



ANÁLISE DO SUBSTITUTIVO À PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 215-A E PROPOSTAS APENSAS

I – RELATÓRIO

O objetivo do presente estudo é analisar o Substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 215-A¹ e suas Propostas Apensas (PEC n.º 579/2002; PEC n.º 156/2003; PEC n.º 257/2004; PEC n.º 275/2004; PEC n.º 319/2004; PEC n.º 37/2007; PEC n.º 117/2007; PEC n.º 411/2009; PEC n.º 415/2009 e PEC n.º 161/2007).

O referido Substitutivo foi apresentado em 19.11.2014 pelo Relator, Deputado Federal Osmar Serraglio (PMDB/PR), com as seguintes proposições de alteração da Constituição Federal:

“As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º, do art. 61 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III :

“Art. 61
§ 1º São iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=796420>.
Último acesso: 30.11.2014.

.....
III - delimitem terras indígenas.”(NR)

Art. 2º O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 231.....

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as que, em 5 de outubro de 1988, atendiam simultaneamente aos seguintes requisitos:

I - por eles habitadas, em caráter permanente;

II - utilizadas para suas atividades produtivas,

III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”(NR)

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, podendo explorá-las, direta ou indiretamente, na forma da lei, excetuando-se as seguintes situações:

I – ocupações configuradas como de relevante interesse público da União, nos termos estabelecidos por lei complementar;

II – instalação e intervenção de forças militares e policiais, independentemente de consulta às comunidades indígenas;

III - instalação de redes de comunicação, rodovias, ferrovias e hidrovias e edificações destinadas à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e de educação, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza;

IV - área afetada por unidades de conservação da natureza;

V - os perímetros urbanos.

*VI - ingresso, trânsito e permanência autorizada de não índios, inclusive pesquisadores e religiosos, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza.
(NR)*

.....
§ 8º É vedada a ampliação de terra indígena já demarcada. (NR)

§ 9º A delimitação definitiva das terras indígenas far-se-á por lei, competindo ao Poder Executivo propor em projeto de lei de sua iniciativa privativa os limites e confrontações da área indígena, ou, havendo conflito fundiário, a permuta de áreas, assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo relativo às encravadas em seus territórios. (NR)

§ 10. As comunidades indígenas em estágio avançado de interação com os não-índios podem se autodeclarar, na forma da lei, aptas a praticar atividades florestais e agropecuárias, celebrar contratos, inclusive os de arrendamento e parceria. (NR)

§ 11. A comunidade indígena, na forma da lei, pode permutar, por outra, a área que originariamente lhe cabe, atendido o disposto no inciso III do § 1º.(NR)

§ 12. A União adotará políticas especiais de educação, saúde e previdência social para os índios, harmonizando-as com a cultura, crenças e tradições, e com a organização social das comunidades indígenas. (NR)”

Art. 3º O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido com o seguinte parágrafo único:

“Art. 67

Parágrafo único. O § 6º do art. 231 da Constituição não se aplica às áreas demarcadas após o prazo fixado no caput deste artigo.”(NR)

Art. 4º Os procedimentos de demarcação em curso que estejam em desacordo com as disposições desta Emenda Constitucional serão revistos no prazo de um ano, contado

da data da publicação desta Emenda.

Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

Com base na leitura comparativa com o texto vigente da Constituição Federal, o Substitutivo à PEC n.º 215-A objetiva, em síntese:

- (i) Inserir novo inciso ao § 1.º do artigo 61 da Constituição Federal, determinando ser de iniciativa privativa do Presidente da República a apresentação de Projetos de Lei que delimitem terras indígenas. Assim, pela proposição, a demarcação de terras indígenas, que hoje incumbe ao Poder Executivo, passaria a ser ato de atribuição do Poder Legislativo, necessitando de aprovação de Lei *stricto sensu*;
- (ii) Incluir a expressão “em 5 de outubro de 1988” no § 1.º do artigo 231;
- (iii) Estabelecer exceções à posse permanente e ao direito de usufruto exclusivo dos índios às terras indígenas, alterando o disposto no § 2.º do artigo 231;
- (iv) Acrescentar o § 8.º ao mesmo artigo 231, para estabelecer a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada;
- (v) Inserir o § 9.º ao artigo 231, de modo a reafirmar a proposta de transferir a competência, do Poder Executivo ao Poder Legislativo, para a demarcação de terra indígena;
- (vi) Adicionar o § 10 ao artigo 231, permitindo a realização de atividades florestais e agropecuárias em terras indígenas, inclusive transmitindo áreas a terceiros mediante a celebração de contratos, tais como o de arrendamento e de parceria;
- (vii) Inserir o § 11 ao artigo 231, para autorizar a permuta de terras indígenas por outras áreas;
- (viii) Acrescer o § 12 ao artigo 231, impondo à União o dever de adotar políticas especiais de educação, saúde e previdência social para os índios; e
- (ix) Incluir o parágrafo único ao artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pretendendo que o § 6.º do artigo 231 da Constituição Federal não se aplique às terras indígenas demarcadas após o prazo previsto pelo *caput*.

Vale registrar que o Substitutivo à PEC n.º 215-A inova sobremaneira em relação ao texto anterior, que constava do processo legislativo até 19.11.2014, incluindo uma série de alterações antes inexistentes, as quais, vale dizer, não foram objeto de apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Quanto às Propostas de Emenda Constitucional apensas, os seus conteúdos podem assim ser resumidos:

- (i) As PECs n.º 579/2002, n.º 275/2004, n.º 319/2004, n.º 37/2007, n.º 117/2007, n.º 411/2009, com teor similar entre si, visam estabelecer a necessidade de aprovação de Lei para a demarcação de terra indígena, a exemplo do Substitutivo à PEC n.º 215-A;
- (ii) A PEC n.º 257/2004 tem o propósito de submeter a demarcação de terras indígenas a audiências nas Assembleias Legislativas dos Estados;
- (iii) A PEC n.º 156/2003 objetiva excluir da demarcação de terras indígenas as áreas ocupadas por pequenas propriedades rurais exploradas em regime de economia familiar, bem como confere o direito de indenização quanto a títulos havidos e benfeitorias erigidas;
- (iv) A PEC n.º 415/2009 tem por finalidade permitir a permuta de terras indígenas por outras, *ad referendum* do Congresso Nacional;
- (v) A PEC n.º 161/2007 visa: a) alterar o artigo 225, § 1.º, inciso III, no sentido de determinar que a criação de espaços territoriais especialmente protegidos de natureza ambiental somente poderá ser realizada por Lei; b) modificar o artigo 231, § 4.º, para que a demarcação de terras indígenas seja feita por Lei; e c) alterar o 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 seja feita mediante Lei.

Sendo assim, verifica-se que as Propostas de Emenda Constitucional objeto do presente Parecer versam sobre temas fundamentais e relevantíssimos para o País, que figura na primeira posição do ranking mundial de países megadiversos e que é constituído por sociedade altamente plural, versando sobre direitos difusos da sociedade brasileira sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, principalmente, sobre direitos fundamentais dos povos indígenas e comunidades quilombolas.

