



Gustavo Niskier

**Conflitos indígenas e projetos de desenvolvimento
econômico**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana e Ambiental da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Engenharia Urbana e Ambiental.

Orientador: Prof. Rafael Soares Gonçalves

Rio de Janeiro

Julho, 2016



GUSTAVO NISKIER

**Conflitos indígenas e projetos de desenvolvimento
econômico**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Engenharia Urbana e Ambiental (opção profissional) pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana e Ambiental da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Rafael Soares Gonçalves

Presidente / Orientador

Departamento de Serviço Social - PUC-Rio

Profa. Danielle de Andrade Moreira

PUC-Rio

Prof. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

FGV

Prof. Márcio da Silveira Carvalho

Coordenador Setorial de Pós-Graduação
do Centro Técnico Científico – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2016.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Gustavo Niskier

Graduado em Direito pela PUC-Rio, 2002. Especialista em Direito Ambiental pela PUC-Rio, 2003. Especialista em Direitos Humanos, Washington College of Law, 2013. Atua desde 2002 em Direito Ambiental, passando pela gestão jurídica de empresas do setor minerário no Brasil e no exterior.

Ficha Catalográfica

Niskier, Gustavo

Conflitos indígenas e projetos de desenvolvimento econômico / Gustavo Niskier ; orientador: Rafael Soares Gonçalves. – 2016.

125 f. : il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Engenharia Civil, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana e Ambiental, 2016.

Inclui bibliografia

1. Engenharia civil – Teses. 2. Engenharia urbana e ambiental – Teses. 3. Direito indígena. 4. Licenciamento ambiental. 5. Consulta prévia. I. Gonçalves, Rafael Soares. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Engenharia Civil. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Urbana e Ambiental. III. Título.

CDD: 624

À Camila B.C. Niskier, minha companheira de jornada
e inspiração para buscar ser melhor, sempre.

Agradecimentos

Ao professor orientador Rafael Soares Gonçalves por ter aceito o desafio de orientar a tese de aluno com formação em Direito, em tema tão polêmico.

Ao professor Oscar Graça Couto, uma referência na área e inspiração permanente no Direito Ambiental. Professor que acompanhou a elaboração deste trabalho, com imprescindível contribuição nos aspectos jurídicos relacionados à matéria.

Aos colegas do Centro Acadêmico Eduardo Lustosa, CAEL PUC/Rio Paratodos. Enquanto houver discussão dentro da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, um de seus representantes estará presente para contribuir.

Resumo

Niskier, Gustavo; Gonçalves, Rafael Soares (Orientador); **Conflitos indígenas e projetos de desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro, 2016. 125 p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Engenharia Civil, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação procura analisar os conflitos indígenas associados a projetos de desenvolvimento e processo de licenciamento ambiental de empreendimentos localizados no interior, ou que afetem terras Indígenas. O trabalho busca realizar uma reflexão jurídica sobre o conceito de indígenas e terras indígenas, avaliando as implicações práticas desse conceito na instalação de projetos de desenvolvimento, e em seus processos de licenciamento ambiental. Como metodologia de pesquisa será feita análise da legislação aplicável, comparada com conceitos antropológicos e jurídicos, análise de decisões judiciais relevantes e casos práticos. Serão apresentadas alternativas de alterações legislativas e sugestões de interpretação legal e constitucional, especialmente relacionados à forma e aos prazos para a condução de processos de demarcação de Terras Indígenas, ao processo de licenciamento ambiental e ao processo de consulta a indígenas. Tais proposições serão apresentadas como sugestões de redução do conflito indígena no país.

Palavras-chave

Direito Indígena; Licenciamento Ambiental; Consulta Prévia.

Extended Abstract

Niskier, Gustavo; Gonçalves, Rafael Soares (advisor); **Indigenous issues and projects on economic development.** Rio de Janeiro, 2016. 125 p. Master Dissertation - Departamento de Engenharia Civil, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Quite a while ago the indigenous population issues stopped receiving secondary treatment on the definition of public policies of investment and development of infrastructure projects.

This change took place, basically, due to factors such as the advance of the frontiers of energy, agribusiness, mining and infrastructure development into remote areas – especially in the North of Brazil, encountering important Indigenous Lands and other areas of interest to this indigenous population, isolated or otherwise.

Development advance over indigenous lands – coupled with the lack of ability by the State and other players to properly anticipate identifying possible conflicts with indigenous populations and treating them adequately, have worsened conflicts with indigenous populations. By conflicts with indigenous populations, I understand it to be conflicts over land and respect for their way of life, which often leads to violence – with or without casualties.

The frightening numbers of this silent war speak for themselves. According to FUNAI (National Indigenous Foundation), the Brazilian indigenous population in 1500 was approximately 3 million individuals. This number had been reduced to 360,000 by 1825.

These numbers can be explained through our history of territorial occupation. The indigenous population was treated as a part of the territory to be dealt with, occupied and cleaned up. The territory “cleansing” – in both in the ecological and human aspects – was how the Brazilian territory was created and, to some extent, continues to be created

In addition, the lack of a centralized discussion forum for indigenous issues has led these important discussions to leave the governmental sphere, to wind up taking place in project environmental licensing procedures – giving project managers the responsibility to answer the demands of these communities.

Therefore, the Environmental Licensing Procedure for development projects has ended up concentrating demands and strategic decisions which are under the responsibility of the State, and only the State should have the authority and ability to resolve them. As these are one of the only opportunities in which indigenous communities are heard, the environmental licensing procedure has unjustly become the discussion forum for issues for which they have no authority to resolve. Concentration of such demands in project environmental licensing procedures has no other consequence than to delay issuance of these licenses.

The inevitable result of this problem is that project managers are often forced to resist often legitimate demands, further delaying project environmental licensing approval procedures, or agreeing to include indigenous policy discussions in its licensing processes, accepting requests that normally would not be up to them to decide – such as financial compensation, payment of monthly “allowances” to the communities, solutions of logistics issues, among others. It has already been reported that such measures are as harmful or even more so to the existence of communities such as “indigenous strongholds” and for preservation of the indigenous ways of life, than the existence of a project itself on their lands.

The objective of this study involves this conflict: presenting part of the discussions related to the indigenous issue, especially associated to economic development, and aiming at bringing legal solutions to contribute to pacify these conflicts.

As research methodology, this study will employ theoretical analysis of relevant aspects related to the indigenous issue. Specific themes divided by chapters will be presented, always with the objective of proposing a legal solution to the indigenous conflict.

