

DECISÃO:

MANDADO DE SEGURANÇA.
PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL. DEMARCAÇÃO DAS
TERRAS INDÍGENAS 1. Mandado de
segurança impetrado por parlamentares
para o fim de obstar a tramitação de
proposta de emenda à Constituição que
exige aprovação do Congresso Nacional
para a demarcação de terras indígenas. 2.
Plausibilidade do argumento de que
poderia ocorrer ofensa a cláusula pétreia
(art. 60, § 4º, IV), diante da natureza do
direito dos índios à demarcação segundo o
critério da ocupação tradicional e do risco
de seu potencial esvaziamento pela
submissão à deliberação majoritária. 3. Por
outro lado, estando o processo legislativo
em etapa inicial, inexistente perigo na demora
ou risco de ineficácia de eventual decisão
futura, a ponto de justificar uma
intervenção imediata do Poder Judiciário. 4.
O Congresso Nacional é o espaço público
por excelência para o debate das questões
de interesse da sociedade, de modo que
apenas em situações excepcionalíssimas se
deve sustar a discussão de qualquer tema
pelas Casas Legislativas. 4. Medida liminar
indeferida, ressalvada a possibilidade de
reapreciação pela superveniência de fatos
ou informações adicionais.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Mariton Benedito de Holanda e outros Deputados Federais, contra atos dos Presidentes da Câmara dos

Deputados e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa, relativos à tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 215/2000. Confira-se o teor original da proposição:

“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 Acrescente-se ao art. 49 um inciso após o inciso XV, renumerando-se os demais:

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

(...)

XVIII - aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas;

Art. 2º O § 4º do art. 231 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 231 (...)

§ 4º As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 8º Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas Indígenas deverão ser regulamentados por lei.”

2. O texto da PEC foi modificado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, que suprimiu as expressões “*e ratificar as demarcações já homologadas*” do art. 49, XVIII, e “*ou ratificada*” do art. 231, § 4º, da Constituição, na redação dada pela proposta.

3. Os impetrantes alegam que a tramitação da mencionada PEC seria incompatível com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que veda a deliberação de propostas de emenda tendentes a

abolir direitos individuais. Segundo a inicial, estariam aqui incluídos os direitos dos índios, previstos no art. 231 da Carta da República. Sustentam que a PEC procuraria promover fins econômicos de Estados-membros e de particulares interessados na exploração das terras. Afirmam que a tramitação da proposta promoveria um vedado retrocesso e ofenderia o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, em sua vertente de *proibição de proteção deficiente*.

4. Ao final, os autores requerem a concessão de medida liminar para obstar a criação de Comissão Especial e a posterior tramitação, discussão e votação da PEC e de todas as propostas a ela apensadas. No mérito, pedem a concessão da segurança para o fim de: **(i)** vedar a criação da referida Comissão Especial; e **(ii)** excluir da deliberação da Câmara dos Deputados a PEC nº 215/2000 e seus apensos.

5. Em petição anexada à inicial, os Deputados Federais Alessandro Lucciola Molon, Luiz Alberto Silva dos Santos e Luiz Albuquerque Couto pedem ingresso no feito como litisconsortes dos autores.

6. Em 8 de agosto de 2013, a Secretaria certificou o recolhimento insuficiente das custas processuais.

7. Vieram as informações das autoridades impetradas. O Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados afirma que não dispõe de atribuição para declarar a inconstitucionalidade das propostas impugnadas, em particular diante de parecer da Comissão de Constituição e Justiça em sentido contrário. Por sua vez, o Presidente da referida Comissão defendeu a validade da PEC. Em sua avaliação, o art. 231 da Constituição não seria cláusula pétrea, pois *“outorga direito a um grupo específico, a sua natureza é de direito social, de direito coletivo de minoria. Já os direitos e garantias fundamentais, por sua própria natureza, são universais e genéricos, afetando a todos os indivíduos de todos os grupos sociais e comunidades”*. Sustenta, ainda, que as propostas pretenderiam *“legalizar o processo [de demarcação] e, com isso, democratizar a discussão com a participação pública de todos os atores envolvidos [...]”*.

