



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO - POPULAÇÕES INDÍGENAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS

NOTA TÉCNICA Nº 02/6ªCCR/MPF - Analisa a constitucionalidade da PEC N. 187/2016

Nós não somos contra o desenvolvimento: nós somos contra apenas o desenvolvimento que vocês, brancos, querem empurrar para cima de nós. O desenvolvimento que vocês falam em nos dar não é o mesmo que conhecemos: vocês falam em devastar a nossa terra-floresta para nos dar dinheiro, falam que somos carentes, mas esse não é o desenvolvimento que nós conhecemos. Para nós desenvolvimento é ter nossa terra com saúde, permitindo que nossos filhos vivam de forma saudável num lugar cheio de vida. (...) Vocês falam que somos pobres e que nossa vida vai melhorar. Mas o que vocês conhecem da nossa vida para falar o que vai melhorar? Só porque somos diferentes de vocês, que vivemos de forma diferente, que damos valor para coisas diferentes, isso não quer dizer que somos pobres. Nós Yanomami temos outras riquezas deixadas pelos nossos antigos que vocês, brancos, não conseguem enxergar: a terra que nos dá vida, a água limpa que tomamos, nossas crianças satisfeitas. (...) Vocês estão realmente escutando nossas palavras? Vocês, brancos, realmente escutaram nossas palavras, as palavras do povo da floresta? (Davi Kopenawa)¹

1 – INTRODUÇÃO

A presente Nota Técnica tem por objeto a análise da Proposta de Emenda Constitucional n.º 187/2016, de autoria do Deputado Vicentinho e outros, em trâmite na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, cuja finalidade é acrescentar o § 8º ao art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Caso aprovada a proposta, o dispositivo passaria a ter a seguinte redação: “As comunidade indígenas podem, de forma direta e respeitada a legislação pertinente, exercer atividades agropecuárias e florestais nas terras mencionadas no § 1º deste artigo, sendo autônomas para praticar os atos necessários à administração de seus bens e comercialização da produção”.

O Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Deputado Alceu

¹ Carta aberta sobre o desenvolvimento dos Yanomami. Disponível em:
https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/hutukaradesenvolvimento.pdf

Moreira, proferiu voto pela admissibilidade e aprovação da referida PEC, fundamentando-se no seguinte sentido: “não tenho dúvidas de que a proposição, além de constitucionalmente adequada, é salutar quanto ao mérito. É chegada a hora de perceber que não se garante a dignidade indígena tão somente pela distribuição de terra. A terra é importante sim, mas desacompanhada da normatização e das políticas públicas adequadas, servirá à reprodução da miséria e não à dignidade daqueles que visamos proteger”.

Em sentido oposto, o Deputado Luiz Albuquerque Couto apresentou voto, em separado, pela sua inadmissibilidade, entendendo que “**a liberação das atividades pecuárias nas reservas indígenas coloca em risco os ecossistemas necessários à reprodução de suas vidas e de suas respectivas culturas**. O fato de que vêm ocorrendo explorações agropecuárias em reservas indígenas em proporções significativas, como citou o primeiro signatário da proposta de emenda à Constituição aqui analisada, o ilustre Deputado Vicentinho Júnior (ao se referir na justificação da proposição à criação de gado vacum na Raposa do Sol e no Parque Indígena do Araguaia de maneira intensiva), não deve, a meu ver, levar à sua constitucionalização, **mas deve, sim, fazer com que acendamos a luz de alerta para os riscos inerentes a tal tipo de exploração econômica em reservas indígenas e naturais, e fora dos padrões culturais das comunidades indígenas**”. (Grifos nossos.)

É o relato essencial.

2. EMENDAS CONSTITUCIONAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS: CONTROLE JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO²

O exercício do poder de reforma da Constituição deve observar uma série de limites definidos pelo poder constituinte originário, dentre os quais figuram as cláusulas pétreas, que, na Carta de 1988, estão elencadas no art. 60, § 4º; “I- *a forma federativa de Estado*; II- *o voto direto, secreto, universal e periódico*; III- *a separação dos poderes*; IV- *os direitos e garantias individuais*”³.