In terms of the theoretical approach, an analysis of the applicable legislation and relevant legal decisions will be performed, in comparison with anthropological aspects.

This approach aims at demonstrating how current legislation, academic literature and the positioning of the Courts have difficulty in dealing with the indigenous issue, and how this difficulty directly reflects and relates to actual identified conflicts. Emblematic legal decisions and cases will be presented such as the “Hidrelétrica Belo Monte” (“Belo Monte Hydroelectric Project”), “Raposa Serra do Sol”, and others.

Throughout the study, the principal identified indigenous conflicts in practice will be presented. To this end, we will use news from the media, in addition to actual cases, administrative and legal decisions, among other examples. For each identified conflict, a theoretical solution will be presented. Wherever possible, a legal decision related to the theme will be associated to provide basis practical indication of legal solution.

For that purpose, we will seek to answer the following questions:

Definition of indigenous persons and communities: Who can be considered as an indigenous person? Which are the legal and anthropological criteria to define who are the “indigenous”? What rights come out of this recognition?

Environmental licensing procedure: What is licensing? What are the stages of the process? How do FUNAI and indigenous communities participate in this process? What are the possible conflicts and dilemmas identified in the course of licensing processes?

Indigenous Lands: what are they? What are the stages in creating a “TI” (Indigenous Land), and the effects of each stage? How can this process be improved?

In order to answer these questions, I will first seek to answer the question: “Who is indigenous?” As I will demonstrate, the indigenous identity derives from an individual’s self-awareness, associated to pre-Columbian ascendancy and recognition by a community. However, I will demonstrate that the Law fails to distinguish the acculturation level of this individual to ensure rights due to him or her being recognized as an indigenous person.

Regarding the Indigenous Lands, I will demonstrate that the demarcation process has two stages, the first being a technical evaluation of land boundaries, conducted by FUNAI, and the second a political stage of ratification as Indigenous Land by the Brazilian Presidency’s office. I will also demonstrate that such process seeks to ensure

land tenure to the indigenous communities, by remaining as Federal Government property. Furthermore, I will reveal that this process has a merely declaratory effect, as indigenous land tenure arises from "original rights", prior to the establishment of the State and which, in many occasions, the long period between these two stages (sometimes ten, or even twenty years) may worsen the conflict for lands.

With regard to the environmental licensing procedure, I will demonstrate that every time a project is located within Indigenous Land boundaries, or it can impact such Lands, the indigenous communities and FUNAI must participate in this process. Community participation will occur mainly through a process of free, prior and informed consent – FPIC – to be conducted by the project management group. Through this process, project management must seek the community's participation, leading a bona fide consultation process to reach a consensus or agreement with the communities – whose responsibility would be to accept or reject the project.

However, according to the international rules and the Brazilian Constitution, a potential community refusal will not grant the right of veto. Based on the Brazilian Constitution, it will be up to the Brazilian Congress to decide on the installation of projects within Indigenous Land boundaries, after the consent process has been concluded.

In addition to the consent process, project managers must be responsible for establishing mitigation and impact control measures through a Basic Environmental Program - PBA. This program must have as objective to establish ethnic development measures and other programs exclusively related to project impacts, and avoid transfer of money or products to the communities.

In terms of possible use of Indigenous Lands, I will prove that the Brazilian Constitution limits its involvement to mining and hydroelectric activities, as well as those regarding national security and interest, such as installment of military bases, electricity transmission structure, and others.

As will be demonstrated, there are alternatives in terms of legislation and legal interpretation which, in addition to strengthening the environmental process, may also

help to reduce the number of indigenous conflicts in the country. As proposals to pacify these, I will present suggestions of changes in legislation, especially regarding the method and time frame for conducting processes of Indigenous Land demarcation. With regard to consent processes, this study will aim to clarify the text of the Constitution and laws, in conjunction with anthropological concepts, to pacify discussions and conflicts.

Keywords

Indigenous Law; Environmental Permitting Process; FPIC – Free Prior and Informed Consent.

Sumário

1. Introdução	16
2. Definição de Índio e Comunidades Indígenas	21
2.1. Índios ou comunidades Indígenas?	27
3. Definição de Terra Indígena	31
3.1. O Processo Demarcatório	35
3.2. As Etapas do Processo	40
3.3. Pontos de conflito	46
3.3.1. Do prazo de condução dos processos	46
3.3.2. Indenizações aos proprietários	51
4. Licenciamento Ambiental	55
4.1. Base legal	57
4.2. Procedimentos	61
4.3. Das Entidades Intervenientes	63
4.4. Componente Indígena – procedimentos específicos	67
4.5. Do parecer da FUNAI e seus efeitos	70
4.6. Quanto ao objeto das condicionantes de licenças e medidas previstas no PBA	71
4.7. Participação das Comunidades no Licenciamento Ambiental – procedimento de consulta	72
5. Dilemas decorrentes do Licenciamento Ambiental	81
5.1. Consulta Prévia - <i>Consulta ou Consentimento?</i>	82

5.2. Vinculante?	85
5.3. Forma: como conduzir o FPIC	92
5.4. Legitimidade	99
5.4.1 Aspectos Geográficos	99
5.4.2 Quanto à definição de Terras Indígenas	100
5.4.3 Quanto à legitimidade dos indivíduos	102
5.5 Pagamentos de valores em substituição à implantação de medidas do PBA	103
5.6. Usufruto da Terra Indígena: Direitos e Obrigações	111
6. Conclusão	117
7. Referências bibliográficas	120

Lista de Figuras e Tabelas

Figura 1. Histórico de população indígena no Brasil (FUNAI, 2016).	17
Figura 2. Localização de Terras Indígenas no país (ISA, 2016)	44
Figura 3. Destaques do jornal “Folha de São Paulo” (2016)	47
Figura 4. Destaque do jornal “Epoch Times” (2013)	48
Figura 5. Destaque do jornal “Campo Grande News” (2015)	49
Figura 6. Infográfico PBA Emergencial Belo Monte (ISA, 2015)	105
Figura 7. Trecho do processo judicial 1254-18.2016.4.013901 (2016)	110
Tabela 1. Terras Indígenas no Brasil (FUNAI, 2016)	43
Tabela 2. Área indígena total no Brasil (FUNAI, 2016)	45
Tabela 3. Anexo a PIN 60/2015 – distâncias de TIs	66

Lista de Siglas

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
IBAMA	Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IFC	Cooperação Internacional Financeira
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TI	Terras Indígenas

1

Introdução

Há tempos que a questão indígena deixou de ser tratada de forma secundária na definição de políticas públicas de investimento, desenvolvimento de projetos de infraestrutura e planejamento de crescimento e desenvolvimento de cidades e áreas urbanas.

