstitutionality of PEC 215/2000 was expressly recognized by Chief Justice Luís Roberto Barroso, of the Supreme Federal Court, who stated: “the jurisprudence of this Court has already settled that the demarcation of Indigenous Lands is a declaratory act, which is limited to recognizing the immemorial rights endorsed by the Constitution itself. Hence It is not the Federal Government’s responsibility to choose where indigenous lands should be located, but merely to demarcate those areas that meet the constitutional criteria, using technical studies for this purpose. Moreover, it comprises a procedure that focuses, as far as possible, on applying the notion of the ‘right of office’ – an area typically entrusted to the Executive, as likewise observed by this Court.”¹⁸

It is not possible, therefore, to make the fundamental rights of indigenous peoples and quilombola communities over their lands subject to a constitutive political decision issued exclusively by the Legislature, as PEC 215/2000 foresees. The state’s action, in this case, is eminently declaratory in nature and must necessarily be issued by the Executive.¹⁹

For all these reasons, consequently, it is evident that PEC 215/00 and its annexed proposals clearly violate the principle of the separation of powers, contravening the irrevocability of the latter as established by Article 60, Paragraph 4, Clause III of the Federal Constitution.

1.2. Violation of fundamental rights and respective impacts

Among the limitations placed on the power to reform the constitution, set out in Paragraph 4 of Article 60 as an inalterable core of the constitution’s text, are fundamental rights and guarantees. These may not be rescinded or negatively affected by the National Congress, recognizing their vital importance in maintaining the highest values established by the Constitution, the pillars of the Democratic State governed by the rule of law.

Such is their importance that both legal theory²⁰ and jurisprudence²¹ recognize as a basic principle the prohibition on any rescission of fundamental rights (social, political and socioenvironmental²²) which precludes the annulment or limitation of fundamental rights or guarantees recognized by the 1988 Federal Constitution.

In the case of PEC 215/2000 and its annexed proposals, the intention is to alter Articles 225 and 231 of the Federal Constitution and Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, directly and negatively affecting the fundamental rights of indigenous peoples, quilombola communities and the Brazilian people as a whole (and their right to an ecologically balanced environment). We can explore these points in detail.

1.2.1. Unconstitutionality and impacts of PEC 215/2000 on the right of indigenous peoples to their lands

As can be ascertained from Article 231 of Brazil’s Constitution, the right to Indigenous Lands constitutes the central element in the constitutional protection of indigenous peoples in the country.²³ On this point, the introduction to the provision in question

establishes that “Indians shall have [...] their original rights to the lands they traditionally occupy [recognized], it being incumbent upon the Union to demarcate them, protect and ensure respect for all of their property.” Furthermore, Paragraph 2 of the same Article 231 states that: “The lands traditionally occupied by Indians are intended for their permanent possession and they shall have the exclusive usufruct of the riches of the soil, the rivers and the lakes existing therein.”

Such is the importance of the original right of indigenous peoples to their lands that Paragraph 4 describes the latter expressly as “inalienable and indisposable and the rights thereto are not subject to limitation.” Finally, Paragraph 5 also prohibits the removal of indigenous peoples from their lands, except in exceptional and temporary cases, guaranteeing the right to their immediate return after the exceptional circumstance has ceased.

On this point, it should be borne in mind that the reason informing the fundamental right established in Article 231 is the fact that the existence and survival of indigenous peoples depends absolutely on the guarantee for them to be able to live on their traditional lands. This undoubtedly amounts to a minimum guarantee, protection and defence of the human dignity and very survival of indigenous peoples. As the Federal Supreme Court has already determined: “it is clear from the constitutional text that the question of land is fundamental to the constitutional rights and prerogatives guaranteed to indigenous peoples: when unable to access their lands, these peoples become exposed to the extremely serious risk of cultural disintegration, loss of their ethnic identity, dissolution of their historical, social and anthropological links, and erosion of their own perception and awareness of themselves as a people and a nation who revered the mystical locations of their spiritual worship, where they celebrated the unfathomable mysteries of the universe in which they live.”²⁴

In the opposite direction, PEC 215/2000 aims to change various sections of Article 231 of the Constitution, as well as other constitutional provisions, with serious impacts on fundamental indigenous rights.