Devido à notória relevância do tema, o Instituto Socioambiental – ISA apresenta sua análise jurídica e suas considerações ao Substitutivo à PEC n.º 215-A e às Propostas apensas.

II – QUESTÃO DE ORDEM: COMPROVADA INTERFERÊNCIA INDEVIDA E ILEGAL DE REPRESENTANTES DO SETOR PRIVADO DIRETAMENTE INTERESSADO NOS TEMAS OBJETO DO SUBSTITUTIVO À PEC N.º 215-A

Antes de se adentrar à análise do mérito do Substitutivo à PEC n.º 215-A e das Propostas apensas, há que ser observada atentamente a questão de ordem abaixo exposta, a qual, por si só, impõe o imediato e definitivo arquivamento das referidas proposições.

Devido à sua relevância para a sociedade brasileira, o *princípio republicano* e o *princípio democrático* encontram-se estatuídos logo no artigo 1.º, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal, que qualificou o Estado brasileiro como “República Federativa”, constituída como “Estado Democrático de Direito”, reconhecendo expressamente que “todo poder emana do povo (...)”.²

Para além deste dispositivo, a soberania popular ainda encontra previsão expressa no artigo 3.º da Carta Magna, ao definir a promoção do “bem de todos” como objetivo fundamental da República. Como enuncia Paulo Ferreira da Cunha, “a República é empenho político na coisa pública, na coisa comum, e não mero conselho de administração de atômicos e conflitantes interesses particulares, quantas vezes mesquinhos. Ela é também liberdade e democracia, com participação e representação.”³

Quanto à *persecução da soberania popular no âmbito do Poder Legislativo*, estabeleceu a Constituição Federal, em seu artigo 45, que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo”, os quais têm como função atuar em prol dos interesses da sociedade, elaborando leis e outras normas que representem os interesses da *res publica* (“coisa pública”), uma vez que, na célebre frase de Jean-Jacques Rousseau, “a lei é a expressão da vontade geral.”

Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, “a representação democrática significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder

² “A soberania popular é tratada no parágrafo único. Ali se enuncia que o poder emana do povo e é por este exercido pelas formas representativa e direta, dentro das previsões constitucionais. (...) Está fixado neste dispositivo que o Brasil assume formas representativas e de exercício direto do poder popular, excelente ponto de partida para futuras regulamentações práticas.” *In*: COELHO, João Gilberto Lucas, “A Nova Constituição. Avaliação do texto e perfil dos constituintes”. Rio de Janeiro: Renavan, 1989. p. 24.

³ CUNHA, Paulo Ferreira da. “Fundamentos da República e dos direitos fundamentais”. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 217.

constituente e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular.”⁴

Transcorridos mais de 25 (vinte e cinco) anos de vigência da chamada Constituição Democrática, está perfeitamente sedimentada a concepção de que *os Deputados Federais devem sempre perseguir o interesse público*, garantindo a concretização dos princípios republicano e democrático através da elaboração de leis e outras normas que, efetivamente, representem os interesses do povo. Assim, “a ideia de que a produção do direito se liga à manifestação de uma ‘vontade geral’ ou um ‘interesse comum’ ao qual os corpos legislativos se referem (ou representam) é, por assim dizer, intuitiva. Trata-se de um modelo de fluxo do poder político construído de maneira elementar: a origem do poder se encontra no povo. O Estado é a instituição que age em nome do poder popular, atuando sempre de acordo com os desígnios públicos”.⁵

Não é por outra razão que o Código de Ética da Câmara dos Deputados prevê a persecução dos valores da república como deveres fundamentais dos parlamentares.⁶

Na mesma toada, o referido *Codex* é claro ao estabelecer como procedimento incompatível com o decoro parlamentar, punível com a perda de mandato, “praticar irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes, que afetem a dignidade da representação popular.”

Ademais, o Código de Ética, em seu artigo 5.º, inciso VIII, ainda classifica como ato atentatório ao decoro parlamentar a conduta de “relatar matéria submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, de interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento de sua campanha eleitoral.”

Assim, *para o atendimento aos princípios republicano e democrático, além da igualdade política*, é imprescindível que os Deputados Federais exerçam seu mandato mediante a persecução única e exclusiva do interesse da sociedade brasileira, sendo *vedada qualquer influência indevida de determinados grupos no processo*

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e teoria da Constituição.” Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 282.

⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. “Processo Legislativo e Democracia: Parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional”. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 07.

⁶ “Art. 3º São deveres fundamentais do Deputado:

I - promover a defesa do interesse público e da soberania nacional;

(...)

IV - exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade.”

*legislativo, notadamente aquela tendente a desvirtuar o exercício da função pública para a defesa de interesses privados.*⁷

Daí Dalmo de Abreu Dallari afirmar, de forma categórica, que “um dos elementos substanciais da democracia *é a prevalência da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo.*”⁸

Desse modo, constituem *direitos de todos os cidadãos do País a lisura, a idoneidade, a imparcialidade e a busca exclusiva pelo interesse do povo no âmbito do processo legislativo* (assim como nos processos administrativos e judiciais), sendo, para o atendimento a tal desiderato, *absolutamente vedada a interferência indevida de interesses privados no mandato legislativo.*

Não obstante a relevância jurídica das aludidas premissas constitucionais, no caso do Relatório e do respectivo Substitutivo à PEC n.º 215-A, encontra-se **comprovada a ocorrência de gravíssima interferência indevida e ilegal de interesses privados no processo legislativo em questão, razão pela qual impõe-se o imediato e definitivo arquivamento das proposições legislativas objeto do presente Parecer.**

Para tanto verificar, há que se observar a decisão **proferida em 11.08.2014** pela Justiça Federal do Estado do Mato Grosso no processo n.º 158-51.2014.4.01.3605, pela qual, com base nas investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal (Procurador da República Wilson Rocha Assis) e pela Polícia Federal, foi determinada a prisão preventiva do Sr. Sebastião Ferreira Prado e do Sr. Elias Alves Gabriel.⁹

No âmbito do referido processo judicial, consta gravação de ligações telefônicas que denotam claramente, *nos termos da referida decisão judicial*, “**a existência de tratativas para influir de forma favorável aos seus interesses pessoais na tramitação – e, frise-se, no próprio conteúdo –, da PEC 215/2000**”, cujo conteúdo passo a transcrever:

“Data: **06/08/2014**

Hora: 08:55:35

Alvo: Sebastião Ferreira Prado

Fone Alvo: 6296338086

Interlocutores: SEBASTIÃO x HNI - Discussão terra indígena/Aécio

Arquivo:20140806085535277.wav

⁷ Cf. SPROESSER, Andyara Klopstock. “Direito parlamentar – Processo legislativo”. São Paulo: ALESP/SGP, 2004, p. 27.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. “Elementos de teoria geral do Estado”. 24.ª São Paulo: Saraiva, 2003, p. 304.

⁹ Disponível em: <http://www.prmt.mpf.mp.br/documentos/Decisao%20-%20preventiva%20de%20Sebastiao%20e%20Elias.pdf>. Acesso em 28.11.2014.

