



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

NOTA TÉCNICA Nº 02 /2019-6CCR

Analisa a constitucionalidade da PEC n. 343, de 2017

I – INTRODUÇÃO

A presente Nota Técnica tem por objeto a análise da Proposta de Emenda à Constituição n. 343/2017, de autoria do Deputado Nelson Padovani (PSDB/PR). Esta proposta foi apensada à Proposta de Emenda à Constituição n. 187, de 2016, passando, desde então, a tramitar em conjunto na Câmara dos Deputados.

A Proposta original (PEC 187/2016), de autoria do Deputado Vicentinho Júnior, acrescenta o §8º ao art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a seguinte redação:

§ 8º. As comunidades 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”.

A PEC 343/2017, ao seu turno, altera o §4º do art. 231 da Constituição Federal, para acrescentar dispositivos que definem ressalvas às prerrogativas de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos territoriais indígenas, permitindo a implantação de parceria agrícola e pecuária entre a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e “brasileiros que explorem essas atividades, conforme o interesse nacional, na forma compatível com a política agropecuária”.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, ressalvando-se as seguintes condições simultâneas para fins estratégicos de implantação de parceria agrícola e pecuária entre a Funai – Fundação Nacional do Índio, e brasileiros que explorem essas atividades, conforme o interesse nacional, na forma compatível com a política agropecuária:

I – aproveitamento racional e adequado;

- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, visando sua preservação;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – convivência harmônica e pacífica com os grupos indígenas ocupantes da área e respeito a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições;
- V – terras demarcadas até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988;
- VI – participação nos resultados de exploração de ambas as partes na forma da lei;
- VII – a concessão não poderá ultrapassar mais da metade da área indígena demarcada;
- VIII – a exploração agropecuária de terras indígenas terá sempre por prazo determinado, não podendo ser cedida ou transferida, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.”

A Atual redação desse dispositivo constitucional é a seguinte:

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

A presente proposta de emenda à Constituição pressupõe, por conseguinte, para o exercício da atividade, o atendimento aos requisitos citados nos incisos propostos na nova redação do parágrafo, de forma simultânea.

A justificativa da PEC é a de que o novo regramento da matéria *“pode se tornar uma ferramenta importante para sanar os conflitos existentes entre índios e produtores rurais pela disputa de suas terras, fazendo com que ambas as partes possam manter parcerias na forma de concessão, em consonância com as disposições constitucionais (...)”*.

O relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Deputado Alceu Moreira, analisou conjuntamente as duas proposições legislativas, manifestando-se no sentido de sua admissibilidade e aprovação. Para Sua Excelência as proposições preencheriam todos os requisitos do art. 60 da Carta Magna, nada havendo “que coloque em ameaça a forma federativa de Estado, o voto direto, universal e periódico, a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais. (art. 60, §4º da CF).”

II – DOS FUNDAMENTOS PARA REJEIÇÃO DA PEC

1. Atividades Produtivas Indígenas

A Carta Política, no Título VIII da ordem social, abre o Capítulo VIII especificamente para reconhecer aos índios o direito originário à sua organização social, costumes e tradições, à posse permanente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, o usufruto exclusivo de suas riquezas e o direito de ingressarem em juízo para defesa de seus interesses, dentre outros.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente

ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

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

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

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

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

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

A definição de direitos constitucionais indígenas, segundo leciona José Afonso da Silva¹, não é entre nós coisa recente e data já do período colonial brasileiro, contexto no qual já era reconhecido em diversos alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses. O direito sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, segundo este autor, data da Carta Régia de 30 de junho de 1611. O Alvará de 1º de abril de 1680 já reconhecia o *indigenato*, isto é, o direito dos indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas. No mesmo sentido, a Lei de 6 de junho de 1775, ao tratar das sesmarias, determinou que se respeitassem os direitos indígenas, estes que são os primários e naturais senhores das terras brasileiras.

O reconhecimento do direito originário dos indígenas à posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas não é, portanto, coisa nova em nosso ordenamento jurídico e data já do século XVII. O Estatuto do Índio, que veio pela Lei 6001/73, já garantia aos índios, em seu art. 2º., inciso IX, *a posse permanente das que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto inclusive das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes*.