The first constitutional alteration relates to the transfer of responsibility for issuing the final decision on recognition of Indigenous Lands from the Executive to the Legislature, violating not only the principle of the separation of powers, as set out above, but also the prohibition on rescinding or altering fundamental rights.

Concerning this proposal, the Technical Report issued by the Federal Public Ministry on PEC 215, produced by the State Attorney Daniel Sarmento, supports the argument as per its unconstitutionality set out in the previous section, insofar as “were PEC 215 to be approved, the realization of the fundamental right to indigenous land would be entirely conditional on the will of the political majority in Parliament. By making the demarcation of indigenous lands dependent on parliamentary approval, and by subordinating the inalienability, indisposability and non-limitability of the rights over these lands to the political decision of Congress, the constitutional amendment would denature the fundamental right established in Article 231, contravening its essential core.”²⁵

It is worth highlighting that the unconstitutionality of PEC 215/2000

was expressly recognized by Chief Justice Luís Roberto Barroso of the Federal Supreme Court, who concluded: “making the recognition of a fundamental right conditional on the decision of a political majority seems to contradict its entire reason for being. Indeed, such rights are included in the Constitution precisely so that temporary majorities cannot hold sway over them. To use the term that has become classic, fundamental rights are ‘trumps’ against the majority, preventing the unconditioned prevailing of collective aims over subjective positions that have been attributed special protection. This point is particularly important when the protection concerns minority and/or historically marginalized groups, who, as a rule, lack the means to participate adequately in political debate. This is the case of indigenous peoples in Brazil and in many other parts of the world.”²⁶

By demonstrating the serious nature of the impacts that this change in powers would have on the fundamental right established in Article 231 of the Federal Constitution, the Report by the Instituto Socioambiental’s Protected Areas Monitoring Program demonstrates that the demarcation processes for 228 Indigenous Lands still not homologated would be paralyzed by approval of PEC 215/2000, representing a total area of 7,807,539 hectares and an indigenous population of 107,203 individuals. Another 144 Indigenous Lands where the demarcation processes are currently sub judice, awaiting court rulings, would also be affected: these comprise a total area of 25,630,907 hectares and a population of more than 149,381 people.

The second constitutional change planned by PEC 215/2000 concerns permission for implementing economic ventures and high-impact activities on Indigenous Lands. This proposal clearly violates the fundamental right of indigenous peoples since it would permit substantial degradations within Indigenous Lands, as well as drastically affecting their rights to the permanent possession and exclusive usufruct of the wealth of the land, rivers and lakes, as established in Article 231 of the Federal Constitution.

The extremely serious impacts that would arise from approval of this constitutional amendment would affect all the 698 Indigenous Lands existing in Brazil, including those already demarcated and implanted, annulling the fundamental right of indigenous peoples.

The third constitutional alteration intended by PEC 215/2000 plans to impose a ban on any expansion of Indigenous Lands, which is justified by the Reporting Judge, based on a decision adopted by the Federal Supreme Court in relation to one specific case.

However, along with the lack of established jurisprudence from the Federal Supreme Court on the topic, by introducing this prohibition into the text of the Constitution, the proposal would effectively block the fundamental rights of indigenous peoples over those Indigenous Lands demarcated on the basis of the criteria adopted prior to the 1988 Constitution, once again indicating its complete unconstitutionality. The change would directly impact 35 Indigenous Lands, representing a total area of 1,556,153 hectares, inhabited by a population of 33,603 indigenous people.

At last, PEC 215/2000 also aims to incorporate into the Constitution’s text the ‘temporal landmark’ argument adopted by the Federal Supreme Court specifically in the case of the Class

Action (PET) 3388/RR (Raposa-Serra do Sol IL), according to which only the indigenous peoples who were physically occupying their lands on October 5th 1988, date of promulgation of the Constitution, would be entitled to such lands.

Not to mention the impossibility of imposing such a retreat to the fundamental right of indigenous peoples to their lands with serious consequences to ILs already demarcated, homologated and registered, there is a motive of technical and procedural nature that hinders the introduction of this argument in the Federal Constitution: the court ruling in which it is based is not binding and is limited exclusively to the case of the Class Action (PET) 338/RR.

