



ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO

<http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800030002>

MANUELA CARNEIRO DA CUNHA*

RESUMO

Há 30 anos, na Constituição, os direitos dos índios, que já eram consagrados na República desde a Carta de 1934, foram, pela primeira vez, objeto de um capítulo específico. O estudo dos desmandos praticados contra eles levou a uma fundamentação e a uma explicitação desses direitos. O modo de vida dos povos indígenas no Brasil foi reconhecido, bem como sua capacidade jurídica autônoma acrescida da proteção do MPF. Na Constituinte, acusações orquestradas de conspiração contra os interesses nacionais procuraram sem sucesso total destruir os avanços logrados. Nunca desistiram, e hoje acumulam-se ameaças aos direitos constitucionais dos índios.

PALAVRAS-CHAVE: *Assembleia Constituinte; direitos indígenas; política indigenista.*

Indigenous Peoples in the Constitution

ABSTRACT

Thirty years ago, 1988 Brazilian Constitution dedicated a specific chapter to the rights of indigenous peoples. Studies about violations of indigenous rights led them to in that chapter the foundation and explanation of these rights. The way of life of the different indigenous peoples in Brazil was recognized, as well as their autonomous legal capacity. During the work of the Constituent Assembly, orchestrated accusations of conspiracy against national interests sought, without total success, to destroy the obtained accomplishments. These attacks never relinquished and there are nowadays numerous threats to the constitutional rights of indigenous peoples.

KEYWORDS: *Constituent Assembly; indigenous rights; state policies and indigenous peoples; Brazil.*

[*] Universidade de Chicago, Chicago, Illinois, Estados Unidos. E-mail: mm-cunha@uchicago.edu

[1] Já existem alguns textos históricos sobre o processo. Destaco aqui o doutorado em história de A. C. Zema de Resende (2014), que, embora não se atenha à Constituição de 1988, traz um levantamento muito amplo de fontes.

Começo a escrever no dia 8 de outubro, na madrugada seguinte ao primeiro turno das eleições de 2018. Há 30 anos e 3 dias, celebrava-se uma nova Constituição, dita cidadã, a mais igualitária que até então se conseguira. Hoje, o que se conseguiu está ameaçado.

Historiadores ainda farão o relato documentado e minucioso do que aconteceu,¹ do que gerou o Capítulo VIII “Dos Índios” na Constituição e os outros dez artigos envolvendo direitos indígenas distribuídos no texto constitucional. Depositei meus papéis da época no então Núcleo de História Indígena e do Indigenismo da USP e agora CEStA (Centro de Estudos Ameríndios). Camila Loureiro Dias, professora na Unicamp, está vasculhando essa e outra vasta documentação. Espero que ela escreva a história do ponto de vista de seus vários outros atores.

E foram muitos esses atores, inseridos em instituições diversas. Entre eles, houve uma divisão espontânea de atuação: todos se manifestaram na política e se insurgiram contra violências feitas aos índios, mas uns se dedicaram mais à documentação do presente, outros à presença junto aos índios, um terceiro grupo ao apoio jurídico e às suas organizações, e outros ainda, em que me incluo, à pesquisa histórica e, particularmente, da história da legislação indigenista.

Assim, vou me ater à minha perspectiva idiossincrática como um desses atores, que fui, e procurar fornecer dados para uma história mais completa e multifacetada. Creio que tive, junto a meus alunos e colegas, um papel específico, ligado à minha condição de acadêmica com intervenções no debate público. Por um lado, a partir de 1978, procurei fundamentar com pesquisa histórica um certo número de conceitos jurídicos, em particular a tutela e o fundamento dos direitos dos índios às suas terras. Por outro lado, durante meu mandato como presidente da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) de 1986 a 1988, tive a possibilidade de consolidar uma aliança com outras associações científicas na defesa da pauta indígena. Foi assim que, durante os trabalhos da Constituinte, as intervenções da ABA — sobretudo na seção Tendências e Debates do jornal *Folha de S. Paulo* — foram frequentemente coassinadas pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)² e pela Coordenação Nacional dos Geólogos, a Conage. Passo então a contar minha visão do que se passou, suas origens e suas consequências. Primeiro, as origens:

A década de 1970 foi tenebrosa para os índios da Amazônia. Conforme escrevemos no documento da Comissão da Verdade, foi então que o governo militar tomou as rédeas da política indigenista, que ficou inteiramente dependente dos projetos do que se chamou à época de “desenvolvimento”. O título do livro de Shelton Davis (1978) sobre o que ocorreu com os povos indígenas, *Vítimas do Milagre*, captou bem a situação.

Em 1978, o então ministro do Interior Rangel Reis procurou fazer aceitar o chamado “Decreto da Emancipação”. Tratava-se de distinguir entre “silvícolas”, entendidos como índios que viviam segundo suas “tradições”, e índios “aculturados”, que já se estariam conformando aos costumes da maioria dos brasileiros e que deveriam ser emancipados.