¹Parecer elaborado a pedido do Instituto Socioambiental e outros, disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_ver_sao.pdf

A Constituinte de 1988 foi, sem dúvida, momento de explicitação desses direitos como Norma Jurídica Primária, direitos que, não obstante, por sua feição originária, são a ela preexistentes desde longa data. Vale lembrar que a primeira experiência constitucional em solo brasileiro data de 1824, sob o reinado de Dom Pedro II, portanto no século XIX. E não poderia ser diferente, pois a questão indígena surgiu com a chegada do colonizador europeu ao continente americano, no longínquo século XVI.

Pode-se afirmar juridicamente que na ordem constitucional velha o indígena, para tornar-se um cidadão pleno, deveria passar pelo processo de aculturação e evolução socioeconômica; na nova ordem constitucional o indígena já é cidadão pleno, independentemente de um processo de aculturação, evolução ou integração, pois o Estado brasileiro reconhece o direito à preservação de suas peculiaridades culturais, o que inclui suas próprias atividades produtivas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 33.922/DF, Primeira Turma, em decisão monocrática do Relator, Ministro Edson Fachin. DJe: 24.02.2016, teve a oportunidade de reafirmar a emancipação indígena operada pela Constituição de 1988, ao afirmar que *“todo o arcabouço constitucional (...) retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.”*

No julgamento da Pet nº. 3388, em 23/10/2009, o Supremo Tribunal Federal, pelo relator do feito, o Ministro Ayres Britto, já tivera oportunidade de desconstituir o falso dilema da integração indígena, mediante a afirmação do projeto de desenvolvimento social e ecologicamente equilibrado inaugurado em 1988, no contexto de uma sociedade plural e inclusiva.

Confira-se:

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.

Assim, ao passo que na ordem constitucional antiga ao índio era proposta a superação de suas peculiaridades culturais para a lenta e gradual integração à sociedade brasileira, a Constituição de 1988 admitiu como pressuposto a existência dessa diversidade cultural, ao preconizar uma política *compensatória das desigualdades historicamente acumuladas* (vide retro). Disso decorre um fato inexorável: o índio não deve e não necessita ser integrado à sociedade brasileira, pois dela já faz parte desde sua gênese. Noutro passo, superado este falso dilema da

integração, como um dos atores que integra nossa sociedade deve ele ser respeitado em sua *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições* (art. 213, CF/88).

A presente PEC tem por escopo a “implantação de parceria agrícola e pecuária entre a Funai – Fundação Nacional do Índio e brasileiros que explorem essas atividades, conforme o interesse nacional, na forma compatível com a política agropecuária”, mediante o cumprimento de requisitos ali definidos. Tais disposições demonstram o desconhecimento da distinção constitucional e jurisprudencial entre as atividades produtivas indígenas e a produção agropecuária em geral. Dois conceitos diversos, regulados em momentos também distintos da Constituição, na ordem econômica (agricultura e pecuária) e na ordem social (produção indígena). O Eminentíssimo Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, assinala em voto² esse equívoco:

Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar as comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios (...) desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecutorio de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Tudo isto é dito para demonstrar que qualquer política voltada aos povos indígenas, ainda que inserida no texto constitucional por meio de emenda, não pode adotar como objetivo, ainda que de forma velada, integrar o índio à sociedade brasileira, obrigando-o ou induzindo-o a adotar os padrões produtivos dessa sociedade em detrimento de seus próprios, porque pressuporia válido algo que a Constituição da República repudia, isto é, o desrespeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Em conclusão, a proposição analisada adota parâmetros que desconsideram e violam, a um só tempo, suas peculiaridades culturais e seus direitos constitucionais.

2. Conflito entre os interesses indígenas e a política agrícola da União

A Constituição de 1988, como já foi dito anteriormente, assegura aos povos indígenas brasileiros o usufruto exclusivo e a posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, utilizadas para suas atividades produtivas, segundo seus usos, costumes e tradições.

