



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA FEIJÓ**

**A QUESTÃO DO PETRÓLEO EM TERRAS INDÍGENAS:**  
**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL À LUZ DO**  
**DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**NATAL**  
**2012**

JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA FEIJÓ

A QUESTÃO DO PETRÓLEO EM TERRAS INDÍGENAS:  
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL À LUZ DO DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientadora:  
Profa. Dr<sup>a</sup>. Maria dos Remédios Fontes Silva

NATAL  
2012

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Feijó, Julianne Holder da Câmara Silva.

A questão do petróleo em terras indígenas: uma análise constitucional à luz do desenvolvimento sustentável / Julianne Holder da Câmara Silva Feijó. - Natal, RN, 2012.

153f.

Orientador: Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito Constitucional - Dissertação. 2. Dignidade humana – Índios - Dissertação. 3. Estado constitucional - Dissertação. 4. Indústria do petróleo - Dissertação. 5. Desenvolvimento sustentável – Dissertação. I. Silva, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342

JULIANNE HOLDER DA CÂMARA SILVA FEIJÓ

A QUESTÃO DO PETRÓLEO EM TERRAS INDÍGENAS:  
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL À LUZ DO DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

APROVADO EM: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

PROF<sup>a</sup>. DR<sup>a</sup>. MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA (PRESIDENTE)

---

PROF. DR. PAULO LOPO SARAIVA

---

PROF<sup>a</sup>. DR<sup>a</sup>. PATRÍCIA BORBA VILAR GUIMARÃES

## **Agradecimentos**

Primeiramente à Deus pela minha existência simples e feliz.

Aos meus pais pelo apoio incondicional.

Ao meu esposo, Rafael Heider, pelo amor e dedicação.

Especialmente à minha orientadora, Maria dos Remédios, pela amizade, confiança e pela energia inesgotável dedicada aos seus orientandos.

À Patrícia Borba Vilar Guimarães, por colaborar com minhas pesquisas desde os tempos da graduação.

À UFRN, meu segundo lar, e ao PRH nº36 pelo incentivo.

## RESUMO

Reconhecendo a necessidade de preservar uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal, inspirada nos valores pluralistas do Estado Constitucional de Direito, estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu artigo 231 o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, premissa inafastável da garantia de sua continuidade física e cultural, rompendo definitivamente com o paradigma da assimilação do índio à civilização nacional. Entretanto, apesar da política indigenista de preservação étnica e cultural, a própria Constituição possibilitou a exploração de minérios em território aborígene, aqui incluído os hidrocarbonetos, desde que observadas algumas exigências preestabelecidas, ficando a cargo do legislador ordinário a disciplina da matéria. No entanto, esta lei ainda não foi editada, existindo alguns projetos em tramitação no Congresso Nacional, restando, por conseguinte, inviabilizada a exploração petrolífera em subsolo indígena até a promulgação da legislação competente. Neste ínterim, o presente trabalho realiza uma análise integrada entre as disposições constitucionais de tutela à singularidade étnica e cultural indígena, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o projeto de lei apresentado pelo Deputado Eduardo Valverde, na tentativa de consolidar o desenvolvimento sustentável nas práticas do setor, através da estruturação de um regime socioambiental responsável de exploração petrolífera, compatibilizando a necessidade energética nacional com a manutenção do meio ambiente equilibrado e preservação da organização sociocultural de uma minoria tão fragilizada e agredida ao longo de cinco séculos de dominação.

**Palavras-chave:** Índios. Estado Constitucional. Indústria do petróleo. Desenvolvimento sustentável.

## **ABSTRACT**

Recognizing the need to preserve a national ethnic minority, the Constitution, inspired by the pluralistic values of the Constitutional Law State, stipulated a series of rights and guarantees for the conservation of indigenous cultural singularity, disciplining in article 231 the Indians right to maintain their social organization, customs, languages, beliefs and traditions, as well as safeguarding the rights to the lands they traditionally occupy, and the exclusive use of the wealth existing in them, premise of ensuring their physical and cultural continuity, breaking decisively with the paradigm the assimilation of the Indian national civilization. However, despite the Indian policy of ethnic and cultural preservation, the Constitution allowed the exploitation of minerals in aboriginal territory, incorporated herein hydrocarbons, provided they meet certain predetermined requirements, leaving it to the legislature the discipline of ordinary matter. However, this law has not yet been published, with some projects in the National Congress, leaving thus precluding the indigenous subsurface oil exploration until the enactment of enabling legislation. Meanwhile, this paper carries out an integrated analysis of the constitutional protection of ethnic and cultural uniqueness of indigenous peoples, Convention N° 169 of the International Labour Organization and the bill presented by Deputy Eduardo Valverde, in an attempt to consolidate sustainable development practices in the sector, through developing a system of social and environmental responsible oil exploration, aligning with national energy needs to maintain a balanced environment and preservation of socio-cultural organization of a minority so weakened and beaten over five centuries of domination.

**Key-words:** Indians. Constitutional State. The oil industry. Sustainable development.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 - IDENTIDADE CULTURAL E DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO PÓS-MODERNA</b> .....	16
1.1 O FENÔMENO PÓS-MODERNO E A ABERTURA CONSTITUCIONAL.....	16
1.1.1 Dignidade humana: um valor plástico de conteúdo evolucionista.....	22
1.1.2 O multiculturalismo e sua elevação ao status da fundamentalidade.....	27
1.2 SOCIOAMBIENTALISMO E IDENTIDADE CULTURAL: QUEBRANDO PARADIGMAS E RECONSTRUINDO VALORES.....	29
1.2.1 O Socioambientalismo - valorização cultural e preservação ambiental sob uma concepção unitária.....	29
1.2.2 Proteção à singularidade cultural na Constituição Federal de 1988.....	32
1.2.3 Direitos culturais à luz da teoria material da constituição.....	38
1.3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O ELEMENTO CULTURAL.....	42
<b>CAPÍTULO 2 - O ÍNDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	50
2.1 O ÍNDIO E O INDIGENATO: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS.....	50
2.1.1 Legislação histórica.....	51
2.2 O INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	55
2.2.1 O direito à terra e ao usufruto exclusivo.....	56
2.2.2 Empreendimentos econômicos em terras indígenas.....	61
2.2.3 Capacidade civil e educação indígena.....	64
2.3 ASPECTOS INFRACONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO ÍNDIO BRASILEIRO.....	67
<b>CAPÍTULO 3 - EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRAS INDÍGENAS: O DESAFIO DA SOBREPOSIÇÃO</b> .....	72
3.1 A (DESASTROSA) CASUÍSTICA LATINO-AMERICANA.....	74
3.2 ASPECTOS JURÍDICOS.....	86
3.2.1 Os imbrólios da regulamentação.....	87
3.2.2 O Código de Mineração e o problema dos subsolos “loteados”.....	89
3.3 O PROCEDIMENTO DE CONSULTA À LUZ DA CONVENÇÃO 169 DA OIT E DA AGENDA 21 DA ONU.....	93
3.3.1 A consulta prévia, informada e de boa-fé na América – Latina.....	96



<b>CAPÍTULO 4 - ANÁLISE DO PROJETO VALVERDE</b> .....	106
4.1 O PROCEDIMENTO PARA A OBTENÇÃO DA CONCESSÃO DE PESQUISA E LAVRA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRITÓRIO INDÍGENA.....	107
<b>4.1.1 Deflagrando o procedimento: Fase preparatória, Congresso Nacional e consulta à comunidade indígena</b> .....	107
<b>4.1.2 O procedimento licitatório e os contratos de concessão de pesquisa e lavra</b> .....	112
<b>4.1.3 Das Obrigações do concessionário</b> .....	116
4.1.3.1 O licenciamento ambiental.....	116
4.1.3.2 Das garantias e dos direitos das comunidades indígenas afetadas .....	119
<b>CONCLUSÃO</b> .....	125
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	130
<b>ANEXO – 1</b> .....	139
<b>ANEXO – 2</b> .....	149

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

**ADCT** – ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

**ANP** – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

**ART** – ARTIGO

**CDN** – CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

**CDB** – CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA

**CIDH**- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**CF** – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**CGPIMA** – COORDENAÇÃO-GERAL DO PATRIMÔNIO INDÍGENA E MEIO AMBIENTE

**CMA** – COORDENADORIA DO MEIO AMBIENTE

**CNPE** – CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA

**CONAMA** – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

**CSN** – CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL

**DJ** – DIÁRIO DA JUSTIÇA

**DL** – DECRETO LEI

**DNPM** – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL

**DOU** – DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO

**DSEI** - DISTRITOS SANITÁRIOS ESPECIAIS INDÍGENAS

**EC** – EMENDA CONSTITUCIONAL

**EI** – ESTATUTO DO ÍNDIO

**EIA** – ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

**EMBRAPA** – EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA

**FDA** – FRENTE PARA A DEFESA DA AMAZÔNIA

**FECUNAE** – FEDERAÇÃO DOS ÍNDIOS *QUÍCHUA* DA REGIÃO DO BAIXO NAPO

**FIPSE** – FEDERAÇÃO INDEPENDENTE DO POVO *SHUAR* DO EQUADOR

**FLONA** – FLORESTA NACIONAL

**FUNAI** – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

**FUNASA** – FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE

**GTA** – GRUPO DE TRABALHO AMAZÔNICO

**IBAMA** – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

**ICMBIO** – INSTITUTO CHICO MENDES DE CONTROLE DA BIODIVERSIDADE

**IPGN** – INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL

**ISA** – INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL

**MEC** – MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

**MIN** – MINISTRO

**MPF** – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**MS** – MINISTÉRIO DA SAÚDE

**ONHAE** – ORGANIZAÇÃO DA NAÇÃO *HUAORANI* DA AMAZÔNIA EQUATORIAL

**ONU** – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

**OIT** – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

**PNUMA** – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE

**PESA** – PETROBRAS ENERGIA

**PIN** – PLANO DE INTEGRAÇÃO NACIONAL

**PL** – PROJETO DE LEI

**PT** – PARTIDO TRABALHISTA

**REL** – RELATOR

**RESEX** – RESERVA EXTRATIVISTA

**RIMA** – RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL

**SESAI** – SECRETARIA ESPECIAL DE SAÚDE INDÍGENA

**SNUC** – SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

**SPI** – SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO

**STF** – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**STJ** – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**SUS** – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

**TI** – TERRA INDÍGENA

**TRF** – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

## INTRODUÇÃO

Quando se debruça sobre o delicado tema da exploração de hidrocarbonetos em terras indígenas uma importante reflexão se torna crucial para o desenvolvimento dos trabalhos: como compatibilizar uma atividade extremamente poluidora e degradante, mas de inegável necessidade e relevância em face da atual demanda energética mundial, com os direitos de uma minoria étnica à preservação de sua identidade física e cultural, a qual esta indissociavelmente ligada à preservação do meio ambiente?

A compatibilidade, em verdade, nunca será alcançada. A presença da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN) em um ecossistema vulnerável inevitavelmente trará péssimas conseqüências, agredindo o meio ambiente e forçando um choque cultural irreversível, desarranjando para todo o sempre as estruturas de uma cultura milenar, fingir que poderia ser diferente é cegar a realidade da IPGN, altamente poluidora e devastadora por sua própria natureza. Entretanto não se pode fugir ao contexto econômico e social hodierno, onde o consumo energético é necessidade premente da sociedade, não estando em questão a possibilidade ou não da exploração petrolífera em terras de vulnerabilidade socioambiental, mas se serão utilizados os mecanismos mais seguros e eficazes de exploração.

Diante deste cenário, o objeto do presente trabalho gravita em torno dos aspectos jurídicos que envolvem uma exploração petrolífera nos territórios de tradicional ocupação indígena à luz dos dispositivos constitucionais que tutelam a diversidade cultural brasileira e a proteção ao meio ambiente, no afã de conciliar uma atividade de alto impacto ambiental com os interesses de um grupo social visceralmente dependente dos recursos naturais, que desenvolveu ao longo de séculos uma íntima relação com o meio biótico, estruturando sobre esta relação todo o seu sistema produtivo, cultural e religioso, estando, pois, a sua reprodução física e cultural inexoravelmente entrelaçada à preservação ambiental.

Para adentrar no universo dos direitos indígenas se faz indispensável compreender as modificações dogmáticas e filosóficas sofridas na tutela indigenista a partir da Constituição brasileira de 1988, quando o vetusto paradigma da assimilação cultural fora substituído pela proteção à diversidade cultural. Dentro da compreensão da sociedade liberal, homogenia e estática, não existia espaço para a alteridade, para o culturalmente diferente. Tudo aquilo que não correspondesse aos padrões capitalistas ocidentais estaria fadado à marginalização. Assim, o ser indígena era considerado uma condição transitória, destinada a incorporação ao modo de vida “civilizado”, acreditava-se sinceramente que o melhor caminho para o autóctone era a aculturação e progressivo abandono da “primitividade”.

Desta forma, dedica-se o capítulo inicial ao estudo da consolidação do Estado Constitucional de Direito, edificado a partir dos contornos do Estado de Direito e do Estado Democrático. Pluralista e multicultural a nova feição política do Estado contemporâneo organiza-se a partir de uma Constituição dotada de força normativa e encimada pelo primado da dignidade humana, abrindo-se às diversidades e desabrochando o direito de minorais até então marginalizadas. Serão estudadas, então, as influências que estas mudanças políticas e jurídicas exerceram sobre a Constituição brasileira de 1988 e sua inovadora abordagem na temática das minorias étnicas.

Com o advento da Constituição de 88 abandonou-se à idéia de incorporação do índio à civilização, consagrando a proteção a sua identidade cultural – agora enquadrado pela novel ordem constitucional como integrante do patrimônio cultural brasileiro – garantindo sua reprodução física e cultural, reconhecendo suas tradições, costumes, crenças, línguas, religião e, sobretudo, o direito originário sobre as terras que habitam, estruturando um regime especialíssimo de posse e propriedade, com limitações expressas à atuação dos não-índios.

Com a consolidação do Estado Constitucional de Direito, parcelas “invisíveis” da sociedade, que não se amoldavam ao padrão liberal, ganharam, em decorrência do princípio da dignidade humana, o direito a continuar a ser que sempre foram, de preservar sua cultura diferenciada e perpetuar seu estilo de vida tradicional.

Será abordada, assim, a proteção à diversidade cultural trazida pela Constituição de 1988, onde índios, quilombolas e outras comunidades que vivem um estilo de vida diferenciado da comunidade envolvente ganharam proteção jurídica à reprodução de seus costumes e tradições históricas. O que antes era visto como uma situação transitória e fadada ao desaparecimento, com a Constituição de 88 elevou-se à categoria de patrimônio cultural brasileiro. Mais do que isso, a perpetuidade física e cultural dos índios e comunidades tradicionais elevou-se ao status de direitos fundamentais dessas populações, visto que inafastável da materialização de sua dignidade.

Dentro deste contexto multicultural e pluralista serão abordados temas como o conteúdo dos direitos fundamentais e a plasticidade da dignidade humana, partindo da premissa que, em uma sociedade diversificada como a brasileira, garantir a dignidade humana significa respeitar a compreensão que cada segmento social possui sobre o que seria uma vida digna, indo de encontro às correntes universalistas dos direitos humanos, as quais representam verdadeira dominação cultural disfarçada.

Ainda no contexto da proteção às minorias étnicas será demonstrado o caráter aberto da atual Constituição brasileira, que absorve como uma esponja os valores relevantes

para o povo brasileiro em cada momento de sua evolução. Nessa abertura constitucional não há espaço para um catálogo rígido de direitos fundamentais, mais um elenco amplíssimo que vai se alargando de forma a proteger todos os valores relevantes à todos os diferentes segmentos sociais que convivem debaixo da mesma Constituição e dentro do mesmo território nacional. Será trabalhada a teoria hermenêutica da Constituição material a fim de defender que as normas internacionais que tratam dos direitos mais elementares dos indígenas integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, muito embora não estejam expressamente contidos no Texto Maior.

Fruto das transformações advindas com o Neoconstitucionalismo (a nova feição do direito constitucional) traz-se à baila a superação do antigo paradigma ambiental de proteção da natureza estática, longe da ação do homem, segundo o preservacionismo norte-americano vigente no século passado. Será introduzido, então, o novo paradigma ambiental, o socioambientalismo, onde ecossistema e seres humanos convivem de forma harmoniosa e inseparável, revelando a importância que as comunidades tradicionais, dentre elas as indígenas, representam para a preservação da natureza, uma vez que desenvolveram historicamente uma íntima relação com o meio natural, reproduzindo conhecimentos, práticas e técnicas acerca da fauna e da flora local além de desenvolver atividades de baixo impacto ambiental.

Desdobram-se no capítulo terceiro os direitos indígenas propriamente ditos, introduzidos pela novel Constituição, voltados à disciplina do ser indígena segundo a nova orientação pluralista de direito à diferença e reprodução cultural. A Constituição erigiu um sólido sistema de proteção aos direitos indígenas, lhes reconhecendo o direito originário sobre as terras que tradicionalmente habitam e lhes assegurando o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas contidas, limitando a exploração dos recursos naturais, hídricos e minerais em suas terras à observância de condições específicas a serem reguladas em lei.

Sendo os hidrocarbonetos de origem mineral, e não havendo lei específica que discipline a sua exploração em território aborígine, há de se aplicar a lei voltada à regulação da atividade minerária em território silvícola para os casos de exploração de petróleo e gás. Como a referida lei ainda não existe, os capítulos quarto e quinto serão dedicados às considerações acerca dos projetos de lei que tramitam nas Casas Legislativas voltados à disciplina da mineração em terras indígenas, que importa ao presente estudo.

Dado que a Constituição limitou a exploração minerária em território tapuio à observância de requisitos predeterminados e a edição de uma lei reguladora específica, revelam-se as intenções do legislador constituinte em afastar das terras indígenas o

procedimento ordinário de exploração e produção mineral regulado pelo código de mineração, bem como afasta a aptidão do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para a apreciação administrativa da conveniência e oportunidade da concessão, uma vez que outorga ao Congresso Nacional a competência para autorizar, em terras indígenas, a atividade minerária. Daí vai decorrer importantes consequências que serão desdobradas ao longo dos dois últimos capítulos.

Passada duas décadas de Constituição Federal, a ausência de regulação da mineração em terras indígenas é uma verdadeira vergonha nacional que vê dia a pós dia os territórios vulneráveis serem invadidos clandestinamente por hordas garimpeiras, deixando para traz um rastro de destruição e massacres históricos envolvendo índios e não-índios. A falta de regulação ainda encerra um grave problema: a conduta do DNPM, que distribui inconstitucionalmente títulos minerários em terras indígenas mesmo sem ter legitimidade para tanto. A aplicação indevida do código de mineração e seu direito de prioridade vêm “loteando” os subsolos das comunidades silvícolas, tendo algumas delas cerca de 90% de seus territórios tomados por interesses minerários, revelando a urgência de afastar a incidência da legislação minerária ordinária das terra indígenas.

Ainda no quarto capítulo, serão analisadas as dificuldades e perspectivas da atuação da indústria petrolífera em território vulnerável, utilizando, para tanto a metodologia comparativa descritiva com estudo de caso. Assim, será analisada a casuística latino-americana de exploração em território indígena, onde empresas petrolíferas há décadas prospectam petróleo e gás nas comunidades autóctones do Continente, sobretudo na floresta amazônica. Não serão abordadas, entretanto, as experiências de outros países não pertencentes à América Latina, que engendraram a exploração de hidrocarbonetos em terras das suas populações nativas, tais como Canadá e Austrália, uma vez que se distanciam consideravelmente da realidade brasileira.

Dessa forma, como ponto de partida, serão analisados os erros e acertos das experiências passadas a fim de indicar um modelo de exploração social e ambientalmente responsável, de modo a proteger o meio ambiente da ação poluidora inerente à indústria petroleira e, sobretudo, resguardar os direitos e interesses de uma minoria já tão marginalizada por séculos de dominação, demonstrando que para se atingir o desenvolvimento sustentável no setor petrolífero se faz indispensável aliar os fatores econômico, social e ambiental.

Garantir a ecoeficiência nas práticas da indústria de petróleo e gás não significa unicamente voltar-se à proteção ambiental, mas aliá-la ao desenvolvimento social de modo a garantir uma vida digna e melhor para todos, inclusive para as minorias étnicas, que sempre

restaram de fora do processo desenvolvimentista nacional. O interessante é que a maioria dos países latinos possui constituições simpáticas aos direitos das comunidades indígenas, tutelando, na teoria, a reprodução física e cultural das populações indígenas enquanto na prática permitem a atuação irresponsável e poluidora das petrolíferas em território tapuío.

As comunidades tradicionais vêm sofrendo os impactos nocivos da atuação petrolífera e, frise-se, de outros empreendimentos econômicos, sem, contudo, usufruir dos benefícios do setor, restando excluídas das estratégias de recuperação ambiental das empresas, além de restarem abandonadas pelos estados nacionais, que deveriam tutelar seus direitos humanos tal qual se comprometeram em instrumentos internacionais e nos textos de suas constituições nacionais. O fator social precisa ser incluído nas estratégias de manejo ambiental da indústria petrolífera, pois somente assim teremos um verdadeiro desenvolvimento sustentável, que integre com harmonia os elementos econômico/ambiental/social.

Desta forma, ao final do trabalho ter-se-á estruturado um regime *sui generis* de exploração de hidrocarbonetos em terras indígenas, partindo-se, para tanto, através de uma metodologia hipotético-dedutiva, das diretrizes constitucionais voltadas à proteção do ser indígena, aliadas aos instrumentos internacionais sobremaneira relevantes para a proteção e efetivação dos direitos mais elementares dessas comunidades, tais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Agenda 21 da Organização das Nações Unidas (ONU), somando-se ao estudo acerca dos projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, voltados à regulação da atividade minerária em terras indígenas, destacando-se o projeto de iniciativa do Deputado Eduardo Valverde, do PT de Rondônia, por se achar mais afinado com a dogmática constitucional de proteção aos interesses dos indígenas, donde serão realçados os principais dispositivos bem como as eventuais falhas que merecem ser sanadas antes da aprovação do instrumento de modo a garantir a devida aplicabilidade das regras constitucionais voltadas à proteção da condição indígena.



# 1 IDENTIDADE CULTURAL E DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO PÓS-MODERNA

## 1.1 O FENÔMENO PÓS-MODERNO E A ABERTURA CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo clássico, oficialmente surgido com as Constituições norte-americana, de 1787, e francesa, de 1791, trazia ao mundo o Estado Liberal de Direito, nascido dos movimentos burgueses de ruptura com o antigo regime absolutista e fortemente influenciado pelos ideais iluministas de liberdade, objetividade científica e individualismo<sup>1</sup>. Por se originar em um ambiente de opressão social, o Estado de Direito caracterizava-se por uma Constituição cuja função precípua consistia em limitar o poder político, assegurando aos cidadãos liberdades individuais intangíveis e oponíveis ao Estado.

Passado um século, consolidado o Estado de Direito, os direitos fundamentais de segunda dimensão se somam aos de primeira num exigir de prestações positivas do Estado no afã de garantir direitos sociais mínimos ao homem, sobretudo na pós-revolução industrial. O cenário jurídico, então, irá marcar-se pela ascensão do juspositivismo, cujas idéias gravitavam ao redor de um direito abstrato, avalorativo, puro, totalmente dissociado de qualquer valor axiológico externo.

Era a idade de Constituições cuja legitimidade dependia do formalismo, calcado no normativismo exacerbado, totalmente divorciada da realidade social. Dissociava-se a esfera jurídica da esfera moral, equiparando o direito à lei, que permanecia no centro do ordenamento jurídico, conforme o modelo inglês de Poder Legislativo forte e infalível, considerado como expressão da vontade popular, sendo uma lei válida não por ser justa, mas por ter sido posta por um órgão competente.

Enquanto criação burguesa, o Estado Liberal ainda visava respaldar e fornecer condições ao desenvolvimento do modo de produção capitalista, pretendendo uniformizar padrões de consumo e comportamento, afastando o intervencionismo estatal da seara econômica e social.

O Estado Liberal de Direito, compreendia a humanidade como parte de um processo evolucionista, que iria da primitividade à civilização, sendo esta o último estágio a ser atingido, desejado por todos os povos ainda não “civilizados”. A concepção de sociedade

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 208.

da época aparecia como algo homogêneo, estático e uniforme, sem espaço para a alteridade nem para o culturalmente diferente. Tudo o que era diverso dos padrões de uma sociedade “moderna” capitalista estaria fadado ao gradativo desaparecimento e compulsiva absorção pela “sociedade envolvente”. Neste contexto o ser indígena era compreendido como uma condição provisória, destinada ao desaparecimento e à assimilação social<sup>2</sup>.

O extremismo positivista de compreender o direito como algo matemático e mecânico, causou um abismo tamanho entre o jurídico e a realidade social que acabou por conduzir à falência do Estado de Direito. Com o segundo pós-guerra e a atroz violação aos direitos da pessoa humana praticados pelos regimes nazi-fascistas sob o manto da legalidade, percebeu-se, em fim, a necessidade de conectar o direito aos valores sociais relevantes, conferindo primazia aos direitos do homem, de modo a proteger sua dignidade. Inaugurava-se, assim, o Estado Constitucional de Direito, que não ousava desprezar o direito posto, mas empreender uma leitura moral do direito<sup>3</sup>, relacionando valores positivistas e jusnaturalistas, até então concebidos como antagônicos, fenômeno filosoficamente conhecido como pós-positivismo.

Explica Canotilho<sup>4</sup> que o Estado Constitucional de Direito conecta dois corações: a *rule of Law* e a vontade do povo, ou seja, necessariamente entrelaça o Estado de Direito – voltado à limitação do Poder político através da divisão das funções do Poder e pela estipulação de um catálogo de liberdades individuais – e o Estado Democrático – Dedicado à legitimação do poder através da soberania popular, e da realização do princípio democrático através das liberdades positivas, prestacionais, em favor de todos, materializando a igualdade substancial – a partir dos quais se tem o Estado democrático de Direito, roupagem assumida pelo Estado Constitucional de Direito.

Assim, com a progressiva solidificação do Estado Constitucional de Direito e conseqüente positivação constitucional de um catálogo de direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana foi alçado a valor fundamental do Ordenamento Jurídico, perpassando todos os aspectos do universo jurídico e social, realizando neles uma revolução sem

---

<sup>2</sup> Vigorava no direito interno e internacional instrumentos normativos voltados à incorporação do indígena ao modo de vida “civilizado”. Inclusive o Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973, em vigor até hoje no Ordenamento brasileiro, adota o paradigma assimilacionista de aculturação indígena, com “o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (art. 1º).

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 208.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 98.

precedentes. Materializar a dignidade passou a significar mais do que garantir a liberdade individual e a igualdade de condições perseguidas durante as revoluções liberais, significa possibilitar o exercício da diferença. Dignidade é poder ser diferente sem que isso acarrete a perda de direitos. Nasceram, assim, os direitos fundamentais de terceira dimensão, os ditos direitos de solidariedade ou de fraternidade, preocupados com o meio ambiente, com o desenvolvimento e com o patrimônio comum da humanidade<sup>5</sup>.

O direito a diferença e a diversidade construído na trajetória do Estado Constitucional de Direito surge como um baluarte na defesa dos interesses das minorias após séculos de marginalização social e esquecimento jurídico. Mulheres, homossexuais, índios, quilombolas e toda uma sorte de segmentos sociais diferenciados ganham voz e visibilidade no cenário social. Desnudou-se, então, a vasta formação étnica e cultural dos países latino-americanos, cujas sociedades são formadas por uma vasta gama de atores sociais, segmentos etnicamente e culturalmente diferenciados entre si e que precisam coexistir em harmonia debaixo de uma mesma Constituição e dentro de um mesmo estado nacional.

O Neoconstitucionalismo (ou novo direito constitucional), significa, assim, um conjunto de transformações no Estado e no Direito Constitucional<sup>6</sup> que conduziram à gênese de um nova formação política: o Estado Constitucional de Direito, arrimado na dignidade humana e num catálogo de direitos fundamentais, na força normativa da Constituição e sob os auspícios filosóficos do pós-positivismo, que conectou o direito à realidade social despercebida no Estado Liberal. O Neoconstitucionalismo, em verdade, foi mais uma das mudanças resultantes do fenômeno da pós-modernidade.

A pós-modernidade significa o conjunto de transformações consolidadas na segunda metade do século passado, que significou muito mais do que a mudança de mentalidade política e reconhecimento de novos direitos fundamentais, envolvendo transformações no modo de agir e de pensar da sociedade contemporânea que abriu-se gradativamente à alteridade, concedendo escolhas, opções e possibilidades ilimitadas aos seres humanos.

Tal mudança de atitude deve-se, sobretudo, ao avançado progresso tecnológico e ao estreitamento de fronteiras permitido pela globalização, que muito mais do que aproximar as diferentes pessoas dos diversos rincões do planeta Terra, nos possibilitou um intercâmbio cultural inexorável, abrindo os olhos da humanidade para a diversidade cultural

---

<sup>5</sup> BONAVIDE, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 569.

<sup>6</sup> Luis Roberto Barroso. *Op. Cit.* P. 216.

do planeta, dando fácil acesso às fontes de conhecimento que fez o homem compreender, aceitar e simpatizar com a diferença.

Dentre as mudanças de paradigma mais notáveis destaca-se, além deste casamento entre o direito e a moral, a força normativa da Constituição, quando a Constituição elevou-se ao status de norma jurídica, e como tal, vinculante e passível de uma interpretação, nos moldes norte-americanos de supremacia constitucional. A Constituição passa ao núcleo do sistema jurídico, mais do que isso, dota-se de superioridade hierárquica, restando à lei buscar nela o seu fundamento de validade. O Estado Constitucional de Direito completa, então a travessia para um modelo de Poder Judiciário forte, guardião da Constituição e responsável por dizer seu sentido e alcance<sup>7</sup>.

Com a aproximação entre direito e moral, as aspirações, temores e anseios mais latentes da sociedade foram positivados na Constituição, ganhando um status constitucional privilegiado, se refletindo não só por todo o ordenamento jurídico, impregnando-o de valores constitucionais, mas por todo o seio social, repercutindo, inclusive, nas relações particulares, numa verdadeira “invasão” constitucional<sup>8</sup>. A Constituição está em tudo, é onipresente, invasora, abraça todos os aspectos da esfera jurídica, fenômeno denominado constitucionalização do direito, e absorve toda a complexidade das relações sociais, não se concebendo mais um direito puro, dissociado da realidade fática.

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se, pois, pela conjugação da Constituição real (realidade social e as forças que nela operam) com a Constituição jurídica (texto formal emanado da máxima expressão da soberania popular: o Poder Constituinte), cujo conteúdo expande-se de maneira indeterminada, não se restringindo as matérias de limitação do Poder e liberdades individuais. A matéria constitucional se alarga para compreender todos os valores que são relevantes para a sociedade em um determinado momento histórico de sua evolução, tendo em conta que a sociedade possui em si mesma uma força inovadora e fluida, não estando estática no tempo.

A sociedade marca-se pelo constante processo de mutação, desabrochando a consciência de que também o direito deve acompanhar a realidade viva e dinâmica do fenômeno social ou, do contrário, sempre estaria um passo atrás da evolução humana não

---

<sup>7</sup> O papel do Judiciário como guardião e interprete da Constituição foi inicialmente invocado no célebre caso *Marbury x Madison*, em 1803, quando o então presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, inspirado nas idéias de Alexander Hamilton, em *O Federalista*, partiu da idéia de que, se cabia ao judiciário a interpretação das normas jurídicas, sendo a Constituição a lei suprema da Nação, competiria também aos juízes interpretá-la, dizendo seu sentido e alcance.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*. p. 217.

atingindo sua função de promoção do bem comum. Neste contexto, os ordenamentos jurídicos reformulados no pós-modernismo caracterizam-se por este processo de abertura constitucional<sup>9</sup>, que coloca no epicentro do sistema o valor da dignidade humana, atrativo de novos direitos que vão ampliando o conteúdo constitucional, inchado-o, de tal modo que transcendem ao texto escrito.

Assim, o conteúdo da Constituição não se limita ao que está expressamente contido no documento, mas compreende os valores que são relevantes ao ser humano e a manutenção de uma vida digna, que muito embora não estejam sempre escritos no texto formal, compõe o bloco de materialidade constitucional em virtude de sua essencialidade para o ser humano em uma vida digna e solidária. Tal ocorre em virtude da velocidade com que evolui a sociedade, não tendo como um texto constitucional estático e engessado satisfazer as necessidades coletivas, carecendo abrir-se à realidade, flutuar conforme o movimento frenético e irreversível da evolução social<sup>10</sup>.

O Estado Constitucional de Direito ainda traz uma importante veia cultural e pluralista, responsável pela compreensão e amadurecimento da idéia de que a sociedade contemporânea é essencialmente plural, diversificada, composta por diferentes segmentos sociais e grupos de interesses. É uma sociedade aberta à diversidade, formada por complexas teias de relações sociais e sujeita às diversas possibilidades que o desenfreado progresso tecnológico e intelectual produz. É uma sociedade de inclusão e de respeito à diferença.

Conclui-se, então, conforme os ensinamentos de Konrad Hesse<sup>11</sup>, que a Constituição não só possui a função de formar e manter a unidade política, organizando o Estado, como também ostenta uma função de integração política, harmonizando as diferentes opiniões, anseios e aspirações da sociedade plural, rompendo definitivamente com a compreensão homogênea da sociedade liberal. A Constituição pós-moderna é, pois, uma Constituição essencialmente cosmopolita, refletindo a sociedade plural que conduz, articulando as diferentes necessidades e aspirações dos variados grupos de interesses que nela coexistem.

Somente equilibrando tais pressões políticas que constantemente se chocam no cenário da sociedade plural é que a Constituição encontrará adesão e reconhecimento popular,

---

<sup>9</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais – Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 52.

<sup>10</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit. Passim*.

<sup>11</sup> Constitución y Derecho Constitucional, p. 3. In: **Manual de Derecho Constitucional**, 2ª ed, Marcial Pons: Madrid, 2001. Tradução de Antonio López Pina.

sem os quais careceria de eficácia social. Cumprindo essas funções de integração e formação da unidade política, a Constituição se converterá não só na ordem jurídica fundamental do Estado, mas também, na ordem jurídica fundamental da sociedade<sup>12</sup> numa verdadeira Constituição da República<sup>13</sup>, havendo uma perfeita harmonia entre a Constituição formal e a Constituição material.

A tarefa constitucional de integração política da sociedade plural vislumbrada por Hesse, conecta-se às idéias de José Afonso da Silva<sup>14</sup> segundo o qual a eficácia das normas jurídicas possui uma dupla dimensão: a eficácia jurídica, quando a norma já nasce aparelhada com todos os atributos para produzir os seus efeitos de imediato, e a eficácia social, o reconhecimento pela sociedade da obrigatoriedade da norma, significando que a norma é cumprida e que, assim, atinge a finalidade a qual se destina.

De fato, diante da compreensão da sociedade plural, somente uma Constituição que consiga captar e harmonizar todos os interesses dos diferentes segmentos sociais que nela coexistem, poderá ser reconhecida por essa coletividade como seu estatuto supremo, ostentando, em fim, eficácia social, sem a qual a eficácia jurídica não lograria êxito.

Compomos um Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>, com o Democrático qualificando o Estado, o que implica dizer que os valores democráticos devem perpassar todos os elementos constitutivos do Estado<sup>16</sup>, inclusive à ordem jurídica. Assim, o Poder não só emana do povo, mas deve ser exercido pelo povo e em proveito do povo. Dessa forma, todos os nichos e segmentos que compõe o chamado “povo” brasileiro devem encontrar seus interesses amparados pelo Estatuto Supremo, ou não estaríamos vivendo em uma democracia. Tais interesses em muitas vezes serão colidentes e antagônicos, sendo a manutenção e o equilíbrio desses conflitos o grande mérito de uma democracia que verdadeiramente funcione.

Daí que esse mister de integração política desempenhado pela Constituição conduz à sua necessária abertura para abarcar tudo o que for fundamental para a concretização da dignidade humana dos diferentes segmentos coexistentes na sociedade que regula, absorvendo uma gama de direitos que pela sua condição elementar elevaram-se ao status constitucional, sob o signo de direitos fundamentais, não só regras impositivas e cogentes,

---

<sup>12</sup> Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 5.

<sup>13</sup> Canotilho, *Op. Cit.* P. 88.

<sup>14</sup> **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65.

<sup>15</sup> Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119.

mas, sobretudo, princípios constitucionais cuja função integradora é notadamente sentida no campo da hermenêutica constitucional.

O papel do exegeta é extremamente relevante no contexto do pós-positivismo visto que cabe a ele extrair o verdadeiro sentido e alcance da norma constitucional à luz dos valores relevantes à sociedade naquele dado momento histórico, contribuindo como verdadeiro co-autor do processo de formação da norma jurídica. Daí que a Constituição de hoje necessita ser extremamente plástica, flexível, de forma a se amoldar aos valores contemporâneos da comunidade que regula, tendo a possibilidade de se renovar e de se reinventar de acordo com a evolução social, sem, contudo, implicar em uma reforma textual que acabaria por enfraquecer a sua força normativa.

A Constituição aberta é, pois, uma Constituição rígida, dotada de supremacia hierárquica, força normativa e mecanismos fortes de controle de constitucionalidade, no entanto, é uma Constituição extremamente maleável, que se flexiona conforma a progressiva evolução das necessidades sociais, absorvendo os valores que lhe são relevantes<sup>17</sup> visto que o pilar de sua sustentação ergue-se a partir da dignidade da pessoa humana, valor que se renova à cada momento, não encontrando definição precisa e acabada.

### **1.1.1 Dignidade humana: um valor plástico de conteúdo evolucionista**

Os direitos fundamentais nada mais são do que os valores relevantes a uma dada coletividade num determinado momento de sua evolução histórica. São decisões políticas e escolhas relevantes (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) tomadas por uma comunidade específica naquele determinado momento de seu desenvolvimento. Afirmamos, então, que cada catálogo de direitos varia no tempo e no espaço. É único. Por essa mesmíssima razão é que afirmamos acima que a Constituição pós-moderna necessita ser extremamente maleável, se flexionando conforme a progressiva evolução das necessidades sociais.

---

<sup>17</sup> A Carta dos Estados Unidos da América se mantém quase a mesma desde a sua promulgação, em 1787, com algumas poucas emendas. É o melhor exemplo de Constituição rígida e simultaneamente plástica, dotando o intérprete de grande função reveladora da norma. Através da técnica hermenêutica construtiva, os norte-americanos constroem o sentido das normas constitucionais de acordo com o momento histórico de sua evolução, dotando a Carta Maior de grande capacidade adaptativa.

Neste sentido, ainda Hesse<sup>18</sup>, afirma que os direitos fundamentais não possuem conteúdo uniforme, mas variável, dependendo de fatores extrajurídicos como a cultura e a história de um povo, podendo um mesmo direito apresentar significados diferentes em constituições diferentes. Indo mais além, Carlos Frederico Marés<sup>19</sup> leva em consideração que não existem direitos humanos universais, mas o direito universal de cada povo de construir o seu referencial de direitos humanos segundo suas tradições, usos e costumes.

De fato, se o catálogo de direitos fundamentais significa os valores que são relevantes para uma determinada sociedade em determinado momento de sua evolução, em outra época, num mesmo Estado, o rol de direitos apresentará significado diverso; da mesma forma que esse catálogo divergirá em seu significado do catálogo de outro estado nacional. Isto porque as necessidades sociais refletidas no elenco de direitos positivados na Constituição são cambiantes, transformando-se de acordo com as necessidades da época. Além do mais, em uma comunidade marcada pela heterogeneidade social a compreensão do que seja uma vida em dignidade variará de acordo com cada grupo integrante da unidade nacional.

Disso decorre que também a compreensão do que seja a dignidade humana varia no tempo e no espaço, apresentando um significado amplíssimo, aberto às diversidades culturais e as variações sociais. Aliás, o alcance de seu conteúdo varia não só endemicamente (de acordo com a evolução histórica e correspondendo a maior ou menor heterogeneidade da comunidade), como varia a partir de um referencial externo, de um Estado para outro.

A dignidade humana, como valor supremo a se irradiar por todo o Ordenamento Jurídico e a inspirar todo o rol de direitos com fins a garantir a todos um mínimo existencial em uma sociedade livre, justa e solidária, necessita apresentar um alto grau de adaptabilidade, de modo a abarcar as diferenças de contexto presentes na sociedade contemporânea. Sendo a Constituição um instrumento de integração política, harmonizando e equilibrando em seu cenário a diversidade de atores sociais<sup>20</sup>, e sendo a dignidade o valor maior desta Constituição, deve esta (a dignidade) também funcionar como ferramenta de integração social, uma força de inclusão, alcançando todos aqueles segmentos sociais conviventes em um mesmo Estado Nacional.

---

<sup>18</sup> Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de derecho constitucional**. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001, P. 84-85.

<sup>19</sup> **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 83.

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Passim*.



Por esta razão é que o significado do que seja a dignidade humana não pode se dar uniformemente, segundo os padrões ocidentais de uma sociedade global capitalista. As diferenças culturais devem ser absorvidas na compreensão do que é uma vida digna. Do contrário estar-se-ia diante de um imperialismo disfarçado, o imperialismo da moral ocidental, sob padrões eurocêntricos e norte-americanos<sup>21</sup>. Afinal, até o status de Estado Constitucional de Direito é uma expressão cultural e sua imposição forçada é uma forma de dominação.

Boaventura de Souza Santos<sup>22</sup> ao tratar da temática conclui que a universalização dos direitos humanos corresponde, em verdade, a uma globalização hegemônica, de cima para baixo, perpetrada pelos países ocidentais dominantes no processo de formação das globalizações<sup>23</sup>, que acabam por impor sua cultura e sua compreensão de dignidade aos países dominados, o que o autor chama de localismo globalizado, ou seja, quando uma idéia ou padrão surge localmente e se globalizam, segundo o doutrinador português globalização é sempre a globalização bem sucedida de um localismo, não existindo um elemento global que não possua raízes locais.

Para ele, Boaventura, o universalismo é algo típico do ocidente e se constitui em instrumento de choque entre civilizações, compreendendo que todas as culturas possuem visões diferentes do que seja dignidade humana, criticando a tentativa de universalizá-la e propondo, em contra partida, um diálogo intercultural dos direitos humanos.

De fato, se faz necessário reconhecer que a compreensão do que seja uma vida digna varia no tempo e no espaço, de acordo com a construção cultural e histórica de um determinado povo, não sendo possível padronizar o seu conteúdo sem afetar estruturas culturais, sem esmagar sistemas culturais diferenciados do sistema capitalista-ocidental. Determinar de cima para baixo a compreensão do que seja uma vida digna, oprime e manipula àqueles que a compreendem de uma forma particular, relacionada à forma cultural de apreensão da realidade. Opressão cultural é algo totalmente incompatível com a dignidade. Uma vida digna tem que ser digna conforme a compreensão daquele que a vive, do contrário não será dignidade, mas dominação opressora camuflada de boas intenções.

<sup>21</sup> PIOVERSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

<sup>22</sup> **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Contexto internacional, jan./jun. 2001. Vol. 23. p. 7-34. disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_ContextoInternacional01.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF). Acesso em: 22 maio 2011. *Passim*.

