

Trinta anos da Constituição Cidadã: direitos dos indígenas

José Afrânio Vilela

Desembargador, 1º Vice-Presidente do TJMG.

1 Introito

A Constituição de 1988, conhecida como cidadã, é um marco na conquista de direitos e garantias de diversas ordens.

Minha saudosa avó materna, Antônia de São José, natural de Ibiá/MG, falecida aos 112 anos de nascimento e 106 de registro, era filha de índia domesticada, nascida em fazenda de espanhóis.

É esta a principal razão do meu interesse no tema do presente estudo, que tem por objetivo analisar a evolução dos direitos relativos aos povos indígenas, os quais receberam especial atenção do constituinte originário.

2 Colonização: o marco da aculturação dos povos indígenas

Desde a chegada dos portugueses até o advento da nova ordem constitucional brasileira, os povos nativos passaram por intensos processos de aculturação, a começar pela catequização, que tinha por objetivo a conquista e o domínio do território recém-descoberto. Sobre a questão, resume Maria Leônia Chaves de Resende:

Do ponto de vista da história dos povos indígenas, somos levados a pensar que, nesse universo cultural das colônias — ambivalente, contraditório e híbrido —, implodiram visões dicotômicas ambivalentes sobre os índios. Sobre eles, penderam juízos de valor ora reputados como ‘primitivos’, ora como ‘civilizados’, indicando justamente a maleabilidade de identidades também reconstruídas no convívio com a sociedade colonial e que foram traduzidas nesse discurso maniqueísta. Talvez, o que seja mais perverso é que aqueles índios que ‘transitaram’ do mundo tradicional ao mundo colonial, quando foram lembrados, o foram por esse discurso que, vigoroso e contundente, enraizou-se como memória — seja interpretando essas histórias de vida como sintoma de ‘mansidão’, como o Pe. Pedro da Mota que encarnou a metonímia da ‘aculturação’ pela incorporação dos valores cristãos — seja pela ‘selvageria’ indígena, que o converteu em epíteto da exclusão por ter renegado o ofício do sacerdócio ao se embrenhar pelas matas. Mansidão e selvageria que os historiadores, muitas vezes, se incumbiram de perpetuar, deixando de reconhecer o dilema da experiência cultural daqueles homens divididos entre o seu velho e aquele novo mundo (RESENDE, 2017).

Não se olvida a existência de atos normativos que, ainda no período colonial, conferiam aos índios o direito de propriedade, por exemplo, a Carta Régia promulgada por Felipe III, em 10 de setembro de 1611, de onde se extrai:

E os ditos Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitánias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer (FELIPE III *apud* CUNHA, 1987, p. 58).

Todavia, os referidos atos normativos não encontravam ressonância fática, uma vez que o trabalho compulsório, a catequização e a ocupação de terras indígenas eram legitimados pelas chamadas guerras justas.

Foi neste cenário de guerra, assimilação e doenças trazidas do continente europeu que diversos povos indígenas foram extintos. Estima-se que em 1500 havia três milhões de índios no território brasileiro. Já em 2010, o IBGE contabilizou 817.962 índios, sendo que 315.180 habitavam zonas urbanas.

O paradigma da aculturação só foi quebrado com a promulgação da Constituição da República de 1988, que reconheceu a diversidade das identidades étnicas existentes no território nacional.

3 As questões indígenas à luz das primeiras constituições brasileiras

Desde sua emancipação política de Portugal, o Brasil contou com sete constituições. A primeira foi promulgada em 1824, seguida pelas constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Essas Cartas conviveram com momentos importantes de nossa história, inclusive dois longos períodos de ditadura e crises de ordens diversas.

A Constituição de 1934 foi a primeira a abordar questões indígenas. Dedicou dois de seus cento e oitenta e sete artigos para fixar a competência da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (art. 5º, inciso XIX, *m*, da CR/34) e resguardar a posse de suas terras (art. 129, da CR/34), *in verbis*:

Art. 5º Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

[...]