Justice Luís Roberto Barroso clarified this circumstance when judging the Motion for Clarification: “Any ruling granted on the grounds of a class action is not binding, technically speaking. In this sense, the arguments adopted by the Court do not automatically extend to other cases that discuss similar matter.”²⁷ So that no doubt raises from what is being stated herein, it is important to note that recently the Plenary of the Supreme Court, in a unanimously voting, confirmed such understanding: “The Plenary of this Court, in regards to the extent of the ruling issued in PET 3388/RR and the application of the constraints fixed therein, have established an understanding in the sense that “any ruling issued in a class action is not binding, technically speaking. In this sense, the arguments adopted by the Court do not automatically extend to other cases that discuss similar matter.”²⁸

Nothing more obvious. Opposed to what usually happens, for example, with rulings granted in Direct Unconstitutionality Actions (ADI) that are binding concerning all power spheres of the country, rulings handed down in Class Actions produce effects only for the case specifically dealt with in the proceedings. Therefore, not even the best interpretation effort could make the ruling in PET 3388/RR applicable to all cases of Indigenous Lands in Brazil. Such understanding, part of the Report of the Substitute Bill to PEC 215/200 and its annexed proposals, is then absolutely flawed.

On those grounds, if it is unreasonable to speak about the automatic and binding application of the criteria established in PET 3388/RR to other legal cases, it would be even more substantial to defend the complete inadequacy of introducing them in the constitutional text.

Added to such statement comes the fact that the Reporting Judge of PEC 215/2000 clean forgot that the ruling issued by the Federal Supreme Court in the case of PET 3388/RR removed the applicability of the 'temporal landmark' for cases in which the indigenous possession on October 5th 1988 was prevented only due to obstinate disseisin provoked by non-indigenous persons. Please see: '11.2. The traditionality of native ownership, however, is not lost in cases where occupation, by the time of the promulgation of the Brazilian Constitution, just did not occur as a consequence of obstinate disseisin by the part of non-Indians.'

Hence it is unconstitutional the intention contained in PEC 215/2000 to introduce the 'temporal landmark' argument in the Federal Constitution's text.

Based on the above considerations, we can conclude that PEC 215/2000 and its annexed proposals are entirely unconstitutional legislative propositions, in clear breach of Article 60, Paragraph 4,

Clause IV of the Federal Constitution, due to their flagrant violation of fundamental rights, with serious impacts on the indigenous peoples of Brazil. For these reasons, it should be definitively dropped.

1.2.2. Unconstitutionality and impacts of PEC 215/2000 on the right of the Brazilian people to an ecologically balanced environment

Among other changes, PEC 161/2007 and PEC 291/2008, annexed to PEC 215/2000, seek to alter Article 225, Paragraph 1, Clause III of the Federal Constitution in order to rule that specially protected environmental areas can only be created, altered or rescinded by Law.

However, this proposed legislation is in breach of Article 60, Paragraph 4, Clause IV of the Federal Constitution, since it violates the fundamental right of all citizens to an ecologically balanced environment, expressly set out in Article 225 of the constitutional text.

Indeed, the principal merit of the Constitution in environmental terms is undoubtedly its inclusion of the provision of the fundamental right of everyone to an ecologically balanced environment.²⁹ This is directly related to the right to life, constitutionally established in the introduction to Article 5; both in relation to the need to guarantee quality of life, and also in terms of the very survival of humankind, which depends on promoting and maintaining the ecological balance of the environment.³⁰

As an essential measure to guarantee the realization of this collective fundamental right, the Federal Constitution, Article 225, Paragraph 1, Clause III, establishes that public authorities can “define, at all levels of the Federation, territorial areas and their components to be especially protected, with any alteration or rescission permissible only through law, prohibiting any use that compromises the integrity of the attributes justifying the protection of Special Protection Territorial Areas [Espaços Territoriais Especialmente Protegidos: ETEPs].” Repeating the terms of the Constitution, Article 22 of Law 9.985/2000 stipulates that the creation of Conservation Areas is the responsibility of the Executive, though they can also be created by the Legislature. Since the Federal Constitution itself stipulates that the creation of ETEPs by the Federal Government is indispensable to ensuring the realization of the right of all citizens to an ecologically balanced environment, PECs 161/2007 and 291/2008 are undoubtedly in breach of the constitution when they seek to alter how these environmentally protected areas are created by rescinding the Executive's authority.