8. No dia 19 de agosto de 2013, recebi em audiência representantes dos autores da ação, do Conselho Indigenista Missionário

– CIMI, da Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia – FINPAT, de comunidades indígenas e dos quilombolas. No dia 9 de setembro, recebi em audiência, igualmente, representantes da Frente Parlamentar da Agropecuária. No dia 18 de setembro, por fim, recebi a Senadora Kátia Abreu, Presidente da Confederação Nacional da Agricultura e da Pecuária – CNA. Foram-me encaminhadas, ademais, duas substanciosas Notas Técnicas. A primeira, pela Associação Nacional dos Procuradores da República, firmada pelo Procurador Alexandre Camanho de Assis; e a segunda, pela Procuradoria-Geral da República, firmada pelo Procurador Regional e Professor Daniel Sarmento, por solicitação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

9. É o relatório.

II. COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA

10. É pacífica a competência deste Tribunal para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos da Mesa de qualquer das Casas Legislativas. No caso, insurgem-se os impetrantes contra a tramitação de proposta de emenda constitucional que, a seu ver, afronta os limites materiais impostos pela Constituição ao poder de reforma reconhecido ao Congresso Nacional. Em tal situação, é igualmente remansosa a jurisprudência desta corte no sentido de que os parlamentares federais desfrutam de legitimação ativa para impugnar o curso do processo legislativo¹. Assim sendo, não vislumbro qualquer obstáculo de natureza processual ao exame do mérito da questão, em juízo cautelar inicial.

III. APRECIÇÃO DO PEDIDO LIMINAR

11. Nos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, cabe ao relator apreciar os pedidos de medida liminar (Lei nº 12.016/2009, arts. 7º, III, e 16, parágrafo único). Em síntese, são dois os pressupostos para seu deferimento: o *fumus boni iuris* – i.e., a plausibilidade ou o fundamento relevante do direito alegado – e o

periculum in mora – i.e., o risco de que o passar do tempo, durante a tramitação do processo, torne inócua a decisão que se venha a proferir ao final. Os requisitos são cumulativos: a ausência de um deles é suficiente para impedir a concessão da liminar.

IV. A PRESENÇA DO BOM DIREITO (*FUMUS BONI IURIS*)

1. A hipótese

12. A questão trazida no presente mandado de segurança envolve um aspecto extremamente sensível da teoria constitucional contemporânea. No constitucionalismo democrático, as Constituições desempenham dois grandes papéis: **(i)** o de preservar os direitos fundamentais, inclusive e sobretudo das minorias; e **(ii)** o de assegurar o governo da maioria, cujos representantes foram livremente eleitos. Não é incomum, no mundo plural e complexo em que vivemos, que surjam tensões entre esses dois polos, vale dizer, entre os direitos fundamentais de uma minoria e a vontade da maioria. É disso, precisamente, que trata a presente demanda, na qual se contrapõem interesses dos povos indígenas e a vontade (ao menos potencial) do Congresso Nacional.

13. A Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000 altera as regras pertinentes às terras indígenas, atribuindo ao Poder Legislativo competência para aprovar a demarcação dessas áreas e definir, em lei, os critérios e procedimentos a ser observados. O que se alega é que a proposição não poderia ser objeto de deliberação por ofender os direitos dos índios e o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. Para que se possa afirmar a presença do *fumus boni iuris*, é necessário investigar a natureza do direito dos índios ao usufruto das terras por eles ocupadas e o eventual risco que poderia decorrer da proposta de se condicionar os atos demarcatórios ao processo político majoritário. É o que passo a examinar.