No Brasil é incontroverso o cabimento de controle jurisdicional da atuação do poder constituinte derivado. Afinal, os preceitos constitucionais que instituem limites ao poder de reforma são autênticas normas jurídicas, cuja violação não pode ser afastada do conhecimento do Poder Judiciário. A jurisprudência do STF sobre o assunto remonta a 1926⁴ e, sob a égide da Constituição de 1988, diversas emendas constitucionais já foram invalidadas, no todo ou em parte, pela Corte, em razão da inobservância dos limites materiais ao poder de reforma. O primeiro precedente de

² Capítulo que incorpora parcialmente a fundamentação contida na Nota Técnica: A PEC 215-00, elaborada pelo ex-Procurador Regional da República Daniel Sarmiento, a pedido desta 6ª CCR.

³ Além destes limites expressos, discute-se ainda a existência de limites implícitos ao poder reformador.

⁴ HC nº 18.178, Rel. Min. Hermenegildo Barros. Julg. 19.10.1926. *Arquivo Judiciário*, v. XVII, n. 5, p. 341. Naquele feito, o STF apreciou a validade de emenda constitucional, mas a confirmou.

invalidação ocorreu no julgamento do ADI nº 937⁵, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da EC nº 3/93.

A Corte tem admitido, inclusive, a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade das emendas constitucionais, a partir de mandados de segurança impetrados por parlamentares, quando se tem situação de manifesta violação a cláusulas pétreas (incluindo emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais) ou ao devido processo legal legislativo. A hipótese tem fundamento no texto expresso da Constituição, que veda não apenas a aprovação, mas a própria deliberação congressional de proposta de emenda ofensiva a cláusula pétrea: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)” (art. 60, §4º, CF)⁶.

Não obstante a possibilidade de concreta de a PEC ser submetida ao Supremo Tribunal Federal (mediante controle preventivo ou, após e se aprovada, repressivo), sede em que certamente se teria a declaração de inconstitucionalidade pelas razões que serão apresentadas abaixo, mais importante é que o próprio Poder Legislativo exerça, de forma rigorosa e técnica, o controle preventivo que lhe cabe, através da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, e da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, do Senado Federal.

Apesar disso, não se deve interpretar o art. 60, § 4º, da CR/88 de forma a interditar qualquer mudança constitucional atinente aos temas salvaguardados, mas tão somente aquelas alterações que possam comprometer os valores, institutos e bens jurídicos tutelados pelos limites materiais ao poder reformador⁷. Nesta linha, a jurisprudência do STF tem entendido, com acerto, que *“as limitações materiais ao poder de reforma, que o art. 60, § 4º, enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição Originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”*⁸.

Portanto, cabe analisar se a PEC 187/2016 ofende ou não cláusulas pétreas da Constituição de 1988, ou seja, cumpre agora perquirir se as mudanças pretendidas pelo proponente da PEC têm ou não o condão de violar direitos básicos albergados no art. 60, § 4º, da Constituição de 1988.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA – POSSÍVEL VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS, AO USUFRUTO EXCLUSIVO DE SUAS TERRAS E AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

⁵ Rel. Min. Sydney Sanches. DJ, 18 mar. 1994.

⁶ Cf. BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2004, pp. 44-45; MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. • pp. 142-143.

⁷ Neste sentido, a lição de Luís Roberto Barroso: *“A locução “tendente a abolir” dever ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas pétreas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais, mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política”*. (Curso de Direito Constitucional. Op. Cit. p. 168)

⁸ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no MS 23.047, DJU 14/11/2003.