<sup>23</sup> Para o autor não existe um processo único denominado globalização, mas vários processos de construção de várias formas de globalização. Para ele, como a globalização se constitui por conjuntos de diferenciadas relações sociais, a existência de diversos conjuntos de relações sociais gera diferentes processos de formação da globalização, daí porque utilizar a expressão no plural. *Op. Cit.* P. 14.

Vale lembrar que a dignidade humana, na Constituição de 88, se apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>24</sup> este que deve ser exercido em nome do povo, pelo povo e em proveito do povo. Frise-se, outrossim, que esse “povo” compõe uma sociedade plural, como se depreende de nosso preâmbulo, diversificada portanto. E se a existência deve ser digna para todo o povo, deve ser digna para os diferentes grupos, etnias e segmentos que o integra, tudo segundo as cosmovisões particulares de cada qual.

Sendo a Constituição uma norma aberta e plástica, na qual se incorporam os valores sociais mais relevantes, e sendo a sociedade algo fluido e dinâmico, depreende-se que o conteúdo constitucional irá se alterado, seguindo o compasso da evolução social. A Constituição, como visto, se transforma espiritualmente sem, contudo, modificar o seu texto normativo. É neste aspecto que a atividade do hermeneuta ganha relevância no Estado Constitucional de Direito.

A atividade interpretativa não corresponde mais aos moldes mecanicistas e objetivos do positivismo jurídico que imperou no constitucionalismo clássico liberal. O exegeta não está mais amarrado pura e simplesmente à letra fria da lei. A sociedade não é mais concebida como algo estático, cujas situações da vida se subsumiriam com perfeição aos códigos fechados. Cabe ao interprete, após uma pré-compreensão da realidade que o cerca, extrair do texto normativo a verdadeira norma por traz do dispositivo interpretado, aproximando o direito da realidade social, compreendendo que o sentido e alcance da norma variam conforme as flutuações sociais.

Maior responsabilidade é ainda atribuída ao hermeneuta em países cuja formação social é bastante heterogenia, tais como os latino-americanos de vasta formação étnica e cultural, especialmente o Brasil com sua rica diversidade de comunidades tradicionais. São índios, quilombolas, seringueiros, ribeirinhos, caiçaras, comunidades rurais, pescadores artesanais, populações urbanas, enfim, uma diversidade social que precisa ser administrada e equilibrada a fim de que uma vida em dignidade seja assegurada a todos e que a coesão nacional se mantenha firme e estável.

Daí porque ao intérprete cabe uma pré-compreensão da realidade nacional. É necessário absorver as diferentes nuances que a dignidade humana e os direitos fundamentais

---

<sup>24</sup> Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...)”.

assumem para cada um desses segmentos sociais. O significado dos direitos elementares e a compreensão de uma vida digna não pode se limitar à concepção ocidental, não possuindo um conteúdo uniforme nem universal como pretendem os organismos internacionais. O direito a uma vida digna, segundo a própria compreensão de dignidade, esta sim é um direito universal, mas não o significado, o conteúdo desta dignidade. Universal é o direito de praticar a própria cultura e não o conteúdo desta.

Os valores de relevância para um determinado povo divergem dos valores dos outros tantos povos que convivem no globo<sup>25</sup>, a noção de uma “vida boa e feliz” vai se alterar em cada cultura e em cada momento histórico. Impor a uniformidade desta compreensão segundo os padrões ocidentais corresponde a uma dominação cultural, um imperialismo disfarçado sob o manto da dignidade humana, quando é esta a mais aviltada.

Neste sentido, Peter Häberle<sup>26</sup> sustenta que precisa haver uma democratização da interpretação constitucional, pois quem vive a norma também a interpreta, sendo necessário integrar a realidade ao processo hermenêutico, o que somente seria possível com o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, tanto maior quanto mais pluralista for a sociedade. Para Häberle a Constituição é o espelho da realidade, daí porque não poder deixar de fora do processo hermenêutico os viventes desta realidade.

Das lições de Peter Häberle extraímos a necessidade de congregar o direito à realidade social, lembrando que esta foi a finalidade intentada pelo Neoconstitucionalismo quando surgiu para curar as mazelas provocadas pelo Estado liberal ao separar drasticamente a dimensão jurídica da dimensão social. Não quer isso dizer que a interpretação oficial da jurisdição constitucional deva ser enfraquecida em vista da concorrência de uma infinidade de intérpretes constitucionais. O que se extrai das lições do autor é a necessidade de que a compreensão daqueles que vivem a norma seja levada em consideração, que o real significado de uma vida em dignidade para povos etnicamente e culturalmente diferentes não seja eclipsado pela compreensão da sociedade envolvente, ou do próprio interprete, do que seria uma vida digna.

---

<sup>25</sup> HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de derecho constitucional**. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001, P. 85.

<sup>26</sup> **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Passim*.

### 1.1.2 O multiculturalismo e sua elevação ao status da fundamentalidade

Neste contexto de pós-modernismo e sociedade plural se desenvolveu a idéia de multiculturalismo, consistindo no reconhecimento da diversidade de culturas no mundo que coexistem e se auto influenciam, sob a ótica de uma comunidade internacional globalizada. No dizer de Boaventura de Souza Santos<sup>27</sup> “o termo ‘multiculturalismo’ generalizou-se como modo de designar diferenças culturais em um contexto transnacional e global”. A ascensão do multiculturalismo no Brasil remonta ao período de redemocratização política vivenciado pelo País no final da década de 80, marco inaugural do Neoconstitucionalismo brasileiro<sup>28</sup>.

Esse reconhecimento do pluriculturalismo mundial conecta-se à proteção das minorias étnicas e ao seu direito fundamental de ser diferente, conferindo-lhes condições para que possam perpetuar seu estilo de vida tradicional, seus usos e costumes, falar suas respectivas línguas e praticar a sua própria religião, consagrando o seu direito à diferença e à singularidade étnica e cultural, indissociável da preservação de sua dignidade humana.

Dessa forma, os diversos povos que vivem em seus costumes próprios, reproduzindo suas tradições milenares, se auto reconhecendo como segmento diferenciado da sociedade envolvente, merecem o direito à preservação de sua singularidade sociocultural<sup>29</sup>, posto que sem ela, perderiam sua identidade enquanto povo, fator indissociável da preservação de sua dignidade humana. Neste aspecto particular, por volta da década de oitenta, em reconhecimento dos direitos das minorias étnicas à diferença, paulatinamente os países latino-americanos passaram a se auto intitular sociedades pluriculturais e multiétnicas, inserindo em seus textos constitucionais direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural dos povos indígenas que congregam.

Um a um, os países latinos reconheceram que possuem uma variada formação étnica e cultural em decorrência dos inúmeros grupos indígenas que vivem, convivem e sobrevivem em seu território, resistindo bravamente contra o processo assimilacionista que teve início cinco séculos atrás. Dessa forma, as constituições dos países americanos acabaram

---

<sup>27</sup> **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. p. 33.

<sup>28</sup> Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 206.

<sup>29</sup> Ao contrário do que possa parecer o indígena ou o quilombola, por exemplo, não vão perder esta qualidade se vierem a conviver com outras formas culturais. Eventuais transformações oriundas do coexistir entre diferentes povos é o que caracteriza a reprodução cultural, sem que, com isso, o grupo perca sua identidade, pois nenhuma cultura se mantém estática no tempo, todas se transformam em decorrência do contato com outras civilizações.

por romper com o modelo integracionista que vigorava até então, reconhecendo o índio<sup>30</sup> não como uma categoria fadada a extinção e a gradativa incorporação ao modo de vida *civilizado*, mas como um setor da sociedade que está aqui para ficar e que deseja preservar sua singularidade sociocultural, merecendo todos os direitos conferidos às demais parcelas da sociedade, sem necessariamente perder sua identidade histórica.

A superação do paradigma da sociedade homogênea pela sociedade plural permitida pela pós-modernidade acarretou uma profunda mudança de tratamento jurídico às minorias étnicas, principalmente aos povos indígenas, rompendo-se definitivamente com o modelo assimilacionista e traduzindo o direito à continuidade física e cultural como um triunfo do multiculturalismo, destinado a garantir a dignidade humana das minorias étnicas, inexoravelmente ligada à preservação de sua singularidade cultural. Assim, o multiculturalismo se incorpora às constituições pós-modernas, se elevando ao status de direito fundamental posto que inarredável da preservação da dignidade humana dos povos indígenas e das demais comunidades que desenvolveram historicamente um estilo de vida tradicional, arrimado em usos e costumes próprios.

A Constituição brasileira de 1988 não fugiu à regra, como será visto mais detalhadamente em tópico específico, reconheceu aos índios, quilombolas e demais comunidades tradicionais o direito à preservação de sua identidade cultural, emergindo como uma Constituição cosmopolita e multicultural<sup>31</sup>, garantidora dos direitos mais elementares de parcelas étnica e culturalmente diferenciadas da comunhão nacional, tendo sido a única, dentre todas as Constituições da Nação, a reconhecer o direito do índio a ser índio, e a resguardar os interesses dos descendentes dos antigos escravos, marginalizados e esquecidos desde a época da colonização portuguesa.

---

<sup>30</sup> Sem negligenciar as diferenças conceituais entre os termos *índios, silvícolas, tapuios, aborígenes, autóctones, íncolas* dentre outras formas utilizadas para designar o indígena, utilizaremos todas essas expressões como sinônimas, apenas para fins didáticos.

<sup>31</sup> SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005. P. 42

## 1.2 SOCIOAMBIENTALISMO E IDENTIDADE CULTURAL: QUEBRANDO PARADIGMAS E RECONSTRUINDO VALORES

### 1.2.1 O Socioambientalismo: valorização cultural e preservação ambiental sob uma concepção unitária

A derrocada do regime militar, o movimento das *diretas já*, a eleição de Tancredo Neves para a presidência da república e a instauração da Constituinte em 1987, gerou um forte clamor social por valores democráticos e proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, tão aviltados pela ditadura militar. Este panorama acabou por dar voz às parcelas marginalizadas da sociedade, que viam a possibilidade de lutar por seus interesses, exigindo condições de igualdade e de dignidade.

No palco das lutas sociais e articulações políticas que se desenrolavam no cenário do nascedouro da nova Constituição, destacou-se a Aliança dos Povos da Floresta<sup>32</sup>, formada por ambientalistas, comunidades tradicionais e lideranças indígenas cuja finalidade era chamar a atenção para a proteção da Floresta Amazônica, ameaçada pela presença de grandes empreendimentos econômicos, tais como madeireiros, minerários e agropecuários, bem como pela expansão da malha rodoviária do País.

Desta aliança emergiu a significativa liderança de Chico Mendes, seringueiro acreano que defendia a manutenção do estilo de vida tradicional dos povos da floresta, por meio de reservas extrativistas calcadas na utilização sustentável dos recursos naturais. A Aliança dos Povos da Floresta ganhou especial atenção internacional por estar conectada às novas propostas ambientais abordadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) acerca de um novel modelo de desenvolvimento: o sustentável<sup>33</sup>.

Dessa forma, índios e seringueiros ganharam espaço e força política no processo de redemocratização brasileira, conduzindo à ascensão do multiculturalismo à categoria de direitos fundamentais das comunidades tradicionais, uma vez que a garantia à

---

<sup>32</sup> A Aliança dos Povos da Floresta correspondeu a um dos significativos marcos do socioambientalismo por reunir povos indígenas e populações tradicionais, além de diversos apoiadores nacionais e internacionais, que se articularam na formação de uma aliança política estratégica entre o movimento social e o ambientalista, voltada à vindicação de interesses comuns relacionados, sobretudo, à proteção da Floresta Amazônica. Maiores detalhes vide: SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005. p. 31.

<sup>33</sup> O desenvolvimento sustentável foi abordado pela primeira vez em 1987, no Relatório das Nações Unidas intitulado *nosso futuro comum*, ou *Relatório Brundtland*, e destacava três componentes fundamentais ao novo modelo de desenvolvimento (o sustentável): proteção ambiental, crescimento econômico e equidade social.

preservação de sua dignidade, além de fortemente atrelada à preservação ambiental, conecta-se inexoravelmente à manutenção de sua singularidade cultural.

A ligação entre ambientalistas e comunidades tradicionais no período da redemocratização brasileira ajudou a reformular um novo paradigma ambiental sem precedentes na história mundial da preservação ambiental, um marco no movimento ambientalista batizado de socioambientalismo. A preocupação com a qualidade e bem-estar do meio ambiente aliou-se aos anseios por melhorias na qualidade de vida das populações que vivem um estilo de vida sustentável, de baixo impacto ambiental e, portanto, em perfeita sintonia com as idéias de preservação ambiental tão em voga na ocasião.

Lançou-se um novo olhar sobre as comunidades tradicionais, especialmente os indígenas, percebendo a importância de seu papel na preservação ambiental e a relevância em conservar o seu estilo de vida tradicional, intimamente ligado ao manejo sustentável dos recursos ambientais contidos no habitat natural no qual estão inseridos. Daí decorre a grande inovação trazida pelo socioambientalismo, a intercessão necessária entre o fator ambiental e o fator social como forma de garantir o meio ambiente equilibrado.

Quando o ser humano constatou que o poder de resiliência do Planeta Terra não era ilimitado e que a natureza estava sofrendo intenso impacto e degradação em face da atividade predatória do ser humano, imaginava-se que o meio ambiente deveria ser conservado intacto, livre da intervenção humana. Vigorava neste período o paradigma ambiental preservacionista norte-americano, claramente importado pelo Brasil, que se preocupava em conservar o ecossistema como uma bela paisagem intocável, um verdadeiro cartão postal<sup>34</sup>. Esse padrão somente seria rompido em 2.000, com a edição da Lei do SNUC<sup>35</sup> – Sistema nacional de unidades de conservação da natureza – voltado para a proteção da biodiversidade brasileira.

A Lei do SNUC reconhece que existem comunidades que historicamente desenvolveram um estilo de vida tradicional, fortemente dependentes dos recursos naturais presentes no habitat no qual se encontram inseridos, e conhecedores profundos das propriedades, usos e manejo da natureza e de seus ciclos, vivendo em perfeita simbiose com ela, retirando dali o seu alimento físico e espiritual ao articular todo o seu modo de vida, seus sistemas produtivo, religioso e cultural com base nesta intimidade com o meio ambiente, e

---

<sup>34</sup> Foi neste véis que, em 1872 os norte-americanos criaram o primeiro parque nacional do mundo, o *Yellowstone*. No Brasil, o primeiro parque nacional foi criado em 1937, o Itatiaia, na divisa entre os Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, claramente inspirado no modelo norte-americano de concepção estética da natureza.

<sup>35</sup> Lei 9.985/2000

que, por isto mesmo, são os mais importantes atores da preservação ambiental e os mais interessados nela, merecendo ser engajados nos processos da política nacional do meio ambiente, como importantes agentes da sustentabilidade.

Afora outras unidades de conservação da natureza, a Lei 9.985/2000 prevê as unidades de conservação de uso sustentável, dentre as quais se destacam as reservas extrativistas e as unidades de conservação de desenvolvimento sustentável, onde os elementos social e ambiental podem (e devem) conviver. Constatou-se, enfim, que neste processo de sustentabilidade não importa unicamente a proteção da biodiversidade (diversidade de espécies, genética e de ecossistemas), mas também da sociodiversidade àquela atrelada<sup>36</sup>.

As reservas extrativistas foram introduzidas na Política Nacional de Meio Ambiente através da Lei 7.804/1989, e implementadas através do Decreto 98.897/1990. Fruto da luta por reforma agrária e distribuição de justiça social, objetivava o assentamento das comunidades tradicionais da Amazônia, além de colimar a proteção dos recursos naturais, numa redescoberta do extrativismo como atividade de baixo impacto ambiental e responsável pelo aproveitamento econômico da floresta amazônica<sup>37</sup>.

Por sua vez, as reservas de desenvolvimento sustentável<sup>38</sup> teve sua gênese no meio científico que, preocupado em dar proteção a certos nichos ecológicos ameaçados pela degradação ambiental, vislumbrou uma forma de aliar a preservação do meio ambiente com o desenvolvimento e melhoria na qualidade de vida das comunidades tradicionais locais que realizam atividades de manejo sustentável, de baixo impacto ambiental, adaptadas aos ecossistemas especificamente protegidos.

Percebe-se, assim, a forte presença dos elementos ambientais e socioculturais na estruturação das reservas extrativista e de desenvolvimento sustentável, fortalecendo a convicção do necessário casamento entre os fatores ambientais e socioculturais na proteção e preservação da natureza, bem como para a reprodução física e cultural das comunidades

---

<sup>36</sup> Observe que o art. 4º, XIII, da referida Lei elenca dentre os objetivos do sistema nacional de unidades de conservação da natureza a proteção dos recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.

<sup>37</sup> Conforme o art. 18 da Lei do SNUC, a reserva extrativista corresponde a uma “*área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e acultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade*”.

<sup>38</sup> O art. 20 da Lei do SNUC assim define a reserva de desenvolvimento sustentável: “*uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica*”



indígenas e tradicionais, revelando a presença dos valores socioambientais no ordenamento jurídico brasileiro e a superação do vetusto paradigma preservacionista norte-americano.

Em verdade, a Constituição de 88 tutela ambos os valores: meio ambiente sadio<sup>39</sup> e identidade cultural de índios e quilombolas e de outros grupos formadores da sociedade brasileira<sup>40</sup>, conforme veremos mais detalhadamente adiante, sem conferir primazia a qualquer deles, o que revela a adoção dos valores socioambientais.

### **1.2.2 Proteção à singularidade cultural na Constituição Federal de 1988**

Os direitos culturais são algo demasiadamente novo para o Direito Constitucional, surgindo no início do século passado quando foram constitucionalizados pela Constituição mexicana de 1917 e, logo em seguida pela Constituição de Weimar, Alemanha, em 1919, mesmo assim, limitavam-se as liberdades individuais de livre manifestação do pensamento e direitos autorais, bem à moda liberal. Nesta fase, predominava no ocidente a concepção de sociedade homogênea segundo padrões ditados pelo regime capitalista, conforme estudamos nos itens anteriores, onde a regra era a marginalização e exclusão de grupos culturalmente diferenciados.

A proteção à cultura como dimensão dos direitos fundamentais, relacionado à dignidade humana, somente irá despontar por volta da década de setenta do século passado,

---

<sup>39</sup> Art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>40</sup> Art. 215. “(...) § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...) § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (...) V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (...)”.

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”.

quando da consagração do Estado Constitucional, pluralista e humanizado. Sendo pioneiras as Constituições portuguesa, de 1976 e espanhola, de 1978 <sup>41</sup>.

Neste contexto de quebra de paradigmas, a Constituição de 1988, inovando na tradição constitucional brasileira, rompeu com o modelo assimilacionista que, nas décadas anteriores, inclusive permeando as disposições do Estatuto do Índio (EI)<sup>42</sup>, estruturava o complexo de normas dedicado à proteção do indígena e que visava à gradativa superação de seu modo de vida “primitivo e obsoleto”, que estaria fadado ao desaparecimento, pelo modo de vida “civilizado”, ao qual o silvícola necessariamente iria e “desejaria” se inserir.

A atual Constituição Federal (CF), com clara inspiração multicultural e pluriétnica, não só reconheceu aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurando-lhes o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, como estruturou um sólido sistema de reconhecimento e proteção à sua singularidade étnica de forma a assegurar a reprodução física e cultural de suas comunidades (art. 231), garantindo-lhes o direito de manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições.

A garantia sobre as terras que tradicionalmente habitam emerge como o ponto central dos direitos constitucionais assegurados aos índios, justamente por está relacionado com a própria sobrevivência física e cultural do grupo tribal. É da terra que a comunidade tribal retira o seu sustento, é na terra que as tradições imemoriais se perfazem na figura de seus antepassados e no resgate histórico da tribo, pois o índio se sente profundamente vinculado à terra em que nasceu e se criou, onde os seus antepassados habitaram e encontram-se sepultados. A terra que importa ao índio é a que liga-se a ele por laços históricos e tradicionais, não é qualquer território que reproduz a cultura de um povo indígena, mas a sua terra, sua *mãe terra*.

Entretanto, a garantia da posse sobre as terras que habitam é mero instrumento, um meio de atingir a finalidade maior perseguida pela nova tutela indigenista inaugurada pela Constituição: a preservação da singularidade étnica e cultural, um verdadeiro acerto de contas pela dominação cultural que perdura desde a colonização portuguesa. Assim, o maior direito assegurado ao indígena pela ordem constitucional brasileira não é a posse das terras, mas o

---

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 39-40.

<sup>42</sup> Lei .6.001 de 1973. Observe que alguns dos dispositivos do Estatuto do Índio não foram recepcionados pela atual Constituição da República, uma vez que se prendem ao paradigma integracionista de assimilação cultural, claramente ultrapassado não só pela nova Constituição brasileira, que protege a perpetuidade cultural dos silvícolas, quilombolas e demais populações formadoras do patrimônio cultural brasileiro, como também pela realidade internacional hodierna e pelos padrões pós-modernos de pluralismo.

seu direito a ser índio, a praticar sua religião, a reproduzir e perpetuar sua cultura e tradições seculares, superando decisivamente os fins assimilacionistas de aculturação do índio, vigente no Estado Liberal.

Contudo, para que essa continuidade histórica indígena perdure no tempo, é indispensável a conservação de suas origens, a manutenção do vínculo espiritual com seus ancestrais, e isto, na tradição da maioria dos povos indígenas, está atrelado a terra ocupada por sua tribo há tempos imemoriais. Não é por outro motivo que a doutrina caracteriza uma etnia pelas características comuns de língua falada, religião, tradição, cultura, ascendência histórica e mesmo território ocupado por um grupo humano, que se auto identifica como fatia singular da sociedade nacional.

Dentro deste contexto, totalmente imersa em valores socioambientais e multiculturais, inovou a Constituição de 1988 ao conceder proteção às manifestações culturais dos afro-descendentes, incumbindo o Poder Público de proteger tais referências culturais, tendo em vista que constituem patrimônio cultural brasileiro (arts. 215, §1º, e 216)<sup>43</sup>. A Constituição ainda atribuiu aos remanescentes das comunidades quilombolas o direito de propriedade sobre os seus territórios<sup>44</sup>, conferindo, de forma inédita no Ordenamento Jurídico do País, proteção aos descendentes dos antigos escravos, deixados à margem das iniciativas governamentais desde a abolição da escravatura em 1888, quando os quilombos passaram da proibição a uma realidade simplesmente desconsiderada.

Ressalte-se que a CF, no §5º do art. 216<sup>45</sup>, declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tendo, ainda, no *caput*, determinado que todos os bens de natureza material e imaterial portadores de

---

<sup>43</sup> Art. 215. “(...) § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)”.

Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (...)”.

<sup>44</sup> Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

<sup>45</sup> Art. 216. “(...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

referência à identidade, memória e ação dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, constituem nosso patrimônio cultural.

Como é cediço, o Brasil adota o critério de classificação dos bens culturais a fim de delimitar seu patrimônio cultural. Ou seja, para que um dado bem seja considerado culturalmente relevante a ponto de integrar o nosso patrimônio cultural, necessário se faz a inscrição em um dos livros do tomo, através do ato administrativo do tombamento. Daí que um tombamento realizado pela própria Constituição revela a importância que a mesma confere à matéria.

A nova dogmática constitucional visa preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica, formada por uma riquíssima variedade de populações tradicionais que merecem ter seu modo de vida secular e sua cultura singular preservados uma vez que contribuíram, e ainda contribuem, para a formação da identidade do povo brasileiro, consubstanciando nosso patrimônio cultural. Aliás o reconhecimento de que compomos uma “sociedade pluralista e sem preconceitos” resta expressamente evidenciada em seu preâmbulo que, apesar de desprovido de força normativa possui uma incontestável função hermenêutica integradora do texto constitucional, revelando seus valores mais contundentes<sup>46</sup>.

Assim, a Constituição dedicou uma sessão à proteção dos direitos culturais<sup>47</sup>, protegendo as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, considerando “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial”, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” determinando ao Poder Público a “defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro” e a “valorização da diversidade étnica e regional”, devendo a lei dispor “sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

Encina José Afonso da Silva<sup>48</sup> que para entendermos a preocupação da Constituição em proteger as referências culturais dos diversos grupos formadores do povo brasileiro, seria necessário um enquadramento da Constituição no contexto histórico do processo civilizatório nacional, voltando-se para os três principais grupos étnicos responsáveis pela nossa miscigenação: índios, negros e portugueses. Lembra, ainda, o autor que esses

<sup>46</sup> O papel do preâmbulo como instrumento de interpretação constitucional fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADI 2.649, relatora Min. Carmem Lúcia, julgamento em 08/05/2008.

<sup>47</sup> Sessão II, (Da cultura), no capítulo III (Da educação, da cultura e do desporto), inserido no Título VIII (Da ordem social).

<sup>48</sup> *Op. Cit.* 2001. p. 75.

grupos por si só já apresentavam variações étnicas internas<sup>49</sup> somados, ainda, aos imigrantes alemães, italianos e japoneses responsáveis por introduzir novos matizes culturais a partir da segunda metade do século XIX, o que nos leva a concluir, por tanto, que a miscigenação brasileira se deu entre muitos outros grupos, resultando numa mistura genética e cultural única, formadora da identidade do povo brasileiro.

José Afonso ainda salienta que a proteção cultural não abrange qualquer cultura, visto que a partir da concepção antropológica, toda ação humana, toda impregnação de valores a certos objetos e espaços corresponde à produção de cultura pelo ser humano, e que o sentido da Norma constitucional é proteger a identidade, a memória e a ação dos grupos de relevância para a formação da identidade brasileira, uma identidade histórica, e não qualquer forma de cultura<sup>50</sup>.

Assim, quilombolas, indígenas, seringueiros e toda uma sorte de populações que vivem um estilo de vida tradicional ganham espaço na tutela constitucional à diversidade cultural. Percebe-se, em verdade, que em nenhum dispositivo consta expressamente a opção constitucional pelo multiculturalismo, como fez a maioria das constituições dos demais países latinos, entretanto, tal escolha resta clara e evidente em uma análise sistemática e holística da Carta Magna – que reconhece a importante participação de diferentes grupos étnicos e sociais no processo de formação da identidade cultural do povo brasileiro – e a opção pelo pluralismo decorrente de seu preâmbulo.

Tais comunidades apresentam um modo de vida original e diferenciado da *sociedade envolvente*, estruturado em uma íntima relação com o meio ambiente em que vivem, repassando ao longo de gerações conhecimentos acerca de práticas e usos dos recursos naturais contidos no habitat em que estão inseridos e que, por esta relação de dependência com o meio ambiente, desenvolveram formas sustentáveis de exploração dos recursos naturais além de contribuir para a sua preservação e ampliação, ganhando especial atenção na seara internacional como verdadeiros *guardiões da biodiversidade do planeta*.

A interação entre as comunidades tradicionais e o meio natural representa mais do que o simples extrativismo sustentável. É com base no meio ambiente e, principalmente, na territorialidade que as tradições se perfazem na figura dos seus antepassados, na história

---

<sup>49</sup> Os diversos povos indígenas que se espalhavam pelo Brasil quando de sua colonização se originavam de quatro grandes grupos étnicos: Os *Caraíbas*, os *Jês*, os *Tupis* e os *Maruaques*; por sua vez, os negros africanos escravizados trazidos para o Brasil se originavam de dois grupos étnicos: Os Bantos e os Sudaneses.

<sup>50</sup> *Op. Cit.* P. 34-35.

comum àquela gente, nos símbolos de resistência de sua cultura e na construção dos mitos, das crenças e da religiosidade.

Assim, dentro do contexto de preservação da singularidade cultural indígena e de outras comunidade tradicionais, faz-se mister, também, a preservação ambiental uma vez que os recursos naturais acham-se intimamente ligados ao seu modo de vida singular, restando indissociável da idéia de preservação da dignidade humana dessas comunidades. O foco das preocupações mundiais passa, então, a gravitar em torno do caráter instrumental do meio ambiente, que funciona como arcabouço material da construção e perpetuidade da identidade cultural de minorias étnicas, e que a única forma de lhes garantir a dignidade, valor supremo de nossa ordem constitucional, é protegendo seu modo de vida singular, sua identidade étnica e cultural.

Da mesma forma, para as religiões tradicionais africanas, ensina Gilberto Gil<sup>51</sup>, dentre as quais ganha especial destaque o candomblé, o meio ambiente não constitui um espaço neutro, mas corresponde ao palco em que as manifestações do sagrado se expressam, para elas as divindades se revelam através dos fenômenos naturais, numa verdadeira sacralização da natureza. Assim tal qual ocorre com as comunidades indígenas, também os quilombolas estruturam toda a sua organização social, cultural e religiosa com base numa perfeita interação com os recursos naturais<sup>52</sup>.

Explica Gil, que com o tráfico negreiro as populações de escravos acabaram transportando da África para o Brasil os símbolos de sua religiosidade e cultura, adaptando-os, entretanto, ao novo universo geográfico e antropológico sem perder a sua característica precípua de conectar o divino ao natural, reinventando-se e recriando seus rituais e liturgias de modo a se adaptar à nova realidade física, sempre se utilizando dos recursos naturais para expressar sua religiosidade. Com efeito, do mesmo modo como concluímos pela necessária vinculação entre a preservação cultural e ambiental e a dignidade indígena, forçoso é reconhecer, também para os quilombolas, que a sua dignidade encontra-se inexoravelmente ligada à preservação de sua singularidade cultural, inseparável da preservação ambiental.

---

<sup>51</sup> Algumas notas sobre cultura e ambiente. In: TRIGUEIRO, André (coord.). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. 5ª ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2008. p. 54-55.

<sup>52</sup> Relata Gilberto Gil (*op. cit.*, p. 56) que, em face da urbanização desordenada e predatória que destruiu a vegetação citadina, os terreiros de candomblé, em virtude da tradição do próprio culto, intensificaram sua postura preservacionista, erguendo-se como verdadeiros focos de preservação ecológica.

Analisando por outro ângulo, vê-se que, se por um lado, a Constituição Federal de 88 fez clara opção por uma sociedade pluralista (preâmbulo)<sup>53</sup> e por uma democracia (art. 1º, *caput*)<sup>54</sup>, reconhece a diversidade de atores sociais que vivem e convivem na sociedade brasileira, uma variedade tamanha, com grupos de interesses muitas vezes conflitantes e que precisam ser harmonizados. Daí que a democracia pluralista necessariamente é conflituosa, repleta de interesses antagônicos para administrar, necessitando de uma Constituição capaz de conciliar e atender aos anseios, aspirações e interesses desta sociedade pluralista.

Nem um desses segmentos sociais poderia ficar de fora deste processo democrático, do contrário careceria a Constituição de legitimidade política. Por maior estranheza e desconfiança que possa parecer para alguns a tutela constitucional da diversidade cultural do País, ela cumpre o seu papel de integração política nacional, e não pode ser olvidada. A Constituição está em sintonia com as mais modernas e atuais concepções políticas, tutelando os direitos elementares dos diversos segmentos componentes da sociedade brasileira e, somente assim, estará assegurando dignidade e direitos a todo o povo brasileiro.

Assim sendo, resgata-se a idéia outrora exposta de que a dignidade indígena, bem como de outras comunidades que vivem em um estilo de vida tradicional, diferenciado da sociedade envolvente, relaciona-se inexoravelmente a preservação de seu estilo de vida singular, calcado numa íntima relação com a natureza, seus ciclos e elementos, mal compreendido por muitos que insistem em forçar uma aculturação fingidamente bem intencionada.

### **1.2.3 Direitos culturais à luz da teoria material da constituição**

Viu-se que a preservação da singularidade cultural indígena e quilombola, bem como de outras comunidades tradicionais, consubstancia o direito fundamental a ser diferente. Viu-se também que, para a reprodução física e cultural dessas comunidades tradicionais, indispensável se faz a preservação ambiental posto que os recursos naturais do *habitat* no qual estão inseridos contribuem para a fixação dos símbolos e valores de sua cultura, tradições, religiosidade e modos de fazer e viver.

<sup>53</sup> Assim reza o preâmbulo da Constituição de 88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifamos).

<sup>54</sup> Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

No entanto, se o direito à isonomia, à liberdade de crença e religiosa e de não discriminação integram o elenco constitucional dos direitos fundamentais inscritos no art. 5º<sup>55</sup>, o direito à identidade cultural e a opção pluralista da Constituição de 88 não constam expressamente no texto normativo capital, o que poderia conduzir um intérprete desavisado a concluir pela não fundamentalidade do direito indígena e quilombola à continuidade étnico-cultural. Tais direitos, pois, devem ser compreendidos à luz da teoria material da constituição que outorga a uma norma o status da constitucionalidade não pela inscrição textual na Constituição, mas pelo conteúdo notadamente ligado à dignidade humana.

Com efeito, outra característica marcante do Neoconstitucionalismo reside na colocação do princípio da dignidade humana no epicentro da ordem constitucional, o qual, em virtude de seu caráter aberto, indeterminado e atrativo, acabou por proliferar um vasto rol de novos direitos que se elevaram o status da fundamentalidade<sup>56</sup>. Assim, os mais variados valores relacionados a dignidade humana ganharam o *plus* da fundamentalidade, traduzindo-se em conteúdo constitucional estando ou não expressamente previsto na Norma Maior, passando, então, a compor o bloco de materialidade constitucional.

Assim, a teoria material da constituição significa o alargamento do conteúdo da Constituição que passou a absorver ilimitadamente os valores e tendências de sua época, correspondendo, assim, às necessidades mais relevantes dos diversos segmentos componentes da comunidade política que representa.

Depara-se, então, com um sistema constitucional dilatado, expandido, composto por um bloco material de constitucionalidade no qual se insere a constituição formal. Dessa forma o conteúdo constitucional vai se alargando, absorvendo como uma espoja os valores relevantes para a sociedade em cada etapa de seu desenvolvimento, cabendo ao hermenêuta redimensionar esse conteúdo ao sabor da evolução social. Tal fenômeno corresponde ao método construtivo de interpretação constitucional empregado pela Suprema

---

<sup>55</sup> Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...)XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

<sup>56</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais – Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 20.



Corte norte-americana, consistente na renovação do conteúdo constitucional sem reforma textual.

O alargamento material da Constituição ganha especial realce no contexto dos interesses indígenas e quilombolas uma vez que importantes direitos destinados à tutela de sua dignidade provem de instrumentos internacionais. São direitos que, na maioria das vezes não estão expressamente escritos na Constituição muito embora, em face das chamadas cláusulas de abertura e do caráter amplíssimo do princípio da dignidade humana, componham o bloco de materialidade constitucional dos países signatários do respectivo instrumento.

Com efeito, o art. 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira explicita que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Busca a norma constitucional possibilitar a complementação do rol de direitos fundamentais previstos em seu texto normativo, reconhecendo que o catálogo de direitos fundamentais ali previsto não é taxativo nem exaustivo, merecendo ser ampliado pelas normas futuras que tragam conteúdo de direitos fundamentais, privilegiando, assim, o primado da dignidade humana.

O art. 5º, §2º, evidencia o caráter aberto da Constituição de 88, possibilitando uma ampliação ilimitada das garantias fundamentais outorgadas ao povo brasileiro, reconhecendo, inclusive, a legitimidade do direito internacional como instrumento apto a operar esse alargamento, mantendo uma porta constantemente aberta entre o direito doméstico e o internacional no que tange aos direitos humanos.

Daí porque concluímos, não sem reconhecer a celeuma que envolve a matéria, pelo status de norma constitucional daqueles tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil que versam sobre matéria de direitos humanos<sup>57 58</sup>.

Construímos este raciocínio para chegarmos ao seguinte ponto: Conforme já fartamente analisado nos capítulos anteriores, o direito à diferença e a proteção à singularidade cultural de índios, quilombolas e outras comunidades tradicionais é condição *cine qua non* da realização da dignidade humana em favos desses grupos, uma conquista do

---

<sup>57</sup> Adotam esta tese, muito embora minoritariamente, alguns Ministros do Supremo Tribunal, tais como Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Grece e Eros Grau. Prevalece hoje na Suprema Corte o entendimento capitaneado pelo Min. Gilmar Mendes segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos possuem status supralegal, estando, pois, abaixo da Constituição.

<sup>58</sup> Quanto ao §3º do art. 5º que assinala que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo o quorum qualificado previsto para as emendas constitucionais serão à elas equiparados, cumpre observar que tal disposição gira em torno da positivação de tais normas internacionais no texto formal da Constituição, muito embora já componham seu bloco material desde que ratificados pelo Brasil. Neste sentido, *vide* Flávia Pioversan, *Op. Cit.* p. 72.

multiculturalismo e das concepções de sociedade aberta e pluralismo alcançadas na pós-modernidade.

Dessa forma, insta reconhecer que os instrumentos internacionais destinados à tutela da identidade étnica e cultural dessas comunidades, desde que ratificados pelo País, elevam-se ao status de normas constitucionais ainda que não estejam expressamente escritos em seu texto, em virtude do seu conteúdo de direito fundamental, compondo o nosso bloco de materialidade constitucional. Concluir de outra forma seria desprestigiar o citado dispositivo constitucional e a conquista que o mesmo representa, esvaziando o sentido da norma constitucional além de menoscar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Neste viés, ganha especial realce a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes - que trata, dentre outros assuntos, da preservação da integridade étnica, cultural e religiosa dos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam e sobre os recursos naturais nelas existentes, garantindo a igualdade de direitos entre indígenas e não-indígenas, sobretudo no que tange a efetividade dos direitos humanos. A Convenção 169 destaca-se no cenário internacional por sua inspiração multiétnica e pluricultural, reconhecendo o valor fundamental do direito à preservação da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas, superando decisivamente a antiga Convenção 107 da OIT que adotava o vetusto paradigma assimilacionista.

Inegável, portanto, o caráter constitucional da Convenção 169 da OIT haja vista seu conteúdo voltar-se à tutela da singularidade étnica e cultural de índios e outras comunidades tribais, condição inafastável de sua dignidade humana, conforme já demonstrado. Daí que se destaca a necessidade de a Corte Suprema reformular sua jurisprudência de modo a seguir a tendência mundial de abertura e considerar a Convenção 169, assim como outros tratados de direitos humanos, como parte de bloco de materialidade constitucional, deixando a Constituição brasileira seguir o seu ritmo, tal como fora idealizada: uma Constituição aberta e pluralista.

Com efeito, o art. 16, nº1, da Constituição portuguesa<sup>59</sup> contem dispositivo semelhante ao §2º do art. 5º da Constituição brasileira, apelidado pela doutrina lusitana de “clausula aberta” ou “clausula de não tipicidade” uma vez que deixa o elenco de direitos

---

<sup>59</sup> Vejamos a redação do citado dispositivo constitucional português: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Mais detalhes, vide Carlos Siqueira Castro. *Op. cit.* P. 23/24.

fundamentais sempre em aberto, pronto a ser preenchido, inclusive pelo direito internacional. O sistema constitucional português dá à sua cláusula de abertura o tratamento negligenciado pelo sistema brasileiro, que insiste em tornar inoperante a abertura estrutural em matéria de direitos humanos pretendida pelo Constituinte.

### 1.3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O ELEMENTO CULTURAL

Na primeira metade do século XX ganharam relevo as preocupações inerentes à dignidade da vida humana e ao fornecimento, pelo Estado, do mínimo básico existencial, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, voltados para a satisfação das necessidades elementares do ser humano. Surgiu a partir de então uma discussão acerca da íntima relação existente entre o direito e o desenvolvimento, sendo aquele considerado como um instrumento em favor da realização do segundo.

Entretanto, os contornos iniciais da preocupação com o desenvolvimento ligavam-se ao crescimento econômico dos países ditos periféricos e à independência das colônias asiáticas e africanas, preocupando-se mais com a elevação do Produto Nacional Bruto (PNB) e da balança superavitária do que com a qualidade de vida da população em geral. Desenvolver era sinônimo de crescer economicamente<sup>60</sup>.

A idéia do desenvolvimento sustentável vem à baila no contexto da dicotomia político-econômica vivenciada pelos países desenvolvidos e pelos ditos subdesenvolvidos, a partir da segunda metade do século passado, quando da constatação de que a massiva atuação do homem sobre o planeta Terra o estava levando ao colapso.

O homem, enfim, compreendeu que a manutenção do sistema de produção e consumo determinado pelo capitalismo selvagem, irresponsável e predatória estava consumindo os recursos naturais do Planeta, comprometendo seriamente a sobrevivência futura da própria espécie humana, lançando as bases para o surgimento do movimento ambientalista, correspondente às ações coletivas voltadas à correção de formas destrutivas de relacionamento entre o homem e o meio ambiente<sup>61</sup>, de forma a evitar a degradação ambiental. Entretanto, o ambientalismo se origina a partir dos países do eixo norte, onde as consequências do regime industrial se fizeram sentir drasticamente no meio ecológico. Por outro lado, os países do eixo sul, subdesenvolvidos, clamavam por acesso às fontes de

---

<sup>60</sup> BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 24.

<sup>61</sup> BARRAL. *Op. Cit.* p. 24.

indústria e tecnologia que os conduzissem ao desenvolvimento já alcançado pelos países do norte.

Estava lançada a dualidade de interesses aparentemente antagônicos: a proteção ambiental, defendida por aqueles que haviam esgotado suas próprias reservas naturais no processo desenvolvimentista; e o desenvolvimento, pretendido pelas nações periféricas do eixo sul, ricas em biodiversidade e ávidas por usufruí-las no afã de obter o tão sonhado desenvolvimento econômico.

Foi então, que em 1972, em Estocolmo, na Suécia, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, onde seria difundida a idéia do ecodesenvolvimento, lançado as bases para o que futuramente se consolidaria como desenvolvimento sustentável. A Conferência de Estocolmo propugnava a conciliação da proteção ambiental com o processo de desenvolvimento, até então inconciliáveis. Propunha uma mudança na mentalidade e na conduta humana, dando ênfase ao importante papel da reeducação ambiental e adoção de práticas sustentáveis, sendo, ainda, responsável pela criação do PNUMA (Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente).

Foi em 1987, a partir do relatório Brundtland<sup>62</sup>, intitulado pela Organização das Nações Unidas (ONU) de “nosso futuro comum”, que o conceito de desenvolvimento sustentável ganha os contornos que conhecemos hoje, se consolidando como “o desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”. O novo modelo de desenvolvimento ergue-se a partir da conciliação de três componentes: o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social<sup>63</sup>, seu tripé de sustentação, a falta de qualquer desses elementos inviabilizaria a concretização da sustentabilidade por ele propugnada. Percebe-se que já nesta época o fator social relacionava-se ao fator ambiental como forma de se atingir a sustentabilidade, sendo o relatório Brundtland um marco significativo para o movimento socioambientalista mencionado alhures.

O trabalho desenvolvido pela ONU acabou por resultar na convocação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, Brasil, também conhecida como Rio-92. Maior e mais importante Conferência acerca do meio ambiente já realizada, a Rio-92 foi responsável pela disseminação

---

<sup>62</sup> O relatório foi fruto dos trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, encabeçados pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland.

<sup>63</sup> SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005. P. 31.

entre as nações do novo modelo de desenvolvimento (o sustentável) proposto pelo relatório Brundtland, sendo responsável pela elaboração de importantes princípios ambientais que deveriam ser assumidos e praticados pelos países, dentre os quais se destaca o princípio do poluidor pagador, da solidariedade entre as presentes e futuras gerações, e do licenciamento ambiental prévio em face de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente.

