

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

VOTO EM SEPARADO

(do Sr. Marcos Rogério)

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 320, de 2013.

Dá nova redação ao art. 45 da Constituição Federal, criando vagas especiais de Deputado Federal para as comunidades indígenas e dá outras providências.

Autor: Deputado **NILMÁRIO MIRANDA** e OUTROS

Relator: Deputado **ALESSANDRO MOLON**

I – RELATÓRIO

A Proposta de Emenda à Constituição nº 320, de 2013, de autoria dos Deputados Nilmário Miranda (PT-MG), Padre Ton (PT-RO), Costa Ferreira (PSC-MA), Lincoln Portela (PR-MG), Paulo Rubem (PDT-PE), Sarney Filho (PV-MA), Daniel Almeida (PCdoB-BA) e da Deputada Janete Capiberibe (PSB-AP), visa ampliar a participação de indígenas no sistema democrático representativo de nossa República, mediante a previsão de regras específicas para a eleição de Deputados Federais que os representem.

A PEC altera o caput do artigo 45 da Constituição Federal, de forma a prever que a Câmara dos Deputados seja composta por representantes do povo (eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, Território e no Distrito Federal), assim como por representantes indígenas, eleitos em processo eleitoral diverso, nas comunidades indígenas.

Também se acrescentam ao artigo 45 outros três parágrafos (§§ 3º a 5º), contendo orientações específicas quanto ao sistema eleitoral a se adotar. Primeiramente, equipara-se o tratamento a ser dispensado à totalidade das

comunidades indígenas àquele reservado, constitucionalmente, aos Territórios, conforme o §2º do artigo 45 (que determina que os Territórios elegerão, cada qual, quatro Deputados).

As comunidades indígenas abrangerão todos os eleitores que tenham, em si, o domicílio eleitoral. Em segundo lugar, prevê a proposta de emenda que, no momento do alistamento eleitoral, os indígenas domiciliados nas comunidades indígenas poderão optar por votar em eleições gerais ou por votar nas eleições específicas de representação especial destinada aos povos indígenas.

Por fim, dispõe que a distribuição geográfica das vagas especiais para Deputado Federal, destinadas aos povos indígenas, assim como as normas relativas ao processo eleitoral nas comunidades indígenas, serão estabelecidas em lei.

A proposição encaminhada a esta Comissão está sujeita à apreciação do Plenário, tramitando em regime especial nos termos do Regimento Interno desta Casa.

II – VOTO EM SEPARADO

A proposição sob análise nesta egrégia CCJC, a despeito de suas nobres e respeitáveis intenções, está eivada de inconstitucionalidades, que exporemos a seguir.

Em primeiro lugar, devemos ser cautelosos ao propor, ainda que por emenda constitucional, o afastamento do princípio da isonomia de tratamento na lei em nome da necessidade de promoção da chamada “igualdade material” de grupos supostamente menos favorecidos.

Em um estado democrático de direito, a igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei genérica e abstrata ainda é direito basilar e fundamental que se impõe como regra geral a todos nós legisladores e demais implicados na produção e aplicação das normas jurídicas.

Mais especificamente no campo da disputa eleitoral, o princípio da isonomia formal assume uma dimensão verdadeiramente incontrastável, já que

a igualdade de condições e de chances entre os concorrentes é peça elementar do jogo democrático.

Verifiquemos, a propósito, algumas ponderações de nossa mais ilustrada doutrina sobre o tema:

“Não temos dúvida de que a ‘igualdade de chances’ é princípio integrante da ordem constitucional brasileira. (...) Em virtude de sua densidade axiológica, a chamada ‘força irradiante do princípio da igualdade’ parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. (...) De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado. É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos: ‘O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio que possa colocá-lo em posição especialmente vantajosa em relação aos demais.’ (...)”¹

Estabelecer, portanto, como faz a proposta de emenda à Constituição em comento, espécie de discriminação favorável aos indígenas numa disputa que só se legitima democraticamente quando se assegura igualdade de condições entre os concorrentes, parece-nos medida absolutamente desarrazoada, não podendo ser considerada admissível por esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

É preciso não esquecer que a adoção de normas de “discriminação positiva”, a escaparem do princípio geral da generalidade e da abstração em benefício de um grupo específico, só muito excepcionalmente encontra guarida constitucional.

¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Monet Branco. “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 786.

Sabemos que a doutrina jurídica mais respeitável e abalizada tem se encaminhado no sentido de reconhecer sua legitimidade em alguns casos, mas sempre como medida excepcional, admissível apenas na presença de determinadas condições específicas. Consideremos, nesse sentido, o argumento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O reconhecimento dos grupos merecedores de uma ação afirmativa é uma questão de avaliação pela sociedade que exprime sua decisão pelos seus órgãos representativos. Tal reconhecimento deve ter por reflexo, obviamente, um tratamento jurídico diferenciado relativamente ao comum, em favor desses grupos. Este tratamento, porém, não se justifica em face da Justiça e da Constituição salvo se algumas condições básicas ocorrem na realidade. Realmente, a regra é a isonomia, a diferenciação, a exceção. Assim, para que a ação afirmativa não seja colhida pela inconstitucionalidade – ou seja, por violação ao princípio constitucional de igualdade – é preciso que sua estruturação normativa observe algumas condições. Primeira, a identificação do grupo desfavorecido, e seu âmbito, deve ser objetivamente determinado. **Regra de objetividade.** Não pode ser arbitrariamente definido, portanto, como o seria se meros critérios político-eleitorais o determinassem(...) Segunda, a medida do vantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida. **Regra de medida.** Ou, como se usa dizer, deve ser proporcional o vantajamento à desigualdade a reparar. Por isso, alguns chamam de **regra de proporcionalidade.** Do contrário haverá um privilegiamento do grupo beneficiado em relação aos demais grupos e à sociedade como um todo. Isto se explicita na terceira condição. As normas de vantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir. **Regra de adequação.** Tal adequação se exprime na sua racionalidade. Por isso, é também uma regra de razoabilidade. Enfim, uma quarta condição, a finalidade dessas normas deve ser a correção de desigualdades sociais. **Regra de finalidade.** (...) Observa-se, por outro lado, que na avaliação da

proporcionalidade e adequação do tratamento diferenciado, entra em jogo um elemento reverso – a não onerosidade (excessiva) para outros grupos ou para a sociedade como um todo. Trata-se de uma condição que, por um lado, deflui do próprio princípio da igualdade. Realmente, uma de suas projeções é a igualdade quanto aos encargos. Disto, deriva a regra da proporcionalidade do ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação ao ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais. Por outro, decorre da razoabilidade. Desarrazoado, sem dúvida, é onerar (excessivamente) o todo social ou outros muitos grupos para beneficiar um deles, ainda que em reparação de desvantagens.”²

Voltando, pois, à proposta de emenda à Constituição sob exame, ainda que, por hipótese, o jogo eleitoral democrático não se mostrasse incompatível, por sua própria natureza, com a adoção de regras de tratamento diferenciadas entre candidatos de uma ou outra “raça” – conceito *per si* sujeito a grande controvérsia, especialmente em um país como o Brasil –, não temos dúvida de que, ainda assim, as medidas ali propostas não preencheriam as imprescindíveis condições de adequação e proporcionalidade, revelando-se contrárias ao que Gilmar Ferreira Mendes chama de “princípio da proibição do excesso”.

De acordo com o venerando autor, a doutrina tem identificado como “típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”. E conclui, mais adiante:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições

² Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Aspectos jurídicos das ações afirmativas”. Texto publicado no site “www.oabsp.org.br”

estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.”³

Na verdade, a posição majoritária entre os estudiosos do nosso direito constitucional reconhece no princípio da proporcionalidade um dos elementos fundamentais na análise da constitucionalidade de medidas de discriminação positiva. Confira-se mais um entendimento nesse sentido, colhido em artigo substancial publicado em 2007 sobre o tema:

Dois são os pontos primordiais a indicarem a legitimidade ou ilegitimidade de uma discriminação diante do princípio constitucional da igualdade, quais sejam, o *fundamento do discrimen* e a *proporcionalidade*. (...) Em sendo o fundamento do discrimen acolhido pela ordem constitucional, vale dizer, coincidindo com os valores acolhidos pela Carta Magna, sendo para com eles consentâneo, em princípio a discriminação goza de legitimidade em face da ordem constitucional. Trata-se de uma diferenciação juridicamente fundamentada, de uma exceção constitucional à regra geral de isonomia. Mas isto apenas não basta, uma vez que a razão do discrimen pode ser legítima mas a medida, em si mesma, desproporcional. Assim, a análise da legitimidade da discriminação passa necessariamente, pela análise da proporcionalidade da medida adotada em relação à finalidade pretendida e aos demais valores sacrificados.⁴