A Constituição da República de 1988 traz a superação do regime integracionista – em que a cultura dos indígenas e de outras minorias estava fadada à extinção, mediante assimilação à cultura e ao modo de vida da maioria nacional – e institui um Estado pluriétnico e multicultural, em que cada grupo assume as rédeas de sua própria história, afastando qualquer tipo de etnocentrismo.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Deborah Duprat no sentido de que “a Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade”⁹.

O art. 231 da Constituição institui um grande avanço no sistema pátrio, constituindo-se verdadeiro eixo central do direito indigenista brasileiro. Pela sua importância, necessária sua transcrição:

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

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

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

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

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

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do

⁹ PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto, Artigo: O Estado Pluriétnico.

Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

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

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (Grifos nossos).

O art. 215 da CR/88, por sua vez, estabelece que **incumbe ao Estado o dever de garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais”**, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, e proteger as manifestações das culturas populares, **“índigenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”**.

Dispõe ainda a Constituição, em seu artigo 216, que **“constituem patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, **nos quais se incluem: I – as formas de expressão; e II – os modos de criar, fazer e viver”**.

A natureza de direito fundamental à autonomia dos povos indígenas, mediante reconhecimento da sua organização social, costumes, línguas e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, decorre de sua intrínseca relação com os direitos à vida, à igualdade e com a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da autonomia dos povos indígenas e do usufruto exclusivo das terras por eles tradicionalmente ocupadas na categoria de direitos fundamentais acarreta inúmeras consequências jurídicas. Conforme Sarlet, direitos fundamentais “são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”.¹⁰

A fundamentalidade, nota distintiva do direito fundamental, é simultaneamente formal e material; a primeira, relacionada ao regime jurídico; a última, ao conteúdo, enquanto decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Em termos conceituais, há direito fundamental em sentido material em todas as posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não,

¹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. Editora RT, p. 266.

assentos na Constituição formal.¹¹

Por outro lado, a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, contendo os seguintes elementos: a) parte integrante da Constituição escrita, gozando de supremacia hierárquica máxima das normas constitucionais; b) enquanto normas constitucionais, encontram-se submetidas a limites formais – procedimento agravado – e materiais – cláusulas pétreas; c) são diretamente aplicáveis.¹²

Em termos concretos, não há dúvidas de que o constituinte garantiu aos povos indígenas a autonomia e, como substrato essencial para tanto, o usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas. Assim, qualquer fragilização do conteúdo essencial de tal direito incorre em violação ao art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

A autonomia e o respeito à organização social dos índios têm intrínseca e indissociável relação com o princípio da igualdade. Conforme abordado pelo Ministro Aires Britto, no julgamento da PET 3388, “a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso de crueldade coletiva – desvantagens comparativas com outros segmentos sociais”. Continua explicando que se trata de sintoma típico do constitucionalismo típico fraternal ou solidário:

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

Respeitar os costumes e a organização dos próprios grupos não se trata de, tal como constante da justificativa da PEC, concepção “preconceituosa e ingenua, baseada em um desejo bucólico de retornarmos aos tempos do ‘bom selvagem’”. Em um constitucionalismo dito fraternal, fundado fortemente na igualdade civil-moral de minorias, garante-se direitos e políticas afirmativas, sem que isso pressuponha incapacidade ou isolamento.

Não se deve, assim, esperar que uma cultura permaneça estática; e definitivamente a Constituição não o fez. Não por outra razão o STF entendeu que a terminologia utilizada pelo texto constitucional – índios, e não silvícolas – busca exatamente afastar a ideia de que seriam índios apenas os grupos isolados e sem contato com a sociedade dita envolvente. Nesse sentido, muito esclarecedor trecho do acórdão da PET 3388:

¹¹ Sarlet. Op cit, p. 269.

¹² Sarlet. Op. cit. P. 267.

O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

Portanto, quanto ao que se propõe na justificativa, a PEC não traz qualquer avanço ou benefício aos povos indígenas. A própria interação que se quer alcançar já está plenamente garantida pelo texto vigente, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no mesmo caso Raposa Serra do Sol, no sentido de que a finalidade da demarcação é exatamente preservar a identidade do grupo e meios dignos de subsistência, garantindo-se, obviamente, a interação (tão mencionada na PEC):

No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho auto-reverse, pois também eles, os índios, têm o direito de nos catequizar um pouco (falemos assim).