Patrícia Borba Vilar<sup>64</sup> chama a atenção para o fato de que, já nesta época, a Constituição Federal brasileira tentava conciliar em seu bojo os valores, aparentemente antagônicos, do desenvolvimento com o de proteção ambiental, tendo o Texto Maior inserido o desenvolvimento como um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3, II), ao mesmo tempo em que enquadrava a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica e financeira, almejando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>65</sup>.

Mais adiante, no art. 225, a Constituição brasileira enuncia que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, “essencial a sadia qualidade de vida”, indicando a intenção de fortalecer a proteção ao meio ambiente, em uma feição coletiva e indivisível. Tais dispositivos revelam a sensibilidade da Carta Magna para com a questão do desenvolvimento sustentável, ao consagrar em suas normas os elementos econômico/ambiental/social, sustentáculo do novo modelo de desenvolvimento (o sustentável).

Percebe-se o pluralismo do Estado Constitucional de Direito influenciando a dogmática constitucional brasileira que passa a consagrar valores passíveis de colisão quando do caso concreto, tornando crucial a atuação do hermenêuta. Assim, desenvolvimento, defesa do meio ambiente e justiça social, tudo plasmado através do primado da dignidade humana, devem se harmonizar a fim de implementar o desenvolvimento sustentável quando estiver em pauta o incremento econômico do País.

Voltando à Rio 92, ela ainda possibilitou a assinatura de importantes instrumentos internacionais voltados à tutela ambiental, como a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), Agenda-21, declaração de princípios para o manejo sustentável de florestas,

---

<sup>64</sup> GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar (2008) **Ordem econômica e Política Nacional de Recursos Hídricos: hermenêutica constitucional para o desenvolvimento sustentável**. (Dissertação de Mestrado) Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. P. 26.

<sup>65</sup> Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente (...)”

Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudanças do clima, dentre outros. Por fim, a ONU realizou em 2002, na Cidade de Johannesburgo, África do Sul, a Conferência da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio+10.

A noção de desenvolvimento sustentável cunhada a partir do relatório Brundtland ostenta raízes nitidamente antropocêntricas, objetivando um desenvolvimento arrimado não só na sustentabilidade ambiental, mas, sobretudo, na satisfação das necessidades prementes do ser humano, o que envolve a proteção e implementação de todos os direitos fundamentais do homem, percebendo-se a íntima relação existente entre o desenvolvimento sustentável e a dignidade humana<sup>66</sup>. De fato, a Resolução 41/126 de 1986 da ONU define o desenvolvimento sustentável como o

processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

A intenção do processo de desenvolvimento sustentável consiste na concretização da dignidade humana em favor de todos, o que se atingiria repartindo-se equitativamente os frutos do desenvolvimento econômico, propiciando a todos os indivíduos melhorias nas condições de vida, tais como educação, moradia, alimentação, saúde e cultura. Daí porque Elida Séguin<sup>67</sup> elencou o elemento cultural como uma das dimensões do desenvolvimento sustentável, juntamente com os elementos social, econômico, ecológico e espacial. Também Cançado Trindade<sup>68</sup> nos ensina que o desenvolvimento sustentável abrange os aspectos econômicos, sociais e culturais, sem olvidar os direitos civis e políticos, devendo todos esses elementos estar presente no processo, posto que são indivisíveis e interdependentes.

Foi então que Amartya Sen introduziu uma inovadora perspectiva a cerca do desenvolvimento, no qual aborda o fator econômico como algo puramente instrumental, o meio, e não o fim do desenvolvimento em si mesmo. Para Amartya Sem, desenvolvimento significa um processo de ampliação das liberdades reais que uma pessoa desfruta, consistindo

---

<sup>66</sup> SANTOS, Flavio Augusto de Oliveira. O desenvolvimento nacional sustentável como direito fundamental à luz da Constituição de 1988. In: **Revista de direito brasileira** (RDBras). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT). Ano 1, nº 1, Jul/dez 2011. p. 32.

<sup>67</sup> **O direito ambiental – Nossa casa planetária**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 137.

<sup>68</sup> *Apud*: Elida Séguin. Op. Cit. P. 133.

na eliminação de qualquer forma de privação da liberdade que possa limitar as possibilidades e oportunidades da pessoa<sup>69</sup>.

Ou seja, Amartya Sen dá especial atenção às liberdades individuais do ser humano, encarando-as como uma forma de ampliação de suas possibilidades de vida. Somente desfrutando de toda a liberdade possível – seja de ir e vir, seja de saciar a fome, de obter conhecimento, de participar da vida política da comunidade, seja a de expressar sua opinião e seguir a sua religião – é que o indivíduo poderia ter real possibilidade de escolher levar uma vida que de fato valorize e deseje<sup>70</sup>, sendo o processo econômico apenas um instrumento em favor desse objetivo maior.

Nesta perspectiva, o direito, conforme ensina Welber Barral<sup>71</sup>, surge como um instrumento de realização do desenvolvimento. Será através do direito, máxime a partir do catálogo de direitos fundamentais assegurado pelo ordenamento jurídico, que o Poder Público ofertará políticas públicas e fortalecerá os processos democráticos, fornecendo oportunidades e escolhas de vida à população. Somente com educação de qualidade, acesso às fontes de conhecimento, liberdade de manifestação e religião, acesso a bons serviços de saúde e nutrição além da participação política é que o ser humano possui plena capacidade de se desenvolver e escolher seguir a vida que lhe parecer mais satisfatória, faltando qualquer desses elementos faltará liberdade de opção que lhe assegure uma vida em dignidade, condição *sine qua non* para uma avaliação positiva do desenvolvimento da própria Nação.

Sen atribui especial relevo à democracia e às liberdades civis, conferindo à oposição política organizada e ao pluripartidarismo importante papel na expansão das liberdades, uma vez que somente com voz e visibilidade política é que a população pode fazer exigir direitos e melhoria de condições, pressionando o Poder público à realização de seus ideais. Nesse viés encontramos o gancho perfeito para inserir a questão trabalhada no presente ensaio: a proteção ao ser indígena. Há muito relegados à marginalização social, sem visibilidade política e força de impor seus interesses à sociedade dominante, os indígenas resistiram silenciosamente por cinco séculos de dominação.

Quando aflorou no cenário internacional a preocupação com a dignidade humana e com a igualdade substancial, reconhecendo a necessidade de proteger e assegurar

---

<sup>69</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010. Tradução de Laura Teixeira Motta. P. 16.

<sup>70</sup> SEN, Amartya. *Op. Cit.* P. 33.

<sup>71</sup> Desenvolvimento e sistema jurídico: A busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Teoria Jurídica e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. *Passim*.

direitos às minorias, época coincidente com o processo de redemocratização brasileira<sup>72</sup>, os indígenas e outras comunidades tradicionais vislumbraram a chance de sair da invisibilidade com que foram tratados por tantos séculos, uniram forças e lutaram pelo reconhecimento de seus direitos e de sua identidade, acabando por ganhar voz e força política a ponto de realizar uma transformação sem precedentes na história constitucional do País.

Com a Constituição de 1988, abandonou-se o vetusto paradigma da aculturação e incorporação progressiva do índio ao nosso *modus vivendi*, dominante desde a colonização portuguesa, garantiu-se ao índio o direito de continuar sendo índio e de reproduzir sua cultura, assegurando um sólido sistema de proteção aos seus direitos e interesses, dentre os quais o de ter acesso, tanto quanto qualquer outro membro da sociedade brasileira, à uma educação de qualidade e aos serviços de saúde, sempre em conformidade aos seus usos e costumes tradicionais, superando definitivamente a usual política de imposição e dominação cultural herdada dos colonizadores.

Neste particular, frise-se que, na perspectiva de Amartya Sen<sup>73</sup>, eliminar as formas de privação da liberdade engloba qualquer tipo de intolerância e repressão, mormente a intolerância cultural, onde um grupo dominante impõe ao dominado a reprodução de sua cultura em detrimento das existentes, que acabam por sofrer uma verdadeira desagregação estrutural e gradativo desaparecimento. Por século foi o que se observou com as comunidades indígenas e afro-descendentes. Daí a conexão da redemocratização do País, que possibilitou o reconhecimento e proteção à diversidade cultural brasileira, com as proposições de Sen de eliminar as formas de privação da liberdade, ou seja, no caso indígena, de eliminar a intolerância cultural.

Com efeito, no mundo coexistem e se auto-influenciam uma enorme diversidade de culturas humanas, com suas tradições, religiosidade, modos de fazer e de viver e cosmovisões de mundo singulares, e que a preservação dessa identidade cultural consubstancia um direito fundamental desses povos, o direito à diferença, absorvido pelas Constituições pós-modernas, num triunfo do multiculturalismo e da compreensão de sociedade plural, característica do Estado Constitucional de Direito. Viu-se também que somente permitindo a esses grupos a reprodução de sua cultura histórica é que se poderia falar em materialização da dignidade humana em seu favor, sendo a imposição da cultura ocidental capitalista uma forma de dominação opressiva que não poderia mais existir em uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo maior do constitucionalismo pós-moderno.

---

<sup>72</sup> Juliana Santilli. Op. Cit. P. 31.

<sup>73</sup> Op. Cit. *Passim*.



Daí porque o elemento cultural é inafastável do processo sustentável de desenvolvimentista. Daí porque grandes empreendimentos econômicos não devem unicamente preocupar-se em proteger o meio ambiente de suas atividades insalubres, observando a legislação ambiental e atuando de forma preventiva, devendo, sobretudo, como forma de se atingir a sustentabilidade, assegurar a inserção do elemento sócio-cultural nas práticas de manejo ambiental. Aqui se insere à problemática da presença da Indústria do Petróleo e Gás-Natural (IPGN) em terras de vulnerabilidade socioambiental, tal como as indígenas.

Como é cediço, a IPGN apresenta alto risco de impacto ambiental, sendo uma indústria extremamente poluente, colocando em risco não só o ecossistema no qual contata como também a população dos arredores de suas instalações. Entretanto, apesar de sua potencialidade poluidora é responsável pela satisfação de uma grande necessidade do mundo moderno: a energética. O ser humano, na maioria dos rincões do Planeta, não dispensa mais o uso de alguma forma de energia, sendo os combustíveis de origem fóssil os mais consumidos, restando inquestionável sua essencialidade e importância na contemporaneidade.

A problemática surge quando constata-se a presença de hidrocarbonetos em território indígena que, em regra, tratam-se de áreas com grande riqueza ambiental, dado que os silvícolas são povos da floresta, que desenvolveram historicamente uma relação intensa com o meio biótico, estruturando nele todo o seu sistema econômico e cultural, conforme fora largamente explorado nos itens anteriores. A presença de uma indústria excessivamente poluente, a atração de mão de obra e de outros empreendimentos adjacentes pode comprometer decisivamente o estilo de vida tradicional dos povos impactados. Não só a poluição ambiental se torna fator preocupante como também a desestruturação do sistema cultural secular pelo massivo contato com o homem “branco” e pela desordenada inserção do aborígene no modo de vida “civilizado”.

Diversos países latino-americanos se lançaram há décadas na exploração petrolífera e gaseífera em territórios indígenas, como se verá detalhadamente em capítulo específico, os resultados foram desastrosos, comunidades tribais inteiras foram dizimadas ou drasticamente reduzidas. O problema se agrava, no caso brasileiro, por ser a Amazônia legal, local de maior concentração índia do País, fortemente propensa à concentração petrolífera uma vez que em sua geologia encontram-se grandes bacias sedimentares, condição necessária para a existência de hidrocarbonetos. Os demais países latinos que possuem sua parcela de floresta Amazônica prospectam nela o combustível fóssil há décadas. O Brasil, felizmente, e graças a política preservacionista da nossa Reguladora, reluta em produzir petróleo em terras

indígenas, muito embora os campos exploratórios venham delas se avizinando de forma preocupante.

O confronto entre a necessidade energética e o direito dos índios sobre as terras que habitam e a preservação de sua organização sociocultural é questão latente e delicada, devendo ser analisada com acuidade e seriedade, de forma a compatibilizar a atividade petrolífera aos contornos de um desenvolvimento sustentável, conciliando a satisfação da necessidade energética mundial com o direito de uma minoria, já tão fragilizada, em ter sua cultura, tradições e *habitat* natural preservados. Será através desta perspectiva que se desenvolverá os capítulos que se seguem.

## 2 O ÍNDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 O ÍNDIO E O INDIGENATO: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

O indigenato consiste no reconhecimento do direito congênito dos índios sobre suas terras, um direito anterior e histórico, preexistente ao próprio sistema jurídico português e brasileiro e que, portanto, prevalecerá sobre qualquer outro direito que se pretenda sobre esses territórios tradicionais. É com base no indigenato, reafirmado pelo ordenamento jurídico nacional desde a época colonial, que se justifica a nulidade de todos os títulos existentes sobre as terras indígenas e a conseqüente retirada dos não-índios da região após a demarcação. É também com base neste instituto que o ato da demarcação possui feição meramente declaratória, não constituindo o direito dos índios sobre suas terras, mas apenas o declarando a fim de delimitar seus “domínios”.

Entretanto, há de se esclarecer que o indigenato apenas proclama o reconhecimento do direito de posse dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, nunca fora atribuída aos índios a propriedade de suas terras, mas apenas sua posse. O domínio das terras indígenas (TI) sempre esteve com a União ou com os Estados federados, nunca com os silvícolas. O indigenato, portanto, serve para impedir que não-índios tentem usurpar os territórios tradicionais ou deles fazer uso, mas nunca limitou as pretensões estatais, verdadeiros senhores das terras indígenas, muito embora, a atual Constituição brasileira tenha imposto certas limitações às atividades do Estado em terras silvícolas que não existiam anteriormente, como a questão da mineração, da exploração dos recursos hídricos e naturais e, sobretudo, da vedação à retirada dos silvícolas de suas terras.

Como dito, o indigenato subsiste nos dias de hoje como uma herança do direito português, que já na época do Brasil colônia atribuía aos índios o direito originário sobre as terras que ocupavam muito embora permitissem sua escravidão e determinassem a sua catequese, numa clara intenção de integrá-lo à sociedade envolvente. Vigiam na época as Ordenações do Reino, que Portugal aplicava indistintamente à metrópole e à colônia, não tendo se dado ao trabalho de elaborar uma legislação própria, “as leis de índias”, a ser imposta aos povos ameríndios, tal como fez seus vizinhos espanhóis.

### 2.1.1 Legislação histórica

Roberto Lemos<sup>74</sup> relata que a legislação do sec. XVI apregoava um bom tratamento aos tapuios que se submetessem à catequese, e guerra aos que se mostrassem inimigos. As Cartas Régias de 30/07/1609 e de 10/09/1611, afirmavam o pleno direito dos índios sobre suas terras, mas foi o Alvará Régio de 01/04/1680 que consagrou definitivamente o indigenato, reconhecendo aos índios os direitos originários sobre suas terras, não podendo, inclusive, as sesmarias concedidas por Portugal obstar tais direitos. A Carta Régia de 09/03/1718 ainda declarou que as nações indígenas não se submetiam a jurisdição portuguesa, muito embora permitisse a escravização aborígine, revelando que os portugueses reconheciam a soberania e a autodeterminação dos povos ameríndios.

No Brasil império manteve-se o reconhecimento dos direitos dos índios sobre suas terras, bem como a permissão de sua escravidão (Carta Régia de 02/12/1808)<sup>75</sup>. A Constituição imperial, de 1824, nada mencionou acerca dos silvícolas, no entanto, o Ato Adicional à Constituição do império, de 12/08/1832, determinou que caberia ao Governo a catequização e civilização dos índios. O Decreto de 30/06/1833, aliado ao Regulamento 143 de 15/03/1842, criou o sistema da tutela orfanológica, atribuindo aos juízes de órfãos poderes especiais em relação à pessoa e aos bens dos índios, capaz de elidir, inclusive, o pátrio poder, num claro reconhecimento da incapacidade do índio para gerir sua própria vida e seus bens<sup>76</sup>.

Com a Lei de Terras (Lei 601/1850) o território nacional fora dividido entre terras públicas, terras particulares e terras devolutas, estas que, dentre outras finalidades, se destinariam, na extensão necessária, à colonização dos indígenas<sup>77</sup>.

A primeira Constituição republicana, a de 1891, nada pronunciou acerca da situação dos índios no Brasil, entretanto, em seu art. 64 transferiu as terras devolutas para os Estados Federados, permanecendo com a União apenas aquelas necessárias à defesa das fronteiras e fortificações militares, assim como para a construção das estradas de ferro. Este

---

<sup>74</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006. P. 24.

<sup>75</sup> A Carta Régia de 05/11/1808 declarava guerra aos índios Botucudos do Paraná, então província de São Paulo, autorizando a servidão daqueles tomados em cativo pelo período de quinze anos. Da mesma forma, as Cartas Régias de 13/05/1808 e de 02/12/1808 declaravam guerra aos índios do Estado de Minas Gerais, bem como a servidão aos indígenas capturados. Maiores detalhes, vide Marés, *Op. Cit.* P. 56.

<sup>76</sup> Carlos Frederico Marés (*Op. Cit.* P. 92) conta a triste história da índia Helena que, considerada incapaz de gerir a própria vida apenas pelo fato de ser índia, perdeu a guarda de seu filho menor, Antônio Solimões, para um Juiz de Órfãos, em 25 de outubro de 1898, sob o argumento de que “era uma selvagem”, “não dominando o português” e, “como consequência, não poderia gerir a sua própria vida, muito menos a de seu filho”.

<sup>77</sup> Art. 12. “O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas (...)”.

dispositivo causou grande confusão uma vez que conduziu ao entendimento de que as terras indígenas haviam caído no domínio dos Estados, estes que acabaram por possibilitar seu esbulho e usurpação.

O fato agravou-se com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI)<sup>78</sup>, pelo Decreto 8.072 em 1910, que emitia “atestados de inexistência de índios”, possibilitando que os Estados membros concedessem títulos de domínio sem a devida verificação de existência, ou não, de índios na região<sup>79</sup>.

A criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) voltava-se para a integração do índio ao modo de vida “civilizado” arrimado nas idéias liberais de que a humanidade apresentava níveis, ou etapas de desenvolvimento e que a condição dos índios seria precária e fadada ao desaparecimento após serem assimilados pela cultura “civilizada”. A política indigenista da época se baseava, assim, na civilização e aculturação dos índios. Deixava-se de lado a preocupação colonial com a catequização dos aborígenes para voltar-se para a civilização dos mesmos, segundo os padrões de uma sociedade moderna capitalista ocidental.

Neste contexto, o Código Civil de 1916 põe fim a tutela orfanológica da época imperial determinando expressamente a incapacidade relativa dos índios para os atos da vida civil<sup>80</sup>, sujeitando-os ao regime tutelar a ser disciplinado em lei específica, salientando que esta incapacidade cessaria medida que fossem se adaptando à civilização do País (parágrafo único). A regulação específica exigida pelo Estatuto civil veio em 1928, através do Decreto 5.484, que tratava da situação dos índios nascidos no território nacional e expressamente liberava os silvícolas da tutela orfanológica vigente nas Ordenações do Reino, reputando nulos os atos praticados pelos índios sem a devida representação do Estado, que na época se dava através do Serviço de Proteção ao Índio.

Em verdade, a extinção da tutela orfanológica pelo referido Decreto somente conduziu à transferência dos gestor da pessoa do índio e de seu patrimônio do juiz de órfãos

---

<sup>78</sup> Inicialmente denominado Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), transformou-se simplesmente em SPI em 1918, cuja direção fora atribuída ao Marechal Candido Mariano Rondon.

<sup>79</sup> Foi o que aconteceu ao povo *Krenak*, ou *Borum*, que além de sofrer guerra no Brasil colonial, ainda viu suas terras transformadas em devolutas pelo Estado de Minas Gerais e concedidas a terceiros. Em ação que durou mais de trinta anos, numa decisão histórica do STF, da relatoria do Min. Francisco Rezek, os *Krenaks* obtiveram o direito de voltar para suas terras. Da mesma forma, os *Pataxós Hã Hã Hãe*, da Bahia, brigam na justiça pela retomada de suas terras indevidamente usurpadas com o aval do Estado baiano. Vide, Boaventura de Souza Santos, **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 26 jan 2012. p 86.

<sup>80</sup> Art. 6º. “São incapazes relativamente a certos atos ou a maneira de exercê-los: (...) III- Os Silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.”

para o órgão indigenista, persistindo o equívoco da assimilação. Não se compreendia o direito a diferença, não havia o respeito à alteridade e ao direito do outro de escolher levar a vida que quisesse. Cegamente se pretendia extirpar a cultura tapuia do planeta, introduzindo o índio no nosso modo de vida, civilizando-o, como se essa fosse a única opção possível, como se fosse essa integração a vontade desses povos.

A própria noção de civilização e capacidade foram conceitos construídos culturalmente, não se tratando de uma verdade universal e inquestionável. Foram os “brancos” que chegaram, invadiram, expulsaram e perseguiram aqueles que já estavam aqui desde tempos imemoriais, é a lei do “branco”, ou seja, de uma cultura exógena, que diz que o índio não tem capacidade para reger sua própria vida por si só. Essas são leis dos “brancos” e não dos índios. Deve haver um respeito às instituições indígenas, suas tradições e modos de viver, possibilitando sua autodeterminação e escolhas de vida.

Foi a Constituição de 1934 a primeira Constituição brasileira a tratar dos direitos indígenas<sup>81</sup>, assegurando<sup>82</sup> a posse dos autóctones sobre as terras que permanentemente se achem localizados, vedada sua alienação, competindo à União a política indigenista nacional<sup>83</sup>. A Constituição de 1937, também chamada de Constituição “polaca”, repetiu a disposição em seu artigo 154<sup>84</sup>.

O Decreto 5.540/1943 instituiu o dia 19 de abril como o dia nacional do índio. Por sua vez, o Decreto 58.824/1966 promulgou a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) voltada para a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais. Tida por longo tempo como um dos mais importantes mecanismos internacionais de proteção aos interesses dos povos indígenas, com a mudança de mentalidade política e compreensão do direito à diversidade, a Convenção 107 acabou sofrendo resistência e críticas por se conectar ao paradigma assimilacionista de civilização

---

<sup>81</sup> Urge distinguir os termos “direitos indígenas” e “direito indigenista”. O primeiro corresponde às normas de conduta interna, historicamente construídos por um determinado grupo indígena, seu direito costumeiro, consuetudinário; já o direito indigenista corresponde ao ramo do direito positivo voltado à regulação das relações existentes entre índios e Estado e entre índios e não-índios. Tendo consciência da diferença existente entre as duas nomenclaturas, e por razões meramente didáticas, optamos por fazer uso da expressão “direitos indígenas” para designar os direitos consagrados pelo ordenamento jurídico aos silvícolas do País; quando nos reportarmos ao direito interno das comunidades índias lançaremos mão de termos como direito consuetudinário ou direito costumeiro.

<sup>82</sup> Art. 129. “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

<sup>83</sup> Art. 5º - “Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: (...) m - incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

<sup>84</sup> Art. 154. “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

indígena, o que conduziu à revisão do instrumento, em 1989, e conseqüente derrogação por uma nova Convenção, o Convênio 169 da OIT, voltado para a efetivação da dignidade de povos indígenas e tribais, prezando pelo respeito à diferença cultural e autodeterminação dos povos autóctones. A Convenção 169 da OIT foi aprovada pelo Brasil apenas em 2002, através do Decreto Legislativo 143, e promulgada através do Decreto 5.051/2004.

A Constituição brasileira de 1946, em seu art. 216<sup>85</sup>, respeita a posse dos índios sobre suas terras desde que não sejam alienadas. Com a Constituição de 1967 as terras ocupadas pelos índios passaram a integrar o patrimônio da União<sup>86</sup>, sendo-lhes assegurado a posse permanente delas e o reconhecimento do usufruto exclusivo dos recursos naturais e das utilidades nelas existentes. Ainda no ano de 1967 fora extinto o SPI e criada como substituta a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), através da Lei 5.371, atualmente responsável pela política indigenista nacional.

A Emenda Constitucional n° 1 de 1969, responsável pela modificação na Constituição de 67, manteve o reconhecimento do direito dos índios sobre suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas encontradas<sup>87</sup>, bem como patrimônio da União, a quem compete legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunidade nacional<sup>88</sup>. Percebe-se que ainda nesta época predominava o paradigma da assimilação cultural e conseqüente incorporação do índio à sociedade “civilizada”.

Neste contexto foi editada a Lei 6.001/1973, o Estatuto do Índio, revogando o Decreto 5.485/1928, porém mantendo o regime tutelar previsto no CC de 1916. O EI possui nítida inspiração integracionista, visando à gradativa incorporação do índio, como veremos mais detalhadamente nos itens que se seguem.

A Constituição Federal de 05/10/1988 constituiu verdadeiro marco no direito indigenista brasileiro uma vez que rompeu com o modelo integracionista de aculturação indígena. Das maiores conquistas da novel Constituição destaca-se o direito do índio a ser índio e de perpetuar sua condição cultural peculiar, consistindo o direito à terra como mero instrumento do direito a reprodução física e cultural. A CF de 88 foi a primeira a tratar mais

---

<sup>85</sup> Art. 216. “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

<sup>86</sup> Art. 4°. “Incluem-se entre os bens da União: (...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas”.

<sup>87</sup> Art. 198. “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes”.

<sup>88</sup> Art. 8°. “Compete à União: (...)XVII - legislar sobre: (...) o - incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

amiudadamente da questão indígena, dedicando todo um capítulo à sua causa, merecendo, pois, um estudo mais pormenorizado, em capítulo específico, que se segue.

## 2.2 O INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vivem hoje no Brasil cerca de 817 mil índios, distribuídos entre 220 povos, compondo cerca de 0,4% da população nacional. Estima-se, ainda, que existam, em média, 82 grupos tribais ainda não catalogadas pelo órgão de assistência ao índio<sup>89</sup>, dos quais 32 já foram confirmados, e que pelo menos 180 línguas diferentes são faladas pelos membros dessas comunidades.

Comunidade indígena é aquela que se auto identifica como segmento distinto da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua singularidade étnica e continuidade histórico-cultural, com origem e descendência pré-colombiana. O índio, por sua vez, é aquele que se considera pertencente a esta comunidade, e é por ela reconhecido como seu membro. Por tanto, pelo critério da auto-identificação, é o sentimento de pertinência a uma dada comunidade que faz do índio um índio. È índio quem se sente índio, quem dá continuidade a identidade étnica através da reprodução físico-cultural.

Inspirada por valores pluralistas e multiculturais a Constituição Federal (CF) de 88 realizou uma revolução sem precedentes na história brasileira de proteção ao indígena, substituindo o paradigma de assimilação social, orientador de toda a legislação anterior voltada aos silvícolas, por uma sólida proteção à sua singularidade étnica e cultural, reconhecendo que o índio está aqui para ficar, merecendo respeito e proteção pela sua condição peculiar. Dessa forma, o aspecto mais marcante na Constituição brasileira, no que diz respeito à condição do índio, consiste em seu *status* jurídico diferenciado. A Constituição ainda foi a primeira a destinar um capítulo exclusivamente voltado para a disciplina dos direitos indígenas e a que mais se alongou sobre o tema, construindo um sólido sistema de proteção à identidade cultural dos autóctones.

Assim, reconhecendo a necessidade de preservação de uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal (CF) estipulou uma série de direitos e garantias em prol da

---

<sup>89</sup> Informações segundo dados do censo de 2010. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acesso em: 29 maio 2012.



conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu art. 231 e parágrafos<sup>90</sup>, o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários<sup>91</sup> sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurando-os o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

### 2.2.1 O direito à terra e ao usufruto exclusivo

A Constituição de 88 define as terras de tradicional ocupação silvícola como aquelas por eles habitadas em caráter permanente e as utilizadas para suas atividades produtivas, bem como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e reprodução físico-cultural, conforme seus usos, costumes e tradições<sup>92</sup>. A Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) ainda complementa as disposições constitucionais, assegurando o direito originário dos índios sobre as terras que ocupam independente de demarcação administrativa<sup>93</sup>.

Percebe-se que a Constituição assegura aos aborígenes não só as terras que o grupo efetivamente ocupa, mas também aquelas indispensáveis a sua sobrevivência conforme os seus hábitos tradicionais. Frisando que não se pode conceber a terra indígena apenas como aquela em que o grupo está fixado atualmente, posto que existem determinadas culturas

---

<sup>90</sup> 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. § 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 tradições. § 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 (...)”.

<sup>91</sup>A expressão “Direitos originários sobre as terras que habitam” liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da tradicional ocupação da terra pelos autóctones desde épocas imemoriais, que remontam à colonização do País, quando em 1º de abril de 1680 o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional em todas as Constituições, foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado.

<sup>92</sup> Art. 231, § 1º supracitado.

<sup>93</sup> Art. 25. “O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal [1969], independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República”.

aborígenes que caracterizam-se pelo nomadismo, sendo indispensável considerar toda a porção de terra na qual a comunidade periodicamente se desloca<sup>94</sup>.

Ao certificar o caráter originário da posse indígena sobre as terras que habitam a CF ainda admitiu a ancestralidade desse vínculo entre o índio e a terra, o que justifica a necessária proteção casada da terra e da cultura silvícola. Um direito originário, saliente-se, precede a qualquer outra forma de ocupação territorial, o que a CF avalizou mais adiante, no §6º do art. 231<sup>95</sup>, ao declarar que são nulos, não produzindo qualquer efeito jurídico, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas.

Isto porque o índio possui um relacionamento de intimidade para com o meio ambiente no qual se encontra inserido. Não é qualquer terra que reproduz uma cultura indígena, mas a “mãe-terra” na qual o índio nasceu e se criou, onde os seus antepassados conviveram e se encontram sepultados. O resgate histórico e espiritual do grupo conecta-se ao território habitado imemorialmente. Daí porque a Constituição veda a remoção dos grupos tapuios de suas terras tradicionais, o que somente será possível em face de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a sobrevivência da própria tribo, ou no interesse da soberania do País<sup>96</sup>, após referendo do Congresso Nacional.

Tal dispositivo visa evitar que o Estado brasileiro veja no deslocamento de comunidades indígenas uma solução para seus projetos desenvolvimentistas, valendo a lembrança da odisséia vivida pelo povo *Panará*, os chamados “índios gigantes”, habitantes do norte do Mato Grosso: Por volta da década de 70, quando o governo militar encabeçava o Plano de Integração Nacional (PIN), fora dado início à construção da BR-163, rodovia

---

<sup>94</sup> É o caso da etnia *yanomami*, grupo indígena de tradicional ocupação da região montanhosa e de floresta na fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Devido a pobreza do solo possuem grande mobilidade espacial e dispersão populacional uma vez que tendem a viver com baixa densidade demográfica em um mesmo local. Em geral, cada comunidade da etnia *yanomami* varia num percentual entre 50 à 80 habitantes que mantém intensa vida intercomunitária. Mas informações vide BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas. Vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá editora, 2008. Pág. 113.

<sup>95</sup> Art. 231, § 6º. “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

<sup>96</sup> Art. 231, § 5º “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

Cuiabá-Santarém, que cortava ao meio o território *Panará*. As obras evoluíram sem que a FUNAI<sup>97</sup> implantasse um plano de proteção e assistência aos indígenas afetados.

Despreparados para intensificar o contato com os “brancos”, os índios *Panarás* foram dizimados em poucos meses, por epidemias de gripe e diarreia, pela disseminação da prostituição e do alcoolismo, sem contar com as invasões garimpeiras em seus domínios. Dos 300 indivíduos estimados em 1973, quando do contato oficial, em 1975, dois anos apenas, restaram 79 sobreviventes, foi então que a FUNAI resolveu transferir os *Panarás* para o Parque indígena do Xingu, área habitada por inimigos históricos dos *Panarás*, os *kayapó*<sup>98</sup>. De lá para cá grande foi a luta dessa gente no afã de retornar às suas terras originais, o que somente aconteceu em 1996, quando parte de seu antigo território foi oficialmente reconhecida através de Portaria do Então Ministro da Justiça, Nelson Jobim.

Com o auxílio dos advogados do Instituto Socioambiental (ISA), os “índios gigantes” acionaram a União e a FUNAI em demanda judicial que intentava uma indenização pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência da construção da BR-163, em virtude das inúmeras mortes, do sofrimento, da dor e das humilhações sofridas por aquela gente. Pela primeira vez na história do Judiciário brasileiro fora reconhecido aos indígenas o direito à indenização por prejuízos provocados em decorrência de políticas públicas oficiais<sup>99</sup>.

Outra importante consequência advinda da originalidade da posse indígena é a demarcação, cujo dever de realização compete à União (art. 231, *caput*)<sup>100</sup>. A demarcação possui caráter meramente declaratório uma vez que a posse indígena é congênita e originária, não constituindo o direito dos aborígenes sobre suas terras, mas apenas declarando um direito preexistente, acarretando a extrusão de qualquer indivíduo não índio de seus territórios, sem qualquer indenização, a não ser pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, §6º).

Com efeito, na oportunidade do julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do sol, em 2009, a Suprema Corte decidiu pela demarcação contínua da área, reconhecendo que a terra para os indígenas ostenta um caráter de ancestralidade e resgate

<sup>97</sup> Fundação Nacional do Índio. Órgão de assistência ao índio, componente da estrutura da administração pública federal.

<sup>98</sup> Quem conta com detalhes a saga dos índios gigantes é Boaventura de Souza Santos, *Op. Cit.* 2003. p. 89.

<sup>99</sup> A condenação do Estado brasileiro a pagar danos morais e materiais aos *Panarás* fora proferida pelo Juiz da 7ª Vara da Justiça Federal de Brasília/DF, Novelty Vilanova dos Reis, e posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Maiores detalhes sobre a saga dos “índios gigantes”, vide: SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006. Pág. 125.

<sup>100</sup> Ressalte-se que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estipulou um prazo de cinco anos, a partir da promulgação da CF/88, para que a União realizasse a demarcação das TI brasileiras, prazo este, por óbvio, não observado.

histórico das tradições e simbolismos da comunidade, reconhecendo, ainda, a originalidade dos direitos aborígenes sobre suas terras, prevalecendo sobre qualquer outro título, inclusive sobre os pretensos direitos adquiridos de não-índios, reafirmando o caráter meramente declaratório da demarcação, revelando a sensibilidade com que a Corte se debruçou sobre a questão<sup>101</sup>.

O direito ao usufruto exclusivo compreende não só o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras, como ainda proporciona o produto da exploração econômica de tais riquezas naturais<sup>102</sup>, sendo privativo dos indígenas as atividades de coleta, caça e pesca<sup>103</sup>. Vale dizer, então, que é proibido a qualquer indivíduo não-índio a exploração das riquezas naturais em terras indígenas, muito embora seja perfeitamente possível aos aborígenes à exploração desses recursos naturais,

---

<sup>101</sup> Vejamos parte do voto do Ministro relator, Carlos Britto: (...)9. *A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL*. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda (...)11. *O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS*. (...) 11.2. *O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". (...) Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, (...) A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. (...)12. *DIREITOS "ORIGINÁRIOS"*. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. *O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS*. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela idéia de continuidade. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). STF. Tribunal Pleno. Pet. 3388/RR.*

<sup>102</sup> Art. 23 e 24, caput, do EI.

<sup>103</sup> Art. 18, § 1º c/c art. 24, § 2º do EI. Ainda o STF, neste sentido, na Pet. 3388/RR.

ainda que com fins ao desenvolvimento de uma atividade economicamente útil, e não só para a mera subsistência.

Vale recordar que, no caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que o direito ao usufruto exclusivo não exclui a convivência entre índios e não-índios, sendo possível a abertura de vias e instalação de plataforma de fornecimento de serviços públicos, obstando por sua vez a possibilidade de os indígenas interditar ou bloquearem as vias, cobrar pedágio ou inibir o regular funcionamento das repartições públicas. Da mesma forma, ao afirmar a compatibilidade entre terras indígenas e zonas de fronteiras, ressaltou a prerrogativa das forças armadas e da polícia militar em nelas adentrar e estabelecer suas bases sem necessidade de obter autorização de quem quer que seja.

Por oportuno, cabe introduzir o questionamento quanto a possibilidade, ou não, de os próprios índios poderem extrair as riquezas minerais de suas terras, o chamado “garimpo indígena”. A doutrina e alguns julgados já haviam se posicionado no sentido de diferenciar o garimpo indígena, técnica artesanal e de baixo impacto ambiental, da mineração industrial, incluindo a primeira como integrante do usufruto exclusivo destinado aos índios pela Constituição, com respaldo, ainda, no art. 44 do Estatuto do Índio<sup>104</sup> que garante ao silvícola o direito exclusivo de exercer a garimpagem, a cata e a faiscação em suas terras.

Contudo, na oportunidade do julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a Suprema Corte entendeu de modo diverso, esclarecendo que as atividades de mineração, garimpagem e faiscação não integram o direito de usufruto indígena das riquezas naturais existentes em suas terras, declarando indiretamente a não recepção pela nova ordem constitucional do art. 44 do EI, salientando que, caso queiram minerar em suas terras, deverão os autóctones obter a autorização de lavra garimpeira, tal como qualquer outro interessado.

Por outro lado, se a Constituição destina aos autóctones a posse plena das terras por eles habitadas e o usufruto de suas riquezas naturais, a propriedade dessas terras permanece com a União (art. 20, XI), nu proprietária, num regime *suigeneris* de posse e propriedade, cabendo às TI o papel de um bem público afetado permanentemente à uma finalidade pública: a habitação indígena e reprodução de sua cultura, sendo, inalienável e indisponível, inclusive pelos próprios índios<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Art. 44. “As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas”.

<sup>105</sup> Art. 231, § 4º. “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Inclusive, o usufruto exclusivo, concedido aos índios, das riquezas existentes em suas terras, cinge-se aos recursos contidos no solo, rios e lagos (§2º do artigo 231), não abarcando o subsolo nem as jazidas minerais, que permanecem sob o domínio da União (art. 20, IX). Adiantamos, inclusive, que as jazidas petrolíferas constantes no subsolo brasileiro, máxime as que se encontrem sob terras indígenas, pertencem a União, não estando incluídas nas riquezas naturais de livre disposição dos silvícolas. Dessa forma, querendo, a União poderá dispor desse óleo, explorando-o por sua própria conta ou concedendo sua exploração à empresa vencedora de certame licitatório, conforme veremos em capítulo específico.

Explica Carlos Frederico Marés<sup>106</sup> que a separação de domínio entre o solo e as riquezas do subsolo tem causado grande perplexidade entre os aborígenes; afinal, como podem compreender que sejam senhores de suas terras, mas não do que está abaixo delas? Como é possível que os homens prospectem o petróleo que está no subterrâneo sem passar pela superfície? Perguntava incrédulo um cacique amazônico ante a possibilidade de a estatal francesa, Elf Aquitaine, explorar combustíveis fósseis em seu território.

A aplicação às terras indígenas, do sistema tradicional brasileiro de separação jurídica entre solo e subsolo, se torna algo demasiadamente arriscado ao pleno gozo dos direitos constitucionalmente assegurados aos autóctones, uma vez que implicará em restrições incontornáveis ao pleno exercício da posse territorial pela comunidade, consistindo, ainda, em uma ameaça à manutenção da exclusividade indígena do usufruto dos recursos naturais ali encontrados.

### **2.2.2 Empreendimentos econômicos em terras indígenas**

No que tange à realização de empreendimentos econômicos em terras indígenas (TI) devemos observar duas situações distintas: A primeira refere-se à exploração de recursos naturais do solo, lagos e rios que fica proibida a qualquer não-índio, sendo nulo qualquer ato destinado à sua exploração, salvo relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar<sup>107</sup>. Esta lei ainda não existe o que obsta, por óbvio, a exploração dos recursos naturais das TI.

---

<sup>106</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. Pág. 138.

<sup>107</sup> Art. 231, § 6º. “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que

Por oportuno, lembre-se que tal dispositivo corresponde a uma norma constitucional de eficácia limitada, utilizando a cediça classificação estruturada por José Afonso da Silva<sup>108</sup>, dependente de uma norma ulterior que complete sua eficácia e aplicabilidade sem a qual resta inviabilizada em face da inexistência de regulação da matéria.

Quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos, energéticos e das riquezas minerais em terras indígenas, a Constituição<sup>109</sup> condicionou sua efetivação à autorização do Congresso Nacional, à oitiva das comunidades impactadas e à sua participação nos resultados da lavra, tudo na forma da lei, evidenciando, também, tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada. Registre-se, aliás, que tal participação nos resultados da lavra constituirá fonte de renda indígena e será sempre coletiva, posto que visa compensar a limitação dos direitos constitucionalmente assegurados, sofrida por todos os membros da tribo.

As riquezas minerais e os potenciais de energia hidráulica, segundo a disciplina constitucional dos artigos 176, *caput*<sup>110</sup>, e 20, VIII e IX<sup>111</sup>, constituem, para fins de exploração e aproveitamento, propriedade distinta da do solo, pertencendo a União, que poderá explorá-los mediante a outorga de concessão ou autorização para empresas brasileiras ou constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, devendo a lei estipular condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou em terras indígenas<sup>112</sup>.

---

dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

<sup>108</sup> **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*. José Afonso estrutura as normas constitucionais, segundo seu grau de eficácia, em três grupos: As normas de eficácia plena (aptas a produzir a plenitude de seus efeitos de imediato); as normas de eficácia contida (normas que, apesar de nascerem aptas a produzir seus efeitos de imediato, podem ter seu alcance restringido através de legislação ulterior); e as normas de eficácia limitada (normas que somente terão sua eficácia completa a partir de uma regulação legal posterior, exigida pela Constituição).

<sup>109</sup> Art. 231, § 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”.

<sup>110</sup> Art. 176. “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

<sup>111</sup> Art. 20. “São bens da União: (...)VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (...)”

<sup>112</sup> Art. 176, § 1º. “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no

Todavia, as referidas leis (exigidas pelos artigos 231, §3º e 176, §1º) ainda não existem, havendo, apenas, alguns projetos em tramitação no Congresso Nacional, restando inviabilizada qualquer tentativa de se explorar o minério, quiçá o petróleo, existente em terras indígenas<sup>113</sup>. Qualquer tentativa em contrário significará flagrante inconstitucionalidade. Ressalte-se que a Constituição não fez qualquer exigência quanto a espécie legal que deveria regular a atividade minerária em território índio, presumindo-se, por óbvio, que basta uma lei ordinária para satisfazer a vindicação constitucional, diferentemente, para a exploração das riquezas naturais contidas em TI exigiu Lei Complementar, além do relevante interesse público da União.

Percebe-se que a Constituição, através da leitura dos artigos 231, §3º e 176, §1º, exige um regime diferenciado para a exploração minerária em terras indígenas, segundo requisitos preestabelecidos e exigindo lei que regule a matéria, afastando, pois, a incidência do Código de Mineração, voltado para a regulamentação da atividade minerária de maneira geral. Dentro deste modelo *sui generis* de exploração destaque-se que o único órgão competente para outorgar a pesquisa e a lavra minerária em terras indígenas é o Congresso Nacional, tornando o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), ou qualquer outro órgão, absolutamente incompetente para a referida atribuição.

Saliente-se também que a oitiva das comunidades impactadas pelo empreendimento minerário é condição *sine qua non* de validade da concessão de exploração mineral ou petrolífera, em território tapuio, haja vista que a Constituição Federal ao viabilizar a exploração mineraria nessas áreas de vulnerabilidade socioambiental assim o determinou. Qualquer burla à consulta das comunidades significa violação insanável da Constituição, viciando por completo a legitimidade da concessão deferida.