2. Existência de um direito fundamental em risco

14. O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os *direitos individuais*. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina², que

considera protegidos os *direitos materialmente fundamentais* em geral – aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como *individuais* (e.g., liberdade de expressão), mas também os *políticos* (e.g., direito de voto), os *sociais* (e.g., direito à saúde) e os *coletivos* (e.g., direito ao meio ambiente equilibrado). Isso porque, como meios de proteção e promoção da *dignidade da pessoa humana* (CF/88, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade.

15. No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o *direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam* (CF/88, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse – no sentido que os termos assumem no direito privado –, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura *constitucional*, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua *cultura*³. Não é outra a orientação acolhida pelos tratados internacionais pertinentes⁴, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU⁵ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶. Como a *cultura* integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o *patrimônio nacional* dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do *direito dos índios à terra* entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição⁷.

16. A circunstância de um grupo ser minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. Como já observado por este Tribunal, “a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”⁸. Ademais, o modelo constitucional contemporâneo reconhece o *pluralismo* como uma marca das sociedades livres e democráticas, de modo que a proteção do que nos faz *diferentes* pode ser, e frequentemente é, tão importante quanto a tutela do que temos em comum. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”⁹.

3. Prerrogativas do Congresso Nacional

17. O Congresso Nacional titulariza não apenas o poder legislativo ordinário, mas também o poder constituinte derivado – vale dizer: o poder de emendar a Constituição. O exercício dessa competência, que é ampla, sofre apenas as limitações impostas pela própria ordem constitucional. Dentre elas destacam-se as chamadas *cláusulas pétreas*, que são o núcleo de identidade da Constituição, intangível mesmo por via de emenda. Tais limitações materiais ao poder constituinte reformador encontram-se no art. 60, § 4º, da Constituição, *in verbis*:

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

18. Por se tratar de limitações ao poder de deliberação das maiorias – elemento inerente à democracia –, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas com comedimento. Nessa linha, não se proíbe toda e qualquer alteração no enunciado textual ou no regime constitucional de um direito fundamental, mas apenas a deliberação de propostas *tendentes a aboli-lo* – *i.e.*, daquelas que, uma vez aprovadas, atingiriam seu *núcleo essencial*, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito¹⁰. É preciso encontrar, no particular, o ponto de equilíbrio que preserve o núcleo de identidade da Constituição sem promover o engessamento da deliberação democrática por parte do Congresso Nacional¹¹.

4. Plausibilidade do direito alegado

19. 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 maiorias 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 mundo¹².

20. 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 chancelados 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*¹³ – província tipicamente atribuída ao Poder Executivo, como igualmente observado por este Tribunal¹⁴. 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).

21. Essas considerações suscitam relevantes dúvidas quanto à validade, em tese, da PEC nº 215/2000, tendo em vista não só os direitos dos índios, mas também outro direito fundamental – a *proteção aos direitos adquiridos* (CF/88, art. 5º, XXXVI) – e, possivelmente, até a *separação dos poderes*, igualmente acolhida como cláusula pétrea (CF/88,

arts. 2º e 60, § 4º, III). Por todas essas razões, é plausível a alegação dos impetrantes de que a proposta impugnada não poderia ser objeto de deliberação.

V. O PERIGO NA DEMORA (*PERICULUM IN MORA*)

22. A despeito dessa plausibilidade jurídica, não considero a ameaça atualmente verificada suficientemente forte para que se possa cogitar de uma suspensão do próprio debate sobre o tema. A Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a incumbência de servir como o espaço público de vocalização de ideias, opiniões e interesses de todos os segmentos da sociedade. Somente por exceção extrema se deve obstar a discussão de um assunto de interesse público. Tal como compreendido atualmente, o ideal de governo democrático é o *deliberativo*, em que a ênfase recai sobre a capacidade de cidadãos, livres e iguais, decidirem seu futuro em um processo argumentativo honesto, em que prevaleça a força das melhores razões. Embora a deliberação não se restrinja (nem deva se restringir) aos órgãos formais de representação política, é inegável sua importância nesse cenário.