Os índios haviam sido incluídos *ad hoc* no Código Civil de 1916, entre os “relativamente capazes”, equiparados às mulheres casadas (mas não às solteiras) e aos menores de idade entre 16 e 21 anos. O propósito expresso era protegê-los de maus negócios em que sua inexperiência podia metê-los. Os “relativamente capazes” eram juridicamente distintos dos “incapazes”, tais como os menores de 16 anos ou as pessoas sem discernimento. Ao contrário dos “incapazes”, os “relativamente

[2] A SBPC teve um papel central na resistência durante o período da ditadura. Na época da Constituinte, assinavam com a ABA a presidente, Carolina Bori, ou o vice-presidente, José Albertino Rodrigues. Sobre a Conage e seu presidente, falarei mais adiante.

capazes” podiam celebrar contratos, que seriam considerados válidos (desde que não lhes fossem prejudiciais). Enquanto crianças, tidas como incapazes, não podiam celebrar contratos válidos, os contratos de índios, enquanto relativamente capazes, eram válidos, embora invalidáveis se os prejudicassem (D. Dallari, 1979 e 1994). Mas ambos eram considerados “tutelados”. As mulheres casadas eram tuteladas pelos maridos, e os índios, pela União, que delegou essa tutela primeiro ao SPI, de 1916 a 1967, e, após o escândalo que revelou os abusos e a corrupção do SPI, à Funai. Havia, no entanto, uma diferença crucial entre a tutela dos índios e a das mulheres casadas. Nos outros casos de tutela, um curador tinha a incumbência de examinar a lisura da conduta do tutor. Nenhum órgão, porém, examinava a lisura do SPI ou da Funai no trato dos interesses dos índios.

A Funai interpretava a figura da tutela como um poder que se sobrepunha à vontade dos índios. E nos anos 1970, como órgão do Ministério do Interior, que comandava a política de ocupação da Amazônia, ficou inteiramente caudatária dessa política.

Acenando com a emancipação da tutela para índios “aculturados”, o Decreto de Rangel Reis tentava repetir um processo inaugurado na metade do século XIX, sobretudo nas províncias do nordeste brasileiro, a pretexto de que “os índios se achavam confundidos com a massa da população”, nos termos da época, o que os privava de seus direitos exclusivos e coletivos sobre as terras. Emancipar índios da tutela com frequência seria interpretado por juízes como uma forma de destituí-los de sua condição indígena e, por conseguinte, dos direitos sobre suas terras que desde a Colônia lhes eram assegurados. Em suma, emancipar índios era uma forma disfarçada de liberar as terras que ocupavam.

Em uma época de muita repressão, a causa indígena se tornou um desaguadouro inesperado para muitos outros temas de protesto: o combate ao projeto de decreto de emancipação reuniu em manifestações, por exemplo, no teatro Tuca de São Paulo, um grande fluxo de pessoas. Na esteira desse evento, criou-se a Comissão Pro-Índio de São Paulo, e várias outras associações similares seguiram-se em outras cidades.³

Em 1973, foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) que, no artigo 65, incluía como obrigação do Estado a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos. Note-se que essa obrigação (com novo prazo de cinco anos, até 1993) se repetiu no art. 67 das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 sem que até hoje se tenha inteiramente concretizado. Mas, em 1978, a demanda “pela demarcação das terras indígenas” tinha se tornado tão popular que um adesivo com esses dizeres era frequente nos carros de várias cidades.

[3] Salvo engano, foram elas a ANAI-BA, a ANAI-RS, a CPI-AC, CPI-SE, CPI-RJ, e o Centro de Trabalho Indigenista (CTI), além da CPI-SP. Dessas, atuam até hoje o CTI, a CPI-SP, a CPI-AC e a ANAI-BA.

A Comissão Pro-Índio de São Paulo, na sua fundação em 1978, reuniu vários voluntários, entre eles um grupo de antropólogos da USP e da Unicamp, como Lux Vidal, Araci Lopes da Silva, Dominique Gallois, eu mesma, entre outros; Carlos Alberto (Beto) Ricardo, antropólogo que havia largado a docência na Unicamp para se dedicar a uma ONG, então chamada Centro Ecumênico de Documentação e Informação (Cedi),⁴ e que mais tarde viria a ser o Instituto Socioambiental (ISA). Havia também um médico da Escola Paulista de Medicina, Rubens Santilli, e um rapaz que — desconfiado que era e querendo saber a que vínhamos — demorou muito a se declarar índio, Ailton Krenak, que teria um papel importantíssimo na Constituinte; além de advogados defendendo causas indígenas, como Carla Antunha Barbosa e Marco Antônio Barbosa, que se valiam muito dos conselhos e da assessoria de Dalmo Dallari, professor titular da Faculdade de Direito da USP. Durante uma época, a advogada Eunice Paiva também participou. Rosa Penna era a secretária. Publicávamos um boletim, artigos em jornal, e tínhamos longuíssimas reuniões discutindo casos.

OS GRANDES TEMAS E A IMPORTÂNCIA DOS DETALHES

A experiência adquirida nesse contexto foi crucial para elaborarmos uma proposta de texto e contribuirmos para um programa mínimo que, quase uma década mais tarde, apresentamos à Constituinte. Alguns gargalos e algumas indefinições na legislação então vigente ficaram patentes, bem como os grandes interesses que se opunham aos direitos dos índios.