Degração:

SEBASTIÃO: SÓ QUE EU TÔ COM UM PROBLEMA AQUI AGORA

HNI: HAN

SEBASTIÃO: **O CARA QUE É RELATOR...O DEPUTADO FEDERAL QUE É RELATOR DA PEC 215...**

HNI: SEI

SEBASTIÃO: **QUEM TÁ FAZENDO PRA ELE A RELATORIA É O RUDI, ADVOGADO DA CNA, QUE É AMIGO E COMPANHEIRO NOSSO.**

HNI: O RUI PRADO?

SEBASTIÃO: NÃO, RUDI.

HNI: AH, CERTO.

SEBASTIÃO: TÁ. E NÓS TEMOS QUE PAGAR UMA ACESSORIA PRA **ELE PRA NÓS COLOCAR AS COISAS DE INTERESSE NOSSO.**

HNI: ENTENDI, E AÍ?

SEBASTIÃO: ESSE TREM CUSTA TRINTA CONTO. EU DEI CINCO CONTO, O NAVES VAI DAR CINCO E PRECISA ARRUMAR VINTE CONTO DE HOJE PRA AMANHÃ. QUE ESSA SEMANA...ESSA SEMANA VAI FICAR PRONTO ESSE TREM.

HNI: É O QUE QUE É ESSE ISSO AÍ MESMO, EXPLICA DIREITO AÍ DE NOVO.

SEBASTIÃO: **É A RELATORIA, VAI FICAR PRONTA A...A RELATORIA DA PEC 215, O TEXTO DA PEC 215 É ELE QUE TÁ FAZENDO.**

HNI: ENTENDI. E PRECISA DAR TRINTA CONTO PRA ELE?

SEBASTIÃO: NÃO...(INAUDÍVEL)...NÓS VAMOS PAGAR UMA ASSESSORIA PRA ELE UAI.

(...).”¹⁰

Como se observa claramente e sem qualquer dúvida, a **escuta telefônica** captada pela Polícia Federal a pedido do Ministério Público Federal **demonstra que o Sr. “Rudi, advogado da CNA” (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil) é “quem tá fazendo para ele a Relatoria”,** bem como que o referido advogado teria sido pago **“pra colocar as coisas de interesse nosso”** no texto da proposição legislativa objeto do presente Parecer.

Com base nos referidos trechos, o Juiz Federal concluiu, na mesma decisão, os seguintes fatos gravíssimos:

“Não se olvida que o *lobby* no âmbito do Congresso Nacional seja um aspecto inerente ao próprio processo e embate político, sendo que a princípio nada há de mais em se tentar influenciar o relator da PEC 215/2000. **O problema reside exatamente no meio utilizado para se efetuar o lobby, no caso mediante pagamento ao advogado (ou assessor) responsável pela elaboração do parecer, envolvendo inclusive a Confederação Nacional da Agricultura – CNA.**

Em se confirmando as assertivas captadas na interceptação telefônica, **dois são os motivos graves:**

¹⁰ Destacamos.

a) o primeiro, o fato de que **o relatório da PEC 215/2000 ter sido, supostamente, “terceirizado” para a Confederação Nacional da Agricultura – CNA, o que representa, a princípio, desvirtuamento da conduta do parlamentar responsável pela elaboração da PEC, eis que a CNA é parte política diretamente interessada no resultado da mencionada PEC;**

b) o segundo, o fato de o advogado/assessor responsável pela redação da PEC 215/2000, estar, supostamente, cobrando valores para **inserir na redação assuntos do interesse do acusado e do grupo, como pode se ver do texto extraído da interceptação telefônica que novamente transcrevo:**

(...)

Ademais, no dia seguinte, após a prisão do requerido, captou-se ligação telefônica entre a esposa deste, Sra. Nailza, e pessoa identificada como Moisés, onde constam **diálogos que reforçam os fatos acima narrados:**

Data: **07/08/2014**

Hora: 09:51:22

Alvo: Sebastião Ferreira Prado

Fone Alvo: 6299011794

Interlocutores: NAILZA x MOISES – Levaram o Tião

Arquivo:20140807095122295.wav

Degração:

NAILZA: INCLUSIVE FOI O TIÃO, O TIÃO NÃO SEI SE FALOU COM VOCÊ ONTEM. ELE FOI EM BRASÍLIA, TAVA TODO FELIZ, PORQUE **QUEM VAI SER O RELATOR VOCÊ SABE QUE É O RUDI? QUE VAI FAZER O RELATÓRIO DO...DO...DA PEC** LÁ DO... COMO É QUE CHAMA?

MOISÉS: **DA PEC?**

NAILZA: É. ENTÃO ELE TAVA ATÉ TENTANDO JUNTAR... (É INTERROMPUDA)...JUNTAR UM DINHEIRO PRA PAGAR PRA ELE A ASSESSORIA, **POR QUE É ELE QUE VAI FAZER. COMO CHAMA O RELATOR DA PEC?** MINHA CABEÇA TÁ A MIL.

MOISÉS: **OSMAR FERRALHO**

NAILZA: **É. ELE QUE VAI FAZER O RELATÓRIO DO FERRALHO. O RUDI, ENTENDEU?**¹¹

Como se observa, os referidos fatos, que confirmam que **a elaboração do Relatório e do Substitutivo da PEC n.º 215-A ficou a cargo do advogado da CNA,** demonstram claramente ter havido **interferência indevida e ilegal no processo legislativo** por parte do setor privado **diretamente interessado** nas matérias objeto da proposição legislativa em questão.

Tal conclusão foi objeto de apreciação e confirmação pela aludida decisão judicial, da qual se extrai o seguinte:

¹¹ Destacamos.

“Como bem ressaltou o MPF, da análise da tramitação da PEC 215/2000, verifico que há uma suposta conexão entre esta e os fatos apurados acima, razão pelo (“sic.”) qual passo a transcrever o trecho final do requerimento ministerial:

‘Em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados confirma-se o contexto descrito nos diálogos interceptados. De fato, observa-se que, em 11 de dezembro de 2013, o **Excelentíssimo Deputado Federal Osmar Serraglio foi designado relator da PEC 215/2000**. Vê-se, pois, que a pessoa descrita como “**OSMAR FERRALHO**”, na transcrição elaborada pela Polícia Federal, seria **Osmar Serraglio, Deputado Federal eleito pelo estado do Paraná, unidade da federação na qual a associação criminosa investigada possui fortes apoiadores**. 5. Nesse sentido, registre-se que JOSÉ ALCIONE, que aparece no áudio 20140320142941295.wav oferecendo dinheiro à APROSUM, identifica-se como originário do estado do Paraná.

Quanto à tramitação da PEC 215/2000, o site da Câmara dos Deputados informa, no campo “situação”, que a **Proposta de Emenda à Constituição encontra-se “Aguardando Parecer do Relator na Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros”**.

Segundo o artigo 34 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, as Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer, entre outras hipóteses, sobre propostas de emenda à Constituição. O artigo 202, *caput*, informa que “a proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer”

. O §2º, do mesmo artigo do Regimento, por sua vez, estabelece que “admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões a partir de sua constituição para proferir parecer”

Por requerimento dos Excelentíssimos Deputados Federais João Campos (GO), Arthur Lira (AL), Mandetta (MS) e Nilson Leitão (MT), a Presidência da Câmara dos Deputados criou, em 11 de abril de 2013, a Comissão Especial prevista no § 2º do art. 202 do Regimento Interno. Em 10 de setembro de 2013, novamente por da Ato da Presidência, foi constituída a Comissão Especial, nos termos do artigo 34 do Regimento Interno.