Tal alteração se deu, basicamente, em razão de fatores como o avanço das fronteiras de desenvolvimento energético, da agroindústria, da mineração e da infraestrutura sobre áreas remotas – especialmente a região Norte do país, encontrando importantes Terras Indígenas (“TIs”) e outras áreas de interesse indígena, de índios isolados ou não. Tal desenvolvimento traz também, a ele atrelado, a urbanização acelerada de tais áreas, seja provisoriamente – no curso do desenvolvimento de projetos, seja de forma definitiva com o início de suas operações.

O avanço do desenvolvimento sobre terras indígenas – somado à inabilidade e leniência do Estado e demais interlocutores em identificar previamente possíveis conflitos e tratá-los de forma adequada – acarretou o acirramento do conflito indígena. Como conflito indígena, entendemos o enfrentamento por terras, pelo respeito ao modo de vida indígena, que não raro acarreta violência – com ou sem mortes. Em pleno Século XXI, somos obrigados a presenciar discussões sobre direito à terra, respeito à população, tradição e ao modo de vida indígena, entre outros aspectos que deveriam há muito ter sido resolvidos no país.

Dentre os principais aspectos que acarretaram o acirramento do conflito indígena, podemos listar tópicos como conceito legal abstrato de indígena, morosidade no processo de criação de Terras Indígenas, confusão entre conceito legal de Terra Indígena e Territorialidade, falta de clareza e regulamentação do processo de licenciamento e consulta em terras indígenas, ausência de um fórum próprio consolidado para discussão das questões indígenas de forma profunda e permanente, com definição de políticas sólidas, além de tantos outros.

Como principal exemplo dos efeitos perversos da morosidade administrativa na definição do conflito indígena está a questão da demarcação de

Terras Indígenas. Conforme será analisado em capítulo específico deste estudo, o processo de criação de Terras Indígenas é bifásico. Em uma primeira etapa é realizada a demarcação da área, e em uma segunda é feita a homologação pela Presidência da República. Entre uma e outra, por vezes, passam-se dez ou vinte anos.

O problema nasce, principalmente, na expectativa que se cria no momento da demarcação da terra. De um lado está o indígena, que aguarda há anos (ou etnia, por vezes, há séculos) a solução ou reparação de um conflito territorial histórico. De outro, “não índios” que investiram tempo e recursos em atividades rurais, e que podem não ter tido relação direta com violação a algum direito indígena. Pessoas que não recebem do Estado resposta eficiente quanto à indenização devida pela desocupação de suas terras, benfeitorias, lucros cessantes etc.

Ao se prolongar a indefinição entre a demarcação e a homologação, inicia-se verdadeiro conflito, com invasões, destruição de propriedades e muitas vezes assassinatos.

Os números assustadores desta guerra silenciosa falam por si sós. De acordo com a FUNAI, a população indígena brasileira no ano de 1500 era de aproximadamente 3 milhões de indivíduos, conforme quadro extraído de sua página eletrônica.¹ Tal número reduziu para em torno de 360.000 indivíduos em 1825 (Figura 1).

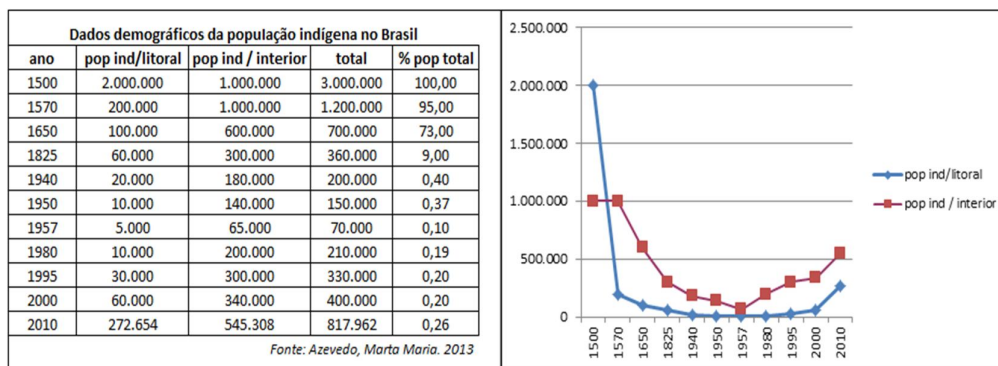


Figura 1 – Histórico de população indígena no Brasil (FUNAI, 2016)

¹ FUNAI. "Índios no Brasil – Quem são". Portal da FUNAI. 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Estes números se explicam em nossa história de “desbravamento”, que parece não ter se encerrado até hoje. “Desbravar”, termo cunhado sobre o sangue indígena, significou “retirar os bravos” ao longo da ocupação territorial brasileira. Os bravos, os índios, foram tratados como parte do território a ser tratado, ocupado, limpo. “Desmatar” e “Desbravar” caracterizam a forma como o território brasileiro foi – e continua, em alguma medida, a ser – criado.

Esses e outros temas não menos importantes, como direito de participação efetiva no processo decisório de implantação de projetos em Terras Indígenas, participação no resultado de empreendimentos localizados no interior de TIs, indenização aos proprietários de terras dentro de áreas demarcadas, entre tantos outros, são parte de uma extensa agenda de discussão, para a qual o governo não consegue responder de forma efetiva, ou sequer criar um fórum adequado para centralização destas demandas.

A inexistência de fórum centralizado de discussão efetiva das questões indígenas faz com que tais importantes discussões saiam do aspecto político governamental, para serem travadas no curso de processos de licenciamento ambiental de empreendimentos – levando ao empreendedor a responsabilidade de responder aos anseios dessas comunidades.

Com isso, o licenciamento Ambiental dos projetos de desenvolvimento acaba por concentrar demandas e decisões estratégicas que são de responsabilidade do Estado, e que somente este teria competência e legitimidade para resolver. Por ser uma das únicas oportunidades em que as comunidades indígenas são ouvidas, o licenciamento ambiental se transforma, inadequadamente, no fórum para discussão de questões que extrapolam a competência do licenciamento. A concentração de tais demandas – muitas vezes sob tutela do próprio órgão indigenista (FUNAI) – no licenciamento ambiental de empreendimentos não tem outra consequência que não a postergação de sua análise.