Neste contexto, merece destaque a já mencionada Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que dentre outras coisas disciplina o direito de consulta às comunidades indígenas ante a possibilidade de qualquer fato que possa lhes afetar diretamente, desde medidas legislativas até à presença de empreendimentos econômicos em

---

País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.”

<sup>113</sup> Não é, todavia, o que vem entendendo o DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral) que distribui, inconstitucionalmente, títulos de pesquisa e lavra de minérios em TI. Maiores informações acerca da questão, vide FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal. **Revista Direitos culturais**. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. Nº 9. p. 157-178. julho/dezembro 2010. disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>>. Acesso em 02 junho 2011.



suas terras. Tendo sido devidamente ratificada e incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 5.051 de 2004, a Convenção 169/OIT deve ser observada e cumprida pelo Estado brasileiro que a vem negligenciando sistematicamente, já tendo inclusive sofrido repreensão da Organização das Nações Unidas (ONU) por sua displicência quanto aos direitos indígenas<sup>114</sup>.

Registre-se, outrossim, que a realização da audiência pública em face do procedimento de licenciamento ambiental não supre a exigência constitucional, primeiro porque não é voltada aos índios, mas a qualquer cidadão interessado no certame, segundo porque o IBAMA não possui competência para deflagrar o processo consultivo junto as comunidades indígenas, conforme será detalhado em capítulo específico.

### 2.2.3 Capacidade civil e educação indígena

Outra inovação trazida pela Novel Constituição foi o disposto no art. 232<sup>115</sup>, que confere aos índios, suas comunidades e organizações legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, não exigindo representação ou assistência de quem quer que seja. Esse dispositivo põe fim ao retrogrado instituto do *regime tutelar* que vigia até então, com respaldo no Estatuto do Índio, e que considerava o autóctone um incapaz, devendo o órgão indigenista federal, assisti-lo em todas as situações sob pena de invalidade do ato.

Em verdade, o Estatuto do Índio reproduzia as normas constantes no Código Civil de 1916, que tratava o silvícola como relativamente incapaz, cessando a sua incapacidade a medida que fosse se adaptando à civilização do País, revelando a transitoriedade com que a condição indígena era tratada na época<sup>116</sup>. Protegia-se para integrar, acreditando-se sinceramente que a integração fosse o melhor para o índio, e uma vez integrado o tapuio deixaria de ser índio e perderia os direitos inerentes a esta condição.

---

<sup>114</sup> Em setembro de 2010, a ONU emitiu um relatório chamando à atenção do Brasil pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos afetados pelo Complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> De fato o projeto inicial do Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua, não continha o dispositivo da incapacidade indígena, que fora introduzido pelo Senado. Com efeito, Beviláqua discordava da imposição do regime tutelar ao índio através do Código Civil, não só porque a regulação da capacidade civil indígena deveria constar de diploma específico, como pela estranheza em se imputar aos índios um regime tutelar de incapacidade, tradicionalmente destinado ao direito de família. Vide: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98.

Esse quadro mudou a partir de 05 de outubro de 1988, quando o índio no Brasil passou a ter o direito a ser índio<sup>117</sup>, não havendo mais o que se falar em incapacidade, mormente em face do art. 232<sup>118</sup> supra mencionado, fazendo bem o novo Código Civil em deixar a temática para a legislação específica (art. 4º, parágrafo único). Não se objetiva mais a incorporação do silvícola ao nosso *modus vivendi*, pelo contrário, protege-se o seu direito de viver conforme suas tradições culturais, a viver como índio. Registre-se, por oportuno, que este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Saliente-se que deve o Ministério Público (MP) intervir em todos os atos do processo como *custos legis*. É de salientar que, fora os índios e suas comunidades e organizações, também a União (através da FUNAI) e o *Parquet*, possuem legitimidade para defender em juízo os interesses indígenas. A primeira em razão da tutela-proteção estabelecida no *caput* do art. 231, o segundo em virtude do dever institucional previsto no art. 129, V<sup>119</sup>.

Se faz de bom alvitre, não confundir a tutela incapacidade – presente na legislação anterior e que não fora recepcionada pela novel Carta por se arrimar no paradigma da assimilação cultural – com a tutela-proteção, ainda presente na Constituição de 88, em seu art. 231 *caput*, ao determinar o dever da União de zelar pelos direitos e bens dos indígenas.

De fato, tudo o mais que reporta aos indígenas fora atribuído, pela Constituição, à União, seja a demarcação de suas terras, seja a propriedade delas, seja a competência para legislar<sup>120</sup>, seja a competência da justiça federal para julgar as disputas envolvendo seus direitos<sup>121</sup>, nada mais coerente, por tanto, que a proteção dos bens indígenas coubesse também à União, nada mencionando o dispositivo a cerca do retrogrado regime tutelar inaugurado no CC de 1916 e perpetuado pelo Estatuto do Índio. Além do mais, a atribuição de legitimidade às organizações e comunidades indígenas de ingressarem em juízo na defesa de seus direitos, sem exigir qualquer representação para tanto, deixa clara a intenção do Legislador Constituinte em abandonar definitivamente o anacrônico regime tutelar do EI.

---

<sup>117</sup> Carlos Marés. *Op. Cit.* p. 107.

<sup>118</sup> Helder Girão. *Op. Cit.* p. 40.

<sup>119</sup> Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público (...) V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (...)”.

<sup>120</sup> Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XIV - populações indígenas”.

<sup>121</sup> Art. 109. “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XI - a disputa sobre direitos indígenas”.

Outro importante direito assegurado aos índios pela Constituição refere-se ao disposto no §2º do artigo 210, que garante, quando do ensino fundamental, a utilização da língua materna indígena juntamente ao português, e da manutenção dos processos próprios de aprendizagem. O dispositivo consagra o bilingüismo e torna coerente as proposições da própria Constituição, tendo de um lado a educação, um direito de todos inclusive indígenas, por outro a conservação e valorização de seus costumes e tradições históricas. Dessa norma defluiu importantes diretrizes e implicações na formulação de políticas públicas voltadas à satisfação do direito indígena à educação<sup>122</sup>.

O fornecimento de educação talvez tenha sido a primeira questão a despertar o interesse e a preocupação do Estado Brasileiro para com a situação dos índios, entretanto, de início essa preocupação voltava-se para a catequização e conversão ao cristianismo e, posteriormente, para uma incorporação do índio à sociedade envolvente. A primeira escola indígena data de 1922, a “escola rural mista do posto indígena de Simões Lopes”, na terra indígena *Bakairí*, Mato Grosso, cujo objetivo era “civilizar” os índios, ensinando-lhes o português, num processo de assimilação cultural que visava, sobretudo, a formação de mão de obra para serviços como o de tropeiro, carpinteiro e oleiro e que, mesmo assim, somente estava disponível aos homens. Era a época do extinto Serviço de Proteção ao Índio (SPI), antecessor da FUNAI.

A educação indígena deverá voltar-se ao fortalecimento das tradições culturais do grupo étnico, discutindo e conscientizando os alunos quanto aos problemas, dilemas e dificuldades da sua gente, trabalhando os conhecimentos tradicionais e explorando a escrita em sua língua materna, deixando o português como segunda língua, acessória, um instrumento de comunicação intercultural. Infelizmente a prática revela que muitas escolas indígenas resumem o bilingüismo ao simples convívio do português com a língua nativa, utilizando esta apenas como mecanismo de rápida alfabetização no português, conduzindo, muitas vezes à perda da língua materna.

---

<sup>122</sup> Hodiernamente existem mais de duas mil escolas indígenas, nas quais lecionam cerca de sete mil professores, sendo 85% deles de origem indígena, atendendo a quase cento e cinquenta mil estudantes, a maioria no Ensino Fundamental. Dessas escolas, vinte e quatro oferecem também o Ensino Médio, e apenas sete têm laboratórios de informática.

### 2.3 ASPECTOS INFRACONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO ÍNDIO BRASILEIRO

Principia-se este tópico com uma análise perfunctória do órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI – Fundação Nacional do Índio -, fundação vinculada ao Ministério da Justiça e com patrimônio próprio. Instituída pela Lei 5.371/1967, com Regimento interno previsto no Decreto 7.056/2009, possui dentre as suas atribuições o dever de estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, respeitando a pessoa do índio, suas instituições e comunidades tribais, “resguardando a aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas”<sup>123</sup>; “promover a educação de base apropriada ao índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional”<sup>124</sup>; gerir o patrimônio indígena com fins ao custeio dos serviços de assistência ao índio<sup>125</sup> e exercer o poder de polícia nas TI<sup>126</sup>.

Dos dispositivos mencionados observa-se a clara inspiração na política integracionista vigente na época da elaboração da Lei que instituiu o órgão indigenista, restando alguns de seus dispositivos incompatíveis com a Constituição hodierna, não tendo sido, pois, recepcionados pela ordem constitucional vigente. Dos enunciados basta compreender que cabe à FUNAI a elaboração das políticas públicas destinadas ao bem estar dos índios, inclusive a educação e a assistência, bem como o exercício do poder de polícia nas terras índias.

Da mesma forma, o Estatuto do Índio (EI), por ter sido elaborado segundo as orientações de assimilação cultural vigentes no século passado, apresenta alguns dispositivos não recepcionados pela Constituição vigente, que reconhece, valoriza e protege a singularidade cultural dos indígenas. É o caso do regime tutelar mencionado alhures, bem como do seu artigo primeiro que menciona como objetivo do EI regular a situação jurídica dos índios e suas comunidades com o “propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, não logrando recepção na nova ordem constitucional. No que não contrariar a atual Constituição, no entanto, resta plenamente válido, sendo a única referência legislativa voltada à disciplina dos direitos indígenas em termos gerais.

---

<sup>123</sup> Art. 1, I, *a e d*, da Lei 5.372/67.

<sup>124</sup> Art. 1, V, da Lei 5.372/67.

<sup>125</sup> Art. 3, III, da Lei 5.372/67.

<sup>126</sup> Art. 1, VII, da Lei 5.372/67.

Diz o EI que caberá à União, aos Estados e Municípios executar programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas, visando à melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento, bem como garantir aos autóctones o pleno exercício dos direitos civis e políticos. Tais dispositivos revelam as intenções do legislador de tornar concorrente e cooperativo a realização de políticas públicas em favor dos índios.

Importante dispositivo do Estatuto é o artigo sexto em que preleciona o “respeito aos usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre os índios”, aplicando-se, no entanto, “as normas de direito comum quanto às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade”(parágrafo único). Neste aspecto, digna de nota é a Carta de Direitos do Cidadão, ratificada no México em 2002 que, dentre outras coisas, recomenda ao Poder Judiciário dos países signatários um tratamento que respeite a dignidade indígena, seu idioma, organização social e tradições culturais, possibilitando mecanismos de solução de conflitos conforme seu direito consuetudinário.

Da mesma forma, o artigo 57 do EI dispõe que “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, das sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não sejam penas de morte ou de caráter cruel ou infamante”. É o que a doutrina convencionou chamar de *jurisdição indígena*, posto que retira do Estado o *jus puniende* para conferi-lo à comunidade<sup>127</sup>.

Tal norma, a pesar de negligenciada pela maioria dos Tribunais apresenta-se em perfeita simetria com as orientações constitucionais de reconhecimento e preservação da cultura indígenas. Impossibilitar o grupo tribal de punir seus membros conforme seu direito consuetudinário e suas tradições seculares significa uma intervenção arbitrária nos hábitos da comunidade que a Constituição não ousou avalizar. Preservar a identidade cultural e garantir a perpetuidade física e cultural dos índios significa reconhecer a validade de seu direito costumeiro<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Vide: FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O direito penal e o indígena: Aspectos acerca da imputabilidade penal e da competência judiciária. **Revista jurídica In Verbis**. Ano XIV, 25º Ed. Natal-RN: Janeiro-junho 2009. Págs. 127-139.

<sup>128</sup> De fato, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, como sempre avançada em questões envolvendo a condição indígena, reconhece a aplicação do direito costumeiro das tribos indígenas, conforme se observa no julgado que se segue: CIVIL. MANUTENÇÃO DE POSSE. ÁREA DE RESERVA INDÍGENA LOCALIZADA NOS MUNICÍPIOS DE NOVA AMÉRICA E RUBIATABA. ESTADO DE GOIÁS. CARRETAO I. ALEGAÇÃO DE POVOAMENTO POR POSSEIROS. APELADO CASADO COM ÍNDIA TAPUIA DESDE 1974. PROVA TESTEMUNHAL. ACEITAÇÃO PACÍFICA NA RESERVA.

Exemplo da jurisdição indígena é o caso do índio Basílio, que matou outro indígena pertencente à sua tribo. Após cometer o crime, o acusado foi julgado pela própria comunidade tribal, recebendo a seguinte pena: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima, ficando em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a tribo entendesse suficiente. Submetido, o réu, ao Júri Popular, após o pronunciamento de uma antropóloga<sup>129</sup>, o representante do Ministério Público requereu sua absolvição por entender que o índio Basílio já havia cumprido a pena devida, imposta por sua comunidade, conforme seus costumes e tradições. Por unanimidade de votos, os jurados agraciaram o acusado com a exoneração da pena.

O problema é que o índio Basílio passou 14 anos preso, aguardando julgamento pelo Tribunal do Júri, quando poderia, desde logo, ter sido reconhecida a competência de seu povo para julgá-lo, nos moldes do art. 57 do estatuto do índio. Apesar da louvável atitude do *Parquet*, em reconhecer a idoneidade da tribo em punir seus componentes, conforme seus usos e tradições, o fato é que os Tribunais superiores vêm se revelando intolerantes às regras internas dos grupos tribais, avocando para si a competência de crimes praticados entre índios dentro das reservas<sup>130</sup>, desvirtuando as normas constitucionais de proteção ao sistema cultural aborígine.

O Estatuto ainda prevê aos índios o direito de acesso ao sistema de ensino vigente no País (art. 48), feitas as necessárias adaptações, dando-se a sua alfabetização tanto em português quanto na língua materna do grupo (art. 49), ensino bilíngüe, portanto, harmonicamente ao disposto na Constituição. Prevendo, ainda, a formação profissional do índio, sugerindo o estímulo ao artesanato e as indústrias rurais (arts. 52 e 53), numa nobre tentativa de prestigiar a cultura e resgatar as tradições aborígenes. O único aspecto contrário à Constituição de 88, referente ao ensino, consta do art. 50, que orienta a educação do índio para a integração na comunhão nacional, mais um dispositivo não recepcionado pela ordem

---

PROCEDIMENTOS DE CONVIVÊNCIA REGULAR NÃO OBSERVADOS. OBSERVAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ESTATUTO DO INDIO. LEI 6.001/73.

<sup>129</sup> A antropóloga Alesandra Albert esclareceu que, segundo a tradição milenar da etnia *Macuxi*, a qual pertencia o réu, um índio que mata outro é submetido a um conselho, formado por indivíduos de reconhecida autoridade e de grande expressão política, escolhidos pela própria comunidade; sendo o réu um *tuxaua*, indivíduo que exerce uma função político-representativa, é costume da tribo que seja ele julgado perante seus companheiros *tuxauas*. Quem conta o caso do índio Basílio com riqueza de detalhes é Helder Girão, p. 119.

<sup>130</sup> Assim já decidiu o STF: “(...) *Homicídio em que os acusados são índios. (...) Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual. Ordem indeferida.*” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 81827/MT**. 2ª Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 28/05/2002. DJ 23/08/2002.

constitucional hodierna. A Educação do índio fica a cargo do Ministério da Educação, devendo sempre ser ouvida a FUNAI, segundo determina o Decreto 26 de 1991.

Neste particular, merece destaque a Lei 10.558/2002 que instituiu o Programa Diversidade na Universidade, a ser executado pelo Ministério da Educação (MEC), que visa a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente os afro-descendentes e os indígenas. A partir desta Lei será possível a inclusão do sistema de cotas raciais nas Universidades, destinando parte de suas vagas à estudantes indígenas e afro-descendentes.

O artigo 54 defere aos índios o acesso aos meios de proteção à saúde facultados a comunhão nacional, assegurando-lhes especial assistência quando na infância, maternidade, doença e velhice. Dessa forma o indígena faz jus ao uso dos mecanismos do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio de uma secretaria especial, a SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena), vinculada ao Ministério da Saúde (MS), além dos benefícios do regime geral de previdência social (art. 55).

No que tange à saúde dos indígenas, vale mencionar a Lei 8.080/90 que institui o subsistema de atenção à saúde indígena integrante do SUS, mais precisamente da SESAI<sup>131</sup>, cabendo à União financiá-lo, podendo, entretanto, os Estados, Municípios, organizações governamentais e não-governamentais atuarem complementarmente no regime de custeio. O subsistema terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), unidades de atuação estrategicamente posicionadas conforme a ocupação geográfica das comunidades indígenas. Existem atualmente 34 DSEI espalhados pelo território brasileiro.

Até bem pouco tempo atrás a questão da saúde indígena ficava a cargo da FUNASA (Fundação Nacional de Saúde)<sup>132</sup> que continha os DSEI, entretanto, no Governo Lula, transferiu-se tal atribuição (assim como os DSEI) para o Ministério da Saúde, instituindo-se a SESAI no final da transição, em outubro de 2010. Outro instrumento normativo de relevo é o Decreto 23 de 1991, que dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde das populações indígenas que, dentre outras coisas, prevê a elaboração de projetos específicos que atendam as necessidades peculiares de cada comunidade, prevendo ainda o controle da desnutrição.

---

<sup>131</sup> A Secretaria Especial de Saúde Indígena se bifurca em dois departamentos, o de atenção à saúde indígena e o de gestão da saúde indígena.

<sup>132</sup> Antes de ser a FUNASA a responsável pela saúde indígena, a função cabia à FUNAI, através das Casas de saúde indígenas (Casai), delegada à primeira através do Decreto 3.156/99. As Casai continuam prestando sua assistência ao índio, agora diretamente vinculadas aos DSEI, componente da SESAI, Ministério da Saúde.

Outro Decreto de destaque no tocante à saúde indígena é o 3.156/1999, que expressamente (art. 2) reconheceu o valor e a complementaridade da “medicina indígena”. De fato é cediço o conhecimento de práticas de manejo dos recursos naturais detidos pelas comunidades tradicionais, o chamado conhecimento tradicional associado à biodiversidade, que incluem não só práticas medicinais passadas de geração em geração, como técnicas de agricultura, caça e pesca, propriedades alimentares e farmacêuticas da flora e da fauna local, enfim, uma infinidade de conhecimentos acerca da biodiversidade detido por comunidades que vivem em uma perfeita interação com o meio natural no qual se encontram inseridas.

Quanto à demarcação das terras indígenas, regula o procedimento o Decreto 1.775 de 1996, que revogou integralmente o Decreto 22 de 1991.

Merece destaque, ainda, o Decreto 25 de 1991 que dispõe acerca dos programas e projetos de auto-sustentação dos povos indígenas, disciplinando a intervenção em seus processos produtivos sempre que a sua auto-sustentação estiver comprometida, contando, para tanto, com uma articulação entre o Ministério da Justiça, através da FUNAI, e o Ministério da Agricultura e reforma agrária, através da EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária).

Por fim, merece destaque o Decreto 5.051/2004 que introduz em nosso Ordenamento a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), importante instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais das comunidades indígenas e tribais. A Convenção 169 veio para substituir a Convenção 107 da OIT de clara inspiração integracionista e, dentre outras questões, orienta os países signatários que implementem um sistema de saúde a atender as populações indígenas; o fornecimento de educação, inclusive com alfabetização na língua materna e respeito às instituições tradicionais e fornecimento de profissionalização; o direito à terra ocupada e aos recursos naturais nela encontrados; prevendo, ainda, a plena efetivação de seus direitos sociais, econômicos e culturais, respeitados seus costumes e tradições.

A Convenção ainda garante às comunidades o direito de escolher suas prioridades quanto aos processos de desenvolvimento, inclusive econômico, sempre que possa haver interferência em sua cultura, tradições e bem-estar espiritual resguardando, ainda, o dever de os Estados nacionais consultá-los quando em face de medidas legislativas, administrativas ou empreendimentos minerários em suas terras passíveis de afeta-los. Devendo tal consulta ser de boa-fé e através de suas instituições representativas.



### 3 EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRAS INDÍGENAS: O DESAFIO DA SOBREPOSIÇÃO

Recentemente os holofotes da comunidade internacional concentraram-se no Equador e no seu Presidente Rafael Correa, que em uma atitude inovadora, ousada e vanguardista fechou uma parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), cujo objetivo central consiste em deixar debaixo da terra cerca de 846 milhões de barris de petróleo, 20% das reservas do País, localizados nos campos *Ishpingo*, *Tambococha* e *Tiputine* situados em uma área de alta sensibilidade socioambiental, o Parque Nacional do Yasuní<sup>133</sup>.

A iniciativa inovadora do país latino fora festejada e recebida com entusiasmo pelos organismos ambientais de todo o Planeta, posto que não só evitará a emissão de 400 milhões de toneladas de dióxido de carbono na atmosfera, como impedirá a presença de um empreendimento altamente impactante e ambientalmente degradante em uma área de riquíssima biodiversidade, marcada pela presença de comunidades indígenas que vivem em estado de isolamento.

A boa nova da Nação equatoriana criou uma ação sem precedentes na história do desenvolvimento sustentável do Planeta e trouxe à baila as preocupações dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos com as mazelas oriundas da exploração de hidrocarbonetos em terras indígenas (TI), principalmente quanto ao histórico dos países latino-americanos que se lançaram neste perigoso empreendimento, as conseqüências foram desastrosas e os impactos irreversíveis, resultando muitas vezes na dizimação de tribos inteiras. O próprio Equador sentiu na pele os efeitos ruinosos da exploração petrolífera em áreas de vulnerabilidade socioambiental, observando o total desaparecimento da tribo amazonense *Tetete* e a drástica redução da população pertencente à tribo *Cofane* de 15.000 para 300 indivíduos.

No caso brasileiro, a questão da presença da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN) em terras índias é um problema iminente dado que a maior parcela das comunidades indígenas concentra-se hoje nas Regiões Norte e Centro-Oeste do País,

---

<sup>133</sup> Em contrapartida pela não exploração do Yasuní o Equador exige uma indenização de cerca de 3,6 bilhões de dólares, 50% do que o país lucraria caso a exploração fosse engendrada. Países como a Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália, Holanda e Noruega já comunicaram seu apoio ao projeto. O acordo fora assinado em 03 de agosto de 2010 no Ministério das Relações Exteriores do Equador, e visa à criação do fundo Yasuní-ITT a ser investido na conservação do próprio Parque, em projetos sociais e energéticos.

principalmente na Amazônia legal<sup>134</sup>, onde grandes bacias sedimentares compõem a geologia, sendo, por tanto, propensa à formação de jazidas petrolíferas em seu subsolo. O potencial produtor da Amazônia, evidenciado pela grande quantidade de países latinos que nela prospectam petróleo há décadas, culminou em diversos certames licitatórios promovidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) com a finalidade de conceder suas terras para pesquisa e lavra de hidrocarbonetos.

Muito embora a ANP nunca tenha ofertado blocos inseridos em terras indígenas, na 10ª rodada licitatória os campos concedidos delas se avizinham de forma preocupante. O fato é que os blocos nominados “PRC-T-121”, “PRC-T-122” e “PRC-T-123”, situados no alto do Xingu, Mato Grosso, arrematados pela Petrobrás, se encontram nos limites das terras indígenas de *Santana* e *Bakairi*. Não obstante os blocos se situem externamente aos territórios indígenas, tendo o órgão ambiental competente se manifestado pela viabilidade da concessão<sup>135</sup>, há de se considerar que as atividades produtivas da indústria causarão impactos diretos nas comunidades em virtude da excessiva proximidade entre os blocos e os territórios tradicionais.

Neste aspecto, o pacto firmado entre o Equador e as Nações Unidas é uma iniciativa salutar, onde manter o petróleo debaixo da terra tornou-se um fator de negociação financeira, surgida como uma luz no fim do túnel quando não se espera mais um milagre. Mas, e quando não for possível tal manobra política, ou quando os Estados detentores das reservas petrolíferas não optarem pela saída ecologicamente correta?

É necessário estruturar um modelo exploratório socioambiental responsável, sempre voltado para a proteção do ecossistema e dos direitos fundamentais das populações tradicionais de terem suas terras, cultura e tradições resguardadas, dando perpetuidade ao seu estilo de vida tradicional. Por esta razão é que a Constituição de 88 estruturou um sólido sistema de preservação da singularidade étnica e cultural indígena, possibilitando a exploração minerária em suas terras desde que observados requisitos específicos, deixando a

---

<sup>134</sup> A Amazônia legal é uma área que engloba dez Estados brasileiros pertencentes à Bacia Amazônica e, conseqüentemente, possuem em seu território trechos de Floresta Amazônica. Segundo o novo Código Florestal Lei 12.651/2012 (art. 3, I), a atual área de abrangência da Amazônia legal corresponde aos Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13° S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44° W, do Estado do Maranhão. Na Amazônia legal residem 55,9% da população indígena brasileira, distribuídos em 80 etnias diferentes.

<sup>135</sup> Consultar o parecer exarado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA), acerca dos blocos a serem licitados no Estado do Mato Grosso em virtude da 10ª rodada de licitação, disponibilizado pela ANP em: [http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/diretrizes\\_ambientais/Parecis/Parecer\\_MT.pdf](http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/diretrizes_ambientais/Parecis/Parecer_MT.pdf). Acesso em: 19 ago. 2010. O referido documento trás vários mapas da região, donde salta aos olhos a proximidade dos blocos ofertados com as terras indígenas de *Santana* e *Bakairi*.

regulamentação da matéria para o legislador ordinário, que vergonhosamente, nestas duas décadas de Constituição Democrática, se arrasta em infindáveis projetos de lei que sempre acabam esquecidos ou arquivados.

A demora do Parlamento em regular a mineração em terras aborígenes inviabiliza temporariamente a sua execução, nos concedendo maior tempo para refletir sobre a questão, enquanto os organismos internacionais de tutela aos direitos humanos amadurecem os mecanismos de proteção. Assim a Convenção 169 da OIT e a Agenda 21 da ONU se tornaram importantes instrumentos na defesa dos direitos fundamentais dos índios, merecendo cumprimento pelos Estados signatários, dentre eles o Brasil.

### 3.1 A (DESASTROSA) CASUÍSTICA LATINO-AMERICANA

A dificuldade em se conciliar a atividade petrolífera – altamente poluidora e degradante – com a preservação física e cultural das comunidades indígenas, reside no antagonismo de interesses que representam, ambos de indiscutível relevância para a Nação. Por um lado, temos a crescente demanda mundial por energia, principalmente petrolífera, que acaba por estimular o desenvolvimento da atividade, sobretudo em um País, como o Brasil, que já demonstrou sua capacidade produtiva. Em torno da questão energética gravitam as maiores preocupações das grandes potências mundiais, no cerne da questão flutuam as idéias de desenvolvimento sustentável, energias renováveis e de um futuro esgotamento das jazidas de hidrocarbonetos, lançando os Países produtores numa verdadeira “corrida petrolífera”, não podendo o Brasil, produtor cada vez mais renomado, se fazer ausente.

Por outro lado, tem-se que atividades com alto custo socioambiental, mormente quando desenvolvidas em territórios indígenas, deveriam ser evitadas. Por integrar o patrimônio cultural brasileiro, as formas de manifestação da cultura indígena, sua diversidade étnica, modo de vida e criações artístico-culturais devem ser preservados como uma forma de resgatar as origens do próprio povo brasileiro, sendo, pois, um dever, constitucionalmente imposto ao Estado, a preservação da memória dos diferentes grupos formadores da comunidade nacional. Além do mais, o reconhecimento e perpetuidade da identidade étnico-cultural consubstanciam verdadeira condição de materialização da dignidade humana em favor dessas comunidades.

A grande apreensão acerca da exploração de petróleo em terras indígenas liga-se as conseqüências nocivas inevitáveis que a presença da indústria trará à comunidade

afetada. De fato, um estudo<sup>136</sup> realizado na Colômbia, que teve por objeto os impactos decorrentes da prospecção petrolífera em terreno indígena no País, aponta para uma cadeia irreversível de implicações negativas sofridas pelas comunidades impactadas.

A partir do momento em que uma empresa petrolífera se instala em uma dada área, ainda que para uma singela pesquisa de campo, uma série de medidas hão de ser tomadas, como a construção de infra-estrutura e abertura de vias de acesso e escoamento, que implicam em desmatamento e poluição sonora, sem contar no trânsito de veículos e no incentivo à imigração e à colonização por pessoas “civilizadas”, intervindo no *habitat* natural da comunidade índia, causando pressão sobre os recursos naturais locais e forçando um choque cultural irreversível, com alteração e abandono dos sistemas tradicionais de produção, monetarização da economia tradicional, desorganização social, desvalorização do poder tradicional e dependência econômica<sup>137</sup>.

Iniciadas as atividades de produção haverá a contaminação atmosférica pela queima de gases, derrames ocasionais provenientes das atividades rotineiras da indústria que, paulatinamente, vão contaminando o meio-ambiente sem causar o assombro de uma catástrofe de grandes proporções. Outro problema diz respeito ao transporte do óleo e do gás prospectados uma vez que a construção de oleodutos e gasodutos acarreta efeitos danosos ao meio ambiente e, em consequência, às comunidades silvícolas que dele dependem, em razão de vazamentos que contaminam o solo, explosões e incêndios.

De fato, as tribos indígenas do Equador vem há muito sofrendo os impactos funestos da presença de petroleiras que atuam em suas terras. O País depende havidamente da exploração de petróleo, cujas reservas se concentram na Amazônia equatoriana, região de alta densidade indígena, não é difícil visualizar a complexidade do quadro que vem se formando no relacionamento entre as petrolíferas, os indígenas e o Estado.

Por volta da década de 70, a Texaco se instalou no norte da Amazônia equatoriana, onde prospectou petróleo por mais de 25 anos. Estima-se que dentre os impactos produzidos por essa exploração cerca de 800.000 hectares de floresta foram desmatados e 300.000 barris de óleo derramados na selva amazônica, além disso, a empresa verteu água contaminada por resíduos tóxicos nos igarapés dos afluentes do Riu Aguarico, contaminando

<sup>136</sup> ROLDÁN, Roque et Alii. *Explotacion de petroleo, gás natural y carbon em los territórios indígenas de Colômbia*. In: *Mineria em territórios indígenas de Colômbia, Peru e Venezuela: petróleo, carbon, bauxita, oro, diamantes*. Apud VALLE, Raul Silva Telles do; e outros. **Parecer Jurídico nº 6, do Instituto Sócio-ambiental sobre o APL de mineração em terras indígenas**. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/ParecerAPLMineracaoAbril.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/ParecerAPLMineracaoAbril.pdf). Acesso em: 17 jul. 2008.

<sup>137</sup> Vide: VALLE, Raul Silva Telles do. **Mineração na Amazônia e terras indígenas**. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/justicaambiental/pagina.php?id=1833>. Acesso em: 26 dez. 2008.

águas utilizadas para banho, pesca e consumo doméstico, acabando por desenvolver variados tipos de câncer e irritações cutâneas na população diretamente afetada<sup>138</sup>.

Ainda, estima-se que, por dia, a Texaco tenha despejado no meio-ambiente cerca de 4,3 milhões de galões de água contaminada com resíduos tóxicos, formando mais de 600 “piscinas” desses dejetos sem o devido tratamento. A empresa também foi responsável por trinta importantes derramamentos do oleoduto Trans-equatoriano, que despejou 16,8 milhões de galões de petróleo no ecossistema<sup>139</sup>, quadro este que atualmente é agravado pela atuação da Petroequador na região.

Com a consolidação do movimento indigenista no Equador as organizações indígenas e de colonos passaram a denunciar os impactos produzidos pelas empresas petrolíferas em suas terras, não só de ordem ambiental, mais, sobretudo social, por provocar a desestruturação da cultura e da economia local, exigindo do governo uma mudança nas políticas e práticas do setor. O resultado foi a impetração de uma ação de reparação contra a Texaco, em 1993, promovida por 15 líderes de diferentes comunidades indígenas (*Siona, Secoya, Cofán, Huaorani, Kichwas*, dentre outras) representando mais de 30 mil indivíduos lesados pelas atividades da empresa. A ação se arrasta por mais de uma década, sem apresentar solução até os dias de hoje, a Texaco vem lançando mão de todos os artifícios possíveis para se furtar à responsabilização pelos danos ambientais que provocou, avaliados em seis bilhões de dólares pela Frente para a Defesa da Amazônia (FDA)<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Informações obtidas em: FIGUEROA, Isabela. Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência. **Revista internacional de direitos humanos**. Nº 4, ano 3. 2006. Pág. 49-79. Tradução por: Maria Lucia Marques. Disponível em [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/default/files/equador\\_figueroa.pdf](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/equador_figueroa.pdf). Acesso em 10 ago. 2009.

<sup>139</sup> FIGUEROA, Isabela. *Op. Cit.* Pág. 49-79.

<sup>140</sup> Consultar: SILVA, Hiram Reis e. **Kichwa Sarayacu e a onda separatista Latino-Americana**. Disponível em: <http://www.roraimaemfoco.com/site/content/view/3059/50/>. Porto Alegre, 14 de julho de 2008. Acesso em: 22 jan. 2009.

Ainda, se evidencia que os testes sismológicos<sup>141</sup> causam grande prejuízo à fauna e a flora da região, afugentando a caça e a pesca, gerando temor na populações indígenas e profanando lugares sagrados. De fato, tal quadro fora vivenciado na prática pelos indígenas brasileiros, quando, em 1981, a Estatal francesa Elf-Aquitaine firmou contrato de risco<sup>142</sup> com a Petrobrás objetivando a exploração de hidrocarbonetos no território indígena *Sateré-Mawé* (divisa entre os Estados do Amazonas e do Pará), provocando inúmeras mortes e mutilações nos índios, além de prejuízos ao ecossistema local, em virtude da detonação de cargas de dinamite necessárias a realização dos testes sísmicos.

Eram cerca de 20 explosões por dia, relata Dalmo de Abreu Dallari<sup>143</sup>, advogado que defendeu os *Sateré-Mawé* contra a Elf, as dinamites e a fiação eram enterradas no solo a fim de produzir as ondas sísmicas que levariam à conclusão se existia, ou não, petróleo na região. Cerca de 40 clareiras foram abertas na vegetação, ao final do dia, a sujeira não era limpa, os índios impulsionados pela curiosidade, inerente ao ser humano, coletavam o pó dos explosivos e levavam para a aldeia, o que acabou gerando a morte por intoxicação de inúmeras crianças que, ao brincar, ousavam por na boca o interessante pozinho.

Além disso, a poluição sonora produzida em decorrência das explosões espalhou o pavor pela comunidade e comprometeu demasiadamente a caça, prejudicando a dieta habitual dos silvícolas e desestruturando o ecossistema local, daí em diante a economia

---

<sup>141</sup> O primeiro passo na busca por hidrocarbonetos consiste na fase de exploração, ou seja, a utilização de métodos sofisticados de investigação e de pesquisa destinados a obter informações preliminares acerca das características do solo e do subsolo da região onde se pretende prospectar petróleo e gás, a fim de se averiguar a probabilidade da existência de jazidas, o que se dá através da utilização dos conhecimentos de duas ciências: a geologia e a geofísica. A geologia estuda o comportamento das rochas na superfície, auxiliando em muito na compreensão de sua dinâmica nas grandes profundidades; a geofísica, aplicando as leis da física através de sofisticados instrumentos, fornece uma verdadeira radiografia do subsolo. Um dos métodos mais utilizados pela geofísica é o levantamento sísmico, terremotos produzidos artificialmente, quase sempre provocados por explosivos, que produzem ondas que se propagam pelas camadas rochosas das profundezas da Terra, retornando à superfície onde são captadas e registradas por instrumentos especiais. O resultado dos testes de sísmica é uma série de imagens que retratam as camadas rochosas do subsolo, permitindo a seleção daquelas onde, muito provavelmente, será encontrado petróleo. No entanto, nem mesmo os mais modernos aparelhos e métodos de exploração hidrocarbonífera é capaz de indicar a certeza da existência de petróleo e gás em uma dada região. Esta somente será constatada com a efetiva perfuração do poço.

<sup>142</sup> O período do monopólio estatal sobre os hidrocarbonetos perdurou desde a criação da Petrobrás, em 1953, até o advento da Emenda Constitucional nº 9, em 1995, que o flexibilizou. Entretanto, em decorrência da crise mundial do petróleo de 1973, quando os preços do barril elevaram-se demasiadamente, a Estatal, em face da alta dependência do petróleo externo tendo em vista a diminuta parcela da produção nacional em face da crescente demanda interna, se deparou com a falta de capital para investir na busca de novos campos produtores e, principalmente, na falta de mão-de-obra qualificada. Buscando contornar a situação, o General Ernesto Geisel, então Presidente da República, possibilitou à Petrobrás contratar com empresas privadas a fim de que essas investissem na exploração de jazidas brasileiras e injetassem pessoal qualificado no País, arcando com todos os riscos da atividade, em contrapartida, teriam participação nos resultados da lavra que seria conduzida pela Petrobrás, no que se convencionou chamar de “contratos de risco”.

<sup>143</sup> Disponível em: <http://www.museudapessoa.net/expo/pdf/dalmo%20-%20norte.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2009.

de subsistência entrou em colapso, até hoje os *Sateré-Mawé* enfrentam sérios problemas de subnutrição, ocasionados não só pela intervenção perniciosa da empresa francesa, mas também pela corrida da borracha. A luta dos *Sateré-Mawé* contra a petrolífera francesa resultou na retirada da empresa, provavelmente por ter constatado que não havia petróleo no local, e no pagamento de uma modesta indenização à tribo.

A contaminação do solo e dos lençóis freáticos pelo fluido de perfuração, por resíduos do óleo ou mesmo pelos dejetos da indústria, configura outro relevante impacto ocasionado pela atividade petrolífera em territórios protegidos, o que se soma aos constantes riscos de acidentes catastróficos que comprometam a biodiversidade natural, a saúde dos índios e do ecossistema. Além disso, o contato entre índios e não-índios é sempre traumático e desvantajoso para os silvícolas.

Deixada de lado os riscos potencialmente incidentes sobre os recursos naturais, nos concentremos nos impactos sociais advindos com a presença de uma empresa petrolífera atuando em território indígena.

Com efeito, um estudo realizado no Equador <sup>144</sup> revela o quanto a população local se prejudicou em decorrência da exploração petrolífera em suas terras, constatou-se que as mulheres das comunidades próximas à poços e estações petrolífera apresentaram com maior frequência fungos na pele, dores de cabeça e de garganta, gastrite, diarreia, cansaço, irritação no nariz e nos olhos e, o que é pior, apresentaram um risco de abortos espontâneos 150 % maior que as mulheres que vivem em comunidades não contaminadas. A população no geral apresentou uma propensão, mais alta do que o padrão comum, para desenvolver câncer de fígado, laringe, pele, estômago e linfoma.

Além dos males ocasionados à saúde dos índios, outro importante impacto se revela preocupante: a intensificação da convivência com o “homem branco”. Como mencionado alhures, vias de acesso e escoamento não de ser abertas, a necessidade de mão-de-obra atrairá fluxo migratório que povoará a região até então de vida selvagem, acarretando conseqüências inevitáveis e irreversíveis à comunidade atingida.

É o que demonstra a história do povo *Panará*, conforme já relatado, os chamados “índios gigantes”, habitantes do norte do Mato Grosso que foram drasticamente afetados pela construção da BR-163, rodovia Cuiabá-Santarém, que cortava ao meio seu território. Os impactos sofridos pela tribo, além da prostituição e do alcoolismo, levaram

---

<sup>144</sup> CURI, Yana. *Informe sobre el impacto de la actividad petrolera en poblaciones rurales de la Amazonía ecuatoriana*, Coca: Instituto de epidemiología y salud comunitaria Manuel Amunarriz, 2000, p. 47. *Apud*. FIGUEROA, Isabela. *Op. cit.* Pag. 72.

quase ao seu total desaparecimento, em virtude de epidemias de sarampo, gripe e diarreia. Somado a isso, ainda se viram despojados de suas terras quando a FUNAI os transferiu para o Parque Indígena do Xingu, lar dos *Kayapós*, inimigos tradicionais dos *Panarás*.

A tragédia que se abateu sobre o povo *Panará* não é um fato isolado no desenrolar da história indígena brasileira, muito pelo contrário, os contatos entre índios e não-índios demonstraram certa similaridade de conseqüências que se abateram sobre tribos diversas. Não só a barreira imunológica se faz desfavorável ao silvícola, quando de seu primeiro contato com outras populações, mais, sobretudo, causas não-naturais são responsáveis pela demasiada mortandade de membros da comunidade indígena impactada. A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha<sup>145</sup> comenta que quando uma epidemia se alastra por uma determinada tribo aborígine, a maior parcela de seus membros se vê acometido da moléstia ao mesmo tempo, não havendo quem socorra e alimente os doentes, grande parte da população morre de fome e de sede.

Com efeito, este foi o quadro visualizado pela etnia *Yanomami*, que se viu desestruturada socialmente em face da intensa convivência com o “homem civilizado”. Novamente o governo militar, impulsionando o seu Plano de Integração Nacional (PIN), deu início a construção da Perimetral Norte (1973-1976), BR-210, rodovia que transpassa os territórios de variadas tribos indígenas pertencentes à etnia *Yanomami*, sem, contudo, providenciar um sistema de proteção e assistência às comunidades afetadas. Somado à isto, os *Yanomami* ainda viram suas terras invadidas por garimpeiros, cobiçosos de suas ricas jazidas de ouro e cassiterita. O resultado foi a dizimação da população indígena, não só pelos constantes embates com os garimpeiros, mas, sobretudo, por surtos de sarampo, tuberculose e malária<sup>146</sup> decorrentes do intenso contato com o homem “branco”.

Muito embora as eternas contendas envolvendo indígenas e garimpeiros fujam ao objeto do presente estudo, o fato é que as invasões garimpeiras são facilitadas em muito pela abertura de vias, como a BR-163 e a Perimetral Norte, que permitem um fácil acesso às terras indígenas que percorrem. A presença da indústria petrolífera, sempre lembrando, acarretará a abertura de estradas que movimentarão as atividades, em princípio para a

<sup>145</sup> O futuro da questão indígena. In: **Estudos avançados**. São Paulo, abr. 1994. p. 121-136. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a16.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2008.

<sup>146</sup> Quando David Kopenawa, porta voz do povo *Yanomami* no Brasil, esteve em Brasília para discutir o projeto de Lei acerca da mineração em terras indígenas, foi contundente em se mostrar contrário à referida exploração, alegando que a atividade mineraria ocasionará devastação ambiental, superpovoamento, alcoolismo e confrontos violentos entre índios e não-índios, temendo que se repita o quadro visualizado na construção da Perimetral Norte. Notícia veiculada em: 27 fev. 2008. Disponível em: [www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/02/27](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/02/27). Acesso em: 13 dez. 2008.



construção da infra-estrutura, posteriormente para o trânsito de funcionários e escoamento da produção, inegável, portanto, que ao facilitar o acesso local em virtude das atividades rotineiras, a indústria do petróleo estará, por outro viés, facilitando o acesso de outros indivíduos que não seus funcionários e familiares, estimulando ainda mais as invasões garimpeiras e a biopirataria, conseqüências indiretas que a atividade petrolífera produzirá em terras indígenas.