CAPACIDADE JURÍDICA

A tutela dos índios⁵ foi incluída no Código Civil de 1916 como um remendo *a posteriori*. Embora pensada para protegê-los juridicamente, ela foi várias vezes mal interpretada por juízes que a consideravam um obstáculo a que os índios propusessem diretamente uma ação. Esses juízes consideravam que a Funai, enquanto tutora, era quem detinha capacidade jurídica exclusiva para representá-los. Como a Funai era justamente o órgão de que os índios tinham abundantes motivos para se queixar, o resultado, na prática, era que os índios não conseguiam entrar na justiça (D. Dallari, 1979; 1983; 1984),

O que se tornaria o artigo 232 da Constituição, um artigo de apenas duas linhas e meia que não suscitou oposição, foi incluído na nossa proposta por sugestão de Dalmo Dallari. Ele resolvia, de uma penada, dois problemas: afirmava a capacidade jurídica dos índios e suas formas de organização e confiava sua defesa a um curador, o Ministério Público. Ele reza:

[4] O Cedi se dedicou no período 1978-88 a reunir informações sobre índios. Carlos Alberto Ricardo organizou um volume da maior importância, com um grande número de colaboradores, que traz documentação fundamental sobre o período da Constituinte (Cedi, 1987).

[5] Sobre a história da tutela, ver N. Farage e M. C. Cunha, 1987.

Art. 232. 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 Ministério Público Federal (ou Procuradoria-Geral da República, PGR) e o que é hoje a AGU (Advocacia-Geral da União) estavam ainda reunidos em um só órgão em 1988. Havia um movimento dos procuradores para dissociar em órgãos distintos as suas atribuições e tornar a PGR exclusivamente uma sorte de *ombudsman* coletivo. Incumbi-la da defesa dos direitos indígenas era, portanto muito, sensato.

“ÍNDIO É FEDERAL”

Legislar sobre assuntos indígenas, desde a Constituição de 1934, é exclusiva competência da União.⁶ Cem exatos anos antes, em 1834, o Ato Adicional (art. 11, par. 5) havia delegado às Províncias do Império a capacidade de legislar sobre esses assuntos, e ficou patente a espoliação resultante. Sabia-se e sabe-se que o poder local é sempre contrário aos direitos territoriais dos índios, e foi sábia, essencial de fato, a atribuição de sua jurisdição ao Governo Federal. Essa disputa, no entanto, permanece: manifesta-se agora sobretudo no Projeto de Emenda Constitucional 215 e seus avatares, que pretendem retirar da União e atribuir ao Congresso a competência sobre as terras indígenas.

As terras indígenas e seu usufruto, desde pelo menos a Lei das Terras de 1850, sempre foram o tema central do que se convencionou chamar da “questão indígena”. Darcy Ribeiro gostava de lembrar que a questão não era propriamente indígena, mas sim uma “questão do *não indígena*” querendo se apropriar das terras dos índios. Seja como for, ficou claro na Comissão Pro-Índio de São Paulo que o fundamento dos direitos dos índios a suas terras e a história da legislação que os reconhecia deveriam ser estudados. Isso me levou a longas horas de pesquisa, sobretudo, na Biblioteca da Faculdade de Direito da USP. Vários de meus então alunos, como Nádia Farage, Beatriz Perrone-Moisés, João dal Poz, Mara Manzoni Luz, colaboraram nesse esforço que resultou em um livro publicado em 1987 pela Editora Brasiliense, intitulado *Os direitos do índio: ensaios e documentos* (Carneiro da Cunha [org.], 1987).

A publicação, hoje esgotada,⁷ era dirigida aos Constituintes. Entre outros assuntos, ela trata dos direitos assegurados aos índios na legislação então vigente; da história da doutrina e da legislação sobre terras indígenas desde a época colonial até a Emenda Constitucional de 1969, da história e do caráter da “tutela dos índios”; de elementos relevantes do Direito Internacional; e da história constitucional

[6] Na Constituição Federal (CF) de 1934, essa determinação está no art. 5º; na CF de 1946, também art. 5º; na CF de 1967, art. 8º; na CF de 1969, art. 8º; e hoje, na CF de 1988, art. 22.

[7] Um excerto desse livro, “Terra indígena: História da doutrina e da legislação”, foi relançado pela Editora da Unesp em 2018, como anexo do livro *Direitos dos povos indígenas em disputa*, organizado por mim e por Samuel Barbosa.

sobre assuntos indígenas, incluindo projetos e emendas rejeitadas. Todos esses estudos se destinavam a fundamentar o entendimento de alguns conceitos importantes do direito indigenista. Para a história da gênese do tema indígena na Constituição de 1988, o livro traz também documentos essenciais.

