

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
21 a 25 de novembro de 1988

A Constituição de 1988: Novos Instrumentos

Júlio M. G. Gaiger (\*)

INTRODUÇÃO

A Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988 inovou ao tratar de instrumentos, judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos direitos nela estabelecidos ou constituídos. Alguns, foram por ela criados, inéditos que estavam, até então, no ordenamento jurídico brasileiro; outros, foram redimensionados e adquiriram nova abrangência.

Não se trata de esgotar, neste trabalho, todos os novos instrumentos criados ou redimensionados pela Carta de 1988, restringida que está a matéria ao campo do direito indigenista. Tentaremos, então, identificar aqueles instrumentos que, direta ou indiretamente, oferecem alguma perspectiva de utilização em relação aos direitos indígenas.

Por outro lado, alguns mecanismos agora há cuja tendência é serem utilizados mais como relativizadores dos direitos indígenas que como apoio a estes. Procuraremos dizer alguma coisa a respeito.

As diversas índoles de restrição ao Curso em si, e à possibilidade concreta de o autor se deter em detalhes limitam a abordagem que ora se faz a uma primeira notícia, inevitavelmente genérica, eventualmente despida de maiores novidades. Fica o convite, aos participantes do Curso e a quem venha a ler este texto, para enriquecê-lo com seus acréscimos.

INSTRUMENTOS INSTITUCIONAIS E LUTA POLÍTICA

Por mais amplos ou instigantes que possam ser (e, de fato, nem sempre o são) os instrumentos de defesa de direitos institucionalizados pela Constituição de 1988, encontram sempre sua limitação no campo do institucional. Em última análise, tratam-se de recursos autorizados pelo Estado, e por ele legitimados, com a necessária exclusão, desta legitimação formal, de outros instru

(\*) Advogado, assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), exercendo assessoria legislativa; membro do Conselho Internacional de Survival International (Londres).

de que alguém possa cogitar.

Ora, historicamente o enfrentamento protagonizado com as nações indígenas opõe-lhes, no polo contrário, exatamente o Estado, enquanto instituição e, também, enquanto sociedade. O antagonista é quem, no plano institucional, determina as regras do próprio enfrentamento.

Já por aí se vê, abstratamente, a impossibilidade de as sociedades indígenas limitarem sua luta ao plano da institucionalidade. Mais que isto, contudo, é empiricamente verificável que o apelo ao institucional tem convivido - talvez, até em desvantagem proporcional - com a utilização de estratégias que superam este plano e que, no mais das vezes, se têm revelado su ficientemente eficazes.

Em muitos outros aspectos, aliás, as sociedades indígenas constituem, exatamente, uma contestação dinâmica do Estado; talvez, mais que contestação, as nações indígenas sejam, de fato, antagônicas a este Estado.

Por isso o cuidado de não incentivar o "legalismo" ou a supervalorização do institucional na luta pelos direitos indígenas. Outras formas de luta, independentes dos limites institucionais, possuem uma potencialidade ainda longe de se es gotar, e o mérito de serem estabelecidas segundo os critérios dos mesmos índios.

Por outro lado, sem dúvida impõe-se a apropriação, pelos índios e seus aliados, destes instrumentos agora criados ou redimensionados. Esta apropriação, contudo, deve inserir a avaliação de sua utilização na reflexão sobre a estratégia mais am pla. Estes pontos têm sido extremamente caros nos debates que o Conselho Indigenista Missionário vem realizando com lideranças indígenas, desde antes da promulgação da Carta de 1988.

Feita a advertência, ocupemo-nos dos "novos instrumentos".

#### EXERCÍCIO DIRETO DO PODER

A grande inovação da Carta de 1988 são os mecanismos de exercício direto do poder pela sociedade, com que se acena já no § único do art. 10. Evidentemente, tratando-se de sistema representativo, o exercício direto do poder pelo povo resulta i nevitavelmente restrito. Concretamente, estabeleceram-se três formas para tal exercício (art. 14): plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular, cuja aplicação, porém, depende de lei ainda por elaborar. Não há, portanto, auto-aplicabilidade.

Além disso, o referendo e o plebiscito ficaram submetidos ao nuto do Congresso, que os autoriza ou convoca (art. 49, XV); também a iniciativa legislativa popular deverá passar pelo crivo congressual, pois os projetos assim iniciados serão votados como quaisquer outros.

Nada há, na Constituição, quanto à antecipação das hipóteses de cabimento destes mecanismos, de modo que sua eleição também será feita pelo Congresso, quando for discutida a lei que os deverá regulamentar.