The threat contained in PECs 161/2007 and 291/2008 to environmentally protected areas in Brazil and thus to the fundamental of everyone to an ecological balanced environment is made evident by the fact that just 5 of the 310 Federal Conservation Areas were created by the Legislature over the last 65 years, representing a mere 0.03 % of the total protected area.

This fact shows that the creation of these protected areas cannot be made dependent on an eminently political decision of the National Congress without seriously jeopardizing the realization of the fundamental right set out in Article 225 of the Constitution.

Furthermore, any constitutional change along these lines would also have negative consequences for the creation of state and municipal Conservation Areas, making its impacts even more severe.

Additionally, considering those categories of Conservation Area where extractivist activities are allowed³¹, these legislative proposals also threaten the livelihoods of diverse traditional Brazilian communities that depend on the creation of these protected areas to develop their traditional products. It is therefore clear that PECs 161/2007 and 291/2008, annexed to PEC 215/2000, contain flagrantly unconstitutional elements, since any approval of the same would pose a serious threat to the fundamental right of all Brazilians to an ecologically balanced environment, as guaranteed by Article 225 of the Federal Constitution, which is prohibited by Article 60, Paragraph 4, Clause IV.

1.2.3. Unconstitutionality and impacts of PEC 215/2000 on the right of quilombola communities to their territories

The same PEC 161/2007, which is being studied by Congress in conjunction with PEC 215/2000, also plans to alter Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, in order for the recognition of definitive ownership of land by quilombola communities to be issued only through legislation, thereby removing the current powers of the Executive.

Like the previous items, this modification represents an extremely serious threat to the fundamental right of quilombola communities to their territories, as established in the constitution.

Currently the process of recognizing quilombola territories is regulated by Decree 4.887/2003, which sets out the stages of identification, recognition, demarcation and land titling, all of which are undertaken by the Executive, which, as described above, is justified by the technical-functional capacity of its executing agencies.

Among the topics discussed in this Technical Legal Evaluation, the fundamental rights of quilombola communities to their territories involves the largest degree of inertia of the Brazilian state: just 154 of the 1,765 quilombola territories identified by INCRA have obtained land titles. Hence there are 1,611 territories that would be directly affected by approval of PEC 215/2000 and its Annexes, representing an area of 2,552,784 hectares and a population of at least 37,056 families, demonstrating the size of the negative impact that the proposed legislative changes would have on the fundamental right of quilombola communities to their territories.

Besides that matter, the recent report of PEC 215/2000 presented on September 1st 2015 includes the already mentioned 'temporal landmark' argument in Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act (ADCT), which has the aim to restrict the right of quilombola communities to cases in which physical occupation of territories existed in October 5th 1988, data of promulgation of the Constitution. Thus, in accordance with this proposal, the communities that were not physically occupying their territories on the date mentioned would not be entitled to the right over their territories.

It is certainly a quite serious limitation to the fundamental right of

quilombola communities to their traditional territories, as it represents a severe setback to their legal conquests and, consequently, produces its unequivocal unconstitutionality.

It should be noted that the application of the 'temporal landmark' does not find support in any court decision or constitutional norm, fact that reinforces its unconstitutionality.

Consequently, due to its serious violation of the fundamental right established in Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, PEC 161/2007, annexed to PEC 215/2000, is unconstitutional, encountering an insurmountable obstacle in Article 60, Paragraph 4, Clause IV of the Federal Constitution.

1.2.4 Unconstitutionality of PEC 215/2000 for violation of vested legal right and perfect judicial act

The report submitted by Deputy Osmar Serraglio on September 1st 2015, who is the reporting authority of PEC 215/2000 in the Special Commission of the Chamber of Deputies, brought a relevant innovation regarding the possibility of applying the constitutional alterations proposed in a retroactive manner, therefore affecting Indigenous Lands already demarcated, homologated and registered.