Na Justificativa da PEC, apesar de se reconhecer que a Constituição buscou exatamente garantir autonomia aos povos indígenas, sem qualquer interferência ou imposição, deixa-se se claro que se busca “viabilizar a sua interação”. A cultura – ou as culturas – é (são) dinâmica(s) e a interação constante dos povos ocorre sem a necessidade de interferência ou medidas como a ora proposta, sob pena de se reestabelecer o viés integracionista, fundado em interesse de terceiros, e não no fluxo natural de interculturalidade e dentro da própria organização social do grupo.

Veja-se trecho da justificativa:

Com o passar dos anos, percebeu-se que os indígenas merecem respeito e que respeitar suas características não significa “integrá-los” ou “isolá-los”, mas sim viabilizar sua interação de acordo com seus próprios meios de vida, suas próprias necessidades e, principalmente, suas próprias vontades e decisões. Percebeu-se a possibilidade de “interação” sem que haja “integração” e o fato de ser plenamente viável que o índio exerça atividades negociais e continue a ser índio.

Não há qualquer dúvida de que os povos indígenas têm autonomia para se organizarem, desde que no exercício do controle de suas próprias vidas e sem influência e imposições de terceiros. Também por esse aspecto a PEC é desprovida de utilidade, uma vez que a cabeça do art. 231 é muito clara quanto a isso, e a própria jurisprudência já assim reconheceu. Por outro lado, o texto abre margem para efeito justamente oposto: o aumento de pressões sobre terras indígenas, objeto de desejo de terceiros para fins de exploração, e pode acabar no sentido de se tentar legitimar a fragilização do usufruto exclusivo das terras, com práticas nocivas ao grupo, a exemplo do arrendamento de suas terras.

Em se tratando de garantia em face do Estado – e também em face de terceiros – **não pode o legislador infraconstitucional ou mesmo o constituinte derivado – como se apresenta na hipótese em tela –, pelo exercício do poder reformador, propor alterações jurídicas se mostrem “tendentes” a abolir direitos fundamentais.**

Conforme ensinamento de Edilson Vitorelli Diniz Lima, “a Constituição Federal, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231 da CF/88), **compreende a diversidade como enriquecimento cultural e confere aos índios o direito à diferença, ou seja, o direito de serem índios e de assim permanecerem**”¹³.

Importante mencionar que a terra indígena representa mais do que um bem material-econômico. Seu valor é ligado diretamente à identidade, enquanto instrumento essencial de existência física e cultural do grupo. Conforme bem salientado por Duprat¹⁴, a Constituição:

tratou exaustivamente e em caráter pragmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, **emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, caput e §1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta**, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de 'relevante interesse público da União', a ser definido em lei complementar (art. 231, §6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º). (Grifo nossos.)

Assim, em razão da absoluta distinção da natureza das terras indígenas com a propriedade privada, qualquer associação a regime estritamente civilista ou tentativa de reduzir os direitos sobre suas terras decorrentes ao Direito Civil deve ser abolida, a exemplo do que o faz a PEC ao admitir as atividades agropecuárias e florestais, condicionando o seu exercício ao “respeito à legislação pertinente”.

Perceba-se que se trata de clara restrição ao reconhecimento, de status constitucional,

¹³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz, Estatuto do Índio, Editora Jus PODIVM, 2011, pg. 25.

¹⁴ PEREIRA, Op. Cit.

à “sua organização social”. Há verdadeira inversão de ordem e de valores, pois acaba impondo uma visão etnocêntrica, desrespeitando seus costumes e valores, que, em última instância, é um retorno ao integracionismo.