O fulcro da proposta de emenda à Constituição em referência é, indubitavelmente, inadequada e desproporcional aos fins pretendidos, porquanto impõe ônus excessivo não só para os concorrentes às vagas “não-reservadas”, mas para a sociedade como um todo, que teria seu sistema de representação política distorcido em relação à real vontade popular.

A título de aumentar a representatividade das populações indígenas na Câmara dos Deputados, a proposta acabaria por atingir o direito de igualdade *entre os eleitores em geral*, consagrado no art. 14, *caput*, da Constituição Federal, direito esse abrangido nos direitos e garantias individuais, cláusula

³ Gilmar Ferreira Mendes e outros, *ob.cit.*, p. 331.

⁴ Geziela Jensen e Luís Fernando Sgarbossa. “Análise da constitucionalidade das ações afirmativas em face do princípio isonômico através do princípio da proporcionalidade”. Texto publicado no site “<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>”.

pétreo do nosso ordenamento constitucional, integrante do “cerne imutável” da Lei Maior (CF, art. 60, § 4º, II), porquanto os indígenas passariam a ter seus votos computados em pesos diferentes conforme recaísse a respectiva escolha em indígena ou não indígena, sobrevalorizando-se a primeira em detrimento da última.

Ademais, a vontade popular não seria respeitada, violando-se, em consequência, a soberania do voto (CF, art. 1º, parágrafo único). Teríamos assim um sistema de representação política distorcido em relação à real vontade popular.

A inadequação e a desproporcionalidade revelam-se evidentes, também, quando se tem em conta que medidas menos onerosas e não ofensivas ao princípio da isonomia poderiam atingir os fins desejados. Nesse sentido, mostra-se fundamental estimular ainda mais a participação indígena nas agremiações políticas e nos pleitos eleitorais, sem restringir a igualdade de tratamento entre candidatos nem a liberdade de escolha do eleitor.

Consideramos, destarte, absurda a proposta de criação de uma eleição paralela para a Câmara, voltada, exclusivamente, para a escolha de quatro representantes das comunidades indígenas. Conforme expusemos, a criação de uma política de cotas para a eleição de um segmento “racial” afronta a Constituição ao criar uma categoria superior de cidadão.

Se abrimos tal precedente, teremos de fazer eleições específicas para a escolha de parlamentares de outros grupos tidos como minorias, a exemplo de afrodescendentes, italianos, germânicos, asiáticos, etc. Não temos dúvida de estaremos desrespeitando a Carta Magna ao estabelecer que nem todos são iguais perante a lei.

Cabe-nos ressaltar que o Congresso já contou a presença de representantes de etnias indígenas, como foi o caso do deputado federal Mário Juruna, filiado ao Partido Democrático Trabalhista - PDT. Ademais, há inúmeros vereadores e prefeitos de origem indígena, todos eleitos em conformidade com as regras vigentes.

Entendemos que os ditames concernentes à representação popular em nossa jovem democracia, consubstanciados na egrégia Carta de 1988, devem

ser respeitados à risca. Nesse sentido, consideramos que, caso nossos irmãos e irmãs indígenas tencionem eleger deputado federal vinculado a suas comunidades, devem se filiar a partido político e disputar o voto do eleitor como os demais cidadãos brasileiros.

Por fim, julgamos louvável e relevante o objetivo da proposta no sentido de aumentar a participação indígena na Câmara dos Deputados. Consideramos que isso pode ser alcançado por meio de outros ajustes na legislação eleitoral, que se encontra em período de grande reforma, sem restringir a igualdade de tratamento entre candidatos nem a liberdade de escolha do eleitor.

Diante do exposto, voto pela **INADMISSIBILIDADE** da PEC 320 de 2013 e do respectivo substitutivo do ilustre Dep. Alessandro Molon apresentado nesta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Sala da Comissão, 05 de agosto de 2014.

MARCOS ROGÉRIO
Deputado Federal (PDT-RO)