CONSULTA DE NOTÁVEL JURISTA E TEXTO

É preciso lembrar que uma Comissão de Notáveis, idealizada por Tancredo Neves — mas, depois de sua morte, nomeada por José Sarney —, conhecida por Comissão Afonso Arinos, o nome de seu presidente, tinha se reunido longamente e aprovado em 1985 um anteprojeto de texto constitucional. Ela não recebeu grande atenção dos Constituintes de 1987-1988, nem Sarney a encaminhou oficialmente à Assembleia Constituinte. No entanto, ele já introduziu uma proposta nova e com uma tramitação inédita. O grande constitucionalista José Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da USP e membro da Comissão Afonso Arinos, elaborou um texto de artigo intitulado “Terras indígenas”, de seis parágrafos, que já estabelecia a capacidade jurídica dos índios, além de outras propostas às quais voltaremos adiante. Submeteu-as à apreciação não só da Comissão, mas das entidades de apoio à questão indígena e à União Nacional dos Índios Regional Sul (UNI-Sul).

Interrompo minha narrativa para explicar o que era a UNI, União das Nações Indígenas. Criada em 1980 (S. R. Deparis 2007), na esteira do movimento contra o decreto de emancipação, a UNI foi a mais bem-sucedida tentativa de criar uma organização indígena nacional nessa época. Ela constituiu um interlocutor fundamental na Constituinte, e seu líder, Ailton Krenak, teve papel destacado no Congresso. Mais tarde, o esforço da UNI para se inscrever regionalmente — muito pesado em um país tão grande como o nosso e com mais de duzentos e cinquenta povos — acabou se frustrando. Enquanto, após a Constituição, organizações indígenas regionais se fortaleciam e multiplicavam, entre as quais a maior foi a Coiab, criada em 1989 e reunindo povos amazônicos, a UNI foi perdendo seu protagonismo, e hoje a organização nacional indígena é a Apib, Articulação dos Povos Indígenas no Brasil, fundada em 2005.

Volto à consulta de José Afonso da Silva. Essa consulta, feita em novembro de 1985, foi essencial e propiciou o debate e o acordo entre várias organizações sobre uma proposta de texto para a Constituinte: Comissão Pro-Índio de São Paulo e mais duas entidades congêneres — a Associação Nacional de Apoio ao Índio do Rio Grande

do Sul (ANAÍ-RS) e o o Centro de Trabalho Indigenista (CTI) —, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), a UNI-Sul, além de vários grupos entre os quais estão a Coordenação de Terras Indígenas do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário (Mirad), o Grupo de Trabalho Indígena da OAB/RJ, a Fundação Nacional Pro-Memória, a Sudelpa (M. Carneiro da Cunha [org.], 1987, pp. 175-6). Dois advogados assessoraram esse debate: Dalmo de Abreu Dallari e Carlos Frederico Marés.

A resposta que foi dada, no dia 3 de dezembro de 1985, à consulta de José Afonso da Silva por esse coletivo acabou assim resultando numa proposta concertada. Consistiu em três artigos, um sobre as terras, com quatro parágrafos; outro sobre (entre outras coisas) a capacidade jurídica das comunidades e organizações indígenas e a atuação do Ministério Público, com dois parágrafos; um terceiro afirmando a prevalência para os índios de seu direito costumeiro.

DEFINIÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

O direito dos índios a suas terras, apesar de frequentemente transgredido, foi reconhecido desde a época colonial (Carneiro da Cunha, 1987; 2018). Ele foi inscrito em todas as Constituições republicanas desde a de 1934. A partir de então, a posse inalienável de suas terras foi assegurada aos índios. Na Constituição de 1967, acrescentou-se que a propriedade das terras indígenas seria da União. A Emenda Constitucional de 1969 explicitou esses direitos de forma vigorosa, no artigo 198.

Ato Institucional nº 1 – Constituição

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

§1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo 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.

Faltava, no entanto um detalhe importante: definir o que se devia entender por terras ocupadas pelos índios.

Na resposta à consulta de José Afonso da Silva em dezembro de 1985 formulou-se uma proposta de definição coerente com o conhecimento antropológico:

São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para caça, pesca, coleta, agricultura e outras atividades produtivas, bem como todas as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos e costumes próprios, estando incluídas as áreas necessárias à preservação de seu meio ambiente e de seu patrimônio histórico. (Art. 1º, §1º)

Sob forma pouco mais sintética, essa mesma definição foi adotada pela Comissão Afonso Arinos, no capítulo VIII, art. 381, §1º, e acabou desaguando na Constituição Federal de 1988, no capítulo Dos Índios, art. 231, §1º com a seguinte redação:

Art. 231, §1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para 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, costumes e suas tradições.

A importância dessa definição, inexistente até então nos textos constitucionais, deve ser apreciada. Com efeito, sabe-se que o diabo reside nos detalhes, e a experiência acumulada na década anterior à Constituinte indicava os detalhes que deveriam ser especificados. A capacidade jurídica dos índios e a definição de terra indígena faziam parte deles.

Para além dessa contribuição, ressalte-se que a consulta de José Afonso da Silva foi uma ocasião pioneira de concertação política em torno de um texto concreto. Contrasta com o texto, mais genérico, do chamado Programa Mínimo sobre Direitos Indígenas de 1986, que leva a assinatura de 29 organizações não governamentais, a saber, da União das Nações Indígenas (UNI), entidades de apoio ao índio, centrais sindicais e associações profissionais e científicas. Entre estas últimas já figuram a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e a Coordenação Nacional dos Geólogos (Conage), que tiveram papel essencial no processo constituinte, como veremos a seguir. Outra personagem fundamental nesse processo, o Conselho Indigenista Missionário (Cimi), órgão da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), também assinou o Programa Mínimo.