23. No caso específico em exame, acaba de ser constituída a comissão especial destinada a examinar a PEC nº 215/2000. Esse deve ser um espaço democrático e dialético para serem ouvidas as comunidades indígenas e as autoridades públicas envolvidas, assim como os titulares de interesses fundiários e negociais. Considero precipitado e, mais do que isso, uma interferência indevida proibir o funcionamento de uma comissão deliberativa do Congresso Nacional. Seria igualmente impensável presumir que os parlamentares atentariam de forma deliberada contra a Constituição. Em vez disso, assumo a premissa de que o debate na Comissão será plural, permitindo que os diferentes pontos de vista sejam vocalizados e apreciados.

24. Seja como for, qualquer que seja o resultado a que chegue a comissão, devem-se seguir, ainda, dois turnos de votação, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Diante disso, seria prematuro o Judiciário se interpor em um processo que está em estágio inicial de tramitação, antes mesmo de as Casas legislativas terem tido a oportunidade de amadurecer o debate público correspondente.

25. Por essas razões, não vislumbro a presença de *periculum in mora* que justifique a paralisação do processo legislativo neste momento.

VI. QUESTÕES FORMAIS

26. A petição inicial não veio acompanhada de documentos que permitam comprovar a suposta invalidade material das propostas apensadas à PEC nº 215/2000. Dessa forma, se é fato – como sustentam os autores – que os vícios que maculariam a referida PEC se repetem nas demais proposições, a utilidade do pronunciamento a ser eventualmente proferido depende da juntada de documentação que ateste os fatos narrados pelos impetrantes. Igualmente indispensável é a complementação das custas, na forma da lei e do Regimento Interno.

PARTE DISPOSITIVA

27. Diante do exposto, com fundamento no art. 16 da Lei nº 12.016/2009:

1. Defiro o pedido de ingresso dos Deputados Federais Alessandro Lucciola Molon, Luiz Alberto Silva dos Santos e Luiz Albuquerque Couto como litisconsortes dos impetrantes, devendo a Secretaria tomar as providências necessárias;

2. Indefiro, por ora, o pedido de medida liminar, tendo em vista a ausência de *periculum in mora*;

3. Determino a intimação dos autores para que, no prazo de 15 (quinze) dias:

a) juntem cópias das propostas que pretendem impugnar, dentre as anexadas à PEC nº 215/2000, sob pena de extinção do processo;

b) comprovem a complementação das custas, sob pena de extinção do processo.

28. Certificado o cumprimento do item 3, intime-se a

Advocacia-Geral da União para que, querendo, ingresse no feito (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I e II). Caso, ao revés, não sejam atendidas as providências previstas no referido item 3, voltem-me os autos em conclusão.

Publique-se.

Brasília, 20 de agosto de 2013.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Notas

1. MS 20.257/DF, Rel. Min. Moreira Alves; MS 24.642/DF, Rel. Min. Carlos Velloso; MS 23.47-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

2. V., entre outros: Ingo Wolfgang Sarlet, *Do poder constituinte e da mudança constitucional*. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 2012, p. 137/8; Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 245-6; Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2012, p. 307-10; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2013, p. 201-4.

3. Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto. Confirmam-se, em particular, os votos do Relator e do Ministro Menezes Direito – **Min. Ayres Britto**: “Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”; **Min. Menezes Direito**: “Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição. Sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições estão, como se sabe, atrelados à terra onde vivem”. Na mesma linha, v., e.g., Luís de Freitas Júnior,

Hermenêutica constitucional da posse indígena, *Revista da AGU* 15:144, 2008; Luiz Armando Badin, Sobre o conceito constitucional de terra indígena, *Arquivos do Ministério da Justiça* 190:128-9, 2006. Para um levantamento da jurisprudência do STF sobre o tema, v. Robério Nunes dos Anjos Filho, O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos povos indígenas. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, 2011, p. 911-54.