Em sendo assim, a PEC não traz qualquer benefício aos indígenas, destinatários da proteção do arcabouço normativo dos arts. 231 e 232. Antes, fragiliza sua organização e busca impor valores etnocêntricos e interesses típicos de capital, que afrontam claramente o usufruto exclusivo de suas terras. Com total razão, portanto, o Deputado Luiz Albuquerque Couto ao afirmar em seu voto em separado:

O que ressalta do excerto de José Afonso da Silva e dos dispositivos citados é que são garantidos os direitos aos índios segundo o seu modo tradicional de ocupação. Evidentemente, eles podem incorporar elementos da contemporaneidade na reprodução de suas práticas, mas não podem fazê-lo de modo a pôr a pique os elementos da natureza que lhes asseguram as formas de reprodução de suas vidas segundo a sua tradição e a evolução dessa. A União a quem pertence essas terras tem o dever de, juntamente com as comunidades indígenas, por elas zelar.

Ademais, a PEC desconsidera as diferenças culturais em jogo. O Brasil conta com 305 etnias e 274 línguas, de acordo com o censo do IBGE de 2010, diversidade que impõe ainda maior cautela em qualquer tipo de regra a ser estabelecida de maneira uniforme a todos os grupos. Por essa razão, completamente acertada a opção do constituinte originário ao garantir “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, bem como o respeito “aos modos de criar, fazer e viver”.

Outro equívoco está no seguinte trecho da justificativa da PEC:

Dados demonstram que a grande maioria dos indígenas brasileiros encontra-se em condições de miserabilidade: dois terços dos mesmos dependem de programas de transferência de renda; tantos outros estão entregues ao alcoolismo, ao endividamento e a condições indignas de trabalho, muitos deles optando por ceifar a própria vida (a taxa de suicídio entre os indígenas encontra-se 400% maior do que a taxa de suicídio do restante dos brasileiros).

O conceito de “miserabilidade” dos não índios não se confunde com a cosmovisão dos povos indígenas. Não se pode aplicar um critério de pobreza pautado exclusivamente na percepção de renda a grupos que não se propõem a acumular riquezas. Dessa forma, o fato de 2/3 dos povos indígenas receberem benefícios de transferência de renda não implica necessidade de alterarem seus modos de vidas para se pautarem pela ótica do capital, como quer a PEC ora em análise.

Não por outra razão, muito se tem discutido acerca da necessidade de se alterar tais programas para fins de adaptação aos povos indígenas, haja vista que têm impulsionado alterações na rotina de muitas comunidades.¹⁵ O que a PEC faz, portanto, longe de resolver um problema de renda, é impor uma visão de mundo totalmente diversa, em séria afronta aos costumes das 305 etnias brasileiras.

Ademais, a associação dos problemas de renda ao alcoolismo e ao suicídio não encontra melhor sorte. Ao contrário, o que se percebe é que o consumo de bebidas alcoólicas é fortemente aumentado quando se monetariza as comunidades, exatamente o que a PEC propõe ainda em maior escala. Nesse sentido, lapidares as lições de Edilson Vitorelli:

Além da discórdia decorrente de uma atabalhoadada transição capitalista, a monetarização das tribos tem acarretado o afastamento das comunidades de suas raízes culturais, bem como contribuído, em conjunto com outros fatores, para elevação das taxas de alcoolismo e, eventualmente, uso de drogas. Por essa razão, ao contrário do que comumente se afirma, as políticas públicas não são um privilégio dos índios, mas um mecanismo que tem contribuído para a destruição dessas comunidades. O pior é que, uma vez introduzidas, não há como fazer a reversão dessas políticas, já que não há como remover, por uma acomodação natural, inerente ao ser humano, as comodidades decorrentes da monetarização. O encerramento das políticas, por interpretação da Convenção 169 da OIT, também depende da concordância da população atendida, o que dificilmente ocorrerá, uma vez que, na perspectiva da comunidade, essa remoção significaria retrocesso.¹⁶

Quanto ao suicídio, ao contrário do alegado na justificativa da PEC, a regra é que se encontre as maiores taxas de suicídio exatamente nas comunidades que mais sofreram com interferências, esbulho de terras, confinamento e ainda hoje não possuem suas terras totalmente demarcadas, a exemplo dos Guarani-Kaiowá, no Estado do Mato Grosso do Sul.