A MINERAÇÃO E A CONAGE

Já se previa que a questão da mineração se tornaria chave na Constituinte e incidiria com força no debate sobre direitos indígenas. O projeto Radam (Radar na Amazônia), de 1970, estendido em 1975 ao território nacional com o nome Radam Brasil, havia mapeado de avião, com radar, várias características importantes da Amazônia, entre as quais as que indicavam possibilidades de jazidas minerais. Na esteira

desses novos dados foram encaminhados ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral (DNPM) inúmeros pedidos de pesquisa e lavra mineral em toda a Amazônia. Muitos se superpunham a terras indígenas, e muitos também se superpunham uns aos outros.

A proposta de José Afonso da Silva à Comissão Afonso Arinos, em novembro de 1985, (art. 47, §1º e 2º) reservava aos índios o usufruto não só das riquezas naturais, mas também das riquezas minerais de suas terras. O Programa Mínimo de 1986 adotava a mesma posição, que também foi incluída na posição oficial do PMDB para a Constituinte aprovada no Congresso do Partido em agosto de 1986 (Os Direitos dos Índios pp. 171-4). De forma mais incisiva, uma moção de autoria de Maurício Fruet, Luiz Felipe Mussi e Cícero Bley Jr. foi aprovada nesse mesmo Congresso do PMDB e pedia:

A revogação do decreto nº 88.895 que permite de forma sub-reptícia e inconstitucional a exploração mineral em terras indígenas [e que] o Ministério de Minas e Energia [...] se abstenha de conceder alvarás em áreas indígenas, bem como proceda à revogação dos mais de 500 alvarás já concedidos, até que haja pronunciamento legal a respeito da matéria.

Logo a seguir, um apoio inesperado veio da Federação Nacional dos Engenheiros que congregava os Sindicatos de Engenheiros, e da Conage, a Coordenação Nacional dos Geólogos, que congregava dezoito associações profissionais e o Sindicato dos Geólogos do Estado de São Paulo. Em começo de outubro de 1986, essas duas entidades defenderam o usufruto exclusivo dos índios das riquezas do solo e do subsolo de suas terras e a nulidade de quaisquer direitos minerários já existentes sobre elas. Acrescentaram uma cláusula que viria a ser muito debatida e mutilada na Constituinte:

Excepcionalmente, a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas poderão ser feitas, como privilégio da União, sem qualquer interesse empresarial, quando haja relevante interesse nacional, assim declarado pelo Congresso Nacional para cada caso, desde que inexistam reservas conhecidas e suficientes para o consumo interno, economicamente aproveitáveis da riqueza mineral em questão, em outras partes do território brasileiro, com a devida aprovação da respectiva comunidade indígena.

E ainda prosseguiram estipulando que o lucro, nessa situação, seria “integralmente revertido em benefício das comunidades indígenas” (M. C. Cunha, 1987, pp. 179-80).

A posição da Conage, liderada por um forte e decidido presidente, Wanderlino Teixeira de Carvalho, era de teor nacionalista. Inserir-se um amplo e candente debate sobre mineração, a Petrobras e contratos

de risco, em que uma significativa ala nacionalista (em que figuravam tanto o Conselho de Segurança Nacional como grupos de todos os matizes ideológicos) se opunha às pretensões de empresas estrangeiras na mineração. Apesar da intensa oposição de liberais como Roberto Campos, esse bloco logrou boa parte de seus objetivos: o subsolo, distinto do solo, permanecia propriedade da União.⁸

A questão da mineração em terra indígena entrava nesse quadro com o seguinte argumento, que será simplificado aqui: os geólogos brasileiros receavam que os recursos minerais, em particular da Amazônia, fossem explorados por empresas estrangeiras que os esgotariam. Lembravam que não haveria “segunda safra” para minérios e que era imperativo reservar áreas para uma eventual necessidade futura. Essas áreas, advogaram, poderiam perfeitamente coincidir com as terras indígenas. Embora a questão da mineração em áreas indígenas não fosse senão um apêndice do programa da ala nacionalista, a aliança com uma das entidades de apoio aos índios, o Cedi, foi crucial para a Conage. O Cedi, com efeito, colaborou com a Conage para a elaboração de um Mapa do Capital Estrangeiro no Subsolo da Amazônia, que muito impressionou o Congresso e causou furor na imprensa. No dia 25 de abril de 1988, o *Correio Brasiliense* estampava o Mapa em duas páginas com a acusação: “O Mapa é Falso” e cercado de alegadas correções. Tanto Wanderlino Carvalho, presidente da Conage, quanto o próprio presidente do CNPq, Crodowaldo Pavan, refutaram essa acusação: o mapa estava essencialmente correto e teve um imenso impacto (Earp, Earp e Villas-Boas, 1988; M. Carneiro da Cunha e W. Carvalho, 1987).