Afora a nefasta experiência de pôr em contato os indígenas e o homem “civilizado”, a presença da indústria petrolífera em território silvícola ainda agride o lado espiritual da comunidade. A separação jurídica entre a propriedade do solo e a do subsolo já é demasiado difícil de ser compreendido pelas comunidades indígenas, por outro lado, o esvaziamento das entranhas da terra lhes parece inconcebível, intolerável, uma verdadeira profanação de um lugar sagrado. O autóctone encontra-se de tal forma ligado à terra que toda a base de sua cultura, crenças e tradições nela se alicerça, numa relação simbiótica com os “espíritos da natureza”. É importante lembrar que, da mesma forma que tais hábitos nos causam estranheza, nossos hábitos também lhes chocam e surpreendem, uma vez que estamos falando de culturas diversas, com suas peculiaridades e diferenças.

Segundo algumas tribos indígenas, a terra necessita de seu “sangue” para sobreviver, como qualquer outro ser vivo, um sangue vital para a floresta e para os seus habitantes, que não tem preço nem tem dono, sem ele a terra esfriaria, magoando os “espíritos da natureza”<sup>147</sup>. Para nós, seres “civilizados”, pertencentes à era da globalização e do capitalismo, o “sangue da terra” tem dono e tem preço, que varia conforme as oscilações do mercado mundial, o petróleo deixa de ser o sagrado “sangue da terra” para significar um valioso juguete econômico nas mãos de uma elite dominante.

Assim, teve início o drama espiritual vivenciado pelo povo *U’wa* quando o Governo colombiano concedeu licença de exploração petrolífera no bloco Samoré, território dos *U’wa*, à multinacional Norte-Americana Occidental Petroleum, em 1995. Para o grupo, “sangrar a mãe terra” não poderia significar catástrofe maior, se espalhando pela comunidade o temor de uma severa retaliação divina. Logo que tiveram início as primeiras atividades, grande parte da comunidade *U’wa* passou a jejuar com o fito de apaziguar a implacável fúria de *Sira*, a “mãe terra”, a escassez de chuva na região fora logo compreendida como um castigo pela profanação.

---

<sup>147</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2008. *Passim*.

O povo *U'wa* se opõe veementemente à exploração petrolífera em seus domínios, inclusive, ameaçando à repetição do suicídio coletivo praticado em 1600<sup>148 149</sup>, como forma de protesto. Em 2000, o governo colombiano organizou manobras militares a fim de conter a oposição do povo *U'wa* à exploração, resultando na morte de inúmeros índios e na retirada forçada dos silvícolas da região.<sup>150</sup>

Toda essa problemática que envolve uma exploração de hidrocarbonetos em território indígena deve ser considerada na oportunidade da feitura do estudo de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental (EIA-RIMA), mais precisamente, deve ser objeto do laudo de compatibilidade sociocultural, que trataremos *a posteriore*. Antes de ser dado início às atividades da cadeia produtiva de petróleo e gás, o licenciamento ambiental deve abarcar não só as questões de praxe, acerca das pressões da indústria sobre o bioma e conservação dos recursos naturais, como também, deve analisar escrupulosamente os impactos que serão produzidos sobre as populações nativas afetadas.

Desde o desflorestamento, poluição sonora e atmosférica, alteração da fauna e da flora, ruptura do sistema tradicional de produção, afetação da economia de subsistência e de trocas, ao exame da questão espiritual e religiosa dos aborígenes, absolutamente tudo que interfira em seu tradicional *modus vivendi* deve ser avaliado e sopesado antes do início das operações a fim de que soluções ideais sejam apontadas pelos órgãos ambientais e pela

---

<sup>148</sup> Em uma atitude extremada, visando protestar contra a violenta colonização imposta pelos espanhóis, o povo *U'wa* organizou um suicídio em massa, por volta do ano de 1600, restando apenas algumas mulheres grávidas e crianças para dar continuidade a descendência, a maior parcela da comunidade se atirou de um precipício. No Brasil também registramos casos semelhantes, não como protesto, mas como verdadeiro desespero pela invisibilidade e indiferença. Foi o caso dos *Guarani Kaiowá*, habitantes do sul do Mato Grosso e norte do Paraguai. Com o avanço da fronteira agrícola, na década de 60, o órgão indigenista da época optou por retirar os *Guarani Kaiowá* de suas terras, os que ficaram na esperança de se manter em contato com seus territórios acabaram escravizados ou expulsos, numa humilhação tão devastadora que conduziu um grupo de cerca de 200 *Kaiowás* a ceifar a própria vida. Mais detalhes, vide SOUZA FILHO, *Op. Cit.* P. 44.

<sup>149</sup> Em 1995, quando a primeira licença ambiental foi concedida à Occidental Petroleum, os *U'wa* tornaram público o seguinte comunicado, que causaria grande impacto não só na seara nacional como também internacional, levando à articulação de movimentos transnacionais em prol da causa: “*Nós, o povo indígena u'wa, perante a morte certa, pelo fato de perdermos as nossas terras, pelo extermínio dos nossos recursos naturais, pela invasão dos nossos lugares sagrados, pela desintegração de nossas famílias e comunidades, pela imposição do silêncio aos nossos cantos e pelo desconhecimento de nossa história, preferimos uma morte digna, própria do orgulho dos nossos antepassados que desafiaram o domínio dos conquistadores e missionários: o suicídio coletivo das comunidades u'wa*”. (Comunicado *u'wa*, 1995). *Apud.* ARENAS, Luiz Carlos. A luta contra a exploração do petróleo no território *U'wa*: Estudo de caso de uma luta local que se globalizou. *In:* Boaventura de Sousa Santos. [Org]. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Pág. 166. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2009.

<sup>150</sup> Em 2000 os *U'wa* anunciaram à imprensa que teriam encontrado os títulos de propriedade dos seus territórios outorgados pelo Rei de Espanha, em 1661, no entanto, o Governo colombiano e os meios de comunicação do País ignoraram completamente o novo argumento dos *U'wa* e, graças à forte militarização da zona, conseguiram que a Occidental Petroleum iniciasse os trabalhos de exploração no final de 2000.

FUNAI, suavizando a estadia da indústria petrolífera em territórios protegidos de forma a evitar desastrosas conseqüências aos povos indígenas impactados.

Faz-se extremamente necessária uma reformulação nas práticas da indústria de forma a compatibilizar a inquestionável necessidade energética mundial com a preservação do meio ambiente, ainda mais necessário à manutenção da vida humana no planeta Terra, e com os interesses de comunidades que vivem um estilo de vida tradicional, dissociado da sociedade envolvente e que podem ser completamente desestruturadas em suas matizes culturais e sociais em decorrência da atuação irresponsável de grandes empreendimentos econômicos em suas terras, aliada a negligência do ente público em tutelar seus interesses mais relevantes.

Despertando para esta problemática, foi que algumas empresas atuantes no setor energético passaram a adotar novos padrões de exploração petrolífera, baseados em políticas sociais e ambientalmente responsáveis, estruturando um verdadeiro regime exploratório ecoeficiente, se tornando líderes no gerenciamento em áreas de vulnerabilidade socioambiental.

Um desses exemplos salutar é a empresa espanhola Repsol YPF, atuante no bloco 16 do Parque Nacional do Yasuní, no Equador, onde vivem tribos indígenas em estado de isolamento, como os *Huaorani*, *Tagaeri* e *Taromenane*. Ao assumir o bloco, em 1996, a Repsol desenvolveu um modelo ecologicamente saudável de exploração, se tornando líder no gerenciamento da produção de óleo em áreas ecologicamente e culturalmente sensíveis.

Suas operações se baseiam em valores como o respeito ao meio ambiente e às culturas locais, a observância da legislação nacional e internacional aplicáveis, realização de monitoramento contínuo da área a fim de garantir que eventual problema seja de imediato contornado, prevenção contra contaminações em toda a cadeia produtiva, além de manter um constante diálogo com as comunidades nativas acerca das questões mais relevantes atinentes ao seu programa de gerenciamento ambiental. A empresa, ainda, se esforça na tentativa de diminuir ao máximo os riscos inerentes as atividades, construindo estradas com passagens de dutos e cabos por vias subterrâneas, instalações construídas de forma otimizada, segundo especificações *offshore*<sup>151</sup>, com perfurações de poços direcionais e horizontais, reduzindo em muito a superfície florestal ocupada pelas atividades<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Exploração de hidrocarbonetos em águas profundas e ultra profundas.

<sup>152</sup> Maiores detalhes, *vide.*, LEYEN, Bianca de Castro. **Eco-eficiência na exploração e produção de petróleo e gás em regiões de florestas tropicais úmidas: o caso da Petrobrás na Amazônia**. 2008, 202 f. Dissertação de

A Repsol ainda se empenha em projetos sociais tais como programas educacionais com professores indígenas, em sistema bilíngüe, criação de um centro de saúde, fornecimento de moradias para as comunidades e vídeos educativos sobre os costumes das tribos locais. Muito embora pareça louvável e um exemplo a ser seguido, as boas intenções da petrolífera espanhola não impedem o pior dos efeitos produzido nas populações indígenas: a perda da identidade étnica e cultural da comunidade.

A presença da empresa gerou a perda da economia tradicional de trocas e de subsistência, os indígenas passaram a trabalhar na companhia, adquirindo poder aquisitivo e se inserindo cada vez mais na economia de mercado e de consumo; passaram a ingerir bebidas alcoólicas e a residir em casas construídas pela petroleira, se aglomerando desordenadamente às margens da via Maxus<sup>153</sup>, intensificando demasiadamente o desmatamento da área. Além disso, a construção do referido logradouro, visando o acesso à região e o escoamento da produção, acabou por facilitar a extração clandestina de madeira e outros recursos naturais das terras indígenas.

O alto nível de dependência dos *huaorani* para com a Repsol se tornou preocupante a partir do momento que todo o sistema produtivo da comunidade se alterou, até a caça fora preterida em favor dos alimentos industrializados, a companhia presta apoio assistencial e sanitário à população, resta-nos indagar o que será da tribo quando a empresa não mais tiver interesse em continuar prospectando no Yasuní.

A adoção de práticas ecologicamente saudáveis e de uma política assistencialista e de boa convivência com os índios não resolve o problema da exploração petrolífera em áreas socialmente sensíveis. No caso do Brasil, a existência de uma política indigenista que assegura aos autóctones a posse exclusiva de suas terras e recursos naturais tem razão de existir unicamente em virtude da preservação de sua continuidade étnica e cultural, e o contato intenso com a indústria do petróleo destrói todas essas possibilidades de manutenção de seu modo de vida conforme as tradições e costumes seculares.

Se a maioria dos Países Latino-Americanos não se preocupou em preservar suas origens culturais não quer dizer que o Brasil deva seguir no mesmo caminho, a história dos nossos vizinhos deve servir de exemplo ao País na hora de considerar a possibilidade de inserir uma empresa petrolífera no seio de uma comunidade indígena, principalmente quando

---

Mestrado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 57. Disponível em: [http://www.ppe.ufrj.br/ppp/production/tesis/bianca\\_castro.pdf](http://www.ppe.ufrj.br/ppp/production/tesis/bianca_castro.pdf). Acesso em 29 jan. 2009.

<sup>153</sup> A estrada Maxus é assim chamada por ter sido construída pela empresa Americana Maxus Energy, que atuou de 1992 a 1996 no bloco 16 do Parque Nacional do Yasuní, anteriormente a chegada da Repsol YPF.

esta se encontram em estado de isolamento. As conseqüências são nocivas, irreversíveis e irreparáveis, um verdadeiro caminho sem volta.

Outro bom exemplo de reformulação nas práticas da indústria petrolífera a fim de conciliá-la com a sobreposição em terras indígenas é o caso do campo de Camisea, zona leste dos Andes peruanos, região de alta sensibilidade ambiental e antropológica em face do vale de Urubamba, rico em biodiversidade e berço de antigas comunidades nativas, como os povos *Nahua*, *Kirineri* e *Nanti*, que se reúnem na reserva *Nahua-Kugapakori*.

Na década de 80, a Shell, empresa holandesa, associada à Norte-Americana Móbil, descobriu uma enorme jazida de gás não associado na região, estando a maior parte do campo situado na reserva indígena *Nahua-Kugapakori*, incluindo três poços de produção. O primeiro contato entre os aborígenes e a petrolífera acarretou conseqüências desastrosas, resultando no perecimento de 40% da comunidade *Nahua*, em virtude da barreira imunológica desfavorável. Os impactos causados quando da fase exploratória, que durou de 1981 a 1987, obrigaram a empresa a reavaliar suas operações em Camisea a fim de que desse início à fase de desenvolvimento. Assim, em 1996, o consórcio Shell-Mobil põem em prática um novo modelo de gestão sustentável dos recursos hidrocarboníferos, comprometido com a saúde, a segurança e o meio-ambiente, além de uma política de diálogo e conhecimento das expectativas das comunidades afetadas<sup>154</sup>.

Dentre as ações da companhia destacou-se a adoção do padrão *offshore* de produção, com entrada e saída de pessoal da base de operação estritamente controladas, impossibilidade da área ser cruzada por estradas (para tanto, todo o espaço em torno do campo é encarada como oceano) e eliminação dos resíduos da indústria *off-sito*. Foi adotado um código de relacionamento com as comunidades locais, um verdadeiro guia de comportamento dos trabalhadores dentro da reserva, elevando os indígenas à categoria de donos da terra e anfitriões do projeto.

Em 1999, o consórcio de empresas liderado pela argentina Pluspetrol Peru Corp. assumiu as atividades no campo de Camisea, mantendo a política social e ecologicamente responsável adotada por sua precursora, utilizando áreas anteriormente impactadas, reduzindo os limites espaciais de realização das sísmicas a fim de evitar o contato com as populações índias, selecionando técnicas de operação e equipamentos que reduzissem a zona de impacto<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> LEYEN, Bianca de Castro. *Op. Cit.* P. 49-51.

<sup>155</sup> Maiores informações, consultar: Bianca de Castro Leyen. *Op. cit.* Pág. 49-51.

Também a Petrobras Energia (PESA), operadora do bloco 31 no Equador vem inovando em matéria de gestão socioambiental a fim de compatibilizar as atividades da cadeia produtiva com a sensibilidade do Parque Nacional do Yasuní, onde se encontra 70% do bloco. Após a aquisição, em 2003, da empresa argentina Perez Companc, que atuava na região, a Petrobras teve que reformular toda a política exploratória utilizada até então pela sua antecessora para que obtivesse do Governo equatoriano a licença ambiental para produzir petróleo nos campos de *Apaika* e *Nenke*, no Yasuní.

O novo projeto se apóia nos fundamentos da ecoeficiência, redução do desperdício de recursos e na necessidade energética, propondo a concretização das seguintes mudanças: Instalações dos centros de operações fora do Parque, uso de oleodutos enterrados, não-construção de vias de acesso para veículos, acesso aos poços de exploração e de produção por helicópteros, revegetação da área a ser promovida após a conclusão da construção da infra-estrutura, abandono dos planos originais de construção de uma ponte sobre o Rio *Tiputini* e de sua utilização nas atividades da indústria.

A PESA ainda vem se empenhando na consolidação de projetos de responsabilidade social e desenvolvimento sustentável, com destaque para a ONHAE (Organização da Nação *Huaorani* da Amazônia Equatorial) e para a FECUNAE (Federação dos Índios *Quíchua* da Região do Baixo Napo), que compreendem a formação de profissionais universitários, capacitação profissional, apoio social e assistência à saúde das comunidades nativas.

Outros exemplos de empresas que desenvolveram suas atividades calcadas em uma política de responsabilidade socioambiental são os casos da franco-belga TotalFinaElf, que operou no campo *Yariapo*, na Amazônia Andina Boliviana; da argentina PlusPetrol, atuante nos blocos 8 e 1-AB do Peru; e, a Móbil, Norte-Americana exploradora do bloco 78, no Peru<sup>156</sup>. Exemplos que devem ser seguidos pelas demais companhias atuantes no setor afim de que se construa uma indústria petrolífera amiga do meio ambiente e das populações vulneráveis, possibilitando a convivência equilibrada entre o desenvolvimento econômico nacional e a manutenção dos direitos de uma minoria à sua continuidade enquanto grupo humano.

Neste cenário, vale repisar a inovação do Presidente equatoriano, Rafael Correa, citado no início deste capítulo, que em uma parceria com as Nações Unidas, objetiva deixar debaixo da terra cerca de 846 milhões de barris de petróleo, cerca de 20% das reservas

---

<sup>156</sup> Maiores detalhes acerca dos casos bem e mal sucedidos na exploração de hidrocarbonetos em região amazônica, conferir: Bianca de Castro Leyen. *Op. cit.*

do país, localizados no Parque Nacional do Yasuní, região marcada pela rica diversidade biológica e por abrigar comunidades indígenas em estado de isolamento. A ação, sem precedentes na história do desenvolvimento sustentável do Planeta, não só evitará a emissão de 400 milhões de toneladas de dióxido de carbono na atmosfera, como obstará a realização de um empreendimento altamente degradante ao meio ambiente.

### 3.2 ASPECTOS JURÍDICOS

Inicialmente, registre-se que a atividade de exploração petrolífera insere-se no conceito lato de extrativismo mineral, no entanto, correspondendo ao segmento minerário que requer métodos sofisticados e tecnologias avançadas no desempenho da prospecção, em contraposição às técnicas tradicionais e rudimentares de extrativismo que exigem reduzido emprego de tecnologia, como o garimpo de ouro e diamantes no leito dos rios. Consultando o dicionário, teremos a seguinte definição de petróleo:

**Petróleo.** Substância líquida mineral, mistura de hidrocarbonetos, de coloração escura, cheiro pouco agradável, insolúvel em água, solúvel em álcool absoluto, nas essências e óleos, que aparece alojada em rochas sedimentares (arenito, areia, argila, calcário), quase sempre nas anticlinais ou ao lado de depósitos de sal-gema. (Grifamos)<sup>157</sup>

Ressalte-se que este entendimento tendo em vista a completa ausência de regulamentação da atividade petrolífera em terras indígenas, existindo apenas projetos de lei, ainda em trâmite pelas Casas Legislativas, que disciplinam a atividade minerária *lato sensu* em território índio, calando-se quanto a efetiva regulamentação da presença petrolífera em terras indígenas, que indiscutivelmente exige uma disciplina própria em virtude de suas especificidades e peculiaridades.

Registre-se que na versão original, o projeto de lei oferecido pelo Deputado Eduardo Valverde previa sua aplicação à exploração de petróleo e gás (art. 67), entretanto, excluiu tal dispositivo por entender que a atividade hidrocarbonífera necessita de regulação específica. Acertada a decisão, muito embora, ante a falta de regulamentação (e de projetos de lei) continuaremos a chamar à incidência da legislação que disciplinará a mineração em TI

---

<sup>157</sup> Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 15 fev. 2012.

para se aplicar à atividade petrolífera, uma vez que a própria CF não fez diferença entre ambas as atividades.

### 3.2.1 Os imbrólios da regulamentação

A problemática acerca da exploração de minério em terras indígenas remonta à época da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, quando três propostas principais foram apresentadas à subcomissão das minorias, vinculada à Comissão de Assuntos Sociais, competente para analisar o modo como a questão indígena seria inserida na nova Constituição que desabrochava.

Em princípio, a proposta ofertada pelo deputado José Carlos Sabóia mostrava-se sensível à questão indigenista, preocupando-se com os impactos da mineração sobre os povos indígenas, incluindo a atividade no bojo do usufruto exclusivo dos silvícolas, isto é, garantindo-lhes o direito de explorar com exclusividade as riquezas minerais contidas em seus territórios. Paralelamente ao projeto Sabóia, surgia o Conselho de Segurança Nacional<sup>158</sup> (CSN), defendendo posição diametralmente oposta, no sentido de liberar sem entraves a exploração mineraria e o garimpo em terras indígenas, fundamentado no paradigma da aculturação e integração do aborígene à comunhão nacional como forma de garantir a segurança nacional.

Surgiu, então, uma proposta mais moderada, englobando as aspirações das anteriores, permitindo a exploração mineraria em terras indígenas, desde que obedecidas rígidas exigências que salvaguardassem os interesses de uma minoria historicamente reprimida, restando, pois, vitoriosa. Dessa forma, a redação do § 3º do artigo 231 exige a aprovação do Congresso Nacional, a oitiva das comunidades afetadas, bem como a sua participação nos resultados da lavra, deixando a regulação do tema para o legislador infraconstitucional<sup>159</sup>, que deverá estabelecer condições específicas necessárias a adequada exploração minerária em terras silvícolas, segundo as diretrizes do artigo 176 da Carta Magna.

<sup>158</sup> Correspondente ao atual Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

<sup>159</sup> Assim ficou o texto Constitucional:

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.

§ 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 tradições.



A primeira tentativa em se regular a exploração mineraria em áreas de tradicional ocupação indígena, surgiu um ano após a promulgação da nova Constituição da República, pela iniciativa do senador Severo Gomes. A proposta chegou a ser aprovada no Senado Federal, muito embora tenha sido arquivada na Câmara dos Deputados.

Em 1991 o deputado Aluizio Mercadante deu ensejo ao PL 2.057, voltado à criação do Estatuto das Sociedades Indígenas, dedicando um capítulo inteiro à regulação da atividade mineraria em áreas índias. Em seguida, surgiram dois outros projetos, sendo um deles encabeçado pelo Poder Executivo, que acabaram reunidos em um único projeto substitutivo, da autoria do deputado Luciano Pizzato, passando a tramitar como PL 2.057/91, Estatuto das Sociedades Indígenas, que chegou a ser aprovado pela Comissão especial da Câmara, em junho de 1994, desde quando se encontra paralisado.

A proposta que tramita hoje na Câmara dos Deputados (PL 1.610/96) e que se destina a tratar especificamente da questão mineraria em terras índias, foi iniciada pelo Senador Romero Jucá, tendo sido aprovada na respectiva Casa Legislativa, seguiu à Câmara dos Deputados onde tramita a mais de 10 anos. Atualmente, foi substituída por uma proposta do Governo, em novembro de 2007, quando, então, fora instituída uma comissão especial para analisar o assunto, tendo sido, simplesmente, abandonada a discussão acerca do Estatuto das Sociedades Indígenas. Passado alguns meses, já em 2008, a comissão apresentou uma contraproposta substitutiva, encabeçada pelo seu relator de então, o Deputado Eduardo Valverde<sup>160</sup>, do PT de Rondônia.

Passadas duas décadas da promulgação da atual Constituição da República, a demora do Parlamento em regulamentar a exploração de minérios em terras indígenas é uma verdadeira vergonha brasileira, que vê dia após dia os territórios indígenas serem invadidos clandestinamente por ambiciosos que tencionam se apoderar de suas riquezas naturais,

---

§ 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. (...). (Grifamos)

<sup>160</sup> Registre-se que com o fim da legislatura, em 2011, encerrou-se a comissão especial, de relatoria do Dep. Eduardo Valverde, destinada a emitir parecer a cerca do projeto de lei da mineração em TI, entretanto, nova comissão especial fora organizada no final de 2011 com igual finalidade e sob a presidência do Dep. Edio Lopes, do PMDB de Roraima. Recentemente a referida comissão especial recebeu aprovação do requerimento feito pelo Dep. Pe. Ton (PT-RO) a fim de realizar consulta, acerca do referido projeto de lei, às comunidades indígenas do alto do Rio Negro (AM), bem como visita da comissão especial à Austrália e Canadá a fim de conhecer a política de extração mineral em território aborígine nesses países, assim como obteve aprovação o requerimento do citado parlamentar quanto a realização de consulta às comunidades indígenas de Altamira (PA) e Espigão D'ouro (RO).

culminando em terríveis e infundáveis conflitos entre índios e garimpeiros, deixando um rastro histórico de massacres, mortes e destruição.

Neste contexto, princípios como o da restrição, da prevalência dos interesses indígenas e da excepcionalidade devem orientar a exegese constitucional, de modo a influenciar a futura legislação que disciplinará a atividade minerária em terras indígenas, fundamentado na alta potencialidade impactante da mineração em áreas extremamente ricas em recursos sociais e naturais, merecedoras de todo o zelo indispensável à sua preservação. A exploração mineral e, sobretudo, petrolífera, em terras indígenas, máxime quando situadas na região amazônica, não é recomendável, muito embora seja possível, devendo ocorrer em raras exceções, como a *ultima ratio*, apenas quando um relevante interesse público o justificar, e desde que cumpridas rígidas exigências que salvaguardem o equilíbrio socioambiental.

Superado o breve esboço histórico quanto as frustradas tentativas de disciplinar a temática da mineração em terras indígenas, merece especial realce o substitutivo ao PL Jucá (1.610/96), proposto em 2008 pelo Deputado Eduardo Valverde, que, longe da perfeição, parece ser a melhor opção dentre as tantas que vieram à baila nessas duas décadas de Constituição Federal, aparentando compromisso e interesse na defesa dos direitos indígenas, características ignoradas pelos projetos predecessores.

### **3.2.2 O Código de Mineração e o problema dos solos “loteados”**

A primeira postura tomada pelo substitutivo Valverde<sup>161</sup> foi a criação de um regime jurídico especial para a exploração minerária em território indígena, obedecendo ao dever de consultar as comunidades afetadas e dependendo da autorização do Congresso Nacional, estando completamente dissociado da regulamentação contida no Código de Mineração (DL 227/67), mormente quanto a sistemática da prioridade consagrada no referido instrumento normativo, o que, aliás, o substitutivo Valverde afasta expressamente, o que é algo salutar.

Em qualquer outro lugar do País, que não terras indígenas, possui o direito de prosseguir com o procedimento administrativo, que culminará na concessão de exploração minerária, aquele que primeiro protocolou o pedido, em virtude do direito de prioridade; sabidamente o substitutivo Valverde afasta tal artifício que poderia comprometer em muito o

---

<sup>161</sup> No procedimento regulado pelo projeto Valverde todas as empresas interessadas em explorar dada área de ocupação silvícola se submeterão a uma concorrência pública, saindo vitoriosa a empresa que ofertar a melhor proposta.

direto dos índios à posse plena de suas terras frente a grande especulação gerada pelas empresas mineradoras, que enxergam no direito de prioridade uma verdadeira “reserva de mercado”.

É o caso da mineradora Silvana Indústria e Comércio Ltda., que possui 966 processos protocolados no DNPM referentes à Amazônia, donde 744 são requerimentos de pesquisa em áreas de ocupação silvícola. Dos 966 processos apenas sete são autorizações de pesquisa e um requerimento de lavra, o resto é só “interesse”, protocolados apenas para garantir sua prioridade no mercado. Dados fornecidos pelo Instituto Socioambiental (ISA)<sup>162</sup> revelam que, dentre os seus 966 requerimentos a referida empresa possui 284 apenas na terra indígena (TI) *Menkragnoti*, 144 na TI *Uru-Eu-Wau-Wau*, 141 na TI *Baú* e 112 na TI *Kayapó*, só para citar os casos mais alarmantes.

Da mesma forma, a Vale e suas subsidiárias possuem 590 requerimentos em terras silvícolas, sendo apenas 19 autorizações de pesquisa e 2 concessões de lavra, o restante fora protocolado com o fito de garantir sua prioridade em explorar a região. Desses 590 requerimentos 70 localizam-se só na TI *Mundurucu*, 45 na TI *Wai-Wai*, 35 na TI *Xikrin do Cateté*, e 170 na TI *Trombetas/Mapuera*. A terceira empresa que mais possui títulos e requerimentos de interesse mineral em terras indígenas é a Mineração Itamaracá Ltda., com seus 452 processos no DNPM, onde 89 concentram-se na TI *Aripuanã*, 38 na TI *Roosevelt* e 85 na TI *Trincheira/Bacajá*.<sup>163</sup>

Afora os requerimentos das citadas empresas, cada uma dessas terras indígenas sofre a cobiça de outras inúmeras mineradoras que “loteiam” desmedidamente os seus subsolos no afã de garantir a prioridade na exploração de cada pedacinho do território indígena. É o caso da TI *Baú*, que soma mais de 318 requerimentos, bem como a TI *Kayapó*, que apresenta mais de 140 requerimentos em seus domínios, a TI *Xikrin do Cateté* soma mais 97 e a TI *Yanomami* totaliza mais de 586 registros.

Destas informações, grande problemática vem à tona: a questão da limitação espacial do subsolo explorável em uma mesma terra indígena, ou seja, até que ponto pode um mesmo território silvícola ser objeto de exploração mineral sem que a presença das

<sup>162</sup> RICARDO, Fany (Org). **Interesses minerais em terras indígenas na Amazônia legal brasileira**. Documento n° 6 do Instituto Socioambiental. São Paulo: Jul. 1999. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/14.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf). Acesso em: 12 ago. 2010.

<sup>163</sup> Dentre os minérios mais procurados em subsolo aborígine destacam-se: o ouro em primeiro lugar disparado, com cerca de 4.468 processos, totalizando cerca de 62% dos requerimentos protocolados em TI, em segundo lugar está o cobre, com 425 processos, representando 5,9% dos requerimentos e títulos incidentes em TI, seguido pela prata, alumínio, titânio, platina, linhoto, diamante, granito e carvão. Informações em: RICARDO, Fany. *Op. cit.* Pág. 79.

mineradoras comprometa o espaço físico suficiente à continuidade das atividades normalmente desenvolvidas pela tribo.

A este respeito, o PL Valverde que dantes proibia que uma determinada TI fosse objeto de mais de uma concessão de lavra por vez, suprimiu tal disposição, agravando, pois, a situação dos índios frente aos interesses inescrupulosos das empresas mineradoras. O PL deveria ter previsto um percentual máximo do espaço territorial que poderia ser ocupado em uma mesma TI, evitando que uma determinada comunidade veja grande parte de sua terra comprometida por empreendimentos econômicos.

Narra o citado parecer exarado pelo ISA que existem 44 terras indígenas com mais da metade de seus subsolos objeto de requerimentos de exploração mineral, dentre as quais, em 22 casos, tais requerimentos totalizam mais de 90% do subsolo indígena, são os casos das TI *Arara, Baú, Kwazá do Rio São Pedro, Pequizal, Roosevelt, Xikrin do Cateté e Cajueiro*<sup>164</sup>. Números alarmantes que evidenciam a urgente necessidade em impor um limite espacial para a outorga de autorização de pesquisa e lavra minerária em subsolo indígena, inclusive quanto à exploração petrolífera, a fim de que uma dada comunidade silvícola não veja a sua terra completamente tomada por empresas mineradoras.

O projeto Jucá e o do Estatuto das Sociedades Indígenas não tiveram a mesma preocupação, neles o Código de Mineração e seu vetusto direito de prioridade são chamados a disciplinar a exploração mineraria em áreas de ocupação tradicional indígena, sua aprovação pelo Parlamento acarretaria conseqüências desastrosas para as comunidades tribais impactadas, a especulação do mercado minerário reproduziria um panorama ainda pior do que o atualmente vislumbrado quanto ao “loteamento” dos subsolos silvícolas.

O Projeto Valverde, ainda, declara nulo, não produzindo qualquer efeito jurídico, não só os requerimentos protocolados após a promulgação da Constituição da República, como também os registrados e não analisados antes de sua entrada em vigor, ainda pendentes de apreciação pelo DNPM, sob o argumento de que se a Constituição Federal exige a edição de lei que discipline a mineração em terras indígenas, não seria lícito ao órgão minerário sair outorgando títulos e mais títulos de pesquisa e lavra em terras indígenas sob a desculpa esfarrapada da ausência de regulamentação para tanto, ou mesmo, como muito se ouviu, que as mineradoras possuíam direito adquirido, tese esta, inclusive, adotada no projeto Jucá a fim de validar os requerimentos de pesquisa e lavra minerária incidentes sobre as terras

---

<sup>164</sup> Informações disponíveis em: RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira**. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005. Pág. 126.

indígenas protocolados antes da atual Constituição, o que corresponde a 1.988 pedidos, sendo 1.869 deles incidentes nas terras indígenas da Amazônia.

Por oportuno é conveniente diferenciar dois universos distintos de situações jurídicas: Os interesses minerários – como os requerimentos de pesquisa – dos títulos minerários – como os alvarás de pesquisa e as concessões de lavra. Os interesses não geram qualquer direito individual ao requerente, marcam apenas a prioridade, correspondendo a uma mera expectativa de direito. Já os títulos concedidos correspondem a uma manifestação do Poder Público outorgando a um particular o direito de explorar e lavar minérios numa determinada região, passando a integrar o patrimônio do indivíduo, consubstanciando um verdadeiro direito economicamente apreciável.

Por isso, é plenamente defensável a anulação de todos os requerimentos de pesquisa e lavra protocolados antes da regulamentação da matéria, primeiro porque não correspondem a direito algum, mas mera expectativa dele; segundo, porque enxuga o quadro viabilizando uma boa e eficaz aplicação do instrumento normativo se este vier a ser aprovado; terceiro, por não existir direito adquirido contra uma Constituição, pois, como bem se sabe, a Constituinte não possui barreiras nem limitações jurídicas na oportunidade da elaboração de uma nova Constituição, sendo, portanto, a tese do direito adquirido, completamente descabida e absurda; e quarto, põem fim as especulações e reservas de mercado praticadas pelas mineradoras.

Ademais, conforme o projeto de iniciativa do Deputado Eduardo Valverde, os títulos outorgados após a edição da Constituição de 88 serão todos anulados, não só pelos motivos supramencionados, mas, inclusive pela falta de competência do DNPM para outorgá-los, uma vez que a nova Constituição transferiu para o Congresso Nacional a competência para decidir acerca da exploração minerária em áreas de tradicional ocupação indígena. Por fim, sobre os títulos deferidos antes da Constituição de 88 recai a norma constante no artigo 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que torna nulo todos os títulos minerários não exercidos ou inativos um ano após a edição da CF. Os que não recaíssem nesta regra poderão, ainda, ser expropriados em nome do interesse público, se necessário for, cabendo ao particular se contentar com a indenização que lhe é devida.

### 3.3 O PROCEDIMENTO DE CONSULTA À LUZ DA CONVENÇÃO 169 DA OIT E DA AGENDA 21 DA ONU

A defesa dos direitos dos povos indígenas além de corresponder a uma valorização da cultura e tradições milenares significa proteção às minorias nacionais e ao direito fundamental de ser diferente, e de ser respeitado por isto sem que sua condição peculiar acarrete a perda da igualdade de direitos entre os homens. A isonomia, que visa equilibrar as diferenças existentes entre os diversos segmentos da comunidade humana, atua, em verdade, como um instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, princípio superior e que se reserva a todas as pessoas, sem distinção. Portanto, em qualquer operação jurídica que tenha por objeto os interesses dos povos indígenas, da atividade legislativa à concretização de políticas públicas, ou mesmo as decisões dos Tribunais, devem se inspirar no princípio da dignidade humana.

Considerando esses fundamentos os Países presentes à Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), realizada em Genebra (1989), editaram a Convenção 169 – Convenção sobre povos indígenas e tribais em Países independentes – devidamente ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo 143/2002 e incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 5.051 de 2004, que trata, dentre outros assuntos, da preservação da integridade étnica, cultural e religiosa dos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam e sobre os recursos naturais nelas existentes, garantindo a igualdade de direitos entre indígenas e não-indígenas, sobretudo no que tange a efetividade dos direitos humanos.

A Convenção 169 da OIT determina, em seu artigo 15, item 2<sup>165</sup>, o necessário e obrigatório procedimento de consulta às comunidades indígenas antes da realização de qualquer empreendimento destinado a exploração e lavra dos recursos naturais existentes em suas terras, ainda que o Estado seja considerado o proprietário desses recursos segundo a legislação interna. Consagra, ainda, o direito dos povos interessados de serem consultados através de suas instituições representativas e através de um procedimento apropriado, toda vez

---

<sup>165</sup> Artigo 15: (...) 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

que medidas legislativas ou administrativas sejam suscetíveis de afeta-los diretamente (artigo 6, item 1, a)<sup>166</sup>.

A Consulta consubstancia um instrumento de intermediação política entre os Estados independentes e as comunidades indígenas neles existentes, representando uma importante ferramenta da efetivação dos seus direitos fundamentais, garantindo o direito da comunidade de se autodeterminar, escolhendo o seu destino, resguardando a posse plena dos autóctones sobre suas terras e sobre a exploração exclusiva dos recursos naturais existentes, bem como satisfaz o direito à preservação de sua cultura, crenças e tradições a partir do momento que propicia aos indígenas a escolha de querer, ou não, que seu modo de vida seja devassado e misturado ao *modus vivendi* “civilizado”.

Nesse raciocínio, no bojo da Conferência das Nações Unidas par o Meio-Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, foi elaborada à Agenda 21 da ONU<sup>167</sup>, uma espécie de carta de recomendações aos países signatários que, dentre outras coisas, prevê, no item 26.3, a necessidade dos Governos e Organizações intergovernamentais reconhecerem que as terras das comunidades indígenas devem ser protegidas contra atividades ambientalmente insalubres ou consideradas inadequadas social e culturalmente pela comunidade indígena, consagrando o direito dos grupos tribais em se autodeterminar, escolhendo suas prioridades, em perfeita sintonia com o estabelecido na Convenção 169/OIT<sup>168</sup>.

Assim, a Convenção 169/OIT, como Instrumento Internacional assinado pelo Brasil e posteriormente incorporado ao seu Ordenamento Jurídico, juntamente com o programa contido na Agenda 21 da ONU, também por ele avalizado, obriga o País a respeitar

---

<sup>166</sup> Artigo 6º: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; (...).

<sup>167</sup> Em 1992, representantes de 170 países reuniram-se no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como “Rio 92”, cuja finalidade era discutir a crise ambiental e a sobrevivência da humanidade no Planeta. Dessa conferencia resultou a Agenda 21, documento internacional de compromissos ambientais e recomendações para um novo modelo de desenvolvimento (o desenvolvimento sustentável), enfatizando a importância da educação ambiental como estratégia de sobrevivência da humanidade.

<sup>168</sup> *In verbis*: artigo 7º, 1 - Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...)

os direitos que se comprometeu a preservar. Por conseguinte, a consulta prévia é inafastável de qualquer procedimento que vise conceder a exploração e produção de petróleo e gás natural em terras indígenas, sob o risco de macular a referida concessão com o vício da inconstitucionalidade, posto que, a própria Constituição prevê a oitiva das comunidades impactadas como requisito para a exploração mineral em suas terras, e o faz no intuito de assegurar o direito dos indígenas à continuidade física e cultural, a exclusividade do uso de suas terras e dos recursos naturais indispensáveis à sua sobrevivência. Portanto, é evidente a condição de direito fundamental atribuída à consulta prévia, como já fora largamente defendido no segundo capítulo deste ensaio.

A observância de um procedimento de consulta às comunidades tribais impactadas gera a legitimidade de uma eventual concessão para o desenvolvimento das atividades petrolíferas em terras indígenas, seu fundamento de validade, que se lastreia na manifestação livre de vontade dos índios em possibilitar o uso das terras que lhes são congêntas aos “não-índios”, permitindo que os mesmos explorem os recursos naturais nelas contidos.

Portanto, inegável que o exercício do direito de consulta gera o direito das comunidades indígenas a dizer “não”. O importante é permitir à tribo que descida o seu próprio destino, fazendo valer suas garantias constitucionalmente asseguradas, do contrário, o direito à consulta, previsto na Convenção 169 da OIT e na Constituição brasileira de 88, cairia no vazio, seria uma mera formalidade a ser cumprida sem, contudo, alcançar a finalidade de permitir que a comunidade índia participe dos atos decisórios que lhes afetam.

Neste particular, o Projeto de Lei da autoria do Deputado Eduardo Valverde, que tramita no Parlamento com o nº 1610/96, destinado a regulação da atividade minerária em terras indígenas, e que analisaremos mais adiante, fora recentemente alterado por seu relator a fim de constar expressamente a obrigatória vinculação da decisão da tribo, sendo ela quem terá a palavra final quanto a possibilidade de o empreendimento econômico ser realizado em suas terras. É louvável a iniciativa do Deputado que incorporou ao PL as ideias de preservação da singularidade étnica e cultural das comunidades tradicionais, cuja autodeterminação é premissa inafastável do direito fundamental de perpetuidade cultural e reprodução de sua gente, conforme suas tradições milenares.

Por fim, conforme demonstrado anteriormente destaca-se o evidente elemento fundamental que marca a Convenção 169 da OIT, claramente direcionada para a proteção dos interesses mais relevantes das comunidades indígenas e tribais, merecendo, pois, ser



reconhecida como integrante do bloco de materialidade constitucional tal como fez a Corte Constitucional colombiana.

Com efeito, apesar de integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, o instrumento vem sendo desconsiderado, nenhuma legislação atinente aos índios passou pelo procedimento de consulta, muito menos os empreendimentos econômicos, tais como hidrelétricos, madeireiros, minerários e petrolíferos que cada vez mais se embrenham ao longo dos territórios tradicionais, saltando aos olhos o grande descaso para com os direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais.

O governo brasileiro e as empresas não só desrespeitam o dever de consultar as comunidades impactadas, nos moldes da Convenção 169/OIT, como excluem as comunidades das estratégias de manejo ambiental, prevenção e reparação de áreas degradadas, restando as populações indígenas e tribais marginalizadas, sofrendo os impactos dos empreendimentos econômicos em suas terras, sem, contudo, se beneficiar dos planos de regeneração da área.

O Brasil precisa efetivar as obrigações que assume no cenário internacional, e mais do que interpretar a Convenção como parte de seu bloco de constitucionalidade precisa reconhecer as garantias nela encartadas como direitos fundamentais dos índios e demais comunidades tradicionais, tirando do papel a tutela à identidade cultural desses povos, marginalizados por séculos de exclusão social e tentativas frustradas de assimilação cultural, heroicamente combatidas e dribladas num protesto silencioso em defesa de sua identidade e auto-afirmação cultural.

### **3.3.1 A consulta prévia, informada e de boa-fé na América - Latina**

O artigo 6 da Convenção 169/OIT traz uma “clausula geral” de consulta, onde são identificados seus elementos essenciais: 1) A consulta deve ocorrer quando medidas legislativas ou administrativas devam afetar a comunidade; 2) sempre deverá ser prévia a tomada de qualquer decisão; 3) A legitimidade da consulta depende da participação das instituições representativas dos povos interessados; 4) Deve ser de boa-fé; 5) Os resultados e produtos da consulta devem refletir na decisão final.

Quanto ao primeiro item, não se pode olvidar que a obrigatoriedade da realização da consulta atinge inclusive a atividade legislativa, estando o próprio PL da mineração em terras indígenas sujeito a consultar as comunidades indígenas do País, visto que a elas interessa sobremaneira. Deve ser realizada previamente à promulgação da lei, uma vez

que a intenção da Convenção é consagrar a consulta como um instrumento de participação dos silvícolas nas decisões mais importantes que afetam os seus interesses.