This situation results from Article 4 of the proposal, which informs that "current demarcations, regardless of their administrative or judicial stage without a final judgment, shall obey the provisions of this Constitutional Amendment." This way, differently from the report submitted on September 19th 2014, the new text would make the setbacks to indigenous rights previously mentioned applicable to *sub judice* Indigenous Lands, that is, to cases in which a final judgment is pending.

Such text represents another legal aberration contained in the proposal that violates the fundamental guarantee of the non-retroactivity of law. This principle is illustrated in Article 5, Clause XXXVI of the Federal Constitution, and represents the foundation of legal certainty and hence of democracy and the rule of law, when it comes to offending perfect legal acts, vested legal rights and (administrative) *res judicata*.

Pursuant to the constitutional norm mentioned, "the law may not impair the vested right, the perfect legal act and the *res judicata*," rule that is repeated in Article 6 of the Law of Introduction to the Civil Code, which establishes that "the law into force shall bear immediate and general effect, though respecting the perfect legal act, the vested right and *res judicata*."³²

As the Supreme Court has always decided, "the essence of the postulate of legal certainty and the need to respect situations well-established in time, supported by the good faith of citizens, represent factors that the Judiciary has to keep track of, as shown in the jurisprudence developed by the Supreme Court."³³

The effects of an eventual approval of the proposal would be catastrophic, since the number of Indigenous Lands currently *sub judice* totals 144 ILs.

Despite being an obvious observation, it should be borne in mind that the administrative process of demarcation of an Indigenous Land commences and finishes in the scope of the Executive, which

means that its completion takes place within the administrative demarcation process after its several stages, as of Decree 1775/1996. It could not be clearer: being this an administrative process, as indicates the *nomen juris*, the demarcation of Indigenous Lands does not formally end in the Judiciary, but instead in the Executive, even if the matter concerns an administrative process later questioned in a legal case.

PEC 215/2000 should not intend its provisions to be applied retroactively to demarcation processes of Indigenous Lands already concluded, especially in administrative processes object of legal proceedings that does not bear a final judgment.

In this sense, PEC 215/2000 undoubtedly violates the fundamental guarantee exposed in Article 5, Clause XXXVI of the Federal Constitution resumed in the principle of non-retroactivity of law, pillar of legal certainty and foundation of the Democratic State governed by the rule of law.

2. Conclusions

The considerations set out above allow us to conclude that PEC 215/2000 and its annexed proposals are patently unconstitutional, since:

(1) they violate the principle of the separation of powers, established in Article 2 and established as irrevocable by Article 60, Paragraph 4, Clause III of the Federal Constitution;

(2) they seriously breach the fundamental right of indigenous peoples to their Lands, contained in Article 231 of the Federal Constitution, insofar as: (a) transferring sole authority for demarcating Indigenous Lands to the Legislature would directly affect 228 processes for recognizing Indigenous Lands that have yet to be homologated, as well as 144 Indigenous Lands whose demarcation processes are sub judice; (b) the permission to undertake economic ventures and high-impact activities inside Indigenous Lands would potentially impact all 698 Indigenous Lands existing today in Brazil, including those already demarcated and implanted; (c) the prohibition on the enlargement of Indigenous Lands would affect 35 Indigenous Lands; and (d) the introduction of the 'temporal landmark' argument in the constitutional text would affect several Indigenous Lands presently demarcated, homologated and registered, besides others undergoing the demarcation process.

(3) they would pose a serious threat to the realization of the fundamental right of the Brazilian people to an ecologically balanced environment, as set out in Article 225 of the Federal Constitution, as well as affecting the life of diverse traditional communities, a fact made evident by the low rate of Federal Conservation Areas created by the Legislature – just 5 of the 310 protected areas created over the last 65 years (0.03%);

(4) they contradict the fundamental right of quilombola communities to their territories, protected by Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act, directly affecting 1,611 territories where land title deeds are pending;

(5) they violate the principle of non-retroactivity of law described in Article 5, Clause XXXVI of the Brazilian Constitution since they flagrantly affect the perfect legal

act, the vested right and (administrative) the *res judicata*.