A mineração em terras indígenas e o aproveitamento de seu potencial em hidrelétricas foram os temas mais debatidos e contenciosos no processo constituinte, e seria assunto de um artigo à parte. A conclusão foi feita no segundo e terceiro parágrafos do artigo 231, e o que foi salvo das propostas iniciais se deveu à mediação de Jarbas Passarinho:

Art. 231

§2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Desde então, como veremos abaixo, nunca cessaram as investidas legais contra essas proteções às terras indígenas.

[8] Esse processo está relatado com minúcias em: Earp, Fábio S. Sá; Earp, C. A. K.; e Villas-Boas, A. L. “A questão mineral na Constituição de 1988”. *Coleção Estudos e Documentos* n. 8, Cetem e CNPq. Disponível em: <mineralis.cetem.gov.br/bitstream/cetem/302/1/sed-08.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

A ONDA DE CALÚNIAS

Em um momento crucial da Constituinte, jornais importantes de várias capitais estamparam em extensas matérias de capa, seguidamente, durante muitos dias, o que hoje se chamaria de *fake news*. Alegavam uma conspiração internacional para impedir a lavra de minérios no Brasil ao resguardar as terras indígenas da exploração minerária e citavam a perspectiva de haver cassiterita em terras Yanomami, em Roraima.⁹ Acusavam especificamente o Cimi e as várias organizações que defendiam os índios de serem agentes dessa conspiração. A manobra surtiu o efeito desejado pelos seus autores: o texto que já tinha sido aprovado nas fases iniciais foi desfigurado na fase da “sistematização”. Foi quase um milagre que se tivesse conseguido restaurar algo nos debates seguintes para se chegar ao artigo 231.

[9] O raciocínio fantasioso era que a defesa dos direitos indígenas encobriria uma conspiração destinada a evitar a exploração da cassiterita em Roraima para, assim, beneficiar empresas estrangeiras, que, graças a isso, poderiam manter o alto preço desse minério.

Esse é outro episódio que merece um artigo em separado. Jornalistas de periódicos como *O Estado de S. Paulo*, o *Correio Braziliense*, *A Crítica*, de Manaus, *O Globo*, no Rio, e um jornal de Recife participaram dessa vergonhosa campanha. De tanto serem repetidas, essas mentiras arriscaram, como dizia Goebbels, tornar-se uma verdade. Até meus pais me perguntaram se as acusações tinham algum fundamento. Mais tarde, o Sindicato dos Jornalistas de São Paulo apresentou formalmente desculpas sobre a campanha de calúnias a Dom Luciano Mendes de Almeida, presidente da CNBB, e ao Cimi.

Na ausência de provas, tentou-se provar a interferência internacional num documento de apoio aos direitos indígenas assinado por jovens austríacos contatados por Dom Erwin Krautler, bispo presidente do Cimi.

Outra fonte de acusações contra quem defendia os direitos dos índios baseou-se em uma curiosa querela em cima de palavras e, em particular, no uso de expressões como “nações indígenas”. Pouco importava aos que queriam levantar suspeitas que a expressão figurasse sem levantar problemas no programa do PMDB ou que “nações” fosse o termo consagrado na época colonial para se referir ao que hoje com tranquilidade se chama no Brasil de “povos indígenas”.

Não parecia à Comissão Pro-Índio e a seus cossignatários de propostas de texto constitucional que termos fossem importantes, e sim garantias concretas como as que foram adotadas. Ao final, prevaleceu na Constituição o termo “índios”.

NATUREZA HISTÓRICA DOS DIREITOS INDÍGENAS

Outro ponto importante que ficou definido na CF de 1988 concerne a natureza histórica dos direitos indígenas à terra. Estes não se extinguem, como se procurou argumentar desde o século XIX, com a assimilação cultural dos índios “à massa da população”. São, desde a colônia, direi-

tos de primeiros ocupantes. Derivam, de acordo com o grande jurista João Mendes Jr. (1912), do mais fundamental dos títulos, o indigenato. É nesse sentido que são direitos originários, anteriores ao próprio Estado. Existem por si só, independentemente do reconhecimento que o Estado lhes deve.¹⁰ O professor José Afonso da Silva reiterou em 1984 o mesmo entendimento: “O indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si” (Silva, 1984, p. 4).

Foi Rubens Santilli Brando, médico da Escola Paulista de Medicina,¹¹ quem descobriu em um sebo o livro das conferências de João Mendes Jr. em 1912 (Mendes Jr., 1912), onde expôs esse entendimento. Na Comissão Pro-Índio, publicamos em 1988 uma edição fac-similar desse livro, e uma dessas conferências foi recentemente republicada (Mendes Jr., in: Carneiro da Cunha e Barbosa [orgs.], 2018, pp. 309-63).

A questão do que fundamenta os direitos territoriais dos índios é essencial. Nos textos constitucionais de 1946 (art. 5º), 1967 (art. 8º) e 1969 (art. 8º), estipulava-se que competia à União legislar sobre “a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Essa “incorporação”, cuja variante era “integração”, era entendida pelos órgãos oficiais como “assimilação”. Ou seja, o intuito da política indigenista republicana e, explicitamente, a partir de 1946, era a destruição das tradições indígenas, tornando os índios “cidadãos comuns”, sem atentar aparentemente para o fato de esses novos cidadãos serem, como lembrou Darcy Ribeiro, cidadãos de terceira classe. Em poucas palavras, o programa era o etnocídio, a destruição das sociedades indígenas.