O Ministro Celso de Mello, ao julgar recurso extraordinário³ em que se discutira a posse tradicional indígena, sustentou em seu voto que a questão territorial para os indígenas

² STF. Pet nº. 3388, julgada em 23/10/2009, Relator do feito, o Ministro Ayres Britto.

³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 183188. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 10/12/1996.

confunde-se com sua integridade cultural, pois a sua perda significa a simultânea perda de sua identidade étnica:

Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-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 integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.

Prossegue Sua Excelência nesse mesmo julgado:

A Carta Política, na realidade, criou, em seu art. 231, par. 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar aos índios os direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, s. 2º, 3º e 7º), e, de outro, proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, caput e seu par, 1º).

Nesse sentido, a própria Constituição admite e enuncia a existência de uma diferença de caráter cultural entre a agricultura, pecuária, pesca etc. não indígenas e as atividades produtivas indígenas, manifestada nos seus peculiares costumes e tradições.

Tivesse o Constituinte de 1988 a intenção de igualar as atividades produtivas desenvolvidas pelos indígenas em seus territórios às atividades agrícolas em geral, certamente não se teria detido sobre as peculiaridades culturais dos índios, isto é, seus usos, costumes e tradições. Teria deixando o regramento da matéria à disciplina geral da norma do art. 187 que trata Ordem Econômica e Financeira. As atividades produtivas indígenas seriam, segundo esta perspectiva, não abraçada pelo Constituinte, também elas um subsistema da política agrícola em geral.

O Constituinte, muito ao contrário, reservou especificamente o Capítulo V ao regramento da questão indígena, inserindo-o no Título VIII que trata da Ordem Social. Optou por reconhecer nas atividades indígenas algo distinto e incompatível com as atividades econômicas em geral. Esta distinção alcança, indubitavelmente, a gestão territorial indígena que não guarda no corpo da Constituição, como se viu, qualquer identidade com a política agrícola ou com a reforma agrária disciplinadas, respectivamente, nos art. 184 e 187 do Capítulo III da Ordem Econômica.

A interpretação sistemática da Constituição recomenda que seus dispositivos sejam lidos com o escopo de dar a maior eficácia possível às suas normas, como alerta a Ministra Rosa Weber⁴, do Supremo Tribunal Federal na paráfrase da doutrina de Jorge Miranda:

Não é demais lembrar que, diante de norma constitucional assim qualificada, recomenda a doutrina que se evite “método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais.

⁴ Acórdão proferido na ADI nº. 3239, publicado no DJE de 1º de fevereiro de 2019.

E prossegue, neste mesmo julgado, a douta Ministra do Supremo Tribunal Federal:

Tenho, pois, que levada a sério, à norma constitucional – especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa. Em absoluto merece endosso, *data venia*, interpretação atribuidora de sentido e eficácia que impliquem a própria inexistência do texto interpretado: impacto jurídico indistinguível de uma ordem jurídica carente do preceito.

Ora, não pode o legislador, e mesmo o titular do poder constituinte derivado, criar, dentro do capítulo que manifesta expressa proteção aos direitos indígenas, restrição que seja tendente a derogar os próprios direitos que disciplina, tornando letra morta estes dispositivos constitucionais que vieram a lume na Assembleia Nacional Constituinte, como instrumento de reparação de uma dívida histórica de séculos de opressão contra os povos indígenas no Brasil.

A proposição parte, nesse sentido, de uma exegese do art. 231 da Carta Magna que, nas palavras do STF, *lhe retira toda e qualquer densidade normativa*. Não se trata, por conseguinte, do exercício das prerrogativas inerentes ao titular do Poder Constituinte derivado, tampouco de um juízo de conveniência política. O texto, ao contrário, constitui uma violação da opção feita pelo Constituinte de 1988 para a afirmação da igualdade entre os brasileiros, respeitada a diversidade das matrizes que concorreram para a conformação desta nacionalidade.

Imperiosa, portanto, a sua rejeição.