Notes

1 Decree 1.775/1996 is careful to allow for the participation of different actors in the procedure for demarcating indigenous lands, including the guaranteed participation of federal states and municipalities, as determined by Paragraph 8: “From the beginning of the demarcation procedure to ninety days after the publication cited in the previous paragraph, the states and municipalities in which the area to be demarcated is situated, along with other interested parties, can make their own cases, presenting the federal agency responsible for indigenous affairs with its arguments backed by all necessary proofs, including ownership deeds, expert reports, assessments, testimonies, photographs and maps, in order to demand compensation or to demonstrate whole or partial errors contained in the report cited in the previous paragraph”.

2 Source:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1094134&filename=SBT+3+CAPADR+%3D%3E+PLP+227/2012. Consulted: 25/05/2015.

3 There are 325 ILs homologated in Legal Amazonia compared to 146 in the rest of the country.

4 In 2013, following conflicts with rice producers in the region, the decision on the Raposa Serra do Sol IL was challenged and submitted to a new court hearing that revaluated the grounds listed for its demarcation. As Justice Luis Roberto Barroso stated on the occasion, supported by the Plenary, the criteria used for the evaluation were limited to the Raposa Serra do Sol IL: in other words, the ruling could not be used as the basis for future judgements.

5 This figure includes 2 identified lands, 6 declared lands and 8 still being identified. 6 of the later 8 lands refer to FUNAI working groups that are studying various areas traditionally occupied by the Guarani in the river basins in the southern portion of the state.

6 Source:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9E9E75B549A69B9772EC175AF9DE55A7.proposicoesWeb1?codteor=506009&filename=PEC+161/2007. Consulted: 25/05/2015.

7 Global Diversity Outlook 3 (2010). Source:

<http://uc.socioambiental.org/conserva%C3%A7%C3%A3o-da-biodiversidade/2014-panorama-ambiental-global-4>. Consulted: 25/05/2015.

8 Source: <http://www.mma.gov.br/gestao-territorial/zoneamento-territorial>. Consulted: 25/05/2015.

9 “ISA lança mapa Amazônia Brasileira 2014 no Congresso Mundial de Parques,” Notícia Socioambiental, published 17/11/2014, source: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/isa-lanca-mapa-amazonia-brasileira-2014-no-congresso-mundial-de-parques>. Consulted: 25/05/2015.

10 The same deed can be issued to more than one community who occupy the same territory. Hence the number of deeds issued to

date is lower than the number of communities to have received land titles.

11 Source: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Consulted: 01.06.2015

12 Source: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1094134&filename=SBT+3+CAPADR+%3D%3E+PLP+227/2012. Consulted: 25.05.2015.

13 Concerning the principle in question, Paulo Bonavides instructs that “no principle of our constitutionalism is more time-honoured and consolidated than the principle of the separation of powers. Inseparable from all the Constitutions and constitutional bills formulated in the Country since 1823, the date when the celebrated Antônio Carlos Bill was drafted for the Imperial Constitution, this principle traversed both the Empire and the Republic, always imbued with the respect and prestige enjoyed by all constitutional guarantees of freedom.” In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12th edition. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 508/509.

14 Along these lines, the Technical Report of the Federal Public Ministry on the topic in question points out that, “as Luís Roberto Barroso emphasized, the requirement for ‘functional specialization’ is included as part of the basic core of the separation of powers, ‘which include the possession, for each power, of exclusive competences.’ This constitutional provision also applies to the competences of the Executive, which involve administrative functions that, by their very nature, must be performed by itself only. This is what is called the public administration reserve, which, in Canotilho’s words, ‘covers a domain reserved to the public administration, protected from Parliamentary interference.’” In: Ministério Público Federal – Procurador da República Daniel Sarmento. *Nota Técnica: a PEC n.º 215 e as cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro, 2003, p. 29.

15 See: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/numero-de-senadores-contra-a-proposta-de-emenda-constitucional-215-ja-chega-a-48>

16 Article 5, Paragraph 1 of the Federal Constitution.

17 The Federal Supreme Court recognizes “the full effectiveness and immediate self-applicability of the wording of Article 68 of the ADCT of the 1988/FC, a norm doubly backed by the fundamental rights of access to land and to culture.” In: Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 29.362/MC/DF*. Reporting Judge: Justice Celso de Mello. D.J. 06.09.2011.