O resultado inevitável desse problema é o de o empreendedor se ver obrigado a resistir a demandas muitas vezes legítimas, atrasando ainda mais o licenciamento ambiental de empreendimentos, ou concordando em levar a agenda política indígena aos seus processos de licenciamento, aceitando demandas (ou

adotando decisões) que não caberiam a si – como o pagamento de indenizações financeiras, pagamento de “mesadas” às comunidades, solução de questões logísticas, de saúde, entre outras medidas. Já foram identificados casos, como a Hidrelétrica de Belo Monte, a ser avaliado neste trabalho, em que tais pagamentos e transferência de recursos / bens foram tão ou mais nocivas, para a existência de comunidades como redutos indígenas e para a preservação do modo de vida indígena, do que a própria existência de um empreendimento em suas terras.

Por este conflito passa o objetivo do presente estudo: apresentar parte das discussões que surgem dos processos de licenciamento ambiental e buscar trazer soluções jurídicas que contribuam com a pacificação dos conflitos.

Como metodologia de pesquisa o trabalho será conduzido por meio de análise teórica de aspectos relevantes relacionados à questão indígena. Serão apresentados temas específicos separados por capítulos, sempre com o objetivo de propor uma solução jurídica ao conflito indígena.

Para a abordagem teórica será feita a análise da legislação aplicável e de decisões judiciais relevantes, em cotejo com aspectos antropológicos. Esta abordagem tem por objetivo demonstrar como a legislação atual, a academia e o posicionamento dos Tribunais têm dificuldade em lidar com o tema indígena, e como tal dificuldade reflete e se relaciona diretamente com os conflitos identificados na prática. Como decisões judiciais paradigmas serão discutidos e apresentados casos como “Belo Monte”, “Raposa Serra do Sol”, entre outros.

Serão apresentados, ao longo do estudo, os principais conflitos indígenas identificados na prática. Para isso, utilizaremos notícias de órgãos da imprensa, além de casos concretos, decisões administrativas e judiciais, entre outros exemplos. Para cada conflito identificado, será apresentada uma solução teórica. Sempre que possível, uma decisão judicial relacionada ao tema será associada para dar fundamento e indicação prática de solução legal.

As principais questões avaliadas no presente trabalho serão:

- a) Definição de índio e comunidades indígenas: Quem é índio? Quais os critérios da Legislação e Antropologia para definição de indígena? Quais os direitos decorrentes desse reconhecimento?

- b) Licenciamento ambiental: o que é o licenciamento? Quais as etapas do processo? Como se dá a participação da FUNAI e das comunidades indígenas? Quais os possíveis conflitos e dilemas identificados no curso de processos de licenciamento?
- c) Terras Indígenas: o que são? Quais as etapas do processo de criação de uma TI, e os efeitos de cada etapa? Como melhorar o processo?

Os principais pontos decorrentes dessa avaliação dirão respeito à participação das comunidades indígenas no curso do processo de licenciamento ambiental, especialmente quanto à etapa de consulta obrigatória às comunidades.

Para responder a tais perguntas, o trabalho será dividido em dois principais blocos: o primeiro, teórico, no qual apresentarei as definições legais e antropológicas dos temas em debate. Em seguida, serão apresentados os dilemas decorrentes das questões apresentadas.

2 Definição de Índio e Comunidades Indígenas

Em um país miscigenado como o Brasil, a identificação da origem cultural de indivíduos pode ser tarefa árdua. No caso indígena, tal tarefa torna-se ainda mais complexa.

A identificação cultural ou étnica deveria, em tese, tratar-se de ato eminentemente privado, limitado à esfera pessoal do indivíduo. A história já mostrou que tentativas de categorização de populações por origem étnica, religiosa, entre outros aspectos, por força de critérios adotados pelo Estado, tende a criar sociedades fragmentadas, segregadoras e, não raro, racistas.

Diante da controvérsia quanto à categorização de um indivíduo ou grupo de indivíduos pelo Estado, qual a importância e necessidade da definição legal de índios?

Diferentemente de outros povos, como se verá ao longo do presente trabalho, o povo indígena e demais comunidades tradicionais – seja na América do Sul, seja em demais territórios da África ou do “novo mundo” – sofreram ataques sistemáticos ao longo de processos coloniais e de ocupações territoriais. Durante séculos foram forçadamente integrados, caçados, vendo seu modo de vida, suas tradições e seus territórios desaparecerem.

Diante deste cenário, e com o amadurecimento das ciências humanas – especialmente em relação aos direitos e garantias individuais –, os Estados passaram a entender seu papel e responsabilidade na preservação desses grupos. Medidas diversas foram adotadas em todo o mundo, desde a preservação e proteção às comunidades ainda existentes, até a reparação, indenização e devolução de territórios a grupos identificados atingidos.

No Brasil, a previsão constitucional de direitos indígenas surge pela primeira vez na Constituição de 1934, que previu:

Art 5º - Compete privativamente à União (...) XIX - legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Tais direitos foram igualmente destacados nas constituições de 1946 e 1967, que assim previram:

Constituição de 1946:

Art 5º - Compete à União (...) XV - legislar sobre
r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Constituição de 1967:

Art 8º - Compete à União (...)XVII - legislar sobre:

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

As previsões constitucionais acima mencionadas indicaram o início do reconhecimento dos indígenas como detentores de direitos especiais, principalmente relacionados às terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, mesmo sem tratar de como identificar o indígena, ou dos seus direitos individuais, tais constituições indicavam uma orientação estratégica ao tratamento indígena: a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Note-se que o conceito era a “incorporação” – não o respeito, a proteção, ou a preservação de direitos; não o desenvolvimento etnossocial ou a manutenção de tradições, mas a “incorporação”.

Mesmo que não houvesse no texto a indicação de um desejo objetivo no fim da cultura indígena – o que seria contraditório inclusive com as previsões de direito à posse indígena e permanência em suas terras –, a incorporação foi talvez o mais importante princípio orientador de todo o processo de conquista territorial nacional.

A Constituição de 1988, ou “Constituição Cidadã”, inovou em matéria de direitos civis – em natural resposta ao ciclo antidemocrático que dominou o cenário político brasileiro no século XX².

Quanto aos direitos indígenas, a Constituição de 1988 definiu, lado a lado, direitos e garantias individuais, proteção ao meio ambiente, organização política e do Estado, propriedade privada e livre iniciativa, assim como normas sobre os direitos indígenas.

Objetivamente, o que fez a Constituição foi determinar à sociedade brasileira o reconhecimento dos direitos dos índios quanto à sua organização social, crenças, autorreconhecimento e, sobretudo, sobre suas terras tradicionais.