Como cidadãos, também os índios poderão participar destas formas de exercício direto de poder.

Contudo, as nações indígenas foram o único segmento social a que se designou uma forma especial de exercício direto de poder, em hipóteses já fixadas pela Carta e que, assim, escapa à mediação do Congresso. Trata-se da necessária audiência das comunidades indígenas afetadas pela exploração de recursos hídricos, energéticos e minerais, sem a qual o Congresso não pode decidir sobre a autorização que lhe foi cometida (art. 49, XVI, c/c 231, § 3º). O direito dos índios de serem ouvidos é exigível de imediato; a inexistência da lei que tratará das condições específicas a serem exigidas para a exploração, ou de norma quanto ao procedimento para a decisão do Congresso, beneficia os índios.

Já escrevemos que esta sistemática implica relativizar a representatividade do Congresso e, em decorrência, reconhecer, ainda que implicitamente, uma determinada alteridade política às sociedades indígenas. Não foi em vão, portanto, o debate sobre a proposta que reivindicava o reconhecimento do caráter plurinacional do Estado brasileiro.

Evidentemente que a previsão de lei sobre as condições exigíveis para a exploração destes recursos em terras indígenas exige, desde logo, que índios e seus aliados munam-se de elementos que deverão ser levados à discussão do Congresso. É fácil prever que os interesses envolvidos colocarão a questão em debate sem tardança. Nossa primeira providência é fornecer aos índios uma idéia quanto à dimensão possível do que pode ser pleiteado, com base em precedentes ocorridos em outros países.

#### INFORMAÇÃO E PETIÇÃO

A Constituição de 1988 alargou o horizonte dos direitos de informação e petição. O direito de informação foi estabelecido de forma auto-aplicável (art. 5º, XXXIII), ao contrário do texto da Emenda nº 1, de 1969, e estendido aos interesses coletivos e gerais. O direito de petição foi estendido à defesa contra a ile-

galidade (art. 5º, XXXIV).

#### MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A nova Constituição criou a figura do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), estabelecendo em favor de entidades as sociativas mandato para impetrações que objetivem a defesa de direito líquido e certo de membros seus. Entre aquelas, incluíram-se as "associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo me- nos um ano".

Ora, como a mesma Constituição reconhece aos índios "sua organização social" (art. 231, "caput"), sendo que as organizações indígenas têm legitimidade processual (art. 232), parece-nos que a estas organizações estende-se a norma do inciso LXX do art. 5º.

#### MANDADO DE INJUNÇÃO

Adotou-se no texto constitucional o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), inspirado na fórmula da Constituição de Portugal (art. 283) e na jurisprudência e doutrina estadunidenses (confira- -se em "Cyclopedia of Law and Procedure", vol. XXII, New York, The American Law Book Company, 1906, pág. 740). O pressuposto básico pa- ra o cabimento da injunção é a falta de norma regulamentadora; as- sim, não cabe contra simples descumprimento de norma ou violação de direito já estabelecido.

Não há, ainda, como prever as dimensões que lhe serão da- das: se há falta de norma, pode o Judiciário determinar ao Legisla- tivo que a elabore? Ou suprirá, através da decisão concreta, a lacu- na? Estas são questões que, inexistindo, ainda, a regulamentação do, instrumento, serão decididas pela praxe judicial. Interessaria que prevalecesse o entendimento jurisprudencial e doutrinário norteame- ricano, que confere à injunção uma força maior que a fórmula portu- guesa.

#### HABEAS-DATA

Foi, igualmente, criado o "habeas-dãta" (art. 5º, LXXII), para garantir o acesso e correção de dados individuais constantes de registros e bancos de dados oficiais ou de caráter público. É a ação correspondente ao direito de informação, garantido adredemente

### AÇÃO POPULAR

A ação popular foi redimensionada, para incluir, com maior precisão, atos lesivos ao patrimônio público em geral, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII), quando antes era simplesmente restringida a atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. Verdade é que a jurisprudência vinha já alargando a aplicabilidade da ação popular, mas a nova fórmula constitucional assegura-lhe agora maior consistência.

Ora, a Constituição inclui, expressamente, no patrimônio cultural, "os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto", referentes à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), reconhecendo-se entre estes grupos os indígenas (§ 1º do art. 215). Caberá, portanto, a ação popular, para a defesa dos bens, materiais e imateriais, das culturas indígenas.

### COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL

Além das situações específicas quanto à competência do Congresso em relação às sociedades indígenas, anote-se que foi-lhe cometida com exclusividade o legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV, c/c 48; "caput". Esta competência legislativa, contudo, não se entende como "ato de competência exclusiva do Congresso Nacional", para os fins da vedação à delegação (§ 1º do art. 68), de modo que deverá haver especial atenção para evitar que matérias referentes aos direitos indígenas sejam delegadas à iniciativa presidencial - pelo menos enquanto perdurar a atual conjuntura.

De todo modo, é saudável que, em princípio, a legislação indigenista tenha sido assinalada ao Congresso, e submetida aos parâmetros fixados nos arts. 231 e 232.

As "fendas" existentes no texto sobre direitos indígenas, por seu lado, são matéria indelegável - ou por se tratar de "ato de competência exclusiva do Congresso" (autorização para exploração de recursos hídricos, energéticos e minerais) ou por ter sido remetida a lei complementar, esta também indelegável (§ 1º do art. 68).

A possibilidade de delegação deve fazer-nos atentos ao que se dispuser no Regimento do Congresso sobre as resoluções, mecanismos através de que se delega competência legislativa.

### COMPETÊNCIA DAS COMISSÕES DO CONGRESSO NACIONAL

O papel das Comissões, sejam as das Casas, sejam as co-

muns, foi também redimensionado.

Elas agora podem realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, II); receber petições, reclamações, representações ou queixas quanto a atos ou omissões de autoridades (ibidem, IV), e apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (ibidem, VI), estes últimos, de resto, estabelecidos também como matéria legislativa da competência do Congresso (art. 48, IV).

A questão, de fato, consiste em verificar até que medida o Congresso assumirá estas novas funções, e que consideração será dada à participação da sociedade. O ponto de partida, mais uma vez, é o Regimento Interno das duas Casas legislativas, e o Regimento comum. No momento em que este trabalho está sendo escrito, sabe-se que o anteprojeto de Regimento Interno da Câmara de Deputados que está sendo consolidado prevê grandes Comissões temáticas, a cuja decisão deixou-se a possibilidade de se subdividirem em Subcomissões mais específicas.

#### COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

A Constituição de 1988 extinguiu o Conselho de Segurança Nacional, substituindo-o por um Conselho de Defesa Nacional, alterando também sua conformação e finalidades (art. 91). O escopo constitucional está sendo frustrado, dado que o Presidente da República antecipou-se à promulgação do novo texto, transformando a Secretaria-Geral do CSN, através do Decreto nº 96.814, de 28 SET 88, em Secretaria de Assessoramento da Defesa Nacional (SADEN/PR). Criou-se, assim, uma instância para-constitucional para dar continuidade às funções do extinto CSN.

De todo modo, é lícito supor que o Conselho de Defesa Nacional terá algum papel a cumprir, e para o assunto deste trabalho importa verificar que lhe incumbe "propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo" (inc. III do § 1º do art. 91).

Lamentavelmente, o CDN tem uma composição em que o Legislativo é francamente minoritário, representado que está apenas pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Só o Executivo conta com quatro ministros civis, além de todos os ministros militares...

#### AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação de inconstitucionalidade adquiriu nova abrangência

tão-só pelo aumento dos seus titulares, antes concentrados na figura do Procurador-Geral da República. Agora, além deste, podem também propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e - o que importa - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103).

A nova Carta admitiu também a inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103), não confundível com o mandado de injunção.

Em relação aos direitos indígenas, a possibilidade de se proporem ações de inconstitucionalidade por omissão, através de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional - aqui tomadas por entendidas como mais flexíveis que os demais titulares previstos - é um instrumento a ser altamente considerado.

#### COMPETÊNCIA JUDICIAL

A Constituição de 1988 resolveu, pelo menos em matéria cível, intermináveis discussões sobre a competência judicial para conhecer e julgar disputas que envolvam direitos indígenas, cometendo-a, expressamente, à Justiça Federal (art. 109, XI). Em si, o fato é importante, e parece-nos mais apropriado concentrar sobre a Justiça Federal esta competência, pois se evita a dispersão de esforços que ocorria até então. Além disso, conta-se já com um determinado acervo jurisprudencial emanado do Tribunal Federal de Recursos - agora Superior Tribunal de Justiça - com decisões favoráveis aos direitos indígenas.

Ficou, ainda, em aberto, o problema dos processos-crime. Quando a vinculação de fato delituoso a direito indígena for evidente, resolve-se a dúvida: o conhecimento e julgamento caberão também à Justiça Federal. Onde, contudo, esta ligação não seja possível, é provável que a competência seja pretendida pela justiça dos estados.

#### FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição atribuiu expressamente ao Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V). A fórmula foi inspirada pelo prof. Dalmo Dallari, objetivando retirar este papel do monopólio do Executivo e, concretamente, da FUNAI. Com o redimensionamento dado ao Ministério Público enquanto instituição, aproximando-o de um quarto poder, encar

regado de velar pelo cumprimento da lei e respeito aos direitos coletivos e difusos, e dotado agora de novos instrumentos, adquire especial relevância sua intervenção em prol dos direitos indígenas.

Concretamente, este espaço é o que, de imediato, oferece maiores perspectivas para a defesa dos índios, e logo em seguida à promulgação da Constituição pelo menos duas iniciativas foram tomadas e, em conjunto com a assessoria jurídica do CIMI, outras mais estão sendo encaminhadas.

Cumprir observar que o porte institucional do Ministério Público induz a presunção de imparcialidade e isenção, nem sempre lograda, de imediato, por outras entidades de apoio à luta indígena ou pelos próprios índios.

No sentido de potencializar a utilização consistente da estrutura do Ministério Público, também em conjunto com a assessoria jurídica do CIMI estão sendo estudados canais de discussão e estudo dos direitos indígenas, buscando envolver o maior número possível de procuradores.

#### LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS ÍNDIOS

Na legislação anterior (Lei nº 6.001/73, art. 37), as comunidades indígenas já gozavam de capacidade ativa processual, contudo condicionada, "ab initio", à assistência do órgão de tutela ou do Ministério Público. A nova Constituição descondicionou a iniciativa judicial indígena desta assistência, embora tenha estabelecido que, uma vez formado o processo, em todos os seus atos deverá intervir o Ministério Público (art. 232), entendendo-se, como óbvio, que à luz do inciso V do art. 129, esta intervenção deve dar-se em defesa dos direitos e interesses dos índios.

Além disso, a Constituição, expressamente, estendeu esta capacidade processual aos índios, enquanto indivíduos, suas comunidades, enquanto formas próprias de organização social, e suas organizações, aqui entendidas como outras formas organizativas eventualmente adotadas pelos índios.

É oportuno retomar, neste passo, uma discussão que se iniciou há anos, cujos resultados, contudo, não chegaram a ser organizadamente implementados.

A simples existência de um texto constitucional que inclui os direitos indígenas, não é garantia de que estes direitos sejam bem compreendidos pelas várias instâncias judiciais. Além disso, a novidade de um novo ordenamento implica em um sem-número de questões técnicas (por exemplo: quem representa uma comunidade indígena que habita várias aldeias, na mesma área, cada uma com uma liderança? Havendo organizações superpostas sobre uma mesma nação, qual



terá legitimidade para defender os direitos e interesses desta nação?) que deverão ser enfrentadas.

Por isso, talvez mais do que nunca, impõe-se articular uma estratégia de iniciativas judiciais que privilegie o que já se chamou "casos exemplares", ou seja, casos cuja possibilidade de êxito seja maximizada e que, ao mesmo tempo, constituam paradigmas para outras situações. A adoção desta estratégia pode implicar a que se renuncie a oferecer, de imediato, a via judicial a toda comunidade que esteja enfrentando problemas. É necessário, antes, a construção de uma base jurisprudencial minimamente sólida, em que as nações indígenas se possam apoiar.

Isto, evidentemente, só é válido para quem se decida participar de tal articulação, de vez que a ninguém se pode exigir esta renúncia aprioristicamente.

#### REVISÃO CONSTITUCIONAL

O art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu a revisão constitucional, pelo Congresso eleito em 1990, sem limites materiais, a ser realizada em 1993. É lícito supor uma forte articulação de forças conservadoras que procurem demonstrar a inutilidade prática de muitas garantias, espaços e instrumentos inseridos na Constituição de 1988 e, assim, venham a propor sua supressão ou desvirtuamento.

Daí a importância de que os novos instrumentos e espaços criados ou redimensionados na nova Carta sejam solidamente ocupados e utilizados, criando-se as condições para possibilitar propor sua ampliação.

Não fosse a utilidade prática que tais instrumentos e espaços têm, desde logo, para atender aos tantos problemas que afetam as nações indígenas, este seria motivo suficiente para que se lhes desse a atenção devida.

Este é o desafio que fica.

Brasília, 17 de novembro de 1988.