Esse programa de “assimilar os índios” foi expressamente revogado na Constituição de 1988 no *caput* do artigo 231:

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.

HOJE, TRINTA ANOS MAIS TARDE

Trinta anos mais tarde, são só ameaças.

O candidato Jair Bolsonaro, que arrisca ganhar a presidência do Brasil, já fez várias ameaças aos direitos indígenas.¹² Consta que, além de declarar que não haveria mais nem um centímetro de terra para índios e quilombolas, e que haveria uma revisão das terras indígenas, estaria, ao que consta, empregando um método mais expeditivo, que foi aplicado no século XIX nos Estados Unidos. Ouvia rumores de que ele estaria conquistando votos indígenas propondo

[10] Foi Dalmo Dallari, uma vez mais, quem nos explicou a noção de direitos originários, exemplificando com os cantões suíços, que detinham seus direitos antes da emergência do Estado suíço.

[11] Rubens Santilli Brando morreu jovem, de forma trágica, decepado pela hélice de um helicóptero, indo prestar assistência aos Yanomami.

[12] O artigo foi entregue a uma semana do 2º turno das eleições presidenciais. [N.E.]

que suas terras, que são inalienáveis e coletivas, fossem privatizadas e divididas em lotes para os índios. Isso significa não só o esfacelamento de modos de vida tradicionais, como a possibilidade de venda desses lotes. Foi com um subterfúgio assim que o mercado nos Estados Unidos conquistou, por meio de compra, as terras de muitos povos indígenas. E foi assim também que, na mesma época, os índios do Nordeste perderam suas terras.

Não são, porém, só essas as ameaças. No legislativo, Projetos de Lei e de Emendas Constitucionais anti-índigenas se acumulam há vários mandatos e só fazem crescer. Tiveram uma especial bonança no governo Temer, cujas rédeas eram detidas pelo agronegócio: o mesmo agronegócio aposta em Bolsonaro para continuar nessa toada. E as demandas do setor de mineração nunca cessaram, como atesta o Projeto de Lei (PL) 1.610 de 1996, que continua na pauta do legislativo. Da mesma forma, também a proibição do aproveitamento do potencial energético seria alterada caso se aprove o Projeto de Lei 7.813/2017.

De sua parte, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal tentam firmar um entendimento absurdo, o chamado “marco temporal”, com seu apêndice, “o esbulho renitente”, que afirma que só têm direito às suas terras os índios que lá se encontravam no dia da promulgação da Constituição de 1988. Os principais — mas não únicos — alvos desse entendimento são os Guarani, sobretudo do Mato Grosso do Sul e do Oeste do Paraná, violentamente deportados de suas terras desde a década de 1940 e a Marcha para o Oeste de Getúlio Vargas. Como uma deportação forçada nunca foi suficiente para abolir direitos, o remendo é exigir que os índios provem que nunca deixaram de resistir, seja pela força, seja por vias judiciais. Isso numa época em que, como já vimos, juízes não reconheciam a capacidade dos índios de propor uma ação judicial. Esse perverso entendimento¹³ está contaminando a Advocacia-Geral da União (AGU). E o legislativo propõe instituir o “marco temporal”, que consta de várias propostas de lei (PL 490/2007; PL 1.216/2015; PL 1.218/2015; PL 7.813/2017). A PL 490/2007, aliás, sequer aceita a exceção do esbulho.

De todas essas propostas, a mais sinistra é a Emenda Constitucional 215 (PEC 215/2000), que, além de abrir as terras indígenas para empreendimentos de infraestrutura, tira da União e transfere para o Congresso a competência exclusiva de aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Não contente, o Congresso ainda se arrogaria a ratificação das demarcações já homologadas.

Em suma, o horizonte está carregado, e os direitos dos índios, mais ameaçados do que nunca.

[13] Veja-se o magistral parecer do grande constitucionalista José Afonso da Silva (2018) refutando a doutrina do “marco temporal”, assim como os demais textos publicados na coletânea *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa* (Carneiro da Cunha e Barbosa [orgs.], 2018).

Recebido para publicação em 21 de outubro de 2018.

Aprovado para publicação em 29 de novembro de 2018.