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que ne-

las se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Os referidos dispositivos foram repetidos nas constituições de 1937 e 1946. A Carta Magna de 1967, por sua vez, reconheceu o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais das terras indígenas. E, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foi declarada a nulidade e a extinção dos negócios jurídicos que tinham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação dessas terras. Confira-se:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Nota-se, portanto, que as constituições anteriores dedicaram nenhuma ou pouquíssima atenção aos povos indígenas, quando se limitavam a dispor sobre a posse das terras por eles ocupadas e a integração desses povos ao restante da sociedade. A legislação infraconstitucional que versa sobre questões indígenas, à época, tinha o mesmo caráter integracionista. É o caso do Estatuto do Índio, instituído pela Lei nº 6.001 de 1973, com o objetivo de regular “*a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*” (art. 1º, *caput*). Todavia, como se verá adiante, políticas com este caráter não foram recepcionadas pela atual ordem constitucional.

4 A Constituição cidadã e os direitos indígenas

A Constituição da República de 1988 é resultado da efetiva participação de diversos grupos sociais em sua construção. A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em fevereiro de 1987 e durou vinte meses, em que realizados intensos debates no âmbito das vinte e quatro subcomissões temáticas que foram criadas. As questões indígenas, destaques do presente trabalho, foram amplamente discutidas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, a qual integrava a Comissão da Ordem Social.

Evidentemente, os grupos indígenas tinham demandas específicas em razão de diferenças culturais e históricas. No entanto, convergiam em diversos aspectos, anota Carlos Augusto Valle Evangelista:

Durante as audiências destinadas à questão indígena, algumas das instituições/representantes apresentaram ou reforçaram propostas encaminhadas anteriormente. Os grupos indígenas, mesmo quando trazendo propostas em separado, mostraram uma convergência nos destaques e nos principais pontos abordados e reivindicados. Dentre eles, se destacam pela incidência nas várias propostas: o reconhecimento da posse da terra, a demarcação, o usufruto das riquezas naturais e do subsolo, a inalienabilidade das terras indígenas, as invasões, preservação ambiental, o reconhecimento da formação pluriétnica da nação, o reconhecimento da língua indígena como instrumento da educação, a extensão dos direitos políticos (EVANGELISTA, 2004).

A Constituição da República de 1988 dedicou um capítulo composto pelos arts. 231 e 232 para tratar dos índios. No entanto, é o próprio art. 5º que, ao enunciar a igualdade, reconhece a plena capacidade civil e jurídica destes, os quais, até então, eram tidos como relativamente incapazes e recebiam tutela específica estatal enquanto ‘desintegrados da comunhão nacional’. A partir daí, os índios são livres para serem quem são: índios, sem que isso inviabilize o exercício

de outros direitos assegurados, também, ao restante da população, por exemplo, o direito de votar e ser votado.

A carta maior reconheceu a diversidade cultural existente em seu território, abandonando, destarte, o caráter integracionista que preponderava nos regimes anteriores e implicava a perda das identidades étnicas dos povos indígenas. Neste aspecto, o *caput* do art. 231 é categórico ao estabelecer, *in verbis*:

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.

Portanto, todas as normas que distinguiam o índio do restante da população não foram recepcionadas pela Carta Magna. A propósito, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 169, de 2016, que dispõe sobre o novo estatuto dos povos indígenas à luz das inovações trazidas pela Constituição da República de 1988.

Agora, os índios, suas organizações e entidades têm legitimidade para ingressar em juízo em busca de seus interesses, tutelados anteriormente pela Fundação Nacional do Índio - Funai, instituída pela Lei nº 5.371, de 1967, em substituição ao Serviço de Proteção aos Índios - SPI. Atualmente, a atuação da Funai está pautada em ações de etnodesenvolvimento, conservação e recuperação do meio ambiente em terras indígenas e promoção de políticas voltadas à seguridade social e educação desses povos.

Vale registrar que a Lei nº 9.394 de 1996, que estabelece as diretrizes e bases para a educação nacional, prevê em seu art. 79 a criação de programas de ensino e pesquisa que ofereçam aos povos indígenas a valorização de suas línguas e ciências, bem como o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Outra garantia expressa na Carta Maior é o direito de posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, assim

entendidas como aquelas habitadas por eles em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais, bem como aquelas necessárias à reprodução física e cultural desses povos.

Trata-se de terras inalienáveis e indisponíveis, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas existentes. A remoção dos grupos indígenas pode ocorrer apenas em situações excepcionalíssimas, quais sejam: (A) catástrofe, (B) epidemia que apresente risco à população, (C) interesse da soberania do País. Nas duas primeiras situações, é necessária a posterior aprovação do Congresso Nacional, na última, a deliberação pelo Congresso é prévia, mas, em qualquer delas, é assegurado o retorno imediato dos povos, quando cessado o risco.