Para finalizar, cita-se trecho de carta aberta do grande líder Davi Kopenawa¹⁷ sobre o desconhecimento dos não-índios sobre a sua cultura e a tentativa de se tratar as dificuldades sociais presentes em comunidades indígenas como se fossem inexistentes em qualquer outro grupo humano:

O Governo não conhece o nosso costume, o nosso pensamento. Nós também não conhecemos os costumes e o pensamento do Governo. Eles só conhecem negócio de dinheiro. O nosso pensamento é a terra. Nosso interesse é preservar a terra, para não criar doença para o povo do Brasil, não só dos índios. Garimpeiro, posseiro, não tem terra, por isso eles invadem a terra dos índios. Se eles tivessem a sua terra, eles não invadiriam a nossa área. Eu também vejo o branco sofrer na cidade, fome, tudo

¹⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1810078-bolsa-familia-altera-rotina-de-indigenas-na-regiao-do-xingu.shtml>

¹⁶ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Op cit. P. 30-31.

¹⁷ Disponível em: www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=htm&url=/apy/YU/9.htm

4. DA VIOLAÇÃO A DIVERSAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

A Proposta de Emenda Constitucional n.º 187/2016 traz riscos concretos de responsabilização internacional do Brasil no plano internacional, em razão de diversos diplomas internacionais dos quais é signatário, os quais preservam a igualdade, a autodeterminação dos povos indígenas e a proteção de suas terras, além da efetiva proteção do patrimônio cultural.

Conforme disposto no artigo 1º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 591/92) e no artigo 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 592/92), todos **os “povos” têm direito à autodeterminação, sendo-lhes garantido “dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais”**.

No mesmo sentido é o tratamento dado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (Decreto 5.051/2004), que, em seu artigo 15, determina que **“Os direitos do povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos”**. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas está previsto também no artigo 3º da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, *in verbis*: **“Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direitos determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”**.

A recém editada Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas fortalece o entendimento no sentido de que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”* Ademais, violaria também os seguintes dispositivos da Declaração:

Artículo VI. Derechos colectivos

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Artículo X. Rechazo a la asimilación

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su

identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.

2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

Em que pese as referidas declarações não tenham caráter formal de Tratado Internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, elas contêm normas costumeiras internacionais, integrando, em seu núcleo, o próprio conjunto de *jus cogens* internacional, ou pelo menos de *soft law*.

Todos esses instrumentos estão a repelir a PEC 187/2016, impondo ao país que se abstenha de editar qualquer norma que pudesse atrair a sua responsabilização jurídica internacional.

5. DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Conforme bem ressaltou o Deputado Luiz Couto, no seu voto em separado, entendendo pela não admissibilidade da PEC 187/2016, “as atividades produtivas das comunidades indígenas estão, portanto, intimamente vinculadas à suas culturas e dependem em alto grau da natureza abundante e diversa que lhes configura o ambiente propício para a vida conforme as suas tradições”.

Com base na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que consiste na **proibição da proteção insuficiente** a determinado direito, decorrente do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos, o Poder Público tem de adotar as medidas efetivas concernentes à proteção, promoção e implementação dos direitos dos

povos indígenas, seja no tocante ao reconhecimento à sua identidade, decorrente do multiculturalismo e da diversidade cultural, seja referente aos seus territórios e à sua cultura (seus usos, costumes ou tradições), necessários a seu bem estar e à sua reprodução física e cultural.¹⁸

Portanto, reconhecendo a fundamentalidade dos direitos indígenas já mencionados, está absolutamente afastada a hipótese de qualquer mudança que possa reduzir a garantia, sob pena de violação ao princípio do não retrocesso, que, nos dizeres André de Carvalho Ramos, “é fruto dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Estado democrático de Direito (art. 1º, caput); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV”¹⁹.