NOVOS ESTUDOS

CEBRAP

112, set.–dez. 2018

pp. 429-443

MANUELA CARNEIRO DA CUNHA é antropóloga e membro da Academia Brasileira de Ciências. Foi professora titular da USP e da Universidade de Chicago.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Brasil – Ministério do Interior, Relatório Jader Figueiredo, 1968. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gr_crimes_ditadura/composicao. Acesso em: 30 out. 2018.
- Araújo, Ana Valéria de; Leitão, Sérgio. "Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988". In: Lima, Antônio Carlos de Souza & Hoffmann, Maria Barroso (orgs.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa/Laced, 2002, pp. 23-33.
- Barbosa, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade, 2001.
- Carneiro da Cunha, Manuela (org.). *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- _____. (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992a.
- _____. *Legislação Indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889)*. São Paulo: Edusp, 1992.
- Carneiro da Cunha, M. & Carvalho, Wanderlino Teixeira de. "A questão indígena e interesses minerais na Constituinte". In: Carvalho, Wanderlino Teixeira de (org.). *A questão mineral na Amazônia: seis ensaios críticos*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia/CNPq, 1987, pp. 55-91.
- Carneiro da Cunha, Manuela & Barbosa, Samuel (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora da Unesp, 2018.
- Cedi – *Aconteceu Especial*, n. 17. Povos Indígenas no Brasil, 85/86. São Paulo: Centro Ecumênico de Documentação e Informação – Cedi, 1987.
- Comissão Pró-Índio. *A questão da emancipação*, n. 1. São Paulo, 1979.
- Comissão Pró-Índio/SP. "Índios: Direitos históricos". *Cadernos da Comissão*. São Paulo, 1982. Disponível em: <http://cpisp.org.br/publicacao/indios-direitos-historicos/>. Acesso em: 30 out. 2018.
- Comissão Pró-Índio. *O índio e a cidadania*. São Paulo, 1983.
- Dallari, Dalmo de Abreu. "O índio, sua capacidade jurídica e suas terras". In: *A questão da emancipação*. Cadernos da Comissão Pró-Índio, n. 1, São Paulo, 1979, pp. 77-82.
- _____. "Índios, cidadania e direitos". In: *O índio e a cidadania*. Comissão Pró-Índio, São Paulo: Brasiliense, pp. 52-8, 1983.
- _____. "A tutela indígena". Boletim da Comissão Pró-Índio de São Paulo, São Paulo, ano II, n. 4, pp. 3-6, 1984.
- _____. "Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios". *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, Brasília: Senado Federal, n. 111, jul./set. 1991.
- Davis, Shelton H. *Vítimas do milagre: O desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- _____. "Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas". *Mana*, v. 14, n. 2, Rio de Janeiro, outubro de 2008.
- Earp, Carlos Alberto K. de Sá; Earp, Fábio S. de Sá; Villas Bôas, Ana Lucia. *A questão mineral na Constituição de 1988*. Coleção Estudos e Documentos n. 8, Cetem e CNPq, 1988.
- Deparis, Sidiclei Roque. "União das Nações Indígenas (UNI): contribuição ao movimento indígena no Brasil (1980-1988)". Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação em História, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), 2007.
- Farage, Nadia; Cunha, Manuela Carneiro da. "Caráter de tutela dos índios: origens e metamorfoses". In: Cunha, Manuela Carneiro da (org.). *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- Gonçalves, Wagner. "Natureza jurídica das comunidades indígenas. Direito público e Direito privado. Novo Estatuto do Índio. Implicações". In: Santilli, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, pp. 241-50.
- Junqueira, Carmem; Paiva, Eunice. "La legislación brasileña y las poblaciones indígenas em Brasil". In: Stavenhagen, Rodolfo (org.). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colégio de México, 1988, pp. 213-38. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr>. Acesso: 03 dez. 2018.
- Lacerda, Rosane Freire. "Diferença não é incapacidade: Gênese e trajetória. História da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988". Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília: Faculdade de Direito, UnB, 2007.
- _____. *Os povos indígenas e a Constituinte 1987-1988*. Brasília: Cimi, 2008.
- Marés de Souza Filho, Carlos Frederico. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992a.
- _____. "O processo de demarcação das terras indígenas: O poder público deve aplicar o artigo 231 da Constituição". In: *Terras indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Cedi/Museu Nacional, 1992b.
- _____. "Tutela aos índios: Proteção ou opressão?". In: Santilli, Juliana (org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.
- _____. *Orenascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. Capítulo VIII – "Dos Índios". In: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz (coord.). "Comentários à Constituição do Brasil", Série IDP, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2.147-58.
- Martins, José de Souza. "A emancipação do índio e a emancipação da terra do índio". In: *A questão da emancipação*. Cadernos da Comissão Pró-Índio, n. 1. São Paulo, 1979, pp. 73-5.
- Mendes Jr., João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.
- Resende, Ana Catarina Zema de. "Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960-2010): uma análise histórica à luz da teoria do sistema-mundo e do pensamento decolonial". Tese de doutoramento. Brasília: UnB/ Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, 2014.

- Santilli, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor e Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.
- Santilli, Márcio. "O estatuto das sociedades indígenas". In: Ricardo, Beto (org.). *Povos indígenas no Brasil: 1991-1995*. São Paulo: Instituto Socioambiental, pp. 2-5.
- _____. "Os direitos indígenas na Constituição brasileira". In: *Povos indígenas no Brasil 1987/88/89/90*. São Paulo: Cedi, 1996, pp. 11-4.
- Santos, Silvio Coelho dos (org.). *O índio perante o direito*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.
- _____. (org.) *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos: Ensaios*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.
- Silva, José Afonso da. "Autoaplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal". *Boletim Jurídico da Comissão Pro-Índio de São Paulo*, ano 1, 1984, n. 3, pp. 3-9.
- _____. "Parecer". In: Carneiro da Cunha, Manuela & Barbosa, Samuel (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora da Unesp, 2018, pp. 17-42.