Das conversações legalmente interceptadas e do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, decorre a compreensão de que o pagamento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) destinar-se-ia à elaboração do parecer previsto no §2º, do artigo 202, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.¹²

Pois bem. Como se observa, as escutas telefônicas que serviram de fundamento para a decretação da prisão preventiva do Sr. Sebastião Ferreira Prado e do Sr. Elias Alves Gabriel se referem a **conversas ocorridas em 06.08.2014 e 07.11.2014**.

Após tais datas, como se depreende da tramitação da PEC n.º 215-A no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados¹³, **houve apenas e tão somente um único ato no processo legislativo: justamente a apresentação do Relatório e do**

¹² Destacamos.

¹³ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em 29.11.2014.

Substitutivo da referida proposição legislativa, elaborado pelo representante da CNA. Confira-se a tramitação do processo legislativo:

“Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)

03/07/2014 • Deferido o REQ. 10.493/2014, nos termos do seguinte despacho: Defiro "ad referendum" do Plenário. Publique-se.

PLENÁRIO (PLEN)

02/07/2014 • Apresentação do Requerimento de Prorrogação de prazo de Comissão Temporária n. 10493/2014, pela Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que "acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal" (inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e apensadas, que: "Solicita prorrogação do prazo da Comissão Especial". [Inteiro teor](#)

Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que "acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal" (inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e apensadas (PEC21500)

19/11/2014 • Apresentação do Parecer do Relator n. 1 PEC21500, pelo Deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR). [Inteiro teor](#)

• **Parecer do Relator, Dep. Osmar Serraglio (PMDB-PR)**, pela aprovação desta, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, e da PEC 415/2009, apensadas, **com substitutivo**, e pela rejeição da PEC 291/2008, apensada. [Inteiro teor](#)”

Sendo assim, ante todos esses elementos, afigura-se como cristalina a conclusão no sentido de que, **comprovadamente, houve interferência indevida e ilegal por parte de representante da CNA na elaboração do Relatório e do Substitutivo da PEC n.º 215-A.**

Diante disso, sendo certo que a referida proposição legislativa se *afastou da persecução dos interesses do povo* para dar lugar à *defesa de interesses privados*, impõe-se, como medida de Direito, **o imediato e definitivo arquivamento da PEC n.º 215-A e das Propostas apensas, bem como a devida apuração de responsabilidades de todos envolvidos.**

III – IMPOSSIBILIDADE DAS ALTERAÇÕES PRETENDIDAS PELAS PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL OBJETO DO PRESENTE ESTUDO: VEDAÇÃO ABSOLUTA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO A CLÁUSULAS PÉTREAS

O artigo 60 da Constituição Federal de 1988 estabelece a possibilidade do Congresso Nacional realizar emendas no texto constitucional. Trata-se do poder reformador, outorgado pelo legislador constituinte originário ao legislador constituinte derivado. Não, contudo, sem impor-lhe certos limites.

Entre as limitações incidentes ao poder constitucional reformador estão os chamados *limites materiais*, previstos no § 4.º do artigo 60 da Lei Maior. Configurados como *núcleo imodificável* do texto constitucional, as restrições impostas pelo poder constituinte originário vedam, em absoluto, a possibilidade do Congresso Nacional suprimir ou alterar o conteúdo de determinados dispositivos constitucionais, o que se dá justamente pelo reconhecimento de sua importância vital para a manutenção dos valores mais elevados estatuídos pela Carta Constitucional. Assim, não obstante a possibilidade de emendar a Constituição, estabeleceu o constituinte originário limitações ao poder reformador conferido ao legislador constituinte derivado, como forma de proteger aquilo que determinou como núcleo essencial dos valores constitucionais.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal sedimentou sua posição no sentido de que “o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um *núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar*. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, *inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados*. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.”¹⁴

Dentro do referido núcleo explicitamente imodificável da Constituição Federal encontram-se os *direitos e garantias fundamentais* e a *separação dos poderes*,

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI n.º 466. Relator: Ministro Celso de Mello. J. 03.04.1991. D.J. 10.05.1991. (destacamos)

como estabelecido, respectivamente, pelos incisos IV e III do mencionado § 4.º do artigo 60.

No caso objeto da presente análise, o Substitutivo à PEC n.º 215-A e seus apensos constituem *flagrante violação às referidas limitações ao poder reformador*, razão pela qual é imperiosa a sua rejeição e conseqüente arquivamento. Vejamos.

III.1. – O Substitutivo à PEC n.º 215-A configura grave violação a direitos fundamentais

III.1.1. – Violação ao direito fundamental dos povos indígenas às suas terras

Os direitos e garantias fundamentais constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo sido duramente conquistados pela sociedade ao longo do tempo justamente para impedir violações por parte dos demais membros da coletividade e do próprio Estado, incluindo-se o Poder Legislativo, nos termos do artigo 60, § 4.º, inciso IV. Nos dizeres de Georges Abboud:

“Tal como demonstramos, os direitos fundamentais e sua respectiva preservação constituem um dos principais objetivos da evolução do constitucionalismo, a tal ponto que hoje não se pode conceber o Estado Constitucional sem a preservação dos referidos direitos. Na realidade, os direitos fundamentais são direitos subjetivos que o cidadão pode fazer valer contra o Poder Público e contra a própria sociedade. (...)

Os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (governo). A própria existência dos direitos fundamentais seria colocada em risco, caso fosse admitida restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade ou então para o próprio governo, ou ainda viabilizaria a preservação do interesse público.”¹⁵

Sendo certo que os direitos e garantias fundamentais constituem limitação material ao poder constituinte reformador, passamos à verificação de compatibilidade ou não da PEC n.º 215-A com os ditames do mencionado artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal.

¹⁵ ABBoud, Georges. “O mito da supremacia do interesse público sobre privado. A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais.” In: *Revista dos Tribunais*, 2011, n.º 907, p. 95-97.

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.

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*.

Com efeito, é preciso compreender que o poder constituinte originário garantiu aos índios o *direito fundamental* às suas terras de maneira tão enfática e irrestrita devido à *relação de absoluta dependência de sua própria existência/sobrevivência 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.

É justamente o que assevera José Afonso da Silva, “a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não lhes assegurar a posse permanente e a riqueza de suas terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios.”¹⁶

A leitura do Relatório da Assembleia Nacional Constituinte não deixa margem a dúvidas sobre a finalidade almejada pelo legislador originário ao estatuir os direitos originários dos indígenas sobre suas terras. Confira-se:

“A proteção dos direitos das Populações Indígenas se deu amplamente, no reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e no tratamento dos

¹⁶ SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 32.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 856. (destacamos)

dois principais problemas que afetam tais populações: a *questão da terra* e a questão da proteção jurídica dos índios.