Assim previu a Constituição em seus arts. 231 e 232:

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.

§ 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 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.

§ 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

² Período de 1937 a 1945 – Ditadura Vargas. Período de 1964 a 1985 – Ditadura Militar.

indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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.

A previsão da obrigação do Estado com a preservação da cultura indígena ainda se refletiu em outros artigos, como:

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. 210. (...) § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

A Constituição de 1988 expurgou o conceito de “incorporação”, para trazer o reconhecimento dos indígenas como titulares de direitos especialmente preserváveis, principalmente em relação às características culturais que os distinguem como grupo étnico próprio.

Em sendo um grupo com direitos específicos garantidos constitucionalmente, cabe ao Estado o dever de apontar os meios de identificar estes grupos para que tal proteção os alcance de forma eficiente.

Infraconstitucionalmente, a Lei nº6.001/73 (Estatuto do Índio)³ é o instrumento que regula a organização social, direitos e obrigações indígenas. Todo o conceito de garantia de direitos previstos no Estatuto passa pelo reconhecimento do estado de vulnerabilidade destes indivíduos ou povos, que merecem e devem receber do Estado a devida proteção ao seu modo de vida, a sua cultura e tradição.

Já em seu artigo primeiro, o Estatuto do Índio reforça o conceito da necessidade de preservação cultural indígena, ao afirmar, em seu parágrafo único, que “aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, *resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta lei*”.

³ Recepcionada pela Constituição de 1988.

Ao tratar da identificação de índio, o Estatuto do Índio adotou o conceito da autodeterminação.

Art. 3º (...)

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

Nota-se, contudo, a ambiguidade deste artigo.

Por um lado, a Lei não regula “origem e ascendência pré-colombiana”, o que significa dizer, sob o ponto de vista eminentemente jurídico, que a origem pode ser imediata e direta (pais, apenas um dos pais), ou mesmo indireta (avós/bisavós / tataravós).

Por outro lado, ao incluir a necessidade de reconhecimento do indivíduo pela comunidade indígena específica, abre-se margem para que o autorreconhecimento deixe de ser critério absoluto. Um índio que tenha perdido laços ou vínculos sociais históricos com sua comunidade deixaria de ter o direito de reconhecimento de sua condição de índio, para os efeitos da Lei.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada no Brasil em 19.04.2004 por meio do Decreto nº 5.051, ao tratar de seus critérios de aplicabilidade também referenciou a autodeterminação como condição para identificação da condição indígena. Assim dispõe o inciso segundo do artigo primeiro da convenção:

2. A auto-identificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

Segundo Luis Fernando Villares ⁴, referenciando posicionamento de Ian Chambers em “El Convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas”,

Para a convenção, a ‘consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos’. Ora, se é um critério fundamental, é o critério imprescindível, sem o qual uma pessoa não pode ser considerada como índio, então existem outros não fundamentais, mas que são válidos. Por prever e permitir a existência de outros critérios, a Lei 6.001/73 não foi revogada”.

⁴ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 31.

Adicionando dificuldade ao conceito legal de índio, o critério de identificação/ser identificado como pertencente a grupo étnico indica expressamente que a identidade indígena não tem qualquer relação com localização geográfica do indivíduo ou grupo, ou mesmo seu grau de aculturação.

Veja-se o que expõe dispõe o art. 4º do Estatuto do Índio:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Este aspecto legal indica que, para o Poder Público, a condição de índio não se define pelo aspecto geográfico (se residente em aldeia, vila ou centro urbano), pelas atividades exercidas pelo indivíduo ou mesmo por sua condição social. Para a legislação, a definição de um indivíduo como índio é étnica, cultural e autodeterminada.

Os Tribunais Superiores já consolidaram o entendimento em relação a esse tema. O Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança 30.675⁵, assim se manifestou:

Hoje, a designação de índios integrados, ou em vias de integração ou isolados constitui quando muito metodologia interna da instituição para definição de suas políticas públicas.

Por consequência, tecnicamente, não se fala mais em índio dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente em índio ou não índio.

E para a definição da condição de índio, a antropologia e a lei dão critérios para os quais é irrelevante o grau de integração.

Recentemente, adotando normativo da Convenção OIT 169 o Estado brasileiro (Decreto nº 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente, como critério de identificação, a autoidentificação, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes,

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Registro: 2009/0200796-2. Julgado em 22/11/2011. Relator Ministro Gilson Dipp.

organização, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença.

O conteúdo nuclear desse estado decorre do regime constitucional do art. 231 da CF que relaciona a condição e direitos dos indígenas com a existência de organização, língua, crenças, usos e costumes próprios, pouco importando se são os índios mais ou menos familiarizados com os usos e costumes não índios, ou se possuem documentação e exercem direitos de cidadania não índia.

Da mesma forma se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do caso paradigma “Raposa Serra do Sol”⁶.

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. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Ainda⁷:

O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo índios é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

Fica evidente, portanto, que para o Estado o reconhecimento de um indivíduo como indígena é ação autodeterminada, sendo que sua condição individual – se aculturado ou não, se residente em aldeias ou ambientes urbanos, se descendente direto ou indireto de índios, não importa para o reconhecimento jurídico de sua condição como índio.

2.1 Índios ou comunidades Indígenas?

Adicionalmente, tem-se o conceito de Comunidade Indígena como titular de direitos.

⁶ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet. 3388/RR). Pleno. Relator. Min. Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009.

⁷ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet. 3388/RR). Embargo de Declaração. Julgado em 23.10.2013.

Como já visto, a Constituição, em seu art. 232, dispõe que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

O Estatuto do índio definiu “Comunidades Indígenas ou Grupo Tribal” como “um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados”.

Quanto a este ponto, é fundamental mencionar o posicionamento de Eduardo Viveiros de Castro, professor de Antropologia Nacional no Museu Nacional (RJ), e especialista em etnologia brasileira. Ao buscar responder “quem é índio”, assim se manifestou o professor⁸:

o ponto realmente fundamental na escolha da “comunidade” como sujeito da minha definição fictícia é que o adjetivo “índio” não designa um indivíduo, mas especifica um certo tipo de coletivo. Nesse sentido não existem índios, apenas comunidades, redes de relações que se podem chamar indígenas.

Voltemos, portanto, ao ponto central dos acórdãos já mencionados.