Neste particular, o Tribunal Constitucional colombiano se manifestou por diversas vezes pela inconstitucionalidade do Decreto que versa sobre o procedimento de consulta no País, posto que o mesmo não realizou previamente uma consulta sobre o seu próprio conteúdo. A Colômbia é o País que possui a mais vasta jurisprudência relacionada a efetivação da cláusula geral de consulta prevista no Convenção 169/OIT, principalmente quanto a necessidade de sua observância na ceara legislativa<sup>169</sup>. Dentre as maiores conquistas das comunidades tradicionais obtidas junto a Corte Constitucional do país estão a interpretação da Convenção 169 como parte do bloco de constitucionalidade, segundo uma lógica da materialidade constitucional, e o reconhecimento de que o direito de consulta consubstancia um direito fundamental das comunidades indígenas e tribais.

Já no Equador, as comunidades indígenas consideram tão lesiva a legislação interna, também promulgada sem observar o devido processo de consulta, que se negam, inclusive a participar de processo consultivo por ela regulado, estando, atualmente, questionando a sua legitimidade junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>170</sup>. Nos ensina Carlos Frederico Marés<sup>171</sup> que recorrer À CIDH é uma opção válida às comunidades indígenas que se vejam afetadas pela mineração ilegal em suas terras mas que não contam com uma iniciativa estatal eficaz, ou se quer existente, de combate ao problema.

De fato, Flávia Pioversan<sup>172</sup> conta que em decorrência das mazelas sofridas pelos índios *yanomamis* em virtude da construção da BR 210, a Perimetral Norte, na década de 70, conforme vimos alhures, e das invasões garimpeiras que resultaram em confrontos violentos entre índios e invasores, como o caso da chacina *Haximu*<sup>173</sup>, em 1993, o Brasil foi

---

<sup>169</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Consulta prévia sobre medidas legislativas na Colômbia. In: **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/?q=node/20](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/20). Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>170</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, alcançando todos os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) e Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo legitimidade para encaminhar reclamações contra os casos de violação aos direitos humanos qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos.

<sup>171</sup> Carlos Frederico Marés e Kerlay Lizane. *Op. Cit. Passim*.

<sup>172</sup> *Op. Cit.* P. 322-323.

<sup>173</sup> O caso ocorreu na região fronteira entre Brasil e Venezuela, ficando conhecido como o genocídio *Haximu*, onde um grupo de garimpeiros, se aproveitando da ausência dos homens da tribo (que se encontravam numa festa em outro local) atacou uma comunidade *yanomami*, matando todos aqueles que não conseguiram fugir, entre mulheres, velhos e crianças. Quem conta detalhes do massacre *haximu* é Helder Girão Barreto. *Op. Cit.* P. 113.

representado junto à Corte Interamericana que, por duas vezes, em processos diferentes<sup>174</sup>, reconheceu sua negligência para com os direitos desse povo. A Corte realizou um verdadeiro “puxão de orelha” no Governo Brasileiro, resolvendo, ainda, recomendar uma série de medidas a serem adotadas em favores dos *Yanomamis*.

A consulta, para que seja prévia, deve ser promovida antes mesmo da realização da rodada de licitação dos blocos a serem explorados, constando de uma parceria entre a ANP, FUNAI e os órgãos ambientais federais e estaduais que deverão esclarecer e informar à tribo todos os pormenores que implicam uma eventual exploração e produção de hidrocarbonetos, as vantagens e desvantagens para o grupo, as políticas públicas e assistenciais que o Estado lhes proporcionarão, bem como deverá ser de boa-fé, sem contornos e informações maquiadas, a fim de que a comunidade tenha um real panorama de suas possibilidades, e possam formar a sua opinião com base em informações claras e confiáveis.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95 e da conseqüente edição da Lei do Petróleo, 9.478/97, que as rodadas de licitação promovidas pela ANP correspondem ao único caminho legal para a aquisição da concessão de pesquisa e lavra de jazidas petrolíferas e gaseificas no Brasil. A partir de então, além de licitar os blocos e de fiscalizar o cumprimento do respectivo contrato de concessão, a Agência, mantém estudos contínuos sobre as bacias sedimentares do País, selecionando as áreas que serão objeto do certame licitatório<sup>175</sup>, realizando estimativas de reservas de produção e analisando a sensibilidade ambiental das áreas, submetendo-as, ainda, ao estudo dos órgãos ambientais federais e estaduais para que identifiquem os ecossistemas sensíveis, excluindo-os ou, apenas, lançando recomendações e diretrizes aos investidores que irão a operar na região.

A oferta de blocos exploratórios em cada rodada de licitação promovida pela ANP condiciona-se à disponibilidade de dados geológicos e geofísicos que demonstrem indícios da presença de óleo e gás na região, bem como fica limitada às condicionantes ambientais constatadas pelos órgãos ambientalistas federais e estaduais<sup>176</sup>. Não é a simples

<sup>174</sup> Caso nº 7615 e Caso nº 11745 respectivamente.

<sup>175</sup> O dever da ANP de realizar estudos com o objetivo de delimitar os blocos a serem licitados está contido no artigo 8, II, da Lei 9.478/97 (lei do petróleo).

<sup>176</sup> Com efeito, o artigo 2, V, da resolução nº 8/2003 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), determina que, na oportunidade da escolha dos blocos a serem licitados, a Agência deverá excluir aqueles que apresentem restrições ambientais, conforme a manifestação conjunta da própria Autarquia e dos órgãos ambientais federais e estaduais. Para a condução dos temas ambientais, a Agência conta com a Coordenadoria de Meio Ambiente (CMA), uma unidade administrativa pertencente à sua estrutura organizacional, destinada a dar efetividade ao inciso IX, do artigo 8, da Lei do petróleo, segundo o qual cabe à ANP a preservação do meio ambiente.

presença de petróleo que indica a viabilidade exploratória da região, fatores ambientais e barreiras tecnológicas são elementos cruciais na hora de incluir uma dada região entre as áreas ofertadas em licitação.

Os estudos prévios realizados pela ANP em parceria com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade (ICMBIO) e com os órgãos ambientais estaduais, visam excluir áreas em que, por restrições ambientais, não seja possível ou recomendável o desenvolvimento das atividades de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos em face de sua alta potencialidade poluidora, são os casos da sobreposição em unidades de conservação e outras áreas sensíveis, como as terras indígenas. Será esse o momento oportuno para a realização da consulta às comunidades indígenas eventualmente identificadas nas áreas submetidas ao estudo preliminar da Autarquia.

Em verdade, aconselha-se que a referida consulta seja cindida em dois momentos distintos, compondo um verdadeiro processo consultivo: Um primeiro passo seria informar aos silvícolas o que de fato está acontecendo em suas terras, dando tempo para que os mesmos sopesem o seu interesse, ou não, no desenvolvimento de atividades petrolíferas em seus domínios, esta consulta preliminar teria caráter meramente informativo e não vinculado, sendo realizada na oportunidade da elaboração do laudo de compatibilidade sociocultural, tudo devidamente acompanhado e intermediado pelo órgão indigenista competente (FUNAI). Sendo constatado o interesse da Agência em licitar blocos na região, aí sim, realiza-se a consulta propriamente dita, vinculada à decisão tomada pela tribo e obedecendo às formalidades que uma futura legislação venha a estabelecer para a ocasião.

A necessidade de uma consulta promovida pelo Estado se faz indispensável a fim de que uma empresa, já vencedora do certame público, tendo arrematado o bloco situado em área silvícola, não se depare com a oposição indígena, tendo ela mesma que adquirir o consentimento da tribo, inculcando uma álea ainda maior ao setor petrolífero que já envolve tantos riscos e inseguranças, o que, evidentemente, nos seria desfavorável por afastar os investimentos no setor energético brasileiro.

Por outro lado, caso os primeiros contatos dos indígenas se dessem já com a petrolífera, os desentendimentos, a parcialidade da empresa e a falta de diálogo acabaria forçando uma exploração a contra gosto ou clandestina, que culminaria nas vias judiciais, no melhor dos casos, quando não resultasse em hostilidades e confrontos violentos, como

---

ocorreu em outros Países Latino-Americanos que tentaram explorar petróleo sem observar o dever de consultar e informar as comunidades afetadas.

Destarte, grande parte da celeuma gerada entre o povo *U'wa* e a petrolífera Norte-Americana Occidental Petroleum, mencionada algures, gravita em torno da não observância do dever de consulta e, muito menos, do estudo de impacto ambiental e cultural, quando da outorga da licença ambiental pelo Estado colombiano. O pior de tudo é que os *U'wa* já se pronunciaram, por diversas vezes, contrários ao desenvolvimento das atividades petrolíferas em seu território<sup>177</sup>, o que, à evidência, é desconsiderado pelo Governo colombiano que, aliás, encara a consulta como algo opcional e não vinculativo, deixando bem claro que quem decide, acerca da exploração, ou não, de petróleo em terras indígenas é o Estado, mais precisamente o Ministério do meio-ambiente.

Quanto a exigência de que a consulta se dê mediante a participação das instituições representativas dos povos envolvidos, percebe-se a nítida inspiração multicultural e pluriétnica da Convenção, indicando sua sintonia com as mais modernas correntes de preservação e reprodução de culturas e tradições etnicamente diferenciadas, reconhecendo não só a autonomia desses povos, o seu direito de autodeterminação, como também significa o reconhecimento jurídico da representação dessas comunidades segundo os seus costumes e tradições.

Caciques, Xamãs, Conselhos de anciãos, associações, não importa, terá legitimidade aquelas instituições representativas reconhecidas pela tribo, com poder para falar em nome da comunidade que representa e tomar decisões. Na Bolívia, além da legitimidade da representação exige-se, ainda, a ratificação do acordo firmado pela respectiva comunidade, de forma a assegurar que o conteúdo da decisão tomada corresponde realmente aos interesses do grupo.

Importante salientar que a FUNAI não possui essa prerrogativa, pois que se trata de instituição integrante da estrutura indireta da administração pública, não possuindo legitimidade para intervir no processo de consulta em nome de qualquer comunidade

---

<sup>177</sup> Em 31 de março de 1993, quando uma das empreiteiras da Occidental Petroleum, a Grand Tensor, iniciou atividades de análise sísmica em território *U'wa* sem a devida autorização, a comunidade indígena assim se pronunciou: “A companhia Grand Tensor iniciou as explorações no Território Tradicional *u'wa* e, emmora no mês de janeiro de 1993 tivesse celebrado uma reunião conosco na qual se comprometeu a respeitar os limites constituídos do Resguardo e da Reserva indígenas, nós, as comunidades *u'wa*, reafirmamos a nossa rejeição a qualquer tipo de estudo ou intervenção nos recursos naturais da nossa terra. [...] Estamos contra a exploração porque: 1. A terra tem cabeça, braços e pernas e o território *u'wa* é o seu coração, á a asa que sustém o Universo; se perder o seu sangue não poderá continuar a dar vida ao resto do corpo. O petróleo e os restantes recursos naturais são o seu sangue, por isso temos de cuidar deles (comunidade *u'wa*, 31 de março de 1993)”. *Apud.* Luiz Carlos Arenas. *Op. cit.* Pág. 164.

indígena, a não ser a fim de elaborar parecer ou facilitar a aproximação entre o Governo e os índios.

Outrossim, conforme o abalizado entendimento do Tribunal Regional Federal da primeira região, o único competente para a realização da consulta prévia é o Congresso Nacional, haja vista que a Constituição lhe deferiu a atribuição de autorizar a exploração minerária e o aproveitamento dos recursos hídricos e energéticos em terras indígenas, não sendo, sequer, possível a sua delegação<sup>178</sup>. Além do mais a consulta prévia consubstancia um dever da Casa Legislativa, e não uma mera faculdade, vez que, além de estar determinada na CF como requisito para a exploração minerária em território aborígine, também integra o leque de direitos fundamentais dessa gente.

Não foi esse, contudo, o entendimento da Suprema Corte brasileira pronunciado no caso da construção da hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará<sup>179</sup>, quando o Tribunal, em decisão monocrática da então Presidente Ministra Ellen Gracie, suspendeu em partes a decisão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (que havia declarado a invalidade do Decreto Legislativo 788/2005, que autorizava o empreendimento sem consultar as comunidades impactadas, além de obstar o IBAMA de realizar tal oitiva sob o argumento de que o único responsável pela consulta às comunidades indígenas era o Congresso Nacional, segundo determinação constitucional).

Com efeito, o §3º do artigo 231 da CF determina que para o aproveitamento energético e dos potenciais hidrelétricos em terras indígenas se faz necessária a prévia autorização do Congresso Nacional, ouvida as comunidades impactadas. No Brasil ainda não

---

<sup>178</sup> Conferir a jurisprudência da Corte: “(...) *A questão jurídica controvertida nesse tópico diz respeito se o Congresso Nacional pode delegar a oitiva das comunidades indígenas afetadas. A Constituição não oferece uma resposta conclusiva. É preciso examinar-se a questão em conformidade com os princípios que regem a defesa das comunidades indígenas. A primeira constatação que se tem da mera leitura do § 3º do art. 231 das CF/88 é a obrigatoriedade da consulta às comunidades indígenas afetadas. A hipótese não é de faculdade do Congresso Nacional. O constituinte ordenou que sejam “ouvidas as comunidades afetadas para que participem da definição dos projetos que afetarão suas terras e seu modus vivendi”. A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. Não há se falar em consulta à FUNAI a qual poderá emitir parecer sobre o projeto, mas não substitui a vontade dos indígenas. Portanto, a consulta é intuito personae. Essa problemática não está sendo discutida neste agravo, mas sua abordagem esclarece a intenção do legislador no tema do aproveitamento dos recursos naturais em terra indígena. Assim como a comunidade indígena não pode ser substituída por outrem na consulta, o Congresso Nacional também não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos. (...)” TRF 1ª Região AG 2006.01.00.017736-8/PA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ p.147 de 05/02/2007.*

<sup>179</sup> Inicialmente denominada hidrelétrica de *Kararaô*, um grito de guerra na língua *Kaiapó*, a usina já correspondia a uma agressão às comunidade índias afetadas. Os conflitos envolvendo a usina se arrastam por duas décadas, os índios e populações locais já se pronunciaram por diversas vezes contrários ao empreendimento, mas o Governo Federal sistematicamente desconsidera sua posição e insiste em tentar justificar a obra com o argumento da estratégica posição da região para o desenvolvimento da matriz energética brasileira.

foi editada uma lei que regule o procedimento de consulta, no entanto tendo a Convenção 169 da OIT tratado do assunto, e sendo o Brasil seu signatário, deverá o instrumento internacional ser chamado a incidir sobre o caso.

A realização pelo Congresso da consulta às comunidades se faz extremamente relevante posto que será a Casa Legislativa quem decidirá pela realização ou não do empreendimento nas terras indígenas do Xingu, e não o IBAMA. A edição prévia de um Decreto Legislativo pelo Congresso autorizando a construção da hidrelétrica sem a oitiva prévia das comunidades não supre a necessidade, sendo, em verdade, inconstitucional.

Nas decisões judiciais relacionadas aos povos indígenas, devem os juízes e tribunais interpretar as normas constitucionais de forma a favorecer os interesses de grupos sociais fragilizados e desamparados<sup>180</sup>, lançando mão do princípio da prevalência dos direitos indígenas, numa melhor compreensão do universo de necessidades dos índios que demandam proteção do Ente público, mormente da Corte Constitucional, guardiã da Constituição e responsável pelo controle das violações dos direitos fundamentais<sup>181</sup>.

O Instituto Socioambiental (ISA)<sup>182</sup> ainda alerta que se na decisão final não estiverem refletidas as opiniões debatidas nas reuniões, estas não poderão ser consideradas como um processo de consulta, vez que não cumpriu sua finalidade institucional. Neste aspecto, narra o ISA que a legislação boliviana é a única empenhada em tornar o processo de consulta um verdadeiro instrumento de negociação, condicionando seu produto final ao consenso dos envolvidos no processo consultivo, diferentemente do que faz seus vizinhos latinos que entendem que a palavra final consiste em ato unilateral do Governo, reduzindo o direito fundamental dos índios à consulta em uma mera formalidade a ser cumprida.

Por fim, as legislações dos países latinos divergem quanto ao responsável pelo custeio do procedimento consultivo, havendo diferentes versões, como a equatoriana, que atribui aos povos interessados o dever de arcar com os custos econômicos necessários a sua participação no processo, o que é um verdadeiro absurdo, ou a colombiana, que nada

---

<sup>180</sup> Em protesto pela construção da hidrelétrica, realizou-se em 1989, em Altamira no Pará, o I encontro dos Povos indígenas do Xingu, ou simplesmente encontro de Altamira, resultado da articulação de lideranças indígenas, movimentos ambientais e sociais contrários aos inúmeros empreendimentos econômicos realizados na Amazônia sem a devida participação dos indígenas e populações locais. . Em 2008, realizou-se o II encontro dos povos indígenas do Xingu, também em Altamira, no Pará, evento marcado pela agressão indígena a um engenheiro da Eletrobrás, e pela criação do movimento “Xingu vivo”.

<sup>181</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. *passim*.

<sup>182</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa). Acesso em: 10 ago. 2010.

menciona a respeito, e a boliviana, que deixa a cargo do Poder Executivo responsável por autorizar o projeto, obra ou atividade hidrocarbônica.

Neste particular, compreende-se que a melhor opção seria atribuir à empresa interessada em prospectar petróleo na região o ônus financeiro da consulta, como ocorre com o procedimento de licenciamento ambiental. É de se recordar, no entanto, que recomendamos a realização da consulta antes da rodada licitatória, sendo ainda desconhecido o vencedor do certame, acabando por competir ao Estado o seu custeio visto que é o mesmo quem promove a oitiva das tribos. No entanto, nada impede que o reembolso das despesas com a realização da consulta seja previsto já no edital licitatório como uma das obrigações à que se submete a petrolífera vencedora do certame, ou mesmo que fique coberto pela caução que a mesma desembolsou quando do início da licitação.

No Equador, algumas organizações indígenas se valeram de mecanismos legais para se proteger contra as empresas petrolíferas e suas políticas de “relações públicas” levando ao judiciário os problemas vivenciados no dia-a-dia, em virtude da convivência com as companhias, exigindo a proteção de seus direitos constitucionais. A contenda se iniciou em 1998, quando o Governo equatoriano, sem consultar e informar os povos envolvidos, contratou a Arco Oriente Inc., empresa Norte-Americana, para explorar petróleo no sul da Amazônia equatoriana, mais precisamente em território da FIPSE (Federação Independente do Povo *Shuar* do Equador), organização que congrega 56 comunidades indígenas, representando mais de sete mil indivíduos.

A empresa passou a abordar algumas das comunidades integrantes da FIPSE, oferecendo pequenas quantidades de dinheiro e utensílios a fim de convencê-las a permitir o ingresso da companhia em suas terras para que realizasse “estudos ambientais”. Em contrapartida, a FIPSE ingressou com um Recurso de Amparo Constitucional, postulando que a companhia se limitasse a estabelecer contato exclusivamente com seus líderes designados, o que foi acatado pelo Judiciário, muito embora, em franca desobediência à decisão judicial, a Arco continuou a contatar famílias indígenas oferecendo-lhes pequenos “mimos” como se pudesse comprar sua confiança do mesmo *modus operandi* utilizado pelos seus predecessores, os colonizadores espanhóis.

Paralelamente, a FIPSE denunciou o Equador à OIT, por descumprimento do disposto no Convênio 169, ratificado pelo País. Em resposta, a OIT emitiu uma série de recomendações ao Governo equatoriano para que o mesmo respeitasse e assegurasse os direitos dos povos indígenas, realizando uma consulta prévia e informada às comunidades afetadas em caso de exploração de hidrocarbonetos em seus territórios, assegurando a



participação das comunidades em todas as etapas do procedimento, inclusive no estudo de impacto ambiental e no planejamento da gestão ambiental<sup>183</sup>.

Em 2.000 a Arco vendeu seus direitos exploratórios sobre o bloco situado em território *Shuar* à, também Norte-Americana, Burlington Resources, cujas negociações foram promovidas com a intervenção do Estado equatoriano que, novamente, desconsiderou a participação da FIPSE, as recomendações da OIT e a decisão judicial, haja vista que, mal assumiu as operações no bloco 24, a Burlington Resources enviou uma carta a várias famílias da FIPSE, anunciando a doação de placas de energia solar, através do Ministério da energia, àqueles que cooperassem com as atividades exploratórias. As atitudes da companhia renderam novas ações judiciais, e os sete mil membros da FIPSE continuam até hoje combatendo as “relações públicas” da petroleira que teima em tentar causar desavenças no seio da comunidade indígena, incitando a divisão de seus membros quanto ao interesse na exploração de hidrocarbonetos em terras da FIPSE.

Os casos da Colômbia e do Equador revelam a grande dificuldade em se concretizar os direitos humanos fundamentais em prol de comunidades vulneráveis como as

---

<sup>183</sup> “Ao adotar este relatório, o Comitê está consciente de que a aplicação do acordo é assunto de importância para o Governo e de que o mesmo tomou medidas legislativas para salvaguardar os interesses dos povos indígenas e tribais em seu território. O Comitê espera que o Governo continue mantendo um estreito contato com a Comissão de Especialistas Aplicação de Acordos e Recomendações para resolver as dificuldades que possam surgir nesse sentido. O Comitê recomenda ao Conselho de Administração que aprove o presente relatório e que, à luz das conclusões que figuram nos parágrafos 28 a 44 do mesmo: a) solicite ao Governo que aplique plenamente o artigo 15 do Acordo e que estabeleça consultas prévias nos casos de exploração de hidrocarbonetos que possam afetar as comunidades indígenas e tribais, e que assegure a participação dos povos interessados nas diferentes etapas do processo, bem como nos estudos de impacto ambiental e planos de gestão ambiental; b) solicite ao Governo que, na busca de soluções aos problemas que ainda afetam o povo *Shuar* pelas atividades de exploração petrolífera na zona do Bloco 24, se dirija às instituições ou organizações representativas, incluindo a FIPSE, para poder estabelecer e manter um diálogo construtivo que permita às partes interessadas, encontrarem soluções à situação que enfrenta este povo; c) solicite ao Governo que informe detalhadamente à Comissão de Especialistas, mediante os estudos que deve apresentar em virtude do artigo 22 da Constituição da OIT em relação a este Acordo, sobre a evolução das questões em que se fundamenta a reclamação da CEOSL, em particular sobre: 1. as medidas tomadas ou contempladas para remediar as situações que deram origem à reclamação, levando em consideração a necessidade de estabelecer um mecanismo eficaz para a consulta prévia aos povos indígenas e tribais como dispõem os artigos 6 e 15, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras; 2. as medidas tomadas ou contempladas para assegurar que as consultas requeridas sejam realizadas conforme o disposto no artigo 6, particularmente no relacionado à representatividade das instituições ou organizações indígenas consultadas; 3. os avanços conseguidos na prática em relação às consultas aos povos assentados na zona do Bloco 24, incluindo a informação sobre a participação desses povos na utilização, administração e conservação dos referidos recursos e nos benefícios das atividades hidrocarbúricas, e do recebimento de uma indenização equitativa por qualquer dano causado pela exploração da zona, e d) que declare terminado o procedimento iniciado perante o Conselho de Administração de apresentação da reclamação na que se alega o não cumprimento pelo Equador do acordo sobre povos indígenas e tribais, 1989 (nº 169), artigo 24 da Constituição da OIT pela Confederação Equatoriana de Organizações Sindicais Livres (CEOSL)” Organização Internacional do Trabalho, *Recomendaciones del Comité*, Ginebra, 08 de abril de 2002. *Apud*. Isabela Figueroa. *Op. cit.* Pág. 74.

indígenas, o fato é que, a fragilidade econômica e a falta de expressão política desses povos conduz ao atropelo de seus direitos e de sua dignidade humana, pelos interesses de uma elite dominante e economicamente poderosa, que, concretizando o darwinismo clássico, se impõe através da força. O pior de tudo é que estes Países, assim como o Brasil, apresentam Constituições Federais simpáticas às diversas etnias que compõe suas sociedades multiculturais, assegurando, no papel, os direitos indígenas sobre suas terras e sobre a preservação de sua cultura e tradições reprimidas na prática por seus Governos ambiciosos em se beneficiar com a pujança propiciada pela exploração do ouro negro.

#### 4 ANÁLISE DO “PROJETO VALVERDE”

Conforme visto, a Constituição Federal em seu art. 231, § 3º possibilita a exploração mineral em terras indígenas desde que obedecidas algumas condições específicas reguladas em lei. Dado que os hidrocarbonetos possuem origem mineral, a exploração e produção de petróleo e gás em terras indígenas restam autorizadas pela Norma Maior desde que obedecidos seus requisitos.

Como a lei que deveria regular a mineração em terras indígenas (TI) ainda não existe, resta-nos tecer considerações acerca do projeto de lei que disciplinará a atividade minerária em terras tapuias, único instrumento normativo que poderá ser aplicado à exploração de hidrocarbonetos em áreas de ocupação aborígine, caso venha a ingressar no universo jurídico brasileiro, dada a ausência de regulação específica.

Viu-se que várias foram as tentativas em regular a matéria da mineração em terras indígenas, o que resultou numa considerável quantidade de projetos de lei (PL) tramitando pelas Casas Legislativas, deles, sem sombra de dúvida, apenas o PL oferecido pelo então relator da comissão especial, o Deputado Eduardo Valverde, do PT de Rondônia, em substituição ao projeto que até então tramitava, satisfaz aos interesses das populações indígenas brasileiras, sendo o único que verdadeiramente se preocupou em observar os direitos constitucionalmente consagrados aos indígenas, buscando solucionar a problemática criada pela atuação irresponsável e inconstitucional do DNPM, afastando a incidência do Código de Mineração e seu direito de prioridade. Por esta razão é que será analisado detalhadamente o PL Valverde, por considerarmos o único projeto a merecer aprovação e ingresso no universo jurídico brasileiro.

Ressalte-se, por fim, que muitas foram as propostas de emendas feitas pelos parlamentares no sentido de modificar o PL Valverde, inclusive visando a derrubada dos artigos que afastam o direito de prioridade, a incidência do Código de Mineração e a nulidade dos títulos anteriores.

Outrossim, o Deputado João Almeida ofereceu um substitutivo ao referido PL onde intenta restaurar a incidência do Código de Mineração, excluindo o direito de preferência apenas daquelas solicitações de pesquisa protocolados após a CF de 88, acabando por cancelar a situação lamentável dos solos indígenas “loteados” por interesses minerários. O substitutivo de João Almeida, além disso, restabelece a limitação na fruição da renda indígena obtida com o resultado da lavra, permitindo apenas a livre disposição, por parte dos índios, dos rendimentos da poupança, o que se faz lamentável, condicionando o

gozo do valor principal à autorização do órgão indigenista (FUNAI). Ainda confunde a consulta às comunidades impactadas com uma simples audiência pública, acometendo sua realização à FUNAI e não ao Congresso, como preleciona a Constituição, revelando a superficialidade com que o substitutivo Almeida se debruçou sobre os direitos indígenas resguardados por nossa Constituição.

#### 4.1 O PROCEDIMENTO PARA A OBTENÇÃO DA CONCESSÃO DE PESQUISA E LAVRA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRITÓRIO INDÍGENA

##### **4.1.1 Deflagrando o procedimento: Fase preparatória, Congresso Nacional e consulta à comunidade indígena**

O procedimento administrativo para a concessão de pesquisa e posterior lavra de minérios em terras indígenas poderá ser instaurado pelo próprio Poder Executivo Federal, mediante requerimento de seus órgãos, principalmente daquele encarregado da política indigenista (atualmente exercida pela FUNAI) e do órgão gestor dos recursos minerais (hoje o DNPM). Pelo dispositivo, facilmente se vislumbra a competência da ANP para requerer a instauração do procedimento administrativo que culminará com a realização de uma rodada licitatória, haja vista se tratar de Autarquia Federal em regime especial, ao passo que a própria FUNAI é uma fundação de direito privado.

Ainda poderá ser iniciado mediante provocação de qualquer interessado, por meio de requerimento direcionado ao órgão competente (DNPM), desde que seja brasileiro, cooperativa, ou empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. O projeto de lei ainda prevê a possibilidade de cooperativas, associações ou empresas formadas por indígenas deflagrar o procedimento administrativo, devendo, neste caso, a comunidade se fazer legalmente representada ou constituída como pessoa jurídica.

O requerimento deverá vir instruído, obrigatoriamente, com um memorial descritivo da área em que se pretende atuar, indicando a substância que deverá ser explorada, no caso petróleo e/ou gás natural. Ressalte-se que, em hipótese alguma, o requerimento assegurará qualquer direito ou preferência no procedimento licitatório a ser realizado. O PL ainda determina que o órgão gestor dos recursos minerais (no caso será a ANP e não o DNPM) deverá se manifestar acerca da essencialidade do bem mineral para as necessidades do País.

Comprovada a regularidade formal do pedido, se dará ciência à comunidade impactada e alguns estudos técnicos especializados necessariamente deverão ser realizados que, por fim, culminarão na formação simultânea de três pareceres técnicos, os laudos de potencialidade geológica, ambiental e antropológica. A comissão designada para a elaboração dos laudos deverá ser composta por, no mínimo, três (03) membros, sendo possível a realização de aerolevanteamento para balizar o trabalho.

O projeto não especifica a quem caberá a realização do estudo de potencialidade geológica, entretanto, nos parece claro que ficará a cargo da ANP quando a substância a ser explorada seja hidrocarbonetos, uma vez que já faz parte das atividades da Agência a realização de estudos prévios com o escopo de selecionar as áreas que serão submetidas ao procedimento licitatório.

Situando-se a terra indígena em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira, deverá ser ouvido o Conselho de Defesa Nacional (CDN), órgão consultivo da Presidência da República, que poderá, inclusive, estabelecer critérios e condições para o exercício da atividade minerária nestas regiões – conforme as determinações constantes no artigo 91, §1º, III da CF – o que deve vir discriminado no futuro edital de licitação e no contrato de concessão a ser celebrado, cujo descumprimento acarretará a exclusão do interessado do procedimento licitatório ou na rescisão do contrato de concessão.

O segundo estudo a ser realizado será quanto às condições e eventuais restrições ambientais que as peculiaridades da região venham a apresentar em face das atividades de exploração e produção de petróleo e gás. Na verdade, já é uma prática da Reguladora providenciar que os órgãos ambientais estaduais realizem um estudo preliminar, emitindo parecer quanto a viabilidade da exploração petrolífera nas áreas pré-selecionadas que se destinam a licitação. Como mencionado alhures, foi exatamente com base nos estudos dos órgãos ambientais estaduais que os blocos integrantes das bacias do Araripe (CE), Pernambuco-Paraíba e alguns da bacia do Paraná foram excluídos da décima rodada licitatória, em virtude de restrições ambientais.

Por fim, um terceiro estudo técnico deverá ser engendrado antes do encaminhamento do procedimento à apreciação do Congresso Nacional, cujo objeto de análise será a compatibilidade sociocultural do empreendimento, avaliando os possíveis impactos que recairão sobre a comunidade afetada.

O substitutivo Valverde silencia quanto a competência para realizar o estudo de compatibilidade antropológica, entretanto, parece evidente que o único órgão com aptidão para tanto é a própria FUNAI, inteirada que é do universo indígena brasileiro e detentora de

corpo técnico especializado. Relevante destacar o posicionamento do Instituto Socioambiental (ISA) quanto a elaboração deste estudo, o já mencionado parecer nº 6 do ISA aponta a indispensabilidade da participação indígena na formação do referido laudo, evitando que o estudo seja empreendido como uma mera formalidade a ser cumprida, além de garantir que os dados serão fornecidos por quem melhor entende a realidade local.

O parecer exarado pelo ISA está em perfeita consonância quanto ao que já foi defendido até aqui, o dever de consultar às comunidades tribais afetadas por empreendimentos econômicos não se cinge a obtenção do consentimento da comunidade, a fim de que seja posto em andamento o respectivo projeto de exploração dos recursos naturais em suas terras. O dever de consultar significa a realização de um verdadeiro processo consultivo que visa informar a comunidade sobre todas as nuances de uma eventual exploração minerária em suas terras, devendo, ainda, possibilitar a participação indígena em todos os momentos de relevância dentro do procedimento, mormente quanto aos de cunho decisório, daí a extrema necessidade de sua colaboração com o laudo de compatibilidade antropológica, documento da maior importância para a tribo impactada, posto que nele serão levantadas todas as questões do interesse da comunidade.

Terminados os laudos as comunidades indígenas deverão ser consultadas, consulta esta que se realizará na própria TI e que envolverá todas as etnias que nela habitam. Percebe-se que houve uma preocupação do legislador em evitar o deslocamento dos membros da tribo e seus representantes até a sede do Legislativo Federal, em Brasília, providenciando que os próprios parlamentares se dêem ao trabalho de deslocar-se até o território indígena a fim de colher a decisão da comunidade. Bastante feliz foi o projeto neste aspecto uma vez que intenta preservar, ao máximo possível, a manutenção das atividades habituais dos aborígenes, sem que a existência do procedimento de pesquisa e lavra afete a sua rotina e comodidade.

A finalidade da consulta consiste em cientificar à população, de maneira clara e em linguagem por eles compreendida, dos requerimentos de pesquisa e lavra existentes em suas terras assim como das consequências que o empreendimento trará para a comunidade. O PL Valverde teve modificada a sua redação original a fim de expressamente prevê o caráter vinculante da decisão tomada pela tribo<sup>184</sup>, cuja manifestação desfavorável terá o condão de levar ao arquivamento do procedimento. A manifestação dos índios, seja pela concordância,

---

<sup>184</sup> Vide parecer do Deputado Eduardo Valverde às emendas ao seu PL em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16969>. Acesso em 05 fev. 2012.

seja pela negativa, deverá ser formalizada em documento a ser assinado pelos representantes da comunidade e dos órgãos que participaram do procedimento consultivo.

Importante frisar que o PL não teve o cuidado, de designar qual seria o órgão responsável pela colhida da oitiva da comunidade impactada, limitando-se a enumerar os órgãos que participariam do procedimento consultivo<sup>185</sup>, perpetuando a celeuma que se instaurou entre as jurisprudências do Supremo Tribunal e do TRF da 1ª região, quanto a competência para a realização da oitiva das comunidades impactadas pelo complexo hidrelétrico Belo Monte, no Pará.

Na oportunidade da realização do EIA/RIMA, entendeu o Tribunal Regional que caberia exclusivamente ao Congresso a competência para consultar as populações indígenas afetadas pelo empreendimento, tendo o STF derrubado a respectiva decisão, deixando à cargo do IBAMA a oitiva dos silvícolas. Muito embora prevaleça a posição esposada pela Corte suprema, ousamos dela discordar, uma vez que a CF determinou que caberia ao Congresso Nacional a decisão de permitir, ou não, a atividade minerária em TI, devendo ele (o Congresso), e somente ele, realizar o procedimento consultivo.

A Instrução Normativa nº 002/2007 da FUNAI estabelece que ao final do estudo do componente indígena, ou seja, da análise da compatibilidade sociocultural do empreendimento, deverá ele ser submetido à apreciação da Fundação que poderá, depois de ouvida a comunidade afetada, aprová-lo, considerá-lo insatisfatório, oportunidade em que requererá a realização de novos estudos, ou solicitar sua complementação. O Instrumento Normativo não menciona a possibilidade da FUNAI se manifestar pela inviabilidade do procedimento, em razão de incompatibilidade sociocultural, o que acarretaria o indeferimento da licença ambiental.

Entretanto, concluímos que tal opção é inafastável da competência legal atribuída à Fundação Nacional do Índio de defesa dos direitos e interesses dos silvícolas brasileiros, inclusive no que tange à preservação de sua cultura, tradições e continuidade física, finalidade maior da política indigenista nacional instituída pela própria Constituição. Negar tal possibilidade significa estigmatizar a participação do órgão indigenista, no procedimento de licenciamento ambiental, como cumprimento de uma mera formalidade a ser vencida na concessão da licença.

---

<sup>185</sup> Seriam eles: o representante da FUNAI, do MPF, do CDN conforme o caso, e do órgão gestor dos recursos minerais, o DNPM, substituído pela ANP quando em jogo exploração de hidrocarbonetos. No mais, seria aconselhável a presença de técnicos da ANP que pudessem esclarecer as eventuais dúvidas suscitadas pela tribo, facilitando assim o contato com os autóctones, esclarecendo-os acerca dos pormenores que envolvem o empreendimento

Em seguida, deverá o procedimento ser encaminhado ao Congresso Nacional, instruído com o memorial descritivo da área objeto do requerimento de exploração mineral, os laudos técnicos (de potencialidade geológica, restrições ambientais e de compatibilidade antropológica), e com a manifestação volitiva da comunidade. Insta ressaltar que a decisão tomada pelo Congresso Nacional é conclusiva, sua negativa em autorizar a atividade exploratória em terras indígenas conduz ao arquivamento do processo. Entretanto, apesar disso não poderá ir de encontro a decisão dos indígenas, podendo estes dizer 'não' ao empreendimento, provocando o arquivamento do processo.

O Parlamento há de se questionar se a necessidade energética brasileira é suficientemente elevada a ponto de justificar pôr em risco os direitos de uma minoria marginalizada de ter garantida a sua continuidade física e cultural através da manutenção de um *habitat* natural saudável e da conservação de seu *modus vivendi*. Ao Congresso cabe a análise de cada situação concreta, sopesando os interesses indígenas em face do desenvolvimento econômico brasileiro, sendo certo que vigorará nesta fase o princípio da prevalência dos direitos indígenas.

Daí porque sugerimos que o procedimento consultivo seja cindido em dois momentos, um inicial, apenas informativo, no bojo do laudo antropológico, outro realizado pelo Congresso, com caráter definitivo. Esta bifurcação no procedimento consultivo se faz relevante para o bom rendimento dos trabalhos, posto que a função da primeira consulta é lançar a idéia, os questionamentos, permitindo que a tribo discuta internamente suas prioridades, refletindo e sopesando os seus interesses, inclusive podendo anuir com a exploração mediante algumas ressalvas e restrições.

Se as primeiras informações obtidas pela tribo, acerca de uma exploração petrolífera em seus domínios, ocorresse apenas quando a comunidade tivesse que decidir quanto a exploração em suas terras, pouco provavelmente a consulta alcançaria resultados positivos. O impacto das informações conduziria à resistência indígena, criando dificuldades que inviabilizariam a atividade, até porque, como já discutido anteriormente, a manifestação de vontade dos índios é indeclinável.

Sendo aprovada a exploração de hidrocarbonetos em terras indígenas, será expedido decreto legislativo que lançará as bases do procedimento licitatório. O projeto determina que seja o Poder Executivo a conduzir a referida concorrência pública, nada mais natural, por tanto, que, no caso da exploração petrolífera, seja a ANP (Ente integrante da Administração indireta, vinculado ao Ministério de Minas e Energia) quem assumas as rédeas



da licitação, posto que é esta a sua competência determinada pela lei do petróleo<sup>186</sup>, em seu artigo 8º, IV.

#### **4.1.2 O procedimento licitatório e os contratos de concessão de pesquisa e lavra**

O PL Valverde prevê uma licitação única para a concessão da pesquisa e da lavra, assim como uma única submissão da pretensão ao Congresso Nacional. Em verdade, na versão original o projeto previa dois certames licitatórios, uma para pesquisa, outro pra lavra, bem como duas provocações do Parlamento a fim de que autorizasse o empreendimento. A unificação do certame parece algo positivo, simplificando o procedimento de concessão, entretanto, uma única participação da Casa Legislativa, no momento inicial do procedimento, não parece algo promissor haja vista que somente depois de concluída a fase de pesquisa é que será possível compreender a verdadeira situação do bloco, sua extensão e perspectivas de produção, tecnologias necessárias à exploração, enfim, somente depois de realizados todos os estudos técnicos é que se poderá delimitar os efeitos e impactos que atingirão os povos locais. Antes da fase de pesquisa sequer tem-se a certeza da viabilidade da exploração e se esta de fato acontecerá. Parece demasiado prematuro que a autorização definitiva do Congresso se dê no momento inicial do procedimento, o mesmo valendo para a consulta às comunidades impactadas.

O procedimento licitatório terá início com a publicação do edital de convocação, instrumento que servirá de orientação a realização da concorrência pública juntamente como as leis disciplinadoras da matéria (o PL em análise e a Lei 9.478/97) e eventuais normas expedidas pela Agência Reguladora. O edital trará, obrigatoriamente, a minuta do contrato de concessão a ser firmado pelo vencedor da disputa, o memorial descritivo da área objeto do certame, as restrições e condições eventualmente impostas pela comunidade indígena afetada, pelo Congresso Nacional e pelo Conselho de Defesa Nacional quando em faixas de fronteira ou regiões indispensáveis a segurança do território nacional, que irão, também, compor os termos do contrato de concessão.

O edital deverá conter o prazo de duração do contrato de concessão e uma estimativa do tempo que levará a fase de exploração, que no caso de hidrocarbonetos, será estimado pela ANP, conforme determina o parágrafo único do artigo 37 da Lei do petróleo (Lei 9.478/97), muito embora deva levar em consideração o laudo de compatibilidade antropológico e a opinião dos índios nele manifestada; também determinará o valor da renda

---

<sup>186</sup> Lei 9.478/97.

que deverá ser paga em razão da ocupação e retenção da área que, conforme o projeto de lei, será devida pelo concessionário à comunidade indígena por hectare ocupado, divergindo do que determina o artigo 51 da lei 9.478/97 que fixa o cálculo por quilômetro quadrado.

Conterá, ainda, a indicação do bloco objeto da concessão, os critérios objetivos utilizados para o julgamento das propostas, as atividades e investimentos mínimos a serem desenvolvidos, as participações governamentais devidas, dentre outras previsões extraídas de uma leitura conjunta dos dispositivos 37 a 39 da lei do petróleo e 14 do PL Valverde, assim como outras condições relativas à proteção dos direitos e interesses da população indígena afetada.

Poderão habilitar-se ao procedimento licitatório: brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, bem como cooperativas ou associações indígenas que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos exigidos para a atividade que poderão, inclusive, se unir à empresas com experiência no setor a fim de participarem da licitação. O PL nada menciona acerca dos consórcios de empresas formados com o intuito de obter uma concessão conjunta, entretanto, ao aplicar o regime legal aos casos de exploração petrolífera, o respectivo substitutivo deverá ser sistematicamente interpretado com as normas regentes do setor petrolífero, sendo perfeitamente possível a concorrência de empresas consorciadas no procedimento licitatório.

No julgamento da licitação será identificada a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista do interesse público, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital e com fiel observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade<sup>187</sup>. Todavia, seria interessante que, na análise da proposta mais vantajosa, fosse possibilitado aos índios exercer o seu juízo de valor, participando da seleção e emitindo parecer quanto as mais atraentes, uma vez que, são eles os mais interessados na escolha da empresa vencedora posto que poderão conviver por décadas com a arrematante do bloco, sendo indispensável, por tanto, que a mesma apresente um perfil ao agrado da comunidade.

Possibilitando aos silvícolas exercer sua avaliação sobre a escolha da empresa vencedora do certame, o procedimento licitatório estaria em perfeita consonância com os valores da Convenção 169 da OIT, que intenta oportunizar aos índios uma devida participação nos momentos decisórios que os afetam, conforme dantes arrazoamos.

---

<sup>187</sup> Em caso de empate a proposta vencedora será aquela que obtiver a maior pontuação no critério de maior peso. Persistindo o empate a licitação será decidida por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados.