Quanto à terra, *reconhecendo-se que para os índios ela significa a própria vida*, estipulou-se que eles têm o direito à sua posse permanente, e procurou-se garantir a sua demarcação definitiva (...).¹⁷

O reconhecimento de que os direitos originários dos povos indígenas à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam foi, em diversas oportunidades, objeto de confirmação pelo Excelso Pretório, como se depreende do voto do Ministro Celso de Mello, abaixo transcrito:

“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 que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem. (...) *A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas concernentes à recusa constitucional do direito à indenização ou do próprio acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).*”¹⁸

Sendo assim, o direito dos povos indígenas às suas terras configura-se claramente como *garantia fundamental, sobre a qual depende a sua própria sobrevivência física e cultural*.

Por essa razão, o referido direito fundamental, nos termos do artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal configura-se como *óbice intransponível ao poder constituinte reformador*. Em outros dizeres, *é absolutamente vedado ao Congresso Nacional impor óbices ao direito fundamental (e originário) dos povos indígenas sobre suas terras*.

Com isso, evidencia-se que a PEC 215-A e as Propostas apensas, ao pretenderem alterar os dispositivos constitucionais relacionados às terras indígenas,

¹⁷ Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196. (destacamos)

¹⁸ 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. (destacamos)

atribuindo ao Congresso Nacional a prerrogativa de aprovar, mediante Lei, a sua demarcação, *padecem de insuperável inconstitucionalidade*, na medida em que afetam sobremaneira o direito fundamental dos povos indígenas às suas terras, do qual depende a sua própria sobrevivência física e cultural.

A referida inconstitucionalidade incidente sobre a PEC 215-A e seus apensos *foi expressamente reconhecida pelo Ministro Luís Roberto Barroso*, do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 32.262, ajuizada por determinados Deputados Federais. O referido *mandamus* encontra-se pendente de apreciação. Confira-se:

“Não é descabida a alegação de que a proteção constitucional aos direitos dos índios poderia, em linha de princípio, ficar fragilizada pela atribuição de competência ao Poder Legislativo para autorizar a demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Afirma-se isso por duas razões. *Em primeiro lugar*, e novamente em linha de princípio, condicionar o reconhecimento de um direito fundamental à deliberação político-majoritária parece contrariar a sua própria razão de ser. Com efeito, tais direitos são incluídos na Constituição justamente para que as 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 diversas outras partes do mundo.

Além disso, e *em segundo lugar*, a jurisprudência deste Tribunal já assentou que a demarcação de terras indígenas é um ato *declaratório*, que se limita a reconhecer direitos imemoriais que vieram a ser 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. Naturalmente, admitem-se alguns ajustes na repartição de competências entre os Poderes e certamente é compreensível que o Poder Legislativo queira participar do debate público referente ao tema, em seus múltiplos aspectos. Apesar disso, é preciso cautela para não se produzir um arranjo em que, na afirmação de *fatos antropológicos*, um *juízo político* venha a prevalecer sobre a devida *avaliação técnica*. Em especial, quando disso dependerem: (i) a fruição de um direito fundamental por grupos minoritários; e (ii) a superação de direitos adquiridos dos índios e de terceiros (CF/88, art. 231, *caput* e § 6º).”¹⁹

¹⁹ 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.

Por certo, jamais se poderia cogitar a possibilidade de se deixar a demarcação de terras indígenas à sorte de uma decisão política do Poder Legislativo; ainda mais em se tratando de um direito classificado pela Carta Constitucional como originário, que antecede qualquer ato do Estado brasileiro, sobre o qual o Poder Público apenas declara e reconhece a sua (pré-)existência.

Ademais, *também em razão do quanto exposto no capítulo II do presente estudo*, mas não apenas por essa razão, não há dúvida de que a PEC n.º 215-A configura estratégia de ação de grupos privados sabidamente anti-indígenas, os quais, atualmente, encontram-se providos de ampla representação política no Congresso Nacional.

Para tanto confirmar, basta verificar que, no pleito de 2014, foram eleitos nada menos do que 273 (duzentos e setenta e três) Deputados Federais e Senadores considerados “ruralistas”, o que representa um aumento de 33 % (trinta e três por cento) em relação à legislatura atual.²⁰ Isso sem adentrar às demais bancadas tidas como contrárias aos direitos dos povos indígenas.

Por sua vez, os índios encontram-se absolutamente desprovidos de qualquer representatividade política no Congresso Nacional. Longe de ser uma realidade temporária, o fato é que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, jamais houve um parlamentar sequer de origem indígena, o que demonstra a quase invisibilidade política dos povos indígenas em termos de representação no âmbito do Poder Legislativo.

Como bem acentuado na Nota Técnica do Ministério Público Federal sobre a PEC n.º 215, de lavra do Procurador da República Daniel Sarmento, “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.*”²¹

Por certo, nesse cenário, o objetivo da PEC n.º 215-A e seus apensos é o de, a partir de sua aprovação, obstar toda e qualquer demarcação de terra indígena no Brasil. Essa será a consequência prática da eventual aprovação das referidas proposições legislativas: a inocorrência de novas demarcações.

²⁰ <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/536033-ruralistas-viram-maioria-absoluta-na-camara>. Acesso em 28.11.2014.

²¹ 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. (destacamos)

Diante de todo o exposto, conclui-se que a PEC n.º 215-A e seus apensos configuraram-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* dos povos indígenas do Brasil, devendo, por essa razão, ser *arquivada definitivamente*.

Registre-se, por fim, que, pelos mesmos motivos, as limitações ao direito fundamental dos povos indígenas às suas terras contidas nos textos das PECs n.º 579/2002, n.º 156/2003, n.º 275/2004, n.º 319/2004, n.º 37/2007, n.º 117/2007, n.º 411/2009, n.º 257/2004, n.º 415/2009 e n.º 161/2007, de natureza similar às previstas na PEC n.º 215-A são *igualmente inconstitucionais*, por violação à limitação material incidente sobre o poder constituinte reformador, prevista no mencionado artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal.

III.1.2. – Violação ao direito fundamental de toda a coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A PEC n.º 161/2007, apensada à PEC n.º 215-A, visa, entre outras modificações, alterar o artigo 225, § 1.º, inciso III, 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.

Com efeito, até a edição da Constituição Federal de 1988, o regramento infraconstitucional é que tratava da temática ambiental. Com o advento da Lei Maior de 1988 – chamada de “Constituição Verde”, por ser a primeira a trazer dispositivos específicos sobre a preservação do meio ambiente –, o ordenamento jurídico, no que tange à matéria ambiental, ganhou unicidade, uma vez que o modo de pensar a tutela jurídica ambiental passou, obrigatoriamente, a ser orientado pelas disposições constitucionais.

Certamente, a inclusão da temática ambiental no texto constitucional pode ser considerada como um dos principais marcos da proteção jurídica do meio ambiente e, também, da evolução legislativa infraconstitucional do Direito Ambiental, ante a

necessidade de regulamentação dos direitos e deveres que passaram a contar com previsão expressa na “nova” ordem constitucional.

Aliás, foi justamente com base nela que editou-se a Lei n.º 9.985/2000, que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, em atenção ao quanto previsto no inciso III do mesmo § 1.º do artigo 225.