O Supremo já se debruçou sobre o tema, pelo que vale a transcrição do seguinte excerto:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. **Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.**– (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). Grifos nossos.

Assim, também pelo princípio do não retrocesso (também conhecido como efeito *cliquet*), a União está impedida de retroceder em matéria de direitos humanos, reduzindo o âmbito de proteção e amplitude de tais garantias.

5. DA VIOLAÇÃO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA

A Convenção 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004, possui natureza de ato normativo supralegal, tendo em vista tratar-se de

¹⁸ RAMOS, André de Carvalho, Curso de Direitos Humanos, Editora Saraiva, 2ª ed., 2015, pg 122.

¹⁹ *Op cit.*

tratado internacional de Direitos Humanos (STF, RE 466.343/SP).

Entre outras obrigações, o diploma impõe que medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar diretamente os povos indígenas depende de consulta prévia, livre e informada, para que possam exercer o direito de escolha das suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento. Ademais, determina que os governos adotem medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitem, nos termos do artigos 6º e 7º da mencionada Convenção.

Com efeito, o Artigo 6º do referido tratado assim dispõe:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

O item 1. a) do Artigo 6º é claro ao impor o dever do Estado de realizar a consulta dos povos interessados, *mediante procedimentos apropriados, cada vez que sejam previstas medidas administrativas ou legislativas* suscetíveis de afetá-los diretamente.

Ademais, o item 2 prevê que as consultas serão realizadas conforme a boa-fé, fortalecendo, mais uma vez, a necessidade de que ocorram de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Do mesmo modo, o direito de consulta encontra-se consagrado na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, *litteris*:

Artigo 19. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Na Declaração, além de se exigir a boa-fé para aplicação de medidas legislativas (e também administrativas) que afetem aos povos indígenas, há o registro expresso de que o consentimento deve ser *livre, prévio e informado*.

A realização da consulta em momento prévio à adoção de qualquer medida legislativa (seja ela de qualquer natureza, incluindo propostas de emenda à constituição) é imprescindível, sob pena de se transformá-la em mero procedimento protocolar, em que os principais interessados são afastados da fase de elaboração.

Permitir que o grupo diretamente afetado emita sua posição apenas em fase posterior prejudica a efetiva participação e reduz significativamente o caráter democrático do processo. Nesse sentido, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Kichwa de Sarayaku vs Ecuador”:

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o **legislativa** que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1)(...) De este modo, los Estados deben incorporar [l]os estándares [internacionales] dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos **de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.** En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes. (Grifou-se)

Ademais, é indispensável que o processo de consulta se dê de forma livre, isto é, sem pressões que possam viciar a expressão de vontade. E, ainda, exige-se que o consentimento seja informado, de modo que, antes da manifestação, a população interessada tenha todo conhecimento necessário para garantir seu posicionamento com perfeita clareza de suas consequências.

Importante assinalar que a violação ao direito da consulta pode acarretar responsabilidade jurídica internacional do Brasil, sobretudo porque espontaneamente ratificou a Convenção nº 169. Nesse sentido, oportuno mencionar o caso “Saramaka vs Suriname”, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado do Suriname a:

Adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos

Con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. El Estado debe cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable;

Saliente-se que o Estado do Suriname foi condenado sem sequer ter ratificado a Convenção nº 169 da OIT, uma vez que, como decorrência próprio sistema de proteção internacional de direitos humanos, a obrigação de se garantir a consulta livre, prévia e informada, segundo seus costumes e tradições se aplica para qualquer projeto que possa afetar minorias étnicas.

6. POVOS INDÍGENAS E EFETIVA CONSERVAÇÃO AMBIENTAL

Conforme o art. 225 da CR/88, ao poder público e à coletividade impõe o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, constituindo-se direito de natureza fundamental e indisponível.