A orientação aparente dos votos é a de que o que se busca proteger é a identidade indígena (cultura, tradições, forma de uso da terra, patrimônio imemorial). É possível que se identifique nesse ponto um conflito teórico aparente de que se procura proteger a identidade indígena coletiva, e não a proteção a um indivíduo que, independentemente de eventual inexistência de ligação sua com qualquer prática ou tradição, se autodeclare indígena.

Referenciando novamente o Professor Eduardo Viveiros de Castro⁹, pesquisadores da UFMG fizeram um levantamento do aporte genético ameríndio na população nacional, descobrindo que ele seria muito maior que o que se imaginava – próximo a 33%. Este dado, considerando a definição legal de

⁸ CASTRO, Eduardo Viveiros de. “No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é”. In: RICARDO, Fany; RICARDO, Beto (Org.). **Povos Indígenas no Brasil 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 47.

⁹ Ibid., p. 45.

ascendência para a identificação de um índio, tenderia à inversão da pergunta para: "Quem não é índio?".

Talvez resida aí, nesta pergunta, o elemento crucial do requisito da autodeterminação reconhecida pelas comunidades, prevista no Estatuto do Índio. Não fosse este reconhecimento, não seria equivocado afirmarmos que 33% da população brasileira teria a proteção constitucional indígena e – quiçá – o direito às terras ancestrais de suas origens genéticas.

Não por outro motivo que Eduardo Viveiros de Castro sedimenta sua resposta a respeito de quem é índio:

Índio é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecida por ela como tal.

Comunidade indígena é toda comunidade fundada nas relações de parentesco ou vizinhança de seus membros, que mantém laços históricos-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas.

Essas discussões, em verdade, levam a uma confusão de princípios que, há muito, precisam de regulamentação. Isto porque a Constituição e a legislação relacionada garantem os benefícios legais ao índio, independente do grau de aculturação ou condição social. Um indígena de 3ª ou 4ª geração, residente em ambiente urbano, com emprego e vida estruturada e integrada à sociedade, mas que mantenha algum tipo de vínculo com uma comunidade indígena reconhecida (e que o reconheça como índio), permanece com os mesmos direitos especiais garantidos aos indígenas em estado de vulnerabilidade.

O único critério para definição de um indivíduo como índio deveria ser o autorreconhecimento. Não há laudo antropológico que defina um indivíduo como índio quando ele assim não se identifica, assim como nenhum critério objetivo legal de reconhecimento cruzado fará um indivíduo recusar sua condição declarada de indígena.

Contudo, os direitos decorrentes de tal reconhecimento deveriam adotar critérios objetivos, relacionados ao estado de vulnerabilidade deste indivíduo. Separar-se, formalmente, o direito de um indivíduo ter reconhecido seu “estado indígena” dos direitos e proteções individuais decorrentes de tal reconhecimento. Um cidadão integrado não tem a mesma vulnerabilidade que um índio aldeado,

com pouco ou nenhum contato com a sociedade maior, mesmo que ambos se conheçam igualmente como índios.

Não se trata aqui de negar o direito de reconhecimento individual indígena, mas de encontrar o adequado equilíbrio entre o reconhecimento e as garantias que decorrerão de tal ato. Este ponto será amplamente discutido nos capítulos seguintes.

Objetivamente, contudo, hoje o reconhecimento de um indivíduo como índio decorrerá de uma ação autodeclarada, com mútuo reconhecimento das comunidades indígenas. E, a partir deste reconhecimento, passará o indígena a receber do Estado toda a proteção especial garantida pela Constituição (sendo ele um indivíduo vulnerável ou não), tendo o direito de participar dos processos de licenciamento ambiental que atinjam terras indígenas ou que possam impactar comunidades indígenas, conforme se verá a seguir.

3 Definição de Terra Indígena

O Brasil foi criado por meio de processo de ocupação territorial típico dos conquistadores Europeus: conquista territorial, anexação jurídica e física de territórios, ignorando direito de posse das populações existentes à época.

Segundo Ana Valéria de Araújo¹⁰:

nos idos de 1500 Portugal considerou todo o território brasileiro como parte integrante do seu domínio. Em razão disso, durante praticamente os dois primeiros séculos da nossa história, não foram feitas sequer considerações sobre a necessidade de se assegurar aos povos indígenas quaisquer direitos territoriais. Simplesmente não se cogitava dar aos “conquistados” nenhum direito.

De acordo com Luiz Fernando Villares¹¹, a dinâmica da ocupação europeia foi talhada no início de forma não hegemônica, mas utilizando alianças com povos indígenas para iniciar a apropriação territorial e a extração dos recursos naturais que justificavam a empresa mercantil.

Segundo Darcy Ribeiro em “Os índios e a civilização”¹², a ocupação territorial brasileira pós-cabraliana é reconhecidamente litorânea, tendo sido iniciada no século XVI pelos núcleos Sudeste (atuais estados de São Paulo e Rio de Janeiro) e Nordeste do país (Recôncavo Baiano e atuais estados de Pernambuco, Paraíba e Alagoas). Por essa razão, as populações indígenas que habitavam o litoral foram as primeiras a sentir o poder e os efeitos da colonização. O contato mais antigo e a política de colonização, efetivada através do extermínio das etnias inimigas e do domínio das comunidades receptivas, fizeram que os povos indígenas ocupantes do litoral fossem completamente extintos. Alguns povos, para escapar da conquista territorial dos novos ocupantes, foram se interiorizando.

Aqui nasce um novo capítulo da conquista territorial. Com a interiorização da ocupação, e a maior resistência das comunidades indígenas, é proclamada a “guerra justa” contra os índios. Este era um conceito romano de *Bellum iustum*,

¹⁰ ARAÚJO, Ana Valéria. "Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento". In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 26.

¹¹ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 46.

¹² RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização. A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 67

quando os romanos entravam em guerra contra uma nação estrangeira que não tivesse atendido, em um prazo determinado, um pedido específico (territorial, patrimonial etc.).

No Brasil, a decretação da guerra contra os índios foi a forma como a coroa Portuguesa conseguiu, definitivamente, justificar a aniquilação indígena e a conquista do território. Com a “guerra justa” era permitido ao exército colonial português matar ou escravizar os índios que trouxessem qualquer resistência ao modelo colonial ou de ocupação territorial.

Assim escreveu Ana Valéria Araújo¹³ sobre o tema:

Só com o Alvará Régio, de 1º de Abril de 1680, é que Portugal reconhece que se deve respeitar a posse dos índios sobre suas terras, por serem eles os seus primeiros ocupantes e donos naturais.