Talvez o principal mérito da Carta Constitucional em matéria ambiental tenha sido a previsão do *direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, conforme disposto no artigo 225 da Constituição Federal.²² Pertinentes, nesse ponto, as seguintes lições de Antonio Herman V. Benjamin sobre o tema:

“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.”²³

Com efeito, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado 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.

Nesse sentido, Édis 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.”²⁴ Assim, para Guilherme José Purvin de Figueiredo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado “vincula-se, portanto, referido dispositivo

²² Michel Prieur assinala que “cada indivíduo tem um direito subjetivo à pureza natural de sua vida”. Tradução livre do francês para o português do seguinte texto: “chaque individu ait un droit subjectif à la pureté naturelle de son cadre de vie.” *In*: PRIEUR, Michel. “Droit de l’environnement.” 5.ª ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 917.

²³ *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). “Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.” São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

²⁴ MILARÉ, Édis. “Direito do Ambiente.” 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

constitucional, ao caput do art. 5º da Carta Republicana, que elege a vida como direito humano fundamental.”²⁵

Outro ponto de destaque, também previsto no *caput* do artigo 225, relaciona-se com a classificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como *bem de uso comum do povo*, o que denota seu caráter *difuso*, do que se extrai que a titularidade do bem ambiental pertence *a todos* indistintamente, mas a ninguém em particular.

Ainda, tratou a Constituição de impor ao Poder Público e à coletividade do dever de *defender e proteger* o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (artigo 225, *caput, in fine*).

No que tange especificamente ao objeto do presente estudo, relacionado às limitações sugeridas pela PEC n.º 161/2007 (apensada à PEC n.º 215-A), há que se observar que a Constituição Federal dispõe, 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.”

Como se observa do mencionado § 1.º do artigo 225, tal atribuição constitui *medida essencial para “assegurar a efetividade desse direito”* (previsto no *caput*, o direito fundamental de toda a coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Em outros termos, a criação de ETEPs, como Unidades de Conservação, é reconhecida pela Constituição como *elemento fundamental para a garantia de efetividade do direito de todos os cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. 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.

Ora, 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 poderia a PEC n.º 161/2007 pretender alterar a forma de criação dessas áreas ambientalmente protegidas, excluindo-se a competência do Poder Executivo, sob pena de colocar em grave risco a efetividade do mencionado direito difuso.

²⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. “Curso de Direito Ambiental.” 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121.

Por certo, a proposta contida na PEC n.º 161/2007 certamente se configura como a maior ameaça à criação de áreas ambientalmente protegidas no Brasil, dada a séria probabilidade de a medida ensejar a completa paralização da criação de Unidades da Conservação.

Ademais, a criação de ETEPs não pode se subordinar a uma decisão eminentemente política do Congresso Nacional, já 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 política e aos dissabores da maioria do Poder Legislativo, que não detém competência técnica e funcional para tal incumbência – conforme será exposto com mais detalhes a seguir.

Assim, resta claro que PEC n.º 161/2007 contém conteúdo *inconstitucional*, uma vez que ensejaria grave ameaça ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pelo artigo 225 da Constituição Federal, razão pela qual o seu *arquivamento definitivo* é medida que se impõe, ante a vedação ao poder constituinte derivado prevista no artigo 60, § 4.º, inciso IV.

III.2. – O Substitutivo à PEC n.º 215-A e Apensos configura grave violação à separação de poderes

Além do óbice relativo aos direitos e garantias fundamentais, acima mencionado, a Constituição da República estabeleceu a separação de poderes como limitação material ao poder constituinte derivado.

Como se sabe, o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal e consagrado à cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inciso III, resguarda a competência legal de cada uma das esferas que integram o Estado. Seu significado é a divisão do poder do Estado 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.

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.”²⁶

Como expõe José Joaquim Gomes Canotilho, “‘dividir’ ou ‘separar’ poderes é uma questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado. Neste contexto se deve compreender também as ideias de freios e contrapesos, *checks and balances*, separação e interdependência, tradicionalmente associadas ao princípio da separação de poderes.”²⁷

Assim, em linhas genéricas e resumidamente, enquanto ao Poder Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, ao Poder Executivo compete a execução dos ditames previstos pelo ordenamento jurídico e ao Poder Judiciário incumbe o dever de aplicar o Direito.

Com os olhos voltados ao Substitutivo à PEC n.º 215-A e demais propostas apensas, verifica-se que *seu principal objetivo centra-se na transferência, do Poder Executivo ao Poder Legislativo, de competência para a demarcação de terras indígenas no Brasil, bem como para a criação de Unidades de Conservação e para a titulação da propriedade definitiva dos remanescentes das comunidades quilombolas.*

Estariam tais propostas em conformidade com o princípio da separação de poderes? Uma análise atenta de seu conteúdo nos remete a apenas uma conclusão inexorável: *o Substitutivo à PEC n.º 215-A e seus apensos violam frontalmente o princípio em tela.*

No ponto, é preciso compreender que o fundamento principal de existência da separação dos poderes reside justamente na questão da *capacidade funcional*. Segundo este critério, a divisão justifica-se pela capacidade que cada um dos poderes do Estado detém para o exercício das funções que lhe são atribuídas.

Nesse sentido, a já mencionada 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

²⁶ BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional.” 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 508/509.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição.” 7ª ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 579.

Canotilho, ‘compreende um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento’.²⁸

Esta é, portanto, a base ontológica da separação de poderes: a distribuição de funções de acordo com a capacidade que cada poder possui para o exercício de suas competências.

No caso das terras indígenas, não há dúvida de que o processo de demarcação incumbe, com exclusividade, ao Poder Executivo. Como se infere das normas que regulam o tema, o processo administrativo de demarcação de terras indígenas é marcado pelo alto grau de complexidade das análises técnicas, sociais e antropológicas, notadamente no que tange à aferição da ocupação tradicional indígena, na delimitação e registro de sua área, na eventual resolução de conflitos fundiários e no pagamento de indenizações, quando cabíveis, entre outros aspectos.

Todas essas características do processo de demarcação de terra indígena são, fundamentalmente, de índole típica administrativa, devido à sua natureza e capacidade funcional, o que, inclusive, gera a necessidade de haver, no Poder Executivo, todo um quadro de *expertise* voltada à realização desses atos administrativos, vocacionados ao cumprimento da função.

Ao contrário, o Poder Legislativo, vocacionado à elaboração e edição de normas gerais e de caráter impessoal, não é dotado, pela sua própria natureza, de capacidade funcional para o exercício do poder-dever de demarcar terras indígenas. Sua competência volta-se à tomada de decisões de índole eminentemente política, distanciada da capacidade funcional necessária à adoção das medidas exigidas para a demarcação de terras indígenas.

Portanto, é incabível e inconstitucional, por violação à cláusula pétreia enunciada no artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal, a proposição de transferir, do Poder Executivo ao Poder Legislativo, a competência para decidir sobre a demarcação de terras indígenas.

Mas não é só. Há outro aspecto relevante a se considerar quando da análise da conformidade ou não do Substitutivo à PEC n.º 215-A e apensos com o princípio da separação de poderes: a natureza do ato final do processo de demarcação de terras indígenas.