O edital é a lei do certame, obrigando a Administração e o agente econômico ao conteúdo do Ato, sendo exigência legal que o mesmo traga a minuta do contrato de concessão, evitando-se surpresas à empresa vencedora da licitação que, conhecendo previamente a integralidade do acordo, adere ao mesmo sem negociações. O contrato de concessão, por conseguinte, deve obedecer fielmente ao constante no edital convocatório, ao Decreto Legislativo expedido pelo Parlamento quando de sua aprovação, e refletir a proposta vencedora na íntegra, sendo, então, firmado entre o agente econômico arrematante e a ANP, única entidade, *in casu*, com legitimidade para representar contratualmente a União, detentora exclusiva de todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território brasileiro.

O petróleo e o gás enquanto situados no subsolo nacional pertencem a União por força do artigo 20, IX, da Constituição Federal, são bens públicos, portanto, muito embora não sejam de uso comum do povo e nem estejam afetos a uma finalidade especial, são, pois, bens públicos dominiais, que podem ser alienados pela União, para tanto indispensável a realização de procedimento licitatório, condição *sine qua nom* para a outorga de direitos exploratórios via contrato de concessão.

A concessão implica a outorga pelo Poder Público, ao agente econômico vencedor do certame, dos direitos de exploração sobre determinado bloco, por conta e risco do concessionário, ao final do qual, havendo êxito lhe será possível explorar economicamente, sendo-lhe conferida a propriedade do produto lavrado que traspasar a “cabeça do posso”, nos termos do artigo 176 da Constituição da República e do artigo 26 da lei do petróleo.

Sendo Ato solene o contrato de concessão depende do pagamento do bônus de assinatura e posterior publicação na imprensa oficial para que obtenha valor jurídico. Só a partir de então é que o órgão indigenista federal autorizará o ingresso da empresa vencedora na referida área indígena, comunicando a comunidade previamente.

Também será a FUNAI quem acompanhará de perto os trabalhos de pesquisa, fiscalizando a execução do contrato de concessão quanto ao fiel resguardo dos direitos e interesses indígenas, representando à ANP, ao Congresso Nacional e ao Ministério Público Federal (MPF) em caso de descumprimento das regras de proteção aos autóctones ou se a execução contratual resultar em inconvenientes aos seus interesses. A fiscalização realizada pelo órgão indigenista não prejudicará as funções normalmente desempenhadas pela Agência Reguladora, no que tange a fiscalização das concessionárias e ao seu fiel cumprimento do contrato de concessão.

O projeto em comento ainda proíbe expressamente a cessão, transferência ou arrendamento dos direitos exploratórios decorrentes do contrato de concessão, tal norma vai de encontro ao prelecionado no artigo 29 da lei 9.478/97 que possibilita a transferência de direitos exploratórios desde que preservados o objeto da concessão, as condições contratuais e que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP. Entendemos, sendo promulgada a lei que trata da exploração minerária em território indígena, suas diretrizes deverão prevalecer sobre a lei do petróleo em virtude de sua especificidade, estando, a regra que veda a cessão de direitos, em perfeita consonância com a política indigenista nacional, impossibilitando que uma empresa que não tenha se submetido ao rigoroso processo seletivo venha a atuar em áreas protegidas, preservando, assim, os interesses da comunidade envolvida.

Os direitos decorrentes do contrato de concessão de petróleo e gás natural não se estendem à nenhum outro recurso natural, ficando o concessionário obrigado a informar prontamente sua descoberta ao órgão competente, podendo haver novo procedimento licitatório com fins a concessão da exploração do novo minério encontrado, devendo haver nova consulta à comunidade e devida aprovação do Congresso Nacional.

Na verdade o substitutivo Valverde confere um direito de preferência, para o aproveitamento do novo minério encontrado, à concessionária que já operava no local, dado que em seu art. 29, §3º aduz que novo procedimento licitatório se instaurará caso a concessionária não manifeste o interesse de explorar o novo elemento. Estamos diante de uma nova forma de dispensa de licitação, bastante questionável do ponto de vista da equidade e lealdade concorrencial para com os outros interessados. A não comunicação, por parte da concessionária, da existência de minério não compreendido no objeto da concessão enseja a rescisão do contrato, além da multa e das perdas e danos eventualmente cabíveis.

Registre-se que, na sua origem, o regime jurídico do PL Valverde só permitia a execução de um empreendimento econômico por vez em cada terra indígena, no entanto, suprimiu tal dispositivo sob o argumento de que existem TI de tamanhos diversos, e a quantidade de concessões poderá ser sopesada pela comunidade quando forem consultadas. Parece que não foi esta a decisão mais acertada. Seria mais feliz um dispositivo que anteviesse um limite à concessão de empreendimentos minerários em uma mesma TI, nem que, para isso, fosse fixado um percentual máximo do espaço da terra passível de ocupação. A falta de limites coloca em risco sobremaneira o pleno gozo, por parte dos índios, de suas terras e recursos naturais, retornando ao problema dantes mencionado das TI que possuem mais da metade de seus territórios “loteados” por títulos minerários.

Por fim, é de se observar que as atividades da cadeia produtiva de petróleo e gás necessariamente exigirão a utilização de recursos hídricos, seja para o suprimento dos operários seja para as atividades da própria cadeia produtiva da indústria, entretanto, conforme vimos anteriormente, o art. 231, §3º, da CF condiciona o aproveitamento dos recursos hídricos existentes nas TI à autorização do Congresso e oitiva das comunidades impactadas. Não seria viável o estabelecimento de um procedimento em separado, junto ao Congresso, visando a outorga do uso das águas indígenas, com nova consulta às comunidades, posto que dificultaria em muito a realização do empreendimento minerário.

O ideal seria que a questão do petróleo e das águas fossem analisados em conjunto, e já no contrato de concessão houvesse uma cláusula de concessão de uso dos recursos hídricos para as atividades da indústria, restando vedada, por conseguinte, a utilização para qualquer outra finalidade. A questão da utilização das águas em TI seria um elemento inseparável da análise da própria viabilidade da exploração petrolífera desde sua origem.

De fato, o PL Valverde acrescentou à sua redação original uma remuneração pecuniária aos índios pelo uso das águas contidas em suas terras em decorrência da atividade minerária. Frise-se que esta utilização não deve compreender a eliminação de resíduos, prática bastante contumaz na cadeia produtiva de petróleo e gás, fato que tornariam as águas impróprias para o consumo doméstico, algo incompatível com as garantias constitucionais de proteção ao habitat natural dos índios e dos recursos indispensáveis à sua sobrevivência, afinal, água poluída definitivamente não assegura a sobrevivência de um ser vivo.

### **4.1.3 Das Obrigações do concessionário**

#### **4.1.3.1 O licenciamento ambiental**

A Constituição Federal, em seu artigo 225, classifica o meio ambiente como um bem público de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo a coletividade e o Poder Público preservá-lo para as presentes e futuras gerações, exigindo a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para as instalações de obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental (§1º, IV), submetendo à

responsabilidade da recuperação àqueles que, explorando a atividade minerária, causem lesão ao meio ambiente (§2º)<sup>188</sup>.

As Resoluções nº 01/86 e 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) fixam, dentre as atividades de indispensável realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, as atividades de perfuração de poço e produção de petróleo e gás, a instalação de oleodutos e gasodutos bem como para a construção de estradas de rodagem, estas últimas, conforme mencionado outrora, são edificadas em instalações de operação em terra, para acesso de pessoal e escoamento da produção, salvo raríssimas exceções.

As citadas Resoluções condicionam a realização do procedimento de licenciamento ambiental à feitura do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), assim sendo, a primeira obrigação do concessionário refere-se à sua realização além do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), conforme as condições indicadas pelo órgão indigenista Federal, pelo órgão ambiental competente e pela ANP, entretanto, o PL só o menciona quando da etapa de obtenção da concessão de lavra, se fazendo silente quanto a realização do EIA/RIMA na fase de pesquisa.

O artigo 4, I, da Resolução nº 237/97 especifica que, em caso de terras indígenas, o licenciamento de atividades que causem significativo impacto ambiental ficará à cargo do IBAMA, que deverá levar em consideração o exame técnico empreendido pelo órgão ambiental do Estado onde se fixar o empreendimento, podendo, ainda, delegá-lo estas atribuições. O projeto de lei em comento encontra-se, assim, em perfeita sintonia com o instrumento regulamentador ao determinar que o concessionário deverá obter junto ao órgão federal todas as licenças correspondentes a cada etapa de realização do contrato<sup>189</sup>.

A finalidade precípua do EIA consiste em identificar previamente os impactos que o desenvolvimento da atividade causará no ecossistema, apontando as eventuais medidas

---

<sup>188</sup> O artigo 1º da Resolução nº 01/86 do CONAMA, assim define o dano ambiental: “considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;” V - a qualidade dos recursos ambientais.

<sup>189</sup> O artigo 8 da Resolução nº 237/97 do CONAMA enumera as licenças que deverão ser outorgadas durante o procedimento de licenciamento, sem excluir as atípicas que por ventura o órgão ambiental venha a considerar necessárias em decorrência das características e peculiaridades do empreendimento. São elas: Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

para afastá-los ou mitigá-los. O RIMA, por outro lado, se contrapondo à complexidade e ao linguajar puramente técnica do EIA, significa a sua apresentação simplificada, em linguagem acessível aos leigos interessados em se informar sobre o empreendimento.

Em virtude de seu caráter preventivo, o substitutivo Valverde condicionou a outorga da licença ambiental à realização do EIA/RIMA e a apresentação de plano de recuperação da área afetada, coadunando-se à política ambiental instituída pelo CONAMA. Nas últimas rodadas de licitação levadas a efeito pela Agência Reguladora, o EIA/RIMA fora realizado previamente ao certame, agilizando a obtenção da licença pelo arrematante e dotando o mercado petrolífero brasileiro de maior segurança e confiabilidade, evitando que áreas justificáveis do ponto de vista econômico, entretanto de inviabilidade ambiental, fossem licitadas e arrematadas por empresas que não teriam suas licenças deferidas.

O EIA é efetuado normalmente por um corpo técnico de profissionais devidamente registrados no Cadastro Técnico Federal de Atividades do IBAMA, todavia, em se tratando licenciamento em TI, ao corpo técnico do IBAMA devem somar-se o pessoal vinculado à FUNAI, inteirados que são do universo indígena brasileiro, podendo, inclusive, ser rejeitado pela comunidade tribal, conforme as diretrizes constantes na Instrução Normativa nº 002/2007 da FUNAI, que estabelece as normas acerca da participação da Fundação no processo de licenciamento ambiental de atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental e sociocultural nas comunidades indígenas.

A citada Instrução Normativa vincula o procedimento de licenciamento em terras indígenas à obrigatória participação da FUNAI desde seu início, através da coordenação-geral de patrimônio indígena e meio ambiente (CGPIMA), responsável pelo acompanhamento das atividades e empreendimentos potencialmente causadores de degradação ambiental em TI e de seus respectivos licenciamentos, devendo, ainda, agir em colaboração e parceria com o órgão ambiental. As despesas referentes ao EIA/RIMA correrão por conta da empresa interessada, tais como a promoção de audiências públicas e o deslocamento de servidores e de indígenas, devendo o órgão indigenista apresentar o orçamento estimado cujo depósito será efetuado previamente ao seu desenvolvimento, a não ser que a ANP realize o procedimento antes da licitação.

Outro aspecto relevante do EIA/RIMA é a possibilidade de realização de audiência pública, instrumento político não só destinado a dar publicidade ao processo de licenciamento ambiental, mas, sobretudo, voltado à possibilidade de controle social sobre a atividade ambientalmente degradante, pois que, sua finalidade é expor aos interessados os pormenores que envolvem o desenvolvimento da atividade econômica poluidora em região

ambientalmente sensível, divulgando o conteúdo do RIMA, dirimindo dúvidas e angariando as críticas e sugestões ao projeto. Ressalte-se, contudo, que a realização da audiência pública durante o procedimento de licenciamento não se confunde com a oitiva da comunidade afetada pelo Congresso Nacional ou na oportunidade da elaboração do laudo sociocultural.

Segundo a Resolução nº 09/87 do CONAMA, cabe a realização de audiências públicas mediante a convocação pelo órgão ambiental responsável, por uma entidade civil solicitante, pelo Ministério Público ou por pedido assinado por cinquenta cidadãos. Apesar da falta de previsão no PL em análise, parece interessante concluir que, em matéria de exploração minerária em terras indígenas, dada a relevância pública envolvida, sendo a preservação da cultura indígena uma questão de interesse público primário, há de ser obrigatória a realização de audiência pública, de preferência contando com a participação das diferentes etnias indígenas do Brasil, maiores interessados que são em discutir a matéria, direcionando as atividades da forma que melhor se ajuste às suas necessidades.

#### 4.1.3.2 Das garantias e dos direitos das comunidades indígenas afetadas

Dentre as principais decorrências da exploração minerária em suas terras, os indígenas gozam das seguintes garantias: Participação no resultado da lavra, compensação pecuniária pela ocupação e retenção de área, multa pecuniária paga pela empresa em favor da comunidade quando praticar infrações administrativas e indenizações por servidões instituídas pela petrolífera em virtude da atividade explorada.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, §3º, determina que, havendo exploração das riquezas minerais em terras indígenas a comunidade impactada deverá participar do produto da lavra, remetendo sua disciplina ao legislador ordinário. Pois bem, lei não existe que regule o tema, mas apenas uma expectativa de lei, o PL Valverde, que sugere o valor da remuneração da população silvícola afetada em, no mínimo, 3% sobre o faturamento bruto da comercialização do produto. Neste particular o PL fora modificado em desfavor dos autóctones uma vez que originariamente previa um percentual de 4% sobre o faturamento bruto. A justificativa para a alteração consiste no argumento de que a margem de lucro no setor minerário é bastante reduzida (argumento válido apenas para certos minérios, destaque-se), o que de forma alguma corresponde à realidade da indústria do petróleo, altamente rentável e lucrativa, motivo pelo qual entendemos bastante razoável que na abertura do edital convocatório da licitação deva a Agência Reguladora estipular um piso mais elevado, que beneficie as comunidades impactadas fazendo jus à pujança do setor.



Em verdade, o *quantum* a ser fixado no caso concreto dependerá do que for proposto pela empresa arrematante do bloco, quando realizada a licitação, devendo o concessionário ser fiel à sua proposta e obedecer ao piso legal de 3%. O PL ainda estabelece que este percentual proposto pela empresa funcionará como critério a ser considerado no julgamento da proposta mais vantajosa, contudo, não menciona qual a regularidade desta prestação, concluímos, por tanto, que a referida participação silvícola no produto da lavra será paga mensalmente pela empresa petrolífera, em analogia ao disposto no Decreto-Lei 1.864 de 26 de fevereiro de 1981, que disciplina a remuneração devida ao proprietário do solo onde se explora hidrocarbonetos. Havendo descumprimento da referida obrigação o concessionário incorrerá em infração administrativa.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, que possibilitou a exploração minerária em terras indígenas mediante a sua participação no resultado da lavra, que grande celeuma se instaurou quanto a questão da administração desta renda, mormente em face do artigo 42 da Lei 6.001/73 que confere à FUNAI a competência para gerir o patrimônio silvícola. O PL Valverde desfaz a questão ao instituir que o órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará.

Desta forma, cabe aos próprios índios o gerenciamento de seus recursos financeiros advindos com a exploração minerária em suas terras, competindo à FUNAI única e exclusivamente prestar assessoria e fiscalizar a utilização dessa renda sem, contudo, furtar aos indígenas o livre gozo de seu próprio orçamento, como fazia o PL Jucá ao criar um comitê gestor da renda indígena, determinado que a mesma fosse posta em caderneta de poupança donde somente os rendimentos poderiam ser usufruídos livremente pela comunidade, restando a utilização do valor principal limitada à autorização da FUNAI e do Ministério Público Federal (MPF).

Muito acertado o dispositivo do PL Valverde posto que seria demasiado injusto que um povo já onerado por restrição territoriais e pela prática de atividades poluidoras em suas terras, ainda tivesse que se ver limitado quanto ao único benefício advindo com o implemento da atividade econômica. Não obstante se comente quanto ao risco de dilapidação do patrimônio indígena, em face de eventual inaptidão para gerir recursos pecuniários, o fato é que, mais importante do que garantir o crescimento das cifras é garantir que seja possibilitado aos autóctones a livre disposição do que é seu por direito.

Além do mais, o dispositivo Jucá, ao limitar a utilização pelos índios da remuneração advinda com a mineração, vai de encontro ao texto constitucional que em nada

restringe o uso desta renda pela comunidade impactada, muito pelo contrário, se interpretada teleologicamente, a Carta Magna demonstra sua intenção em recompensar os indígenas pelas restrições sofridas em seu direito de usufruto exclusivo sobre as riquezas de suas terras, bem como pela limitação territorial e potencial risco ambiental, não encontrando, a restrição econômica proposto por Jucá, qualquer amparo constitucional.

O mesmo raciocínio se aplica ao “fundo de compartilhamento”, também proposto no projeto de autoria do Senador Romero Jucá, que destinava um percentual de 2,5% da renda remuneratória dos aborígenes ao financiamento de políticas de assistência às outras tantas populações indígenas carentes espalhadas pelo País. Fez bem o Deputado Valverde em excluí-lo do PL, acatando a emenda proposta pela Deputada Perpétua Almeida, uma vez que, o referido “fundo de compartilhamento” além de inconstitucional, pelos mesmos motivos que a limitação ao uso da renda o é e por representar um confisco da renda indígena, prática coibida em nossa ordem constitucional, ainda retira do Estado um dever que é seu, de prestar assistência às populações carentes, mediante a promoção de políticas públicas, bem como onera descomedidamente a população afetada pela produção que, além da limitação territorial terá também que suportar o custeio de assistências que não são sua responsabilidade.

Outro benefício auferido pela comunidade impactada com a produção de hidrocarbonetos em suas terras corresponde ao pagamento pela ocupação e retenção da área, cujo fundamento se alberga não na atividade minerária em si, mas tão somente pela ocupação de parte de seu território em virtude do maquinário e das instalações físicas de infra-estrutura da empresa, causando restrições aos silvícolas quanto a plenitude do exercício de sua posse sobre a terra que tradicionalmente habita, direito constitucionalmente amparado.

O PL determina que esta prestação se dará por hectare ocupado até o início da lavra, entretanto, o Instituto Socioambiental, no parecer já mencionado<sup>190</sup>, contesta a inteligência do dispositivo, uma vez que, no Código de Mineração a renda pela ocupação e retenção de área é definida mediante critérios puramente econômicos, e não espaciais, não havendo pré-fixação de valores e sim a estipulação da remuneração em face do rendimento da área ocupada a depender do produto lavrado. Tendo em vista as altas cifras movimentadas pela indústria do petróleo há de se concluir que o critério mais vantajoso aos autóctones é aquele previsto no Código de Mineração, que proporcionaria aos indígenas um pagamento bem mais generoso do que o cálculo abalizado nos hectares tomados pelo empreendimento.

---

<sup>190</sup> *Op. cit.* Pág. 09.

Além do mais, o projeto peca por restringir o pagamento da renda até o início da fase de lavra, conduzindo ao entendimento de que só será paga enquanto durar a fase de pesquisa, não devendo prosperar neste aspecto. Ora, se a razão de ser da renda são as limitações sofridas pela tribo em sua superfície territorial, em virtude da presença de todo o maquinário pertencente à petroleira, não seria lógico afastar a remuneração quando iniciada a etapa de prospecção, oportunidade em que maior espaço físico será utilizado para dar andamento à cadeia produtiva.

Do mesmo modo, a União fará jus a uma taxa anual pela ocupação e retenção da área, também paga por hectare preenchido, respeitado o valor mínimo de R\$ 2,00 (dois Reais) por unidade, e máximo de R\$ 4,00 (quatro Reais), reajustada anualmente pelo Poder Executivo e cujo descumprimento implica em infração administrativa. O *quantum* poderá ser fixado em valores progressivos, levando-se em conta a substância explorada, a extensão da terra e sua localização, dentre outras condições.

Frise-se que a regra do PL Valverde vai de encontro à lei do petróleo que, em seu artigo 51<sup>191</sup>, determina que o pagamento pela ocupação e retenção de área será fixado por quilômetro quadrado ou em fração da superfície do bloco, entretanto, em virtude da especialidade deve prevalecer as regras contidas na lei que disciplina a exploração minerária em terras indígenas. O fundamento para a referida participação da União está no artigo 20, XI, da Constituição Federal haja vista que as terras de tradicional ocupação indígena, apesar de afetadas à posse permanente dos tapuios, pertencem a União, nu-proprietária.

A exploração de petróleo e gás natural ainda ensejará uma compensação financeira mensal aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida pela lei 7.990/89 e pela lei 2.004/53, fixada em 5% sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos dos respectivos territórios onde estiver assentada a produção, obedecidos os seguintes critérios de distribuição: 70% aos Estados produtores, 20% aos Municípios produtores, e 10% aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

O PL ainda prevê uma participação especial, paga pela concessionária em casos de grande rentabilidade ou grande volume de exploração a ser depositada no Fundo de Compartilhamento de Receitas sobre a Mineração em Terras Indígenas. Será, também, devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando

---

<sup>191</sup> A participação governamental paga por ocupação e retenção da área em virtude de atividades de exploração e produção petrolífera é regulamentada através do Decreto 2.705/98.

os hidrocarbonetos forem extraídos da plataforma continental, bem como será paga em favor daqueles em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração.

O concessionário ainda deverá indenizar a comunidade indígena pelas eventuais servidões instituídas para a consecução da produção, como a abertura de vias de acesso e linhas de comunicação, construção de oficinas, de estruturas de captação de água, de instalações e de obras acessórias, como as destinadas a moradia, dentre outras necessárias ao empreendimento e que implicam limitação ao efetivo gozo da posse indígena sobre suas terras. O dever imposto ao concessionário quanto ao pagamento das servidões deverá vir expresso no edital licitatório, não excluindo a compensação decorrente de eventuais prejuízos oriundos das servidões instituídas.

As multas pagas pela concessionária, em virtude das infrações administrativas cometidas, terão 50% de seu valor destinados à projetos de desenvolvimento sustentável em benefício da comunidade afetada, 25% reservado à FUNAI, e 25% a ANP, em verdade o projeto destina estes últimos 25% ao órgão gestor dos recursos minerais (DNPM), entretanto, como a produção petrolífera fica à cargo da Reguladora, nada mais coerente que tal remuneração lhe seja destinada, e não ao DNPM que em nada intervêm nos assuntos da indústria energética.

Quando os administradores ou controladores da pessoa jurídica que incidiu em infração administrativa tiverem agido com dolo ou culpa, também arcarão com uma multa pecuniária depositada em conta bancária específica em instituição financeira oficial, gerenciada pela comunidade indígena afetada, onde será aplicada *in totum*. O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelarà pela utilização desses recursos de acordo com a vontade manifestada pela comunidade, segundo processo decisório do qual participará.

Por fim, é dever do concessionário, e direito correlato dos índios, o inafastável dever de recuperação ambiental em decorrência da poluição causada pela exploração petrolífera, seja decorrente de desastres ambientais seja em virtude das atividades corriqueiras e habituais da Indústria do Petróleo e Gás-Natural (IPGN) que, por sua própria natureza degradante, paulatinamente contaminam o ecossistema. A responsabilidade neste caso será objetiva, calcada no risco integral, devendo o dever de reparação constar no edital licitatório e no contrato de concessão, muito embora sua omissão não elida a responsabilização do poluidor, haja vista que, seu fundamento se estriba na Constituição Federal (artigo 225, §2º), sujeitando, ainda, o responsável às sanções penais e administrativas. Ao celebrar o contrato de concessão com o Poder Público, o concessionário deverá, ainda, prestar garantia quanto à

futura reparação do dano ecológico devendo, ainda, e nesse ponto o substitutivo ficou inerte, contratar seguro ambiental obrigatório.

Salutar foi a introdução, no PL, da possibilidade de a concessionária oferecer programas sociais à comunidade, os projetos de compensação social, em virtude das limitações sofridas em sua terra, recursos naturais e atividades produtivas habituais. Esses programas poderão ser de cunho educacional, sanitário, cultural, qualificativo de mão-de-obra em fim, poderão abranger variadas atividades que beneficie os membros da comunidade impactada, lembrando em muito às iniciativas de algumas empresas líderes em ecoeficiência e gestão estratégica da IPGN, conforme relatado em item anterior. Importante mencionar que a oferta de programas sociais constitui critério de avaliação para definir o vencedor da licitação.

## CONCLUSÃO

A resistência que muitas comunidades indígenas apresentam em relação a exploração de hidrocarbonetos em suas terras liga-se à forma predatória, social e ecologicamente irresponsável com a qual as petrolíferas atuaram até meados da década de 80, acarretando impactos ambientais e culturais irreparáveis como a disseminação da prostituição, do alcoolismo, a ocupação desordenada da região em decorrência da atração de mão-de-obra, construção de estradas que cortaram ao meio terras indígenas, e muitos outros efeitos nocivos ao meio ambiente e às populações tradicionais, não só as indígenas, mas também as quilombolas, seringueiras, ribeirinhas e comunidades rurais locais.

*Verbi gratia*, no caso do Equador, grande parte da culpa residiu com o próprio Governo que, até então, não tinha regulamentado de forma satisfatória a atividade petrolífera em áreas ecológicas e socialmente sensíveis, se furtando a fiscalizar as operações das empresas, permitindo a utilização de tecnologias poluidoras e ultrapassadas. Como consequência, observou-se o desaparecimento da tribo amazônica *Tetete* e a significativa redução da população pertencente à tribo *Cofane*, de 15.000 para 300 indivíduos.

Faz-se necessária uma renovação da mentalidade da indústria, para que práticas e políticas predatórias sejam substituídas por tecnologias ambientais e socialmente responsáveis, do contrário, não só o meio ambiente sai prejudicado, mais também a própria empresa poluidora, tendo em vista o risco financeiro que a atuação em regiões sensíveis representa, quando pressões externas podem resultar na inviabilidade da exploração, além da imagem negativa que acaba se associando à companhia em face à grande repercussão promovida pela mídia e pelas entidades defensoras do meio ambiente e de populações vulneráveis.

Tendo em vista a fragilidade das áreas ricas em biodiversidade e sua relevância para a manutenção da vida humana na terra, em contraste a altíssima capacidade poluidora e destruidora da indústria petrolífera – muito embora de inquestionável importância para a mesma comunidade humana, imbricando-se de tal forma em nosso *modus vivendi* que se tornou parte integrante de nossa cultura e necessidades inafastáveis – é que se faz indispensável a adoção de práticas sociais e ecologicamente saudáveis de modo a compatibilizar a prospecção de hidrocarbonetos em áreas social e ambientalmente sensíveis, como as terras indígenas.

De fato, a partir da década de 90, a sensibilidade social e ecológica de grandes empresas do setor petrolífero pareceu aflorar, começou-se a observar uma modificação positiva nas práticas da IPGN, embora não se tenha, ainda, uma predominância.

Um bom exemplo é o caso da empresa espanhola Repsol YPF, atuante no bloco 16 do Parque Nacional do Yasuní, no Equador, região marcada pela riqueza ambiental e pelo convívio de comunidades indígenas em estado de isolamento. Dentre as inovações da petrolífera destaca-se a manutenção de um constante diálogo com as comunidades nativas acerca das questões mais relevantes atinentes ao seu programa de gerenciamento ambiental, construindo dutos e cabos por vias subterrâneas, adotando especificações segundo o modelo *offshore* de produção (para tanto, todo o espaço em torno do campo é considerado como oceano), com perfurações de poços direcionais e horizontais, reduzindo em muito a superfície florestal ocupada pelas atividades.

Outro exemplo de práticas ecoeficientes na indústria de petróleo e gás é o do consórcio Shell-Mobil, atuante no campo de Camisea, Peru, região de alta sensibilidade ambiental e antropológica em face do vale de Urubamba. Dentre as ações da petrolífera destacou-se a adoção do padrão *offshore* de produção e a adoção de um código de relacionamento com as comunidades locais.

Outras empresas atuantes no setor petrolífero, que desenvolveram suas atividades calcadas em uma política de responsabilidade socioambiental foram: a brasileira Petrobras Energia (PESA), operante no bloco 31 do Parque Nacional do Yasuní, Equador; a franco-belga TotalFinaElf, que operou no campo *Yariapo*, na Amazônia Andina Boliviana; a argentina PlusPetrol, atuante nos blocos 8 e 1-AB no Peru; e a Móbil, Norte-Americana exploradora do bloco 78, também no Peru.

Exemplos como este devem ser sorvidos pelo Brasil quando o País se deparar com a questão do petróleo em terras indígenas, a fim de estruturar um modelo exploratório socioambiental responsável, que concilie a relevância do setor energético com a manutenção do meio ambiente equilibrado e com a proteção aos direitos mais elementares de segmentos sociais etnicamente diferenciados que vivem um estilo de vida tradicional, destacado da sociedade envolvente e inexoravelmente estruturado em uma íntima relação com o ecossistema no qual se encontram inseridos, relação esta resgatada pela Constituição Federal como forma de assegurar a dignidade dos membros dessas comunidades em virtude do reconhecimento e proteção à sua identidade cultural singular.

O Brasil é um País de dimensões continentais, rico em diversidade sócio-cultural, e geologicamente propenso à formação de jazidas de hidrocarbonetos em seu subsolo

em virtude da grande extensão de bacias sedimentares que compõem a sua geologia. Dessas bacias, muitas se concentram nas regiões norte e centro-oeste, zona de maior densidade indígena do País, revelando a necessidade de estruturar um regime exploratório socioambiental responsável a fim de compatibilizar o trinômio petróleo/meio ambiente/povos indígenas, de conflito iminente dentro do território nacional.

De fato, diversas rodadas licitatórias realizadas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) culminaram na concessão de blocos exploratórios inseridos na Amazônia Legal, demonstrando a potencialidade produtora da região, destas licitações, a décima rodada, realizada em 2010, ofertou blocos demasiadamente próximos às terras indígenas *Santana* e *Bakairí*, no Alto Xingu, Mato Grosso, levantando o questionamento acerca dos eventuais impactos que estas comunidades sofrerão em face da presença da indústria petrolífera em seus arredores, ainda que o empreendimento não se dê efetivamente em suas terras.

A política ambiental da Agência Reguladora obsta a concessão de blocos exploratórios em regiões de alta sensibilidade socioambiental, no entanto, a elevada proximidade entre os empreendimentos petrolíferos e as terras de tradicional ocupação indígena deve conduzir a uma reflexão acerca da adoção de novas práticas no setor, a fim de assegurar o direito de uma minoria já tão fragilizada por séculos de dominação em ter seu habitat e modo de vida histórico-cultural protegidos de praticas danosas.

Apesar de permitir a mineração em terras indígenas, onde se enquadra a exploração de hidrocarbonetos, a Constituição da República preestabelece condições essenciais a serem observadas quando em face desses empreendimentos em território tapuío. Dentre eles, a edição de uma lei específica dedicada à regulação do tema que, além da autorização do Congresso Nacional e participação dos silvícolas no resultado da lavra, preveja a oitiva das comunidades impactadas e, logicamente, observe os direitos fundamentais dessas comunidades, que tem na identidade cultural o maior instrumento de consolidação de sua dignidade.

Com efeito, a Constituição de 88 representou um corte epistemológico decisivo na política indigenista brasileira, rompendo definitivamente com o paradigma da assimilação do índio à civilização nacional, passando a consagrar seu direito fundamento de perpetuar sua singularidade étnica, possibilitando sua reprodução física e cultural. Como instrumento desse direito à identidade cultural, a Constituição reconheceu ao índio sua organização social, costumes, crenças e tradições além do direito originário sobre suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas contidos, assegurando-lhes o direito a professar sua religião e falar sua língua, inclusive no que tange à educação.



A estruturação de um sólido sistema de proteção e reconhecimento das tradições históricas e culturais dos índios aliado as limitações constitucionalmente previstas contra a intervenção de não-índios em território aborígene, sobretudo no que concerte a empreendimentos econômicos, como minerários e energéticos, revela a especialidade com que a Constituição de 88 cuidou da matéria, restando evidente as suas intenções em estruturar um modelo diferenciado de exploração minerária em terras indígenas, afastando, por conseguinte, a incidência do Código de Mineração, legislação ordinária voltada à atividade minerária no território brasileiro, bem como a competência do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para a análise da conveniência e oportunidade em conceder, ou não, títulos de pesquisa e lavra mineral em terras indígenas.

Desta feita, a estruturação desde modelo exploratório *sui generis* ficou a cargo do legislador que queda-se inerte nessas duas décadas de Constituição democrática. Dos diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional voltados à regulação da atividade minerária em terras indígenas, apenas o da autoria do Deputado Eduardo Valverde, do PT de Rondônia, se aproxima da dogmática constitucional de proteção aos interesses das comunidades indígenas, afastando a incidência do Código de Mineração e seu vetusto direito de prioridade, consagrando o procedimento de consulta e a palavra final da comunidade impactada, quanto a realização, ou não, do empreendimento em suas terras.

A exclusão da aplicação do Código de Mineração se torna de crucial relevância para a efetivação dos direitos constitucionalmente outorgados às comunidades indígenas brasileiras uma vez que os dispositivos da referida regulação já se mostraram nefastos aos interesses dos autóctones servindo, em verdade, como instrumento de especulação de mercado pelas empresas mineradoras.

Da mesma forma, a realização de um adequado procedimento consultivo junto às comunidades impactadas pelo empreendimento energético se faz indispensável à materialização de sua dignidade humana, consagrando seus direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos de tutela física, cultural e territorial. A adoção do procedimento de consulta por parte do Estado Brasileiro já deveria ter sido posto em prática quando em face de empreendimentos, legislações e decisões que possam afetar diretamente os povos indígenas, dado que o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, através do Decreto 5.051/2004, importante instrumento dedicado aos direitos mais elementares dessas comunidades, dentre eles a consulta prévia. Tendo, inclusive, a Organização das Nações Unidas emitido, em 2010 um relatório chamando a atenção do Brasil quanto a negligência dos direitos humanos dos povos

indígenas impactados pelo complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Pará, justamente pela inobservância do dever de consulta às comunidades.

Por fim, concluímos que, não obstante a Constituição Federal possibilitar a exploração minerária em terras silvícolas desde que observadas algumas condições, o que legitima a exploração de hidrocarbonetos, ela deve ser evitada, funcionando como a última hipótese a ser considerada, a *última ratio*, quando não restem outras reservas que supram a demanda do País, aí sim, a necessidade energética falaria mais alto. Enquanto isto o melhor caminho a ser seguido pelo Governo brasileiro é manter a indústria petrolífera bem longe dos subsolos indígenas, a exemplo da iniciativa vanguardista do Equador, resguardando seus sistemas culturais tradicionais, já tão fragilizados e oprimidos ao longo de cinco séculos de dominação cultural e marginalização social.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Diretrizes Ambientais para a Décima Rodada: Parecer SEMA. Disponível em: [http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes\\_ambientais/Parecis/Parecer\\_MT.pdf](http://www.brasilrounds.gov.br/arquivos/diretrizes_ambientais/Parecis/Parecer_MT.pdf). Acesso em 19 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Relatório de viagem a serviço para realização das atividades da cooperação técnica entre ANP e UKTI.** Mai. 2008. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/doc/gas/Relatorio\\_Viagem\\_UK.pdf](http://www.anp.gov.br/doc/gas/Relatorio_Viagem_UK.pdf). Acesso em 23 mar. 2009.

ARENAS, Luiz Carlos. A luta contra a exploração do petróleo no território U'wa: Estudo de caso de uma luta local que se globalizou. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. [Org]. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BARBOSA, Carla Gonsalves Antunha; BARBOSA, Marco Antônio; BARBOSA, João Mítia Antunha. Direito a diferença na sociedade da informação: Os direitos indígenas na Constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** vol. 20. São Paulo, 2007.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Teoria Jurídica e Desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARRAL, Welber; ASSED, Gustavo. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Direito ambiental e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 13-46.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: Vetores constitucionais.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 145-164.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou nada). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. P. 167-175.

\_\_\_\_\_. **Constituição econômica e desenvolvimento – Uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BÔAS. Hariessa Cristina Villas. **Mineração em terras indígenas: A procura de um marco legal!**. Rio de Janeiro: Editores Roberto C. Villas Boas e Arsênio Gonzáles Martinez, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 20 mar. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do País constitucional ao País neocolonial – A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Marcos César. Os povos indígenas e o direito a terra: O Supremo tribunal Federal e o julgamento da demarcação da terra Raposa Serra do Sol. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BELINATI, Miguel (Coord.). **Inclusão social e direitos fundamentais**. São Paulo: Boreal editora, 2009. p. 261-277.

BUSTAMENAT, Thomas da Rosa. **Tópica e argumentação jurídica**. Revista de informação legislativa. Brasília, jul./set. 2004. p. 153-164.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm). Acesso em 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso em 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 15 de março de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 1.864 de 26 de fevereiro de 1981**. Dispõe sobre a ocupação provisória de imóveis para pesquisa e lavra de petróleo. Disponível em: [http://ibama2.ibama.gov.br/cnia2/renima/cnia/lema/lema\\_texto/HTM-ANTIGOS/18641.HTM](http://ibama2.ibama.gov.br/cnia2/renima/cnia/lema/lema_texto/HTM-ANTIGOS/18641.HTM). Acesso em: 17 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 227 de 28 de fevereiro de 1967.** Código de Mineração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De10227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De10227.htm). Acesso em: 03 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996.** Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm). Acesso em 03 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM601.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm). Acesso em: 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916.** Dispõe acerca do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm). Acesso em 01 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em 02 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.985 de 18 de julho de 2000.** Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm). Acesso em: 03 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Licenciamento ambiental entorno de terras indígenas.** 39º Parecer da Procuradoria Federal especializada. Disponível em: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br). Acesso em 20 ago. 2010.

BRITO, Alírio Maciel Lima de. E outros. Princípio do poluidor pagador e responsabilidade do Estado e das empresas petrolíferas: implicações recíprocas. *In: Direito ambiental aplicado à indústria de petróleo e gás natural.* Organizador: Yanko Marcus de Alencar Xavier e outros. Fortaleza, Ceará: Editora Konrad, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Pesquisa de Projeto de Lei.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/581963.pdf>. Acesso em 10 ago. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais – Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO. **Decisão sobre usina de Belo Monte abre importante precedente.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-fev-13/decisao-usina-hidreletrica-abre-grande-precedente>. Acesso em 21 mar. 2009.

CUNHA, Manoela Carneiro da. O futuro da questão indígena. *In: Estudos avançados.* São Paulo, abr. 1994. p. 121-136. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a16.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2008.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva ; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Proteção à identidade indígena e quilombola: Uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional.** Revista Constituição e garantia de direitos. Natal:Vol. 04, ano II, Fev-Ago, 2011. Disponível em: <http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/issue/view/40/showToc>.

\_\_\_\_\_. **Proteção à identidade cultural no contexto do Neoconstitucionalismo e da abertura constitucional.** Artigo publicado nos anais do Congresso Lusobrasileiro de direito do patrimônio cultural. Ouro Preto, Mar. 2011.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. **O direito penal e o indígena: Aspectos acerca da imputabilidade penal e da competência judiciária.** Revista jurídica *In Verbis*. Ano XIV, 25º Ed. Natal-RN: Janeiro-junho 2009. Págs. 127-139.

\_\_\_\_\_. **A casuística latino-americana de exploração de petróleo em terras indígenas: o desafio da concretização dos direitos humanos em prol das comunidades impactadas.** Revista Direito E-nergia. Ano II, 2ª Ed. Natal-RN: Janeiro-junho, 2010. Pags. 1-20. ISSN 2175-6198. Disponível em: <http://www.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/DireitoE-nergia/article/viewFile/33/69>. Acesso em: 12 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Aspectos jurídicos acerca da exploração e produção de petróleo e gás natural em terras indígenas.** 2009, 96 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

\_\_\_\_\_. **Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal.** Revista Direitos culturais. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. Nº 9. p. 157-178. julho/dezembro 2010. disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>. Acesso em 02 junho 2011.

FERRAREZO FILHO, Paulo. O multiculturalismo nos limites da universalização dos direitos humanos e a emergência de um projeto de solidariedade. *In: Direitos Culturais*. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/23/17>. Acesso em: 03 out. 2010.

FIGUEROA, Isabela. Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência. **Revista internacional de direitos humanos**. Nº 4, ano 3. 2006. Pág. 49-79. Tradução por: Maria Lucia Marques. Disponível em [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/default/files/equador\\_figueroa.pdf](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/equador_figueroa.pdf). Acesso em 10 ago. 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acesso em 04 fev. 2012.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 149-165.

GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do Estado e a Corte Interamericana de Direitos humanos. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Cord.). **Revista Direito Brasileira (RDBras)**. Ano 1, nº 1, jul-dez 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 335-357.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar (2008) **Ordem econômica e Política Nacional de Recursos Hídricos: hermenêutica constitucional para o desenvolvimento sustentável**. (Dissertação de Mestrado) Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 143fls.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre a facticidade e a validade**. Vol. 1. Biblioteca Tempo Universitário. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HADDAD, Cecília de Lara; GARAVELLO, Maria Elisa de Paula. Diferença e identidade do direito socioambiental contemporâneo: Uma análise das consequências da aplicação de normas jurídicas ambientais na manutenção da cultura quilombola. **Revista Direitos culturais**. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. Nº 9. p. 35-48. julho/dezembro 2010. disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>. Acesso em 02 junho 2011.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

\_\_\_\_\_. Constitución y Derecho Constitucional. In: : BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. 2ª Ed. Madri: Marcial, 2001. p. 1-15.

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2ª Ed. Madrid: Marcial, 2001, p. 63-115.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT**. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa). Acesso em: 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Especial Belo Monte – A polêmica da usina de Belo Monte**. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>. Acesso em 10 nov. 2010.

LEITÃO, Sérgio. Mineração em terras indígenas: O imbróglio da regulamentação. In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira**. Doc. Nº06 do Instituto Socioambiental. Jul. 1999. Disponível em:

[http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/14.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf). Acesso em: 25/05/2008. p. 90-98.

LEYEN Bianca de Castro. Eco-eficiência na exploração e produção de petróleo e gás em regiões de florestas tropicais úmidas: o caso da Petrobrás na Amazônia. 2008, 202 f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 57. Disponível em: [http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/bianca\\_castro.pdf](http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/bianca_castro.pdf). Acesso em 19 ago. 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAIA, Márcio Barbosa. A sociedade aberta dos Intérpretes da Dignidade Indígena: o Pluralismo Jurídico Antropológico e a proteção Constitucional do índio. In: **Revista Justiça** – Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal. Nº 3, ano I. Distrito Federal, junho 2009. Disponível em: [http://www.df.trf1.gov.br/revista\\_eletronica\\_justica/junho/artigo\\_Marcio1.html](http://www.df.trf1.gov.br/revista_eletronica_justica/junho/artigo_Marcio1.html). Acesso em 30 set. 2010.

MALLMANN, Germene. As comunidades remanescentes de quilombo e o artigo 68 do ADCT: Propriedade da terra, reconhecimento e cidadania. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Cord.). **Revista Direito Brasileira** (RDBras). Ano 1, nº 1, jul-dez 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pg. 265-290.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em: 11 nov. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 20 ago. 2010.

MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio**. Belém: Editora Cejup, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MOTA, Marcel. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: OMNI Editora, 2006.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NOBRE JÚNIOR. Edilson Pereira. Terras indígenas e aproveitamento de recursos hídricos para fins de exploração energética. In: XAVIER, Yanko Marcios de Alencar e outros (Org.). **Energia e Constituição**. Ceará: Konrad Adenauer, 2009. p. 83-109.



PAPO DE ÍNDIO. **Petróleo, gás, estradas e populações tradicionais no alto Juruá.** Disponível em: [http://www.bibliotecadafloresta.ac.gov.br/biblioteca/papo\\_de\\_indio/60Edilene&Mauro.pdf](http://www.bibliotecadafloresta.ac.gov.br/biblioteca/papo_de_indio/60Edilene&Mauro.pdf). Acesso em 12 ago. 2010.

PEREIRA, Micheli. **Direitos humanos: Univesalismo, indivisibilidade e democracia liberal X Relativismo cultural, globalização e democracia ‘agonista’.** Revista Direitos culturais. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. Nº 9. p. 13-33. julho/dezembro 2010. disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>. Acesso em 29 junho 2011.

PIOVERSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

RICARDO, Fany (Org). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira.** Documento nº 6 do Instituto Socioambiental. São Paulo: Jul. 1999. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/14.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf). Acesso em: 12 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: O desafio da sobreposição.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira.** Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005.

ROCHA, Ana Flávia (Org.). A defesa dos direitos socioambientais no judiciário. São Paulo: Instituto socioambiental (ISA), 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

\_\_\_\_\_. Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas. **Revista de Direito Ambiental.** Vol. 12. 1998.

SANTILLI, Márcio. Terras indígenas na Amazônia brasileira: Subsolo bloqueado por interesses minerários In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira.** Doc. Nº06 do Instituto Socioambiental. Jul. 1999. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/14.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf). Acesso em: 12 ago. 2010. p. 81-89.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em 26 jan 2012.

\_\_\_\_\_. **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Contexto internacional, jan./jun. 2001. Vol. 23. p. 7-34. disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_ContextoInternacional01.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF). Acesso em: 22 maio 2011.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A diferença como sintaxe epocal da pós-modernidade – Apontamentos filosóficos para uma tutela jurídica da diversidade. **Revista Direitos culturais**. Programa de pós-graduação em direito – Mestrado da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Vol. 5. Nº 9. p. 67-74. julho/dezembro 2010. disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>. Acesso em 02 junho 2011.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006.

\_\_\_\_\_. Índios, Convenção nº 169 da OIT e o meio ambiente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1074, 10 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?ID=8499>>. Acesso em 25 jan. 2009.

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. O desenvolvimento nacional sustentável como direito fundamental à luz da Constituição de 1988. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Cord.). **Revista Direito Brasileira (RDBras)**. Ano 1, nº 1, jul-dez 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 27-50.

SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental – Nossa casa planetária**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010. Tradução de Laura Teixeira Motta.

SILVA, Américo Luís Martins da. Populações indígenas ou tradicionais. In: **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2006. P. 138/219.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Hiram Reis e. **Kichwa Sarayacu e a onda separatista Latino-Americana**. Disponível em: <http://www.roraimaemfoco.com/site/content/view/3059/50/>. Porto Alegre, 14 de julho de 2008. Acesso em: 22 jan. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; ARBOS, Kerlay Lizane. **Mineração em Terras indígenas, Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tc.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/30/24>. Acesso em: 10 ago. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 maio 2011.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, João Carlos. **Atuação da ANP na gestão ambiental da indústria do petróleo**. *Rio Oil & Gás*. Rio de Janeiro, 07 out. 2004. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/JoaoTavares07-10-15h.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

TELLO, Ricardo. **O Equador demonstra vontade política para salvar Yasuní**. In: Eco Amazônia. Reportagem veiculada em 10 ago. 2010. Disponível em: <http://oecoamazonia.com/br/reportagens/equador/53-equador-mostra-vontade-politica-para-salvar-yasuni>. Acesso em 19 ago. 2010.

TRIGUEIRO, André (coord.). **Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. 5ª ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGÃO. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.trf1.gov.br/default.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010.

VALE, André Rufino do. **Aspectos do Neoconstitucionalismo**. Revista brasileira de direito constitucional - RDBC. N° 9. Jan/jun. 2007. p. 67-77.

VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. Consultor jurídico. Abril 2010. Acesso em 29 junho 2011. disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=14>

VALLE, Raul Silva Telles do. **Mineração na Amazônia e terras indígenas**. Disponível em: [http://www.justicaambiental.org.br/\\_justicaambiental/pagina.php?id=1833](http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1833). Acesso em 12 ago. 2010.

VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. **Parecer jurídico sobre o APL de mineração em terras indígenas**. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/ParecerAPLMineracaoAbril.pdf](http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/ParecerAPLMineracaoAbril.pdf). Acesso em: 12 ago. 2010.

WINCKEL, Silvana Terezinha; BALBINOTT, André Luiz. Direito ambiental, globalização e desenvolvimento sustentável. *In*: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 47-76.

## ANEXO - 1

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 1.610, DE 1996, DO SENADO FEDERAL, QUE DISPÕE SOBRE A EXPLORAÇÃO E O APROVEITAMENTO DE RECURSOS MINERAIS EM TERRAS INDÍGENAS, DE QUE TRATAM OS ARTS. 176, PARÁGRAFO PRIMEIRO, E 231, PARÁGRAFO TERCEIRO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

### SUBSTITUTIVO

Institui o regime especial para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam o art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição, e o regime de extrativismo mineral indígena, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

#### CAPÍTULO I

##### DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui o regime especial para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas e o regime de extrativismo mineral indígena.

§ 1º Ao regime previsto no caput não se aplica o direito de prioridade, previsto no art. 11 do Decreto-Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Mineração.

§ 2º São nulos de pleno direito, não produzindo efeitos jurídicos, as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários em terras indígenas concedidos antes da promulgação desta Lei.

§ 3º Serão indeferidos de plano, pelo dirigente do órgão gestor dos recursos minerais, os requerimentos de pesquisa e lavra incidentes em terras indígenas homologadas.

§ 4º Os requerimentos de pesquisa incidentes sobre terras indígenas ainda não homologadas serão sobrestados pelo órgão federal competente até a publicação do decreto de homologação.

Art. 2º As atividades de que trata o caput do art. 1º serão efetuadas no interesse nacional e terão prazo determinado.

§ 1º- Não será admitida a atividade de pesquisa e lavra nas unidades de proteção integral, de que trata a Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000.

§ 2º - A pesquisa e lavra mineral em terras indígenas serão autorizadas verificada a essencialidade do bem mineral para as necessidades do país.

#### CAPÍTULO II

##### DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Art. 3º O procedimento administrativo para a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas poderá ser iniciado pelo Poder Executivo ou por pedido de interessado, por meio de requerimento a ser encaminhado ao órgão federal competente.

Parágrafo único. O requerimento de que trata o caput ou o ato do Poder Executivo iniciador do procedimento administrativo deverá conter, obrigatoriamente, o memorial descritivo da área e a classe das substâncias minerais de interesse, previstas no regulamento.

Art. 4º São legitimados para requerer a instauração do procedimento de que trata o art. 3º :

I - órgãos do Poder Executivo federal, em especial o órgão encarregado da política indigenista e o órgão gestor dos recursos minerais;

II – brasileiro, cooperativa e empresa constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País, que atuem na área de mineração; e

III – comunidades, cooperativas e associações indígenas.

§ 1º O pedido do requerente não lhe assegura qualquer direito ou preferência no procedimento licitatório para as atividades de pesquisa e lavra.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, a comunidade indígena deverá estar legalmente representada ou constituída como pessoa jurídica.

Art. 5º As comunidades indígenas potencialmente afetadas serão científicas da instauração do procedimento administrativo para pesquisa e lavra de recursos minerais em sua terra.

Art. 6º Após a verificação da regularidade do pedido, serão elaborados, simultaneamente, pareceres técnicos especializados:

I - sobre potencialidade geológica dos recursos minerais especificados e seu aproveitamento;

II - sobre prováveis restrições e condições à atividade de pesquisa e lavra em terra indígena;

III - sobre possíveis impactos da exploração mineral na comunidade indígena.

§ 1º Os pareceres técnicos de que trata o caput resultarão, respectivamente, em três laudos: geológico, ambiental e antropológico.

§ 2º Os pareceres técnicos de que trata o caput serão elaborados por comissões compostas por, no mínimo, três técnicos, devendo ser submetidos à aprovação das autoridades por eles competentes.

§ 3º Admitir-se-á o aerolevante para balizar o parecer técnico previsto no inciso I do caput deste artigo.

§ 4º- O órgão federal gestor de recursos minerais, em seu parecer técnico, manifestar-se-á sobre a essencialidade do bem mineral para as necessidades do país.

Art. 7º Quando a terra indígena estiver situada em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira deverá ser ouvido o Conselho de Defesa Nacional, nos termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Se o Conselho de Defesa Nacional estabelecer critérios ou condições para o exercício da atividade de pesquisa e lavra em terra indígena, o seu descumprimento poderá implicar a exclusão do concorrente do procedimento licitatório ou a rescisão do contrato de concessão.

Art. 8º Concluídos os pareceres de que trata o art. 6º e a manifestação a que se refere o art. 7º, será ouvida a comunidade indígena potencialmente afetada.

Art. 9º. A oitiva de que trata o art. 8º será promovida com o objetivo de dar conhecimento aos índios, em linguagem a eles acessível, do requerimento de pesquisa e lavra de recursos minerais em suas terras e das implicações dessas atividades na comunidade, para que manifestem sua concordância ou recusa.

§ 1º Participarão da oitiva, necessariamente, todas as etnias da terra indígena, que poderão requerer esclarecimentos adicionais para tomarem sua decisão.

§ 2º A oitiva será realizada na própria terra indígena e dela poderão participar, além do representante do órgão indigenista federal, representantes do órgão gestor dos recursos minerais, do Ministério Público Federal e do Conselho de Defesa Nacional, na hipótese do art. 7º.

§ 3º A concordância dos índios será formalizada em documento a ser assinado pelos representantes da comunidade indígena e dos órgãos que tenham participado da oitiva.

§ 4º Com a recusa dos índios, que será formalizada em documento a ser assinado pelos representantes da comunidade indígena e dos órgãos que tenham participado da oitiva, o processo será arquivado, com ciência ao requerente.

Art. 10. As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas dependerão de autorização do Congresso Nacional, que poderá, por meio de decreto legislativo rejeitar, aprovar com ressalvas ou aprovar a solicitação a ele submetida, nos termos do inciso XVI do art. 49 da Constituição Federal.

§ 1º A solicitação de autorização para as atividades de pesquisa e lavra a ser encaminhado ao Congresso Nacional deverá estar acompanhado dos laudos geológico, ambiental e antropológico de que trata o art. 6º, e do termo de concordância da comunidade indígena potencialmente afetada, nos termos do art.

9º, § 3º.

§ 2º A solicitação de autorização conterá o memorial descritivo da área a ser autorizada, nos termos definidos pelos órgãos federais competentes, e especificará, obrigatoriamente, a classe das substâncias minerais e o prazo de vigência do futuro contrato de concessão.

Art. 11. Se o Congresso Nacional não autorizar as atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, o processo será arquivado, com ciência ao requerente e à comunidade indígena potencialmente afetada.

Art. 12. Na hipótese de ser autorizada pelo Congresso Nacional a realização das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, será publicado o respectivo Decreto Legislativo e proceder-se-á à licitação, que observará o disposto nesta Lei, no decreto que a regulamentar e no respectivo edital.

### CAPÍTULO III

#### DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Art. 13. Somente poderão habilitar-se ao procedimento licitatório para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas:

I - brasileiro;

II - empresa constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País;

III - cooperativa ou associação indígena que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos em ato conjunto do órgão gestor dos recursos minerais e do órgão encarregado da política indigenista.

Parágrafo único. As comunidades indígenas, atendido o disposto no § 2º do art. 4º, poderão unir-se a empresas com experiência na atividade mineradora para participar do procedimento licitatório instituído por esta Lei.

Art. 14. O edital da licitação será acompanhado do memorial descritivo da área a ser concedida e da minuta do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente:

I - o prazo de duração do contrato de concessão;

II - o prazo estimado para a duração da fase de pesquisa;

III - as atividades mínimas a serem desenvolvidas e os investimentos a serem alocados na fase de pesquisa;

IV - as participações governamentais mínimas, na forma do disposto no art. 17;

V - o valor da renda a ser paga pela ocupação e retenção da área, por hectare ocupado;

VI - o valor mínimo a se pago pelo direito de uso da água;

VII - o percentual de participação da comunidade indígena afetada no resultado da lavra;

VIII - a relação de documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para o julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

IX - a expressa indicação de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por servidões necessárias ao cumprimento do contrato;

X - o prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e demais elementos e informações necessários à elaboração das propostas, bem como o custo de sua aquisição;

XI - a classe das substâncias minerais a serem pesquisadas e lavradas; e

XII - outras condições relativas à proteção dos direitos e interesses da comunidade indígena afetada.

Parágrafo único. Na fixação dos prazos de duração do contrato e das fases de pesquisa e lavra, referidos nos incisos I e II deste artigo, serão observados, dentre outros aspectos: a classe da substância a ser pesquisada e lavrada, o nível de informações disponíveis sobre o ambiente geológico, as características e localização de cada área, o laudo antropológico, e o termo de concordância da comunidade indígena potencialmente afetada.

### CAPÍTULO IV

#### DO JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

Art. 15. No julgamento da licitação será identificada a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista do interesse público, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital e com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os interessados.

Art. 16. Além de outros critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta no julgamento da licitação:

I - o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os valores mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros;

II - o valor pelo uso da água, valor da renda pela ocupação e retenção da área e o percentual de participação a serem pagos à comunidade indígena afetada;

III - as participações governamentais referidas no art. 17 desta Lei;

IV - oferta de projetos de compensação social à comunidade afetada;

§ 1º O edital conferirá peso aos critérios previstos nos incisos deste artigo.

§ 2º Em caso de empate, a proposta vencedora será aquela que obtiver a maior pontuação no critério de maior peso, em escala decrescente. Persistindo o empate, a licitação será decidida por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados.

Art. 17. As participações governamentais deverão estar previstas no edital de licitação e consistem em:

I - bônus de assinatura, que corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão devendo ser pago no ato da assinatura do contrato;

II - compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos termos da Lei nº 7.990 de 28 de dezembro de 1989;

III - participação especial, devida nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, a ser estabelecida em regulamento; e

IV - pagamento à comunidade indígena de renda pela ocupação e retenção da área por hectare ocupado até o início da lavra e, à União, de taxa anual, por hectare, admitida a fixação em valores progressivos em função da substância mineral objetivada, extensão e localização da área e outras condições, respeitado o valor mínimo de R\$ 2,00 (dois reais) e máximo de R\$ 4,00 (quatro reais) atualizados anualmente, mediante ato do Poder Executivo.

Art. 18. A receita decorrente da participação governamental mencionada no inciso III do art. 17 será alocada à conta do Fundo de Compartilhamento de Receitas sobre a Mineração em Terras Indígenas, nos termos do regulamento.

§ 1º À compensação financeira de que trata o inciso III do art. 17 será acrescida de 2% (dois por cento) destinados ao Fundo do Exército, criado pela Lei N.º 4.617, de 15 de abril de 1965.

§ 2º o percentual de 2% (dois por cento) instituído no parágrafo anterior e destinado ao Fundo do Exército será estabelecido da seguinte forma:

I – 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) será subtraído da participação dos estados (art.1º, I, Lei N.8.001, de 13 de março de 1990).

II- 0,8% (oito décimos por cento) será subtraído da participação dos municípios (art.1º, II, Lei N.º 8.001, de 13 de março de 1990).

## CAPÍTULO V

### DA CONCESSÃO

Art. 19. A concessão obriga o concessionário a executar a pesquisa mineral por sua conta e risco e, em caso de êxito, a promover o aproveitamento econômico da jazida no polígono estabelecido, conferindo-lhe a propriedade do produto da lavra.

Art. 20. A concessão de que trata esta Lei subordina-se à legislação ambiental vigente, devendo o concessionário obter, junto ao órgão ambiental federal competente, as licenças necessárias a cada fase decorrente do contrato.

§ 1º As licenças de que tratam o caput só serão emitidas depois da realização, pelo concessionário, do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) e da apresentação ao órgão ambiental federal competente do plano de recuperação da área afetada pela mineração.

§ 2º O Termo de Referência para o EIA-RIMA receberá subsídios do órgão encarregado da política indigenista.

§ 3º O EIA-RIMA necessariamente terá audiência pública com condições plenas para a participação da comunidade indígena.



## CAPÍTULO VI

### DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Art. 21. Finalizado o procedimento licitatório o vencedor firmará com a União o contrato de concessão para a execução das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, que deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora.

Parágrafo único. O licitante vencedor não tem direito subjetivo à celebração do contrato de que trata o caput, se esse, em razão de fatos supervenientes, devidamente comprovados, vier a contrariar o interesse público.

Art. 22. Os direitos minerários decorrentes do contrato de concessão não poderão ser cedidos, transferidos ou arrendados.

Art. 23. O cumprimento do contrato de concessão será acompanhado e fiscalizado pelos órgãos federais competentes e auditoria externa independente.

§ 1º. No acompanhamento de que trata o caput, os órgãos responsáveis anotarão em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, formulando exigências à regularização das faltas e inadimplementos observados, bem como a aplicação das sanções previstas.

§ 2º - A auditoria externa independente de que trata o caput será contratada pela comunidade indígena afetada e paga pelo concessionário.

Art. 24. O concessionário poderá requerer a suspensão do contrato, em caráter excepcional, o que só poderá ocorrer após manifestações expressas dos órgãos federais competentes.

## CAPÍTULO VII

### DAS FASES DE PESQUISA E LAVRA

Art. 25. O contrato de concessão deverá prever as fases de pesquisa e lavra.

Art. 26. Incluem-se na fase de pesquisa as atividades de avaliação de eventual descoberta de recursos minerais, para quantificação da jazida e determinação da exequibilidade técnico-econômica para a lavra.

§ 1º Em caso de êxito na pesquisa o concessionário submeterá à aprovação do órgão federal competente os seguintes documentos:

- I - relatório circunstanciado dos trabalhos realizados;
- II - comprovação da existência da jazida, com as medidas das reservas e teores das substâncias minerais úteis encontradas;
- III - plano de aproveitamento para a lavra; e
- IV - projetos de desenvolvimento e produção.

§ 2º O órgão federal gestor de recursos minerais de que trata o § 1º deste artigo emitirá parecer conclusivo sobre o plano de aproveitamento econômico e os projetos nele referidos e, se julgar necessário, formulará exigências.

Art. 27. A fase de lavra inclui as atividades de desenvolvimento da mina, de extração das substâncias minerais úteis e de seu beneficiamento

Art. 28. Sobre o produto da lavra incidirão encargos relativos aos tributos e demais participações e compensações legais ou contratuais.

Art. 29. Na hipótese de ser encontrada substância de classe diversa da autorizada, o concessionário, obrigatoriamente, comunicará a descoberta ao órgão federal competente, para fins de aditamento ou de abertura de novo processo licitatório.

§ 1º O aproveitamento econômico de substância não prevista no contrato de concessão ficará sujeito ao procedimento estabelecido nesta Lei.

§ 2º O aproveitamento econômico de que trata o § 1º dependerá da comprovação, pelo órgão federal competente, da compatibilidade técnica dos procedimentos de lavra e de nova anuência da comunidade indígena afetada.

§ 3º Se houver aprovação pelo Congresso Nacional será iniciado novo procedimento licitatório, desde que o concessionário não tenha manifestado seu interesse no aproveitamento da nova substância mineral.

## CAPÍTULO VIII

### DAS CLÁUSULAS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO E DAS

### OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO

Art. 30. O contrato de concessão terá como cláusulas essenciais as que estabeleçam:

I - a delimitação da área objeto da concessão;

II - o prazo de vigência do contrato, a duração da fase de pesquisa e as condições para prorrogação desta fase, incluindo o aumento progressivo do valor da renda pela ocupação e retenção da área;

III - o programa de trabalho a ser desenvolvido e o valor do investimento previsto;

IV - as participações governamentais a cargo do concessionário;

V - o percentual de participação no resultado da lavra, pagamentos pelo uso da água e ocupação da terra previstos no edital;

VI - as garantias a serem prestadas pelo concessionário no cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase e contra danos ambientais;

VII - as regras para a desocupação da área, retirada de equipamentos, instalações e reversão de bens e fechamento da mina;

VIII - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução;

IX - as causas de rescisão e extinção do contrato;

X - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais; e

XI - as obrigações decorrentes da atividade minerária;

XII - as formas de acompanhamento e controle da execução do contrato pela comunidade indígena.

Art. 31. O contrato de concessão estabelecerá para o concessionário, dentre outras, as seguintes obrigações:

I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para o aproveitamento da jazida com racionalidade e qualidade, para a segurança dos trabalhadores, das comunidades indígenas afetadas, dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente;

II - comunicar ao órgão federal competente, imediatamente, a descoberta de qualquer ocorrência de substância mineral não contemplada no contrato de concessão;

III - realizar a avaliação da área concedida nos termos estabelecidos no edital, apresentando ao órgão federal competente relatório circunstanciado dos trabalhos de pesquisa, juntamente com o plano de aproveitamento para a lavra, incluindo os projetos de desenvolvimento, produção, o cronograma e a estimativa de investimento;

IV - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar os danos decorrentes das atividades de pesquisa e lavra;

V - ressarcir ao órgão federal competente os ônus que venha a suportar, em consequência de eventuais demandas, motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

VI - adotar as melhores práticas da produção mineral e do controle ambiental e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes;

VII - conduzir as atividades de pesquisa e lavra com observância das normas regulamentares da mineração;

VIII - fornecer ao órgão federal competente relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;

IX - facilitar aos agentes públicos federais a fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização dos recursos minerais e a auditoria do contrato;

X - promover a recuperação ambiental da área afetada pela mineração;

XI - ressarcir aos órgãos federais competentes os ônus suportados com a elaboração dos pareceres técnicos especializados de que trata o art. 6º e com a oitiva de que trata o art. 9º desta Lei, nos termos do regulamento.

## CAPÍTULO IX

### DA EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES

Art. 32. As concessões extinguir-se-ão:

- I - pelo vencimento do prazo contratual;
- II - por acordo entre as partes, reduzido a termo no processo da licitação;
- III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;
- IV - ao término da fase de pesquisa, sem que tenha sido feita qualquer descoberta economicamente viável, conforme definido no contrato.

Art. 33. A extinção da concessão não implicará ônus de qualquer natureza para a União, nem gerará direito de indenização, ao concessionário, pelos serviços e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração do órgão indigenista federal, na forma prevista no contrato.

Art. 34. Extinta a concessão, por qualquer das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos federais competentes.

## CAPÍTULO X

### DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 35. O descumprimento do disposto nesta Lei e das obrigações estabelecidas no contrato de concessão sujeitará o concessionário às seguintes sanções, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica, e demais sanções civis e penais:

- I – advertência;
- II – multa;
- III – interdição das atividades;
- IV – rescisão do contrato.

§ 1º Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§ 2º A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§3º A multa prevista no inciso II não poderá ser inferior a 1% (um por cento) nem superior a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa mineradora.

§ 4º Na impossibilidade de aplicação do critério do faturamento bruto, a multa será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a critério do órgão federal competente.

Art. 36. São infrações administrativas:

- I - o não cumprimento ou o cumprimento irregular ou parcial, não justificado, de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II - o descumprimento do contrato de forma que afete elementos essenciais de proteção do meio ambiente, da sustentabilidade da atividade minerária e dos direitos da comunidade indígena;
- III - o desatendimento das determinações regulares dos órgãos federais competentes, no acompanhamento e fiscalização de sua execução;
- IV - o cometimento reiterado de faltas na execução do contrato, anotadas na forma do parágrafo único do art. 23 e o descumprimento das penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- V - a paralisação da execução da pesquisa ou lavra, sem a autorização dos órgãos federais competentes, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- VI - o descumprimento, total ou parcial, da obrigação de pagamento, aos índios, de renda pela ocupação e retenção da área e da participação no resultado da lavra e dos subprodutos comercializáveis dos minérios extraídos, nos termos do art. 42; e
- VII - a manutenção dos trabalhadores em condições degradantes de trabalho ou análogas à de escravo ou a exploração do trabalho de crianças e adolescentes.

Art. 37. Se o concessionário, no início do procedimento administrativo, ocultar o conhecimento da existência de substância mineral de classe não prevista no contrato, este será rescindido, devendo o concessionário responder por perdas e danos e multa.

Art. 38. Os valores arrecadados com a aplicação das multas previstas nesta Lei terão a seguinte destinação:  
I - cinquenta por cento ao Fundo de Compartilhamento de Receitas sobre a Mineração em Terras Indígenas;  
II - vinte e cinco por cento ao órgão indigenista federal; e  
III - vinte e cinco por cento ao órgão gestor dos recursos minerais.

Art. 39. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nos incisos I a IV do art. 35 será formalmente motivado, assegurado ao concessionário o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares de necessária urgência.

§ 1º Não será instaurado processo por infração administrativa antes da notificação do concessionário e da fixação de prazo para correção das falhas e transgressões apontadas.

§ 2º Instaurado o processo administrativo e comprovada a infração, a aplicação da penalidade cabível será efetuada por ato do poder concedente.

Art. 40. São causas de rescisão direta do contrato, por ato unilateral e escrito da autoridade competente:

I - as infrações previstas nos incisos IV e VII do caput do art. 36;  
II - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa mineradora, que prejudique a execução do contrato;  
III - a condenação do concessionário em sentença transitada em julgado por crime contra o meio ambiente.

§ 1º O contrato poderá ser rescindido, ainda, por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pelas máximas autoridades da esfera administrativa a que está subordinado o contrato e exaradas no processo administrativo a que se refere.

§ 2º A critério do poder concedente o contrato poderá ser rescindido no caso das infrações administrativas previstas nos incisos I a III e V do art. 36, a depender de sua gravidade.

Art. 41. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

## CAPÍTULO XI

### DOS DIREITOS DA COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA

Art. 42. Fica assegurado às comunidades indígenas afetadas:

I - pagamento pela ocupação e retenção da área objeto do contrato de concessão; II - participação nos resultados da lavra e dos sub-produtos comercializáveis dos minérios extraídos;  
III - indenização pelos eventuais danos e prejuízos causados em razão da ocupação da terra para fins de servidão de pesquisa ou lavra.

Art. 43. A participação da comunidade indígena fixado no edital, não poderá ser inferior a 3% (três por cento) do faturamento bruto resultante da comercialização do produto mineral obtido.

Parágrafo único. Estende-se aos subprodutos comercializáveis do minério extraído a base de cálculo sobre a qual se define a participação da comunidade indígena no resultado da lavra.

Art. 44. As servidões serão instituídas, dentre outros fins, para:

I - construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias;  
II - abertura de vias de transporte e linhas de comunicações;  
III - captação e adução de água necessária às atividades de mineração;  
IV - transmissão de energia elétrica;  
V - escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento;  
VI - abertura de passagem de pessoal e material, de conduto de ventilação e de energia elétrica;  
VII - utilização das águas sem prejuízo das atividades pré-existentes; e,  
VIII - bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho.

Art. 45. As receitas provenientes dos pagamentos previstos no art. 42 serão depositadas em conta bancária específica em instituição financeira oficial, a ser gerenciada pelas comunidades indígenas afetadas.

§ 1º As receitas de que trata o caput serão aplicadas integralmente na comunidade indígena afetada.

§ 2º O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará, na forma do regulamento.

## CAPÍTULO XII

### DO EXTRATIVISMO MINERAL INDÍGENA

Art. 46. O aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de extrativismo mineral é privativo das comunidades indígenas e será autorizado pelo órgão federal competente por meio de título de outorga mineral.

§ 1º O título de que trata o caput terá validade de até cinco anos, podendo ser prorrogado.

§ 2º O título de outorga mineral não poderá ser cedido, transferido ou arrendado, sendo vedada, ainda, a parceria e a terceirização da atividade extrativista.

§ 3º O aproveitamento de que trata o caput dependerá de autorização do Congresso Nacional.

§ 4º As atividades tradicionais, de subsistência e sem fins comerciais exercidas pelos povos indígenas dispensam autorização do Congresso Nacional e a autorização de que trata o caput.

rt. 47. A atividade de extrativismo mineral indígena sujeita-se à legislação ambiental vigente.

Art. 48. Somente poderão ser aproveitados pelo regime de extrativismo mineral indígena os minerais abaixo nominados:

I - areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação;

II - rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões e afins;

III - argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha;

IV - rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura;

V - ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita e wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvionar, sheelita, demais gemas, rutilo quartzo, berilo, espodumênio, feldspato, micas e outros minerais, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados pelo órgão gestor dos recursos minerais; e

VI - rochas e minerais, in natura, destinados à coleção, pedras decorativas e confecção de artesanato mineral.

Art. 49. O aproveitamento das substâncias minerais mencionadas no art. 48 ficará restrito à área de até cem hectares, limitada a outorga a dois títulos, com vigência simultânea, por comunidade indígena.

Art. 50. O órgão federal competente publicará Portaria de identificação das comunidades indígenas, para os fins previstos nesta Lei.

§ 1º Publicada a Portaria referida no caput, as comunidades indígenas identificadas poderão requerer, junto ao órgão federal competente, o aproveitamento mineral de que trata o art. 46 desta Lei.

§ 2º A Portaria de que trata o caput poderá ser atualizada a qualquer momento, ou sempre que uma nova terra indígena seja homologada.

Art. 51. Aplicam-se ao regime de extrativismo mineral indígena as obrigações previstas no art. 31 desta Lei, à exceção daquelas previstas no inciso III, com as sanções correspondentes.

Art. 52. O descumprimento do disposto neste Capítulo e das obrigações estabelecidas no título de outorga sujeitará o autorizado às seguintes sanções, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica, e demais sanções civis e penais:

I – advertência;

II – multa;

- III – interdição das atividades;
- IV – extinção do título de outorga.

§ 1º Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§ 2º A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§ 3º A destinação dos valores das multas de que trata este artigo obedecerá ao disposto no art. 38 desta Lei.

§ 4º A multa prevista no inciso II do caput deste artigo não poderá ser inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) nem superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Art. 53. Extingue-se o título de extrativismo mineral nos casos previstos no regulamento.

Parágrafo único. Ocorrendo caso fortuito ou força maior o título minerário poderá ser novamente outorgado para a área anteriormente autorizada, desde que atendidas as exigências previstas nesta Lei e no regulamento.

Art. 54. São infrações administrativas, o descumprimento:

- I – de qualquer das condições previstas no título de extrativismo mineral indígena;
- II – das determinações dos órgãos federais competentes no acompanhamento e fiscalização da execução do título;
- III – das vedações previstas no § 2o do art. 46 desta Lei.

Art. 55. O regime extrativista mineral será definido em regulamento.

Art. 56. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 57. Ficam revogados os artigos 44 e 45 da Lei no 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Relator  
Deputado Eduardo Valverde

## ANEXO – 2

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 002/PRES, de 21 de março de 2007.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Disponível em: <http://cafehistoria.ning.com/profiles/blogs/o-presidente-da-fundacao>. Acesso em 02 abr. 2009.

O PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Estatuto, aprovado pelo Decreto no 4.645, de 25 de março de 2003, e Considerando que o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 dispõe ser dever do Poder Público defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações; Considerando que o § 1º do artigo 225 prevê como atribuição do Poder Público, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; Considerando que o artigo 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre suas terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens; Considerando que o § 2º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988 garante o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na Terra Indígena; Considerando que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto no 5.051, de 19 de abril de 2004, principalmente quando dispõe que deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos indígenas; Considerando que, de acordo com a Convenção 169 da OIT, os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, toda vez que forem previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; Considerando que, ainda de acordo com a Convenção 169 da OIT, deverão ser especialmente protegidos os direitos dos povos indígenas aos recursos naturais existentes nas suas terras, abrangendo o direito desses povos a participarem da sua utilização, administração e conservação; Considerando que o artigo 22 da Lei no 6.001, de 19 de dezembro de 1973, prevê o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades das Terras Indígenas tradicionalmente ocupadas; Considerando que a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, dispõe sobre as diretrizes, os objetivos, os fins, os mecanismos, o sistema e os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, entre eles a regulamentação da avaliação de impacto ambiental prevista constitucionalmente Considerando que a Fundação Nacional do Índio, Funai, é o órgão da União legalmente responsável por garantir a posse permanente das Terras Indígenas e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes, de acordo com a Lei no 5.371, de 05 de dezembro de 1967; Considerando que a Funai deve ser enquadrada como órgão setorial, integrante do SISNAMA, de acordo com inciso III, do artigo 6º, da Lei no 6.938/81, pois é órgão da Administração total ou parcialmente associada às atividades de preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso de recursos naturais; Considerando, que é conferido à Funai o exercício do poder de polícia nas Terras Indígenas e nas matérias atinentes à proteção do índio, de acordo com o inciso VII, artigo 1º da Lei no 5.371, de 05 de dezembro de 1967; e Considerando, por fim, que as ações voltadas à proteção ambiental das Terras Indígenas e seu entorno destinam-se a garantir a manutenção do equilíbrio necessário à sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas devem contemplar, de acordo com o artigo 9º do Decreto no 1.141, de 5 de maio de 1994, o controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, mesmo daquelas desenvolvidas no entorno das Terras Indígenas,

RESOLVE:

Art. 1º Estabelecer normas sobre a participação da Funai no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de impacto no meio ambiente das Terras Indígenas, na cultura e povos indígenas.

Art. 2º Para efeito da presente instrução normativa os empreendimentos ou atividades efetiva ou potencialmente causadora de impacto ou degradação do meio ambiente das Terras Indígenas, da cultura e dos povos indígenas são aquelas:

I. Localizadas em Terras Indígenas;

II. Listadas com tal pela resolução CONAMA no 237, de 19 de dezembro de 1997, destacando-se;

a) Os aproveitamentos de recursos hídricos, inclusive os potenciais energéticos, hidrovias, fontes de lazer, irrigação, os utilizados para escoamento final de produção industrial, agrícola e exploração pesqueira nas bacias hidrográficas cujas Terras Indígenas estão localizadas;

b) estradas de rodagem e acesso, que cortam ou estão localizadas no entorno das Terras Indígenas e aquelas utilizadas pelos povos indígenas;

c) mineração nas Terras Indígenas e entorno, em qualquer situação (em escala industrial ou não);

d) Transmissão de energia (dutos e linhas de transmissão);

e) Atividades de turismo e lazer.

Art. 3º A Funai deverá ter como princípios na análise dos procedimentos de licenciamento ambiental a que se refere esta instrução normativa:

I. a precaução pela sociobiodiversidade;

II. a autonomia dos povos indígenas;

III. o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições;

IV. os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam;

V. o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas Terras Indígenas;

VI. a inalienabilidade, indisponibilidade das Terras Indígenas e imprescritibilidade dos direitos sobre elas;

VII. a vedação da remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nas hipóteses previstas constitucionalmente;

VIII. a participação livre dos povos indígenas interessados, mediante procedimentos apropriados, respeitando suas tradições e instituições representativas;

IX. a cooperação com os povos indígenas; e

X. a prevenção, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sócio-culturais.

Art. 4º À Coordenação-Geral de Patrimônio Indígena e Meio Ambiente, CGPIMA/FUNAI, é atribuída a responsabilidade pelo acompanhamento dos empreendimentos e atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente das Terras Indígenas, da cultura e dos povos indígenas, conforme Resolução CONAMA no 237, de 19 de dezembro de 1997, e o respectivo procedimento de licenciamento ambiental.

§ 1º Qualquer documento recebido pelas Administrações Executivas Regionais, Núcleos de Apoio Local ou Posto Indígena sobre licenciamento ambiental deverá ser imediatamente encaminhado à CGPIMA.

§ 2º A Diretoria de Assuntos Fundiários/Funai deverá encaminhar à Diretoria de Assistência, que por sua vez encaminhará à CGPIMA, as solicitações de atestados administrativos ou outros requerimentos cuja finalidade seja a instauração de empreendimentos ou atividades de que trate o artigo 2º desta Instrução.

§ 3º A CGPIMA deverá receber petições e solicitações de acompanhamento de empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente das Terras Indígenas, da cultura e dos povos indígenas de:

- a) comunidades indígenas;
- b) organizações indígenas;
- c) organizações constituídas legalmente no Brasil cujo objetivo social tenha pertinência com a defesa dos povos indígenas ou a proteção do meio ambiente.
- d) Órgãos licenciadores;
- e) Ministério Público Federal; e
- f) Demais interessados.

Art. 5º Recebida comunicação ou solicitação de acompanhamento de obra ou atividade de que trata a presente Instrução, a CGPIMA fará o processamento de admissibilidade, pelo qual será constatada a correspondência com os critérios elencados no artigo 2º e a natureza do impacto ambiental e social, ainda que preliminarmente.

Art. 6º Compete ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, Ibama, de acordo com o artigo 4º da Resolução CONAMA no 237, de 19 de dezembro de 1997, o licenciamento de empreendimentos ou atividades com impacto ambiental e sócio-cultural em Terras Indígenas.

Art. 7º Entendendo a Funai que a obra ou atividade analisada é potencialmente causadora de degradação do meio ambiente das Terras Indígenas, cultura e populações indígenas, deverá ser requerida a imediata transferência do procedimento de licenciamento instaurado nos órgãos licenciadores ambientais estaduais e municipais ao Ibama.

Art. 8º A Funai, por solicitação do órgão licenciador, deverá participar do processo de licenciamento ambiental desde seu início, a partir do cadastro do projeto de empreendimento ou atividade a ser licenciada.

Art. 9º A Funai deve agir em colaboração e parceria com os órgãos licenciadores e responsáveis pelo componente indígena em todas as fases do processo de licenciamento ambiental.

Art. 10 A CGPIMA informará às comunidades indígenas potencialmente afetadas, diretamente ou através das Unidades Locais da Funai e às administrações executivas regionais responsáveis a instauração de procedimento interno de acompanhamento de processo de licenciamento ambiental.

Art. 11 Analisados os documentos do processo de licenciamento a CGPIMA, com o apoio e colaboração das Unidades Locais da Funai, elaborará, com a participação das comunidades indígenas potencialmente afetadas, Termo de Referência para elaboração do componente indígena do Estudo de Impacto Ambiental.



Art. 12 O Termo de Referência deve necessariamente prever:

- I os possíveis impactos ambientais e sociais do empreendimento, bem como a relação dos povos potencialmente afetados com a obra;
- II. os impactos causados por outros empreendimentos que surgem em decorrência do efeito multiplicador do empreendimento estudado;
- III. a contextualização da área de influência do empreendimento, com relação às terras e povos indígenas, baseada nas particularidades técnicas das obras, dos povos potencialmente afetados e do contexto ambiental e regional;
- I. a participação efetiva das comunidades indígenas em todo o processo de levantamento de dados, reflexão e discussão dos impactos;
- V. as relações interétnicas e históricas entre os povos indígenas envolvidos e outros grupos sociais, analisando, de forma dinâmica as relações dinâmicas entre esses grupos sócio-econômicos ao longo do tempo, de forma a estabelecer tendências e cenários;
- VI. a garantia de que os conhecimentos e práticas tradicionais e conhecimento imaterial dos povos indígenas sejam incluídos no processo de avaliação dos impactos ambientais e sócio-culturais, respeitando seus direitos sobre o território, o uso sustentável dos recursos naturais e a necessidade de se proteger e salvaguardar as práticas tradicionais.

Art. 13 A equipe que realizará os estudos de impacto ambiental deverá ser apresentada à CGPIMA e às comunidades indígenas potencialmente afetadas, podendo ser recusadas fundamentadamente.

§ 1º A CGPIMA fará um cadastro de técnicos e instituições que estarão credenciados a realizar os estudos do componente indígena

§ 2º Poderão se cadastrar pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à prestação de serviços de consultoria sobre problemas ecológicos, ambientais e indígenas, bem como a elaboração do projeto, fabricação, comercialização, instalação ou manutenção de equipamentos, aparelhos e instrumentos destinados ao controle de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras.

Art. 14 A CGPIMA acompanhará, diretamente ou através das Unidades Locais da Funai, a realização dos estudos junto às comunidades potencialmente afetadas.

Art. 15 A equipe que realizará os estudos de impacto ambiental não poderá utilizar os conhecimentos e práticas tradicionais e os conhecimentos da biodiversidade e imateriais dos povos indígenas estudados para outros fins que não de análise dos possíveis impactos ambientais, sociais e culturais. Parágrafo único. A utilização dos conhecimentos e práticas tradicionais e os conhecimentos imateriais dos povos indígenas estudados em finalidade diversa da regulamentada na presente Instrução deverá seguir as normas e procedimentos legais.

Art. 16 O empreendedor deverá apresentar o componente indígena do EIA à CGPIMA, que o encaminhará às comunidade indígenas afetadas para considerações e manifestação. Separata do Boletim de Serviço da FUNAI Brasília Ano XX No 06 Março - 2007 Parágrafo único. Às comunidades indígenas afetadas serão encaminhados o componente indígena em sua versão integral e um Relatório em linguagem acessível.

Art. 17 A Funai, após a análise do componente indígena e ouvidas as comunidades indígenas, decidirá:

- a) Considerar insatisfatório, justificadamente, solicitando novo estudo;
- b) Solicitar complementação dos estudos;
- c) Aprovar os estudos.

Art. 18 A CGPIMA poderá solicitar a análise do componente indígena por outras coordenações diretamente envolvidas.

Art. 19 A Funai poderá contratar especialistas de notório saber para auxiliar a análise do componente indígena.

Art. 20 A Funai se manifestará conclusivamente, após a necessária manifestação das comunidades potencialmente afetadas, através de análise técnica encaminhada oficialmente aos órgãos licenciadores. Parágrafo único. Nos casos em que índios isolados sejam potencialmente afetados a Coordenação-geral de Índios Isolados deverá necessariamente se manifestar.

Art. 21 Correrão por conta do empreendedor todas as despesas relacionadas à análise do componente indígena, dentre elas:

- I. Vistorias;
- II. Deslocamentos dos servidores e dos indígenas;
- III. Diárias;
- IV. Reuniões e audiências públicas;
- V. Fortalecimento institucional;
- VI. Despesas eventuais.

§ 1º. A estimativa de despesas deverá ser apresentada pela Funai ao empreendedor no início do procedimento, que recolherá os valores através da Renda do Patrimônio Indígena para início da análise.

§ 2º. A análise do componente indígena terá início até quinze dias após do depósito do valor, podendo ser prorrogado a critério da Funai.

Art. 22 Os atestados administrativos e certidões emitidas pela Funai não poderão ser considerados para fins de licenciamento ambiental, devendo constar em seu conteúdo ressalva nesse sentido.

Art 23 Em complementação a presente instrução normativa fica instituído o Manual de Procedimentos da Funai para os Processos de Licenciamento Ambiental.

§ 1o. O Manual de deverá ser constantemente atualizado pela Coordenação-Geral de Patrimônio Indígena e Meio Ambiente.

§ 2o. O Manual deverá ser divulgado através da internet e de sua distribuição aos interessados.

Art. 24 Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25 Ficam revogadas todas as disposições em contrário.

MÉRCIO PEREIRA GOMES