4. **Convenção/OIT nº 169** (Genebra, 1989; Dec. Leg. nº 143/2002; Dec. nº 5.051/2004), arts. 7º.1 e 13.1: “Artigo 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. [...] Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”; **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (ONU, 1969; Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 27: “No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outras membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

5. UNHRC, *General Comment no. 23: the rights of minorities* (art. 27). Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument)>. Acesso em: 9 set. 2013 (tradução livre): “A fruição dos direitos aos quais se relaciona o artigo 27 [do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos] não restringe a soberania e a integridade territorial de um Estado-parte. Ao mesmo tempo, um ou outro aspecto dos direitos dos indivíduos protegidos por aquele artigo – por exemplo, de ter uma determinada cultura – pode consistir em um modo de vida intimamente associado ao território e ao uso dos seus recursos. Isso pode ser particularmente verdadeiro para os membros de

comunidades indígenas que constituam uma minoria. [...] Quanto ao exercício dos direitos culturais protegidos pelo artigo 27, o Comitê observa que a cultura se manifesta em diferentes formas, inclusive em um específico modo de vida ligado ao uso dos recursos da terra, especialmente no caso dos povos indígenas. Esse direito pode incluir atividades tradicionais como a pesca ou a caça e o direito de viver em áreas protegidas por lei. A fruição desses direitos pode exigir medidas jurídicas positivas de proteção e instrumentos que garantam a efetiva participação dos membros de comunidades minoritárias em decisões que os afetem”.

6. Com ampla citação de referências, v. Andrea Schettini, Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos* 17:63-85, 2012. V., dentre outros, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*, 31 ago. 2001, par. 149: *“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*.

7. Como observa Daniel Sarmiento, Professor da UERJ e Procurador Regional da República, “em nosso cenário normativo, a preservação dos bens imateriais ligados a culturas não hegemônicas, como a dos povos indígenas, é medida essencial, que expressa o respeito à dignidade humana dos índios, e envolve o reconhecimento do seu direito à diferença. [...] Culturas fortemente marcadas pela *territorialidade*, como a dos povos indígenas, dificilmente sobrevivem sem a garantia do direito à terra [...]. Por outro lado, a preservação das culturas indígenas não é direito apenas dos índios. É também direito difuso de todos os brasileiros – aliás, de toda a Humanidade – das presentes e futuras gerações. O

Brasil é uma sociedade pluriétnica e multicultural, e a diversidade cultural é uma das maiores riquezas do país” (6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, *Nota Técnica: A PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*, 3 set. 2013, p. 21 – Petição nº 43.343/2013).

8. RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello.

9. Boaventura de Souza Santos, Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, 2010, p. 36. V., ainda, na mesma obra, a seguinte passagem de Flávia Piovesan, no artigo “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional” (p. 76): “O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à auto-determinação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas”.

10. V., por todos: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2012, p. 300-1; Paulo Gustavo Gonet Branco, Poder constituinte. In: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 142; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2013, p. 191-4.

11. V. Rodrigo Brandão, *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*, 2008, p. 343.

12. Para um exame comparativo, v. Claire Charters, Comparative constitutional law and Indigenous peoples: Canada, New Zealand and the USA. In: Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (Eds.), *Comparative constitutional law*, 2011, p. 170-88. Nas palavras da autora, “as evoluções constitucionais relevantes para os povos indígenas têm sido reações a contextos políticos, sociais, econômicos e culturais mais amplos, destacando a vulnerabilidade do primado do direito [*rule of law*] em face de impulsos coloniais, e incrementando a importância de normas positivas e imperativas que isolem os interesses indígenas contra caprichos políticos” (tradução livre).

13. Na clássica expressão de M. Seabra Fagundes, administrar é “aplicar a lei de ofício”. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos*

administrativos pelo Poder Judiciário, 2010, atualiz. Gustavo Binbenbojm, p. 3.

14. Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto: “A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal”.