Infelizmente esse Alvará foi muito pouco respeitado, visto que as terras indígenas foram sendo objeto de um continuado e sistemático processo de esbulho por parte dos colonos que, muitas vezes, contavam com apoio explícito – se não estímulo – das autoridades da época ou, no mínimo, com a sua omissão. Um exemplo de apoio explícito foi a edição da Carta Régia de 02/12/1808, que declarava como devolutas as terras que fossem “conquistadas” dos índios nas chamadas Guerras Justas, intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil. A condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa Portuguesa quisesse, já que por terra devoluta pressupunha-se uma terra de domínio público, sem destinação específica. A praxe de considerar devolutas fez escola em nosso país e explica, em grande parte, muitos dos conflitos que se prolongam até hoje.

Associada a esse modelo, em 1891, a primeira Constituição do Brasil República versou, em seu art. 64, sobre a transferência aos estados das terras devolutas situadas em seus territórios.

Considerando o cenário de criação de terras devolutas, muitas decorrentes da Guerra Justa – da ocupação territorial perversa –, transferiu-se aos Estados a titularidade de terras obtidas com grilagem e sangue indígena. Em todo o Norte do Brasil vastas áreas foram transferidas a particulares no final do século XIX, sobre terras sabidamente indígenas.

¹³ ARAÚJO, Ana Valéria. "Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento". In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 27.

Em decorrência deste cenário, e acompanhando a evolução e esforços do legislador constitucional, ganha força no Brasil ainda no início do Século XX a doutrina do indigenato.

João Mendes Junior, precursor da doutrina do indigenato, assim lecionou ainda em 1912:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedmupositio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juris-consulto Paulo (**Dig. Titl. De acq. Vel. Amitt, possess., L.I**), a que se referem Savigny, Moitor, Mains e outros romanistas, mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jurspossidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 01.04.1860 como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - *quianaturalitertenetur abe o quiinsistit*.

Só estão sujeitos à legitimação as posses que se acham em poder do ocupante (art. 3º da Lei de 18.09.1850), ora, a ocupação, como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehension rei nullius* ou *rei derelictae* (confiram-se os civilistas, como referencia ao Dig., *tit de acq. rerum domin., L.3, e tit de acq vel. Animitt poss., L.1*), ora as terras de índios, congenitamente aprovadas, não podem ser consideradas nem como *res nullis*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado¹⁴.

Para o autor, não seria possível admitir a legitimação da ocupação indígena por meio da titulação das áreas, uma vez que o direito dos indígenas é anterior ao seu reconhecimento. Assim, não faria lógica subordinar os índios a qualquer formalidade para legitimar sua posse. Nasce aí o conceito de “Direito Originário”, pré-existente à própria constituição do Estado, prevalecente sobre qualquer outro superveniente – titulado ou não, adquirido de forma legítima ou não.

A Constituição de 1988 abraçou e recepcionou a doutrina do Indigenato, ao estabelecer em seu art. 231 que

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

¹⁴ MENDES JR., João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Irmãos Hennies, 1912, p. 58.

e que “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”.

De acordo com a Constituição Federal, portanto, as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas serão reservadas à sua posse permanente. Em outras palavras, e como garantia constitucional, ao se comprovar a ocupação tradicional de um território, a terra será de usufruto exclusivo dos indígenas, sendo a eles garantida a posse permanente. Não há exceção à posse ou ao direito de uso frente a particulares¹⁵, não há previsão de uso compartilhado. A terra será indígena e nada mais.

O conceito do indigenato foi reconhecido pelo STF, assim como a posse originária. Em julgamento paradigma do caso “Raposa Serra do Sol”¹⁶, assim entendeu o pleno do Tribunal:

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, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". 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. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 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

¹⁵ Haverá exceção diante de atividades de interesse público, como a seguir descrito.

¹⁶ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet . 3388/RR). Pleno. Relator. Min. Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009..

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. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

3.1 O Processo Demarcatório

Antes de tudo o esclarecimento fundamental: a Terra Indígena é uma terra de propriedade da União, sendo garantido às comunidades o direito à sua POSSE permanente. Este ponto, de fundamental importância, não deve levar à conclusão de que aos indígenas é garantida a titularidade das áreas. Não há, no Brasil, o reconhecimento de Território Indígena. O Território tratado na Constituição é o Nacional, dos Estados e Municípios.

Para os antropólogos, contudo, as noções de Território e Terra indígena são conflitantes, e derivam exclusivamente do modelo jurídico/político adotado pela Constituição – e não da realidade social/antropológica identificada em campo. Dominique TilkinGallois, docente do Departamento de Antropologia Social da FFLCH-USP, traduz com maestria a preocupação antropológica deste modelo.

Segundo a autora¹⁷, território não é apenas anterior à terra e terra não é somente uma parte de um território. São duas noções absolutamente distintas. Para justificar tal posicionamento, assim lecionou:

Aparentemente, provar a ocupação continuada de um grupo indígena numa área e, a partir dessa relação histórica, caracterizar um modo de vida indígena a partir de sua adaptação ao ambiente ocupado seria suficiente para configurar a relação que um grupo indígena mantém com esta “sua terra”. Mas não é tão simples, primeiro, porque seria negar o tremendo impacto que a colonização teve sobre as populações indígenas, muitas delas rechaçadas e refugiadas em áreas que não correspondem à sua localização histórica, nem à extinção territorial ocupada antes da dizimação gerada pelo encontro com frentes de colonização. Mas então, bastaria recuperar a documentação comprobatória e a memória do grupo acerca de seu território para apoiar as demandas de demarcação ou revisão de limites das Terras Indígenas? Nessa acepção, terra seria simplesmente uma parcela dentro de um território historicamente mais amplo. Como se sabe, praticamente todos os grupos indígenas perderam grandes porções de seus territórios, fragmentados em

¹⁷ GALLOIS, Dominique Tilkin. “Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?”. In: RICARDO, Fany. (Org.) **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 41.

parcelas que são reivindicadas e demarcadas, num parcelamento que gera novas reivindicações, assentadas no direito constitucional que enfatiza os “direitos originários” dos índios sobre suas terras, independentemente da demarcação.

(...)

Como expuseram vários estudos antropológicos, a diferença entre “terra e território” remete a distintas perspectivas e atores envolvidos no processo de reconhecimento e demarcação de uma Terra Indígena. A noção de “Terra Indígena” diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial.

Objetivamente, portanto, e segundo o posicionamento antropológico, a TERRA INDÍGENA seria apenas uma porção fragmentada de terra dentro de um TERRITÓRIO, território este que foi objeto de pressão colonial, não raro violenta.