É que, nos termos do artigo 231 da Lei Maior, o direito dos povos indígenas sobre suas terras é originário, o que significa que ele é pré-existente a qualquer ato

²⁸ Ministério Público Federal – Procurador da República Daniel Sarmiento. Nota Técnica: a PEC n.º 215 e as cláusulas pétreas. Rio de Janeiro, 2003, p. 29.

estatal. 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.”²⁹

É esse também o entendimento uníssono da doutrina, como ensina José Afonso da Silva, *in verbis*:

“(...) não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras. Como mencionamos há pouco, os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses. Está dito: competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus direitos (art. 231).”³⁰

Decorre disso o fato de que o ato final que decide o processo de demarcação de terras indígenas (e também da titulação de terras quilombolas) possui *natureza de ato administrativo declaratório*. Não é, portanto, ato constitutivo, isto é, ato que constitui um direito em favor do povo indígena ou comunidade quilombola, mas, sim, ato de *declara um direito pré-existente* à sua emissão. Em suma, “presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º), o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo”³¹

Daí o ato tendente a demarcar terra indígena ser denominado de “homologação”. Não se trata de aprovar o surgimento de um direito dos povos indígenas, como sugerem as proposições legislativas sob análise, mas apenas de homologar o seu direito originário e pré-existente sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Não poderiam, destarte, o Substitutivo à PEC n.º 215-A e as Propostas apenas pretender impor que a demarcação de terras indígenas e a titulação das terras de

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Popular n.º 3.388/ED/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. D.J. 25.09.2009.

³⁰ SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 32.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 862.

³¹ 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. *Apud* 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.

remanescentes de comunidades quilombolas no País fiquem sujeitos a atos de aprovação do Congresso Nacional.

Na linha do que se aduz, o Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido de que “o princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) *Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.*”³²

Assim, também por essa razão, o Substitutivo à PEC n.º 215-A e as Propostas apenas encontram óbice intransponível no artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal, por evidente contrariedade ao princípio da separação de poderes, devendo, portanto, ser definitivamente arquivados.

IV – O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM DIREITOS SOCIAIS COMO ÓBICE AO SUBSTITUTIVO À PEC N.º 215-A E PROPOSTAS APENSAS

Como mencionado acima, o Substitutivo à PEC n.º 215-A e as Propostas apenas visam suprimir ou impor graves limites aos direitos fundamentais dos povos indígenas e das comunidades quilombolas e à garantia fundamental de toda a coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tais supressões ou limitações aos direitos fundamentais, contudo, *violam o princípio da vedação de retrocesso em direitos sociais (e aos direitos socioambientais)*, que encontra fundamento no artigo 3.º, incisos I e III, artigo 5.º, §§ 1.º e 2.º, artigo 7.º, *caput*, artigo 60, § 4.º, inciso IV, e artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII, da

³² Supremo Tribunal Federal. 2.ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 427.574 ED/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. D.J. 13.02.2012.

Constituição Federal, além dos artigos 225 e 231, afetos diretamente aos temas objeto do presente estudo.

Pelo princípio em questão, não é possível a supressão ou a imposição de limitações aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Trata-se, por certo, de *norma mandamental de altíssima relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito*, os valores jurídicos republicanos, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, a máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, apenas para citar as suas bases mais evidentes.³³

No ponto, importa registrar que a existência do referido princípio constitucional é amplamente reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias, não sendo possível afastar a sua aplicação no Direito brasileiro.

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. Nesse sentido, vale observar, a título de exemplo, o seguinte julgado:

“Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, *impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive*, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).³⁴

O reconhecimento definitivo do referido princípio igualmente pode ser observado no campo doutrinário. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “o principio

³³ 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.

³⁴ 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. (destacamos)

em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social.”³⁵

Ao discorrer sobre o objetivo do mandamento constitucional em questão, Felipe Derbli assevera que “a finalidade concernente ao princípio da proibição de retrocesso social é primordialmente negativa, apontando, antes de um estado de coisas a ser alcançado, a proibição de que se retorne a um estado de coisas mais afastado do ideal.”³⁶ E continua o autor, na linha do que ora se defende no presente estudo: ““Constitui o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso a vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição (...).”³⁷

Como se verifica, o princípio da proibição de retrocesso em direitos sociais (e socioambientais) encontra-se *consolidado no Direito brasileiro*, constituindo um dos mais relevantes pilares do Estado Democrático de Direito, a ser sempre observado pelo legislador. A sua aplicação ao poder constituinte derivado, o Congresso Nacional, é bem explicitada por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, segundo os quais “a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente a previsão de limites materiais a reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, e certo, com significativa

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra/Portugal: Almedina, 1998, p. 320/321.

³⁶ DERBLI, Felipe. “O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988.” Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

³⁷ Idem, p. 298.

variação) já constituem um elemento comum ao direito constitucional contemporâneo).”³⁸

Sendo assim, verifica-se que *ao Congresso Nacional é vedado impor retrocessos em matéria de direitos fundamentais sociais (e socioambientais)*, o que se aplica com mais vigor quando se está diante de proposições legislativas tendentes a abolir ou estabelecer limites graves a garantias fundamentais reconhecidas pela Carta Constitucional de 1988.

Diante disso, somado a todas as considerações expostas nos capítulos anteriores, evidencia-se que o Substitutivo à PEC n.º 215-A e as Propostas apensas, ao pretenderem alterar o conteúdo de dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais de natureza social e socioambiental, *viola gravemente o princípio da proibição de retrocesso*, sedimentado no Direito Constitucional pátrio, conforme amplo reconhecimento em sede jurisprudencial e no campo doutrinário.

V – AUSÊNCIA DE CONSULTA E DE PARTICIPAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E COMUNIDADES QUILOMBOLAS NOS PROCESSOS DE ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL EM QUESTÃO E SUA CONSEQUENTE INCONSTITUCIONALIDADE

Ao de logo, incumbe registrar que *nenhum dos povos indígenas ou comunidades quilombolas foi consultado ou convocado a exercer o seu direito de participação* na elaboração da referida proposição legislativa, razão pela qual *evidencia-se a sua flagrante e inafastável inconstitucionalidade*.

Sobre o tema, possui notória relevância a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 143/2002 e promulgada pelo Decreto n.º 5.051/2004. Esta última norma, aliás, estabeleceu expressamente a necessidade do Estado brasileiro observar integralmente a aludida norma internacional, ao determinar que ela “*será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém*.”

Feita essa consideração introdutória, quando analisada a Convenção n.º 169 da OIT, é necessário ter em mente que “os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a *consulta* e a *participação dos povos*

³⁸ Ob. cit., p. 144/145.

interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam.”³⁹

Nesse sentido, o artigo 6.º, “1”, “a”, da referida norma internacional estabeleceu como *dever* do Estado “*consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.*” Ademais, o seu artigo 15, “1”, prevê claramente o *direito de participação* dos povos e comunidades tradicionais sobre a utilização, a administração e a conservação dos recursos naturais existentes sobre suas terras.

Em adição, vale ainda mencionar o artigo 31 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim vazado:

“Artigo 31.

1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.

2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos.”