18 As the Federal Supreme Court has stated on various occasions, the term ‘original’ is intended “to translate a juridical-subjective situation preceding any other that thereby prevails over any public titles or land deeds in favour of non-Indians. [...] This means that the right to historical continuity prevails, as stated, even over the right acquired by transfer of title deed or state concession.” In: Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Ação Popular n.º 3.388/ED/RR*. Reporting Judge: Justice Carlos Ayres Britto. D.J. 25.09.2009.

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

20 Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 32.262/DF*. Reporting Judge: Justice Luís Roberto Barroso. D.J. 24.09.2013.

21 This is also why the act recognizing a Land as indigenous is termed ‘homologation.’ It is not a question of approving the emergence of a right of the indigenous people, but of homologating their original and pre-existing right over the lands that they have traditionally occupied.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998, p. 320/321.

23 In terms of jurisprudence, the Federal Supreme Court provides various precedents that expressly and amply recognize the existence of the principle of a prohibition on social retrocession. See by way of example: Supremo Tribunal Federal. 2.ª Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352/AM*. Reporting Judge: Justice Celso de Mello. D.J. 22.11.2013.

24 SARLET, Ingo Wolfgang, and FENSTERSEIFER, Tiago. “Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental.” In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 142/143.

25 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32nd edition. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 856.

26 Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. *Recurso Extraordinário n.º 183.188/MS*. Reporting Judge: Justice Celso de Mello. J. 10.12.1996. D.J. 14.02.1997.

27 Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3.388/ED/RR*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. D.J. 04.02.2014. (destacamos)

28 Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Mandado de Segurança n.º 31.100/AgR/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lwandowski. D.J. 13.08.2014. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Mandado de Segurança n.º 27.939/AgR/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lwandowski. D.J. 13.08.2014.

29 Ministério Público Federal – Procurador da República Daniel Sarmento. *Nota Técnica: a PEC n.º 215 e as cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro, 2003, p. 15. Source: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/parecer-tecnico/nota-pec-2015>. Consulted: 29.11.2014.

30 Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 32.262/DF*. Reporting Judge: Justice Luís Roberto Barroso. D.J. 24.09.2013.

31 On this issue, Antonio Herman V. Benjamin opines: “As well as the institution of this innovative ‘duty not to degrade’ and the ecologization of the right to ownership, the

most recent constitutional models

raises environmental stewardship to the level not just of any right, but a fundamental right, equal to (or even, for some legal scholars, superior to) other rights also set out in the Constitution, among which we can highlight, for obvious reasons, the right to property. (...) Through the constitutional norms, the environment has come under the maximum level of regulation, a privilege that other important social values managed to achieve only after decades, or even centuries.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, and LEITE, José Rubens Morato (eds.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

32 On this point, Édis Milaré writes that “recognition of the right to a healthy environment can be seen, in fact, as an extension of the right to life, whether from the viewpoint of the actual physical existence and health of human beings, or in terms of the dignity of this existence – the quality of life – that makes life worth living.” MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8th edition. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

33 Such as the Extractivist Reserves, for example.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

Classificadas segundo situação jurídico-administrativa em 11/09/2015

situação jurídico-administrativa ¹	quantidade de Terras	% do total no Brasil	extensão (ha) ²	% do total no Brasil
<div></div> Em identificação	120		8.004	
<div></div> Com restrição de uso a não índios	6		1.079.412	
	126	18,05	1.087.416	0,96
<div></div> Identificada	36	5,16	2.707.317	2,38
<div></div> Declarada	66	9,46	4.012.806	3,53
<div></div> Reservada	27		117.182	
<div></div> Homologada	21		2.316.212	
<div></div> Registrada no CRI e/ou SPU	422		103.385.889	
<div></div> total	470	67,34	105.819.283	93,13
Total no Brasil	698	100,00	113.626.822	100,00

¹ As terras com menos de 40.000 ha e as terras sem limite definido estão representadas com círculo.

² Esta extensão corresponde a terras com portaria de interdição ou que estão em revisão. As outras Terras nesta categoria não têm extensão definida.

outras informações:

Extensão total do Brasil: 851.487.659 ha, cf IBGE

As Terras Indígenas ocupam 13,3% da extensão do Brasil.

98,42% das terras Indígenas, em extensão, estão na Amazônia Legal.

