

Artigo escrito em 05/11/88 para publicação anual da  
Cultural Survival/EUA.

Notas sobre os direitos constitucionais dos índios  
brasileiros

Márcio Santilli

## 1. Índios e instituições

A colonização do Brasil reservou duas opções históricas para os povos nativos dessa terra: o extermínio e a assimilação. O Estado colonial, e depois brasileiro, nunca instituiu uma relação assumida com a diferença. A (melhor) tradição constitucional determina que os "silvícolas" devem ser "integrados à comunhão nacional", estabelece que as suas terras são bens da União e lhes assegura a sua posse e usufruto. Mas impõe a tutela da Funai, órgão oficial responsável pela política indigenista brasileira, sob o estigma da "capacidade relativa dos silvícolas", forma jurídica para submissão da diferença que induz à assimilação. Uma tutela incidente, inclusive, sobre a cessão de usufruto.

O extermínio se expressa em números: dos 5 milhões de pré-colombianos que já conviveram nessa terra, restam 250 mil. Mas a perversa curva demográfica reverteu nos últimos quinze anos e a diferença resiste, apesar da insuperável exiguidade demográfica frente a uma nação de 140 milhões de habitantes. Nesse período também cresceu o movimento indígena, com o surgimento de lideranças que passaram a ocupar espaços na mídia e na opinião urbana. Com a democratização em curso, a resistente diferença buscou expressão na feitura da Constituição de 1988. A nova Carta propõe um curioso pacto étnico: reconhecimento da diferença, com indução à cessão direta do usufruto. Basear-se em um novo parâmetro conceitual e explicita relações dos índios com a sociedade nacional na condição de cidadãos plenos.

## 2. Direito à diferença

Os direitos consagrados na Carta constituem um capítulo específico e se expressam também em dispositivos pertencentes a outros títulos. No Capítulo "Dos índios", o artigo 231, no "caput", afirma que "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”.

As Constituições anteriores jamais “reconheceram” organização social própria dos índios, senão implícita e provisoriamente, quando se propunham a integrá-los “à comunhão nacional”. O direito à diversidade cultural se expressa em outras partes da nova Carta, como na sua seção “Da Educação” quando afirma no parágrafo primeiro do artigo 210 que “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”.

### 3. Direito à terra

Mas é no trato dos direitos territoriais que a Constituição se estende. Após caracterizá-los como “direitos originários”, o artigo 231 define, no seu parágrafo primeiro, que “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as 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 e costumes e tradições”.

Apesar da ambigüidade da expressão “tradicionalmente”, essa definição de terras indígenas é ampla o suficiente para incluir as áreas cultural e economicamente indispensáveis à sobrevivência e ao crescimento dos povos indígenas. Permanecerá difícil a situação dos índios desterrados que reivindicam o retorno às suas terras e não estará impedida a cessão de usufruto. O artigo 231 prossegue com mais seis parágrafos versando sobre a questão da terra e da exploração dos seus recursos naturais. As terras são destinadas à posse permanente dos índios são inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis. É vedada a remoção dos grupos indígenas, exceto em situações especiais em que está assegurado o seu retorno. São nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas, com ressalva.

O parágrafo 3º do artigo 231 estabelece que “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei, enquanto que o parágrafo primeiro do artigo 176 prevê que a lei

"estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas". Assim, a exploração mineral e de recursos hídricos é permitida inclusive às empresas privadas, mas há a preocupação de regulamentar condições e controlar politicamente essas atividades. O parágrafo 7º do artigo 231 exclui as terras indígenas das áreas em que garimpeiros poderão permanecer preferencialmente. A Constituição dá tratamentos distintos à propriedade (e exploração) do solo e do subsolo; inclusive no que se refere às terras indígenas.

#### 4. Superação da tutela

A novidade mais significativa quanto aos direitos indígenas está contida no artigo 232, ao estabelecer que "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". O reconhecimento da capacidade processual própria e o direito à sua organização representam conquistas muito objetivas, pois asseguram a possibilidade de interlocução própria dos povos indígenas junto ao Poder Judiciário, rompendo com a tradição tutelar que atribuía exclusivamente à Funai essa função, apesar das frequentes sobreposições dos seus interesses corporativos aos dos índios. Agora, estes poderão, inclusive, processá-la.

O Ministério Público adquiriu independência funcional em relação ao Poder Executivo, competindo-lhe zelar pelos direitos da população e não mais da União e do Presidente da República. O artigo 129, inciso V, inclui entre as funções institucionais do Ministério Público, a de "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas". A ambígua instituição da tutela não está simplesmente extinta, como já pretendiam no passado os dirigentes da Funai, mas foi superada por instituições mais democráticas, onde a interlocução direta dos povos indígenas será a melhor garantia possível à fidelidade dos reclamos pelos seus direitos.

#### 5. Papel da União

Há quem afirme que os índios ficaram órfãos sem a Funai e que a Constituição não define claramente as responsabilidades do Estado para com eles. Mas a Carta não extingue a Funai, apenas não a menciona e nem lhe atribui função tutelar. Por outro lado, há vários dispositivos constitucionais que fixam competências da União em relação aos índios, além dos já aqui citados.

O artigo 20, inciso XI, inclui as terras indígenas entre os bens da União que, pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deverá concluir a sua demarcação no prazo de cinco anos. O artigo 22, inciso XIV, afirma que compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas. O artigo 49, inciso XVI, fixa como competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais. O artigo 109, inciso XI, estabelece a competência dos juizes federais para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas. O parágrafo primeiro do artigo 215, incumbe o Estado de proteger as manifestações da cultura indígena. Além disso, só o interesse público da União poderá ressaltar a nulidade dos atos incidentes sobre as terras indígenas e a remoção de índios dependerá da aprovação do Congresso Nacional, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 231.

A União continua mãe e madrastra dos índios, mas é o conjunto das instituições democráticas que responderão ao conjunto dos seus direitos, interesses e necessidades, garantindo-lhes, pelo menos, a voz própria em instâncias de decisão.

#### 6. Perspectivas

A consolidação desses direitos dependerá, ainda, da plena efetividade da nova Carta, da capacitação das instituições públicas para assumirem as suas novas funções, da elaboração das leis ordinárias e complementares previstas e, sobretudo, da ação política dos índios, das suas organizações e também das organizações não-governamentais que atuam em defesa dos direitos indígenas.

A Constituição brasileira de 1988 abre novos caminhos à luta pela sobrevivência diferenciada dos povos indígenas, apesar das suas ambigüidades, contradições e armadilhas. A consolidação desses novos direitos poderá contribuir decisivamente para a exorcização do espectro da extinção e para a superação da síndrome assimilacionista. A diferença é patrimônio da Humanidade e característica constitutiva da nação brasileira.