Nesta esteira, conforme Declaração de Princípios da Rede WWF²⁰, em seu preâmbulo, “os povos indígenas, bem como suas instituições representativas e organizações conservacionistas, devem ser aliados naturais na luta pela conservação de um mundo e de sociedades humanas saudáveis”, tendo em vista que eles “são os guardiões chaves e protetores da

²⁰O WWF é uma rede internacional de organizações voltadas para a promoção da conservação da natureza. Criada em 1961, a Rede WWF atua em mais de cem países espalhados pelos cinco continentes e tem como marca de sua atuação o diálogo com todos os envolvidos nas questões ambientais: governos, empresas, instituições da sociedade civil, cidadãos e comunidades tradicionais. A Rede WWF estabeleceu em 1996 os princípios de atuação junto a povos indígenas, com a publicação do documento “Povos Indígenas e Conservação Ambiental: A Declaração de Princípios do WWF”. Essa reflexão nasce do reconhecimento da contribuição que os povos indígenas deram e podem continuar dando para a conservação da natureza e de seus direitos de manter os modos que vida que permitiram essa contribuição. O documento pretende orientar as ações dos membros da Rede WWF em seus projetos de conservação que envolvem, direta ou indiretamente, populações indígenas.

natureza”. Consta ainda que “seus conhecimentos e sistemas sociais e de subsistência – suas culturas – estão bastante alinhados com as leis naturais de seus ecossistemas locais”, o que demonstra que a convivência harmônica entre as comunidades e os meios naturais são benéficos para toda a sociedade brasileira, atendendo a determinação constitucional supracitada na proteção do meio ambiente.

A WWF ressalta que “as organizações ambientalistas e outras organizações não-governamentais, em conjunto com instituições de todo o mundo, **devem adotar estratégias com os povos indígenas para corrigir os desequilíbrios políticos, econômicos, sociais e jurídicos, tanto internacionais quanto nacionais, que geraram essas forças destrutivas, assim como para enfrentar seus efeitos locais**”.

Conforme artigo 29 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, “**os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas para assegurar essa conservação e proteção**”.

Desta forma, infere-se que a presença das comunidades indígenas efetivamente contribui para a promoção do uso sustentável dos recursos naturais e para a conservação do meio ambiente dentro dos seus respectivos territórios, em atendimento ao mandamento constitucional para uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, inclusive, necessários a seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Ademais, é falsa a compreensão de que as terras indígenas não geram lucros, seja para os índios, seja para o país de modo geral. Recente estudo indica que só no Brasil as terras indígenas demarcadas geram uma quantia líquida de 26 bilhões de dólares por ano, referentes à redução de emissão de CO₂²¹. Portanto, também é totalmente equivocada a noção de que as terras indígenas, sobretudo na Amazônia – onde está localizada a maioria de áreas indígenas no Brasil, devem se submeter a todo custo à ótica da exploração máxima do capital e devastação ambiental.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a presente nota é pela rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 187/2016, em razão da manifesta inconstitucionalidade e por violar normas de direito internacional de direitos humanos, implicando flagrante retrocesso para os direitos dos povos indígenas.

Em caso de não rejeição imediata, aponta-se para a necessidade de integral respeito à

²¹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/reinaldojoselopes/2016/10/1820979-garantir-posse-de-terra-indigena-e-barato-e-ajuda-o-ambiente-mostra-estudo.shtml>

consulta livre, prévia e informada, nos termos previsto na Convenção nº 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

Brasília, 3 de abril de 2017.

LUCIANO MARIZ MAIA
COORDENADOR DA 6ª CCR

ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA
MEMBRO DA 6ª CCR

ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO
MEMBRO DA 6ª CCR

FELÍCIO PONTES JR.
MEMBRO SUPLENTE DA 6ª CCR

JOÃO AKIRA OMOTO
MEMBRO SUPLENTE DA 6ª CCR

ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO
MEMBRO SUPLENTE DA 6ª CCR