Por certo, tais disposições são suficientes para concluir pela *existência dos direitos de participação e de consulta formal* dos povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais em relação à PEC n.º 215-A e seus apensos, *os quais não foram observados.*

Em complemento, não se pode olvidar que os direitos fundamentais dos povos indígenas encontram-se garantidos pelo artigo 231 da Constituição Federal, que estabeleceu serem “reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

³⁹ Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011, v.1., p. 08.

Ora, se a Lei Magna do País assegurou aos povos indígenas tais direitos fundamentais, é imperioso que o Estado brasileiro garanta a sua participação em processos legislativos que possam afetá-los negativamente, como é o caso evidente das Propostas ora sob análise, conforme explicitado acima. Nada mais lógico, pois não é concebível que se possa afetar determinado direito fundamental constitucional sem que se *assegure a participação de seu titular no respectivo processo decisório*. Esse é o núcleo do mandamento que emana do princípio da participação, que guarda íntima ligação com o princípio democrático, estatuído pelo artigo 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal.⁴⁰

Sendo assim, considerando o arcabouço jurídico acima explicitado, não resta dúvida sobre a violação ao *dever do Estado de garantir a consulta e a participação dos povos indígenas e comunidades quilombolas no processo legislativo da PEC 215-A e seus apensos*, ante as matérias nele versadas, que lhes afetam diretamente.

VI – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS SOBRE O CONTEÚDO DO SUBSTITUTIVO À PEC N.º 215-A E PROPOSTAS APENSAS

Verificados todas as inconstitucionalidades incidentes sobre o Substitutivo à PEC n.º 215-A e seus apensos, restam, ainda, dois últimos aspectos concernentes ao mérito das referidas proposições legislativas a serem elucidados no presente estudo. Esclarece-se, por oportuno, que, devido ao grande número de temas envolvidos, o presente estudo destina-se a apontar os principais aspectos jurídicos relacionados às referidas proposições legislativas, sem prejuízo de outras considerações que se mostrem necessárias ulteriormente. Vejamos.

VI.1. – Descabimento da proposta de inclusão do parágrafo único no artigo 67 do ADCT

Conforme mencionado no capítulo I da presente análise, além de outros pontos, o Substitutivo à PEC n.º 215-A pretende que seja incluído um parágrafo único

⁴⁰ Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ob. cit., p. 139.

ao artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo qual o § 6.º do artigo 231 da Constituição Federal não se aplicaria às terras indígenas demarcadas após o prazo de 5 (cinco) anos previsto pelo *caput* do mesmo dispositivo.

Para além de todas as considerações expostas nos capítulos acima, que igualmente se aplicam a este ponto específico da proposição legislativa em tela, é preciso observar que, além de não haver qualquer motivo que possa justificar a limitação proposta, ela ainda vai de encontro ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

É o que se observa quando da decisão proferida no RMS n.º 26.212, segundo a qual “esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial. (...) Não há falar em ocorrência de decadência do Processo Administrativo de demarcação de terras indígenas, pois como explicitado, tanto o texto do ADCT, quanto o previsto no Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) dizem respeito a prazos meramente programáticos e não peremptórios para conclusão dos procedimentos demarcatórios.”⁴¹

Sendo certo que o prazo de 5 (cinco) anos previsto pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é decadencial ou peremptório, sendo meramente programático, resta evidenciado o equívoco contido na PEC 215-A de incluir o parágrafo único ao mesmo dispositivo contendo a injustificável limitação acima mencionada.

Assim, também por esse motivo, o Substitutivo à PEC n.º 215-A está impedido de prosperar, devendo, portanto, ser definitivamente arquivado.

VI.2. – Descabimento da inclusão dos critérios estabelecidos para o caso da PET n.º 3.388/RR

Por fim, observa-se que o Substitutivo à PEC n.º 215-A pretende incluir, no texto da Constituição Federal, dois dos critérios estabelecidos para o caso da PET n.º 3.388/RR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, referente à terra indígena Raposa-Serra do Sol: (i) o chamado “marco temporal”, pelo qual apenas os povos indígenas que estivessem fisicamente ocupando suas terras em 05.10.1988, data da promulgação da Constituição, teriam direito a elas; e (ii) a vedação à ampliação de terra indígena.

⁴¹ Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança n.º 26.212/DF. Relator: Ministro Ricardo Levandowski. D.J. 03/05/2011. (destacamos)

Para além dos pontos explorados nos capítulos acima, que se aplicam ao tema objeto do presente item, verifica-se a existência de motivo de ordem técnico-processual que impede a inclusão desses dois critérios no texto da Lei Maior: esses parâmetros são desprovidos de força vinculante e limitam-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.*”⁴²

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’.”⁴³

Nada mais óbvio. Ao contrário do que ocorre com decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por exemplo, 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 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 n.º 215-A e apensos, é, portanto, absolutamente equivocada.

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

Isso sem levar em consideração o fato de ter o Relator da PEC n.º 215-A, em seu Relatório, olvidado que o próprio acórdão proferido pelo Supremo Tribunal

⁴² 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)

⁴³ 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.

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, e sem adentrar ao mérito das referidas “condicionantes”, mostra-se absurda a proposta de incluir dois dos critérios aplicados especificamente ao caso da terra indígena Raposa-Serra do Sol no texto da Constituição Federal.

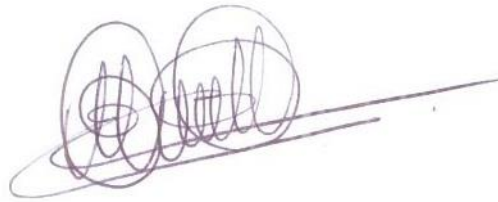
VII. – CONCLUSÕES

Diante das considerações acima expostas, conclui-se que o Substitutivo à PEC n.º 215-A e suas Propostas apenas devem ser imediata e definitivamente arquivadas, uma vez que:

- (i) comprovadamente, houve interferência indevida e ilegal por parte de representante da CNA na elaboração do Relatório e do Substitutivo da PEC n.º 215-A, de modo que as proposições legislativas em questão se afastam da persecução dos interesses do povo para dar lugar à defesa de interesses privados, do que decorre, para além do seu arquivamento definitivo, a necessidade de se realizar a devida apuração de responsabilidades dos envolvidos;
- (ii) 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 dos povos indígenas, das comunidades quilombolas e de toda a coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- (iii) mostram-se inconstitucionais em razão do óbice intransponível contido no artigo 60, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal, por evidente contrariedade ao princípio da separação de poderes;
- (iv) são inconstitucionais, ainda, por grave violação ao princípio da proibição de retrocesso social (e socioambiental), sedimentado no Direito Constitucional pátrio;

- (v) afrontou-se os direitos à consulta e à participação dos povos indígenas e comunidades quilombolas no processo legislativo da PEC 215-A e seus apensos, decorrentes da Convenção n.º 169 da OIT e da própria Constituição Federal;
- (vi) sem prejuízo de eventuais considerações complementares que se mostrem necessárias, também se mostram descabidas a inclusão do parágrafo único no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a inserção de dois dos critérios estabelecidos no caso da PET n.º 3.388/RR.

Brasília, 01 de dezembro de 2014.



Mauricio Guetta

Advogado – OAB/SP n.º 271.433

Programa de Política e Direito Socioambiental

Instituto Socioambiental – ISA