O constituinte previu, ainda, que o aproveitamento de recursos hídricos, a pesquisa e a exploração de riquezas minerais nas terras indígenas só podem ser realizados mediante autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Os atos cujo objeto seja a ocupação, domínio, posse das terras ou exploração dos recursos naturais existentes são nulos de pleno direito, à exceção daqueles em que houver relevante interesse público da União.

Com efeito, as terras indígenas são de propriedade da União, competindo a ela demarcá-las e protegê-las. No art. 67 das disposições transitórias, fixou-se o prazo de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição da República, para a conclusão do procedimento administrativo de demarcação, prazo este que não foi cumprido.

Atualmente, encontram-se demarcadas 462 terras indígenas, as quais representam 12,2% do território nacional, sendo que a maioria delas está localizada na Amazônia Legal, entre elas, a terra indígena Raposa Serra do Sol, destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas.

A terra Raposa foi identificada pela Funai em 1993. No entanto, a homologação do processo de demarcação ocorreu somente em

2005. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, julgou a importante Petição nº 3.388 - RR, ação popular que visava a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 2005, pela qual foram definidos os limites da Terra Raposa do Sol. Confira-se o verbete:

Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do Decreto Presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Revelação do regime constitucional de demarcação das terras indígenas. A Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. A demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão.

Na oportunidade, o Pretório Excelso analisou as condições necessárias para regular a situação dos territórios da União ocupados por índios e garantir a soberania nacional sobre as terras demarcadas. Ao final, foram fixadas 19 salvaguardas institucionais relativas à demarcação de terras indígenas. São elas:

1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o art. 231 (§ 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamen-

to de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas mineiras, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não

pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a serviço do público, quer tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 - É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no art. 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 - Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Posteriormente, a Advocacia Geral da União - AGU, editou a Portaria nº 303 de 2012, que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, visando uniformizar os procedimentos adotados pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta.

Dentre as condicionantes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, merecem destaque aquelas relativas ao usufruto das riquezas e recursos existentes nas terras indígenas. Há que se conceber a ideia de que o desenvolvimento do País, assim como as políticas sobre terras indígenas, devem ocorrer de forma harmônica, pois somente assim se alcançará o ideal de uma nação plural.

5 Considerações finais

Pode-se dizer que a Constituição Cidadã representa uma grande conquista para o movimento indígena no Brasil, porque a luta desses povos, embora diretamente ligada às suas terras, sempre foi mais ampla e esteve atrelada, sobretudo, à preservação de sua cultura.

No entanto, se outrora o reconhecimento da personalidade civil e jurídica dos índios decorria de um processo de aculturação, hoje o grande desafio é resgatar essas identidades que se perderam nesse processo, pois a previsão constitucional *per se* não assegura a aplicabilidade dos respectivos direitos.

Para tanto, incumbe ao Poder Público promover políticas públicas que viabilizem a efetivação plena dos direitos assegurados, e aos demais atores da sociedade combater o racismo — em todas as suas formas — o qual, até os dias atuais, segrega e mata (muitas) minorias.

Registra-se que, apesar dos grandes avanços trazidos pela atual Constituição, e sendo ela uma Carta relativamente nova, já se discute a (des)necessidade de uma nova constituinte.

Há quem defenda que o sistema político existente exige a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte e outros que acreditam que a Carta Maior compreende princípios e valores necessários à ordem nacional. Mesmo que esta seja admitida, há de conservar os direitos aqui expostos, frutos de quinhentos anos de luta pela causa indígena.

Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *30 anos da Constituição*. Infográficos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6001-19-dezembro-1973-376325-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emenda-constitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular: Petição 3388 - Roraima. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *DJ* de 01 set. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário mantém condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

EVANGELISTA, Carlos Augusto do Valle. *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*. 2004. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

RESENDE, Maria Leônia Chaves de. Curas de almas nativas: o clero indígena na América Portuguesa (século XVIII). In: RAGGI, Giuseppina; FIGUEIRÔA-REGO, João; STUMPF, Roberta (Org.). *Salvador da Bahia: interações entre América e África*. Salvador-Lisboa: EDUFBA-CHAM, 2017. p. 161-191.