III – CONCLUSÃO

A Proposta de Emenda Constitucional n. 343/2017, ao pretender regular a exploração de atividade agrícola em territórios indígenas, desconsiderada a peculiaridade cultural de suas atividades produtivas. Restabelece a velha política integracionista vigente na primeira metade do Século XX, mediante a qual o Estado brasileiro pretendeu fazer do indígena um cidadão agricultor. O resultado foi o genocídio documentado no Relatório Figueiredo⁵, que descreve violações de direitos praticadas contra os indígenas em todo o país, sobretudo pelo Estado, por meio de

⁵Depois de 45 anos desaparecido, o Relatório Figueiredo, produzido em 1967 pelo Procurador Jader de Figueiredo Correia a pedido do então Ministro do Interior Afonso Augusto de Albuquerque Lima, ressurgiu quase intacto em abril de 2013. Supostamente eliminado em um incêndio no Ministério da Agricultura, foi encontrado no Museu do Índio do Rio de Janeiro com mais de 7 mil páginas preservadas e contendo 29 dos 30 tomos originais.

funcionários Serviço de Proteção ao Índio⁶, órgão então vinculado ao Ministério da Agricultura, e por latifundiários ao longo das décadas de 1940, 1950 e 1960.

A presente PEC traduz, assim, grave violação à autonomia dos povos indígena, pedra angular do regime jurídico-constitucional instituído a partir da Carta Magna de 1988.

Por todo o exposto, a presente nota é pela rejeição da Proposta de Emenda Constitucional n. 343/2017, em razão da manifesta inconstitucionalidade, implicando flagrante retrocesso para os direitos dos povos indígenas.

Brasília, na data da assinatura digital.

ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA
Subprocurador-Geral da República
Coordenador da 6ªCCR/MPF

⁶Segue, e.g. trecho do Relatório Figueiredo que exemplifica o genocídio cometido contra os indígenas:

“Durante cêrca de 20 anos a corrupção campeou no Serviço sem que fossem feitas inspeções e tomadas medidas saneadoras. Tal era o regime de impunidade, que a Comissão ouviu dizer no Ministério da Agricultura, ao qual era subordinado o SPI, que cêrca de 150 inquéritos ali foram instaurados sem jamais resultar em demissão de qualquer culpado. Contando com a boa vontade dos diversos setores da administração do Ministério da Agricultura a CI resolveu requisitar os processos de inquéritos administrativos do SPI. Infelizmente os arquivos daquela Pasta já haviam sido transferidos para Brasília e foram destruídos pelo incêndio que queimou o edifício sede, juntamente com a sede do SPI instalada no mesmo edifício. Os poucos processos salvados do incêndio dão a impressão de protecionismo, pois havia em todos uma característica comum, um traço dominante: a existência de um vício processual que determinava sua anulação e arquivamento, sem que jamais de voltasse a instaurá-lo novamente, ou, depois, nem, ao menos nêles se falava mais. Ora, a conveniência era flagrante. Defendiam-se entre si pois conheciam os crimes uns dos outros. Aos que praticavam irregularidades, mais fácil se tornou obstaculizar a apuração depois do incêndio do Ministério da Agricultura. Destruidos os arquivos julgaram-se salvos e livres dos castigos merecidos. Felizmente são longas as garras da Lei e a Verdade pode chegar por vários caminhos. Reconhecendo não ser possível levantar com exatidão os valores subtraídos aos índios para exigir ressarcimento. Nem mesmo é possível apresentar ao esclarecido julgamento de V. Exa. todos os culpados e, muito menos, todos os seus crimes; é imensa a área de jurisdição do SPI. São inúmeros os funcionários implicados e muitos os seus crimes. Por outro lado, cerceados pelas limitações de tempo e de espaço os membros da Comissão não podem apresentar perfeito trabalho de apuração, quer quantitativa quer qualitativamente. Limitaram-se quase a uma obra perfunctória de colheita de dados para instruir novas Comissões, que terão tôdas as condições de realizar o trabalho de profilaxia administrativa desejada por V.Exa. Mas se não é possível uma exata apuração nem por isso se deixou de averiguar serem tantos e tão horríveis os crimes, que o SPI pode ser considerado o maior escândalo administrativo do Brasil.”