E continua a autora:

Em muitos trabalhos acadêmicos, a produção antropológica evidencia um desconhecimento indígena do que seja território, atestando inclusive a inexistência dessa noção para determinados grupos. Nesses casos, a mobilidade espacial funciona como uma espécie de prova de que não há território, ou, como afirma Riviera, de que há “ausência de senso de territorialidade”.

Análises como esta procuram descrever as concepções indígenas a partir de noções abertas de territórios e de limites, extremamente variáveis. Esses estudos também mostram que a ideia de um território fechado só surge com as restrições impostas pelo contato, pelos processos de regularização fundiária, contexto que inclusive favorece o surgimento de uma identidade étnica. Teríamos então de analisar, caso a caso, as respostas dos grupos indígenas à conversão de seus territórios em terras, uma vez que, como sugere João Pacheco de Oliveira: “não é da natureza das sociedades indígenas estabelecer limites territoriais precisos para o exercício de sua sociabilidade. Tal necessidade advém exclusivamente da situação colonial a que estas sociedades são submetidas” (1996:9). Na transformação de um território em terra, passa-se das relações de apropriação (que prescindem de dimensão material) à nova concepção, de posse ou propriedade.

Isso seria dizer, objetivamente, que a noção de Terra Indígena apenas existe em razão do processo colonial. A mobilidade indígena, e seu modo de vida eminentemente nômade ou vinculado a ciclos naturais impediria (ou reduziria) de forma aberta o conceito de Terra Indígena como visto hoje.

Talvez o principal exemplo de existência de uma noção própria de território é o caso Guarani. Como muito bem explorado por Maria Inês Ladeira¹⁸, essa noção é ativada em sua prática de mobilidade territorial, como atesta a intensidade dos laços sociais entre unidades territorializadas ou desterritorializadas. Como mostram os estudiosos destes grupos, território não é uma noção que remete apenas ao espaço físico, mas, sobretudo, a concepções cosmológicas.

Contudo, apesar da justa crítica antropológica, o modelo optado pela Constituição Federal de 1988 foi o de Terras Indígenas, demarcadas em processos conduzidos pelo órgão indigenista, com fronteiras fixas e estabelecidas, nas formas apresentadas pelo Decreto 1.755/96.

Ainda no curso do julgamento do caso “Raposa Serra do Sol”¹⁹, e confirmando este posicionamento, assim dispôs o STF:

A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas às vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

Tem-se, portanto, que mesmo diante da crítica antropológica, o Brasil consagrou o modelo de Terra Indígena. E o critério definidor da demarcação, para atribuir à comunidade a posse, é a ocupação tradicional. Note-se que o verbo trazido pela Constituição é no presente: terras “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”.

¹⁸ LADEIRA, Maria Inês. **Espaço geográfico Guarani-Myabi**: significado, constituição e uso. São Paulo, 2001. 236 p. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – FFLCH, USP.

¹⁹ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet . 3388/RR). Pleno. Relator. Min. Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009.

Exige-se, portanto, para a demarcação, a comprovação do critério permanente e a posse imediata dos indígenas. Não podem – ao menos em tese – os indígenas requererem o reconhecimento de uma área sem que seja aferida, no presente, a ocupação.

Assim julgou o STF em relação ao tema, ainda no caso “Raposa Serra do Sol”:

A Terra indígena no Brasil, por força da definição do art. 231, se compõe de quatro elementos distintos: o primeiro deles:

Art. 231 (...)

§1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente (...)

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse.

Importante salientar que a posse indígena não precisa ser imemorial, como bem ressaltou o professor Luiz Fernando Villares²⁰:

(...) deve-se deslocar a visão da ligação entre o índio que habitava as terras brasileiras no descobrimento (ou ocupação tão antiga que não se guarda na memória) e o ocupante atual. No mesmo sentido: “Direitos originários, portanto, são direitismo cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas como logo percebeu a doutrina e jurisprudência, nada tem a ver com a posse imemorial, anterior ao descobrimento”.

E prossegue o professor²¹: “Seria um total descalabro exigir que um índio estivesse enraizado, negando-lhe o direito do movimento natural do ser humano por melhores condições de vida (...)”. E não poderia ser diferente. Ao contrário, seria como dizer que uma comunidade indígena que buscou fugir, desde os tempos imemoriais, da violência e extermínio não poderia, nunca, ter seu direito à posse reconhecido.

Neste sentido lecionou Paulo de Bessa Antunes²²:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, portanto, não são terras que “imemorialmente” tenham sido ocupadas pelos indígenas. Podem ou não estar nessa condição. O fundamental do conceito é que as terras sejam essenciais ao

²⁰VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

²¹ Ibid., p. 115.

²² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1352.

modo indígena de viver, nada mais. Não se cogita da temporalidade do conceito, observado o dia 5 de outubro de 1988.

O corte temporal exigido é a própria promulgação da Constituição. Entende-se como marco temporal para definição da permanência o dia 05 de outubro de 1988 – data de vigência do ordenamento constitucional.

Este marco foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, novamente no voto do caso “Raposa Serra do Sol”. Assim julgou a E. Corte²³:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Importante aqui citar a súmula 650 do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”

Como bem colocado pelo STF, aldeamentos extintos em passado remoto não justificam pedido de posse de “terras ancestrais”. Como dito, a posse e ocupação indígena devem ser permanentes, com corte temporal em 1988, não se podendo alegar ocupação histórica ou abandonada como fundamento para a criação de TI. O contrário disso seria reconhecer, por exemplo, todo o território do Rio de Janeiro como território indígena a ser demarcado.

A exceção marcada pelo próprio STF, contudo, é a hipótese em que a posse não é exercida justamente por terem os indígenas sido desalojados de forma violenta de sua terra. Aqui, passa a ser importante a análise do caso concreto, e os fatos que justificam a ausência da posse. Assim julgou a Corte no caso “Raposa Serra do Sol”:

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

²³ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet . 3388/RR). Pleno. Relator. Min. Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009.

capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".

Partindo dos conceitos acima, e de que a posse é indígena – sobre a Terra, e o território é nacional –, podemos entender o processo de demarcação da Terra Indígena.

3.2 As Etapas do Processo

A demarcação de Terra Indígena está regulamentada pelo Decreto 1.775/96. O processo é dividido em duas etapas principais: o processo administrativo de demarcação – processo administrativo técnico de responsabilidade da FUNAI –, e a etapa homologatória – ato administrativo político de competência da Presidência da República.

O processo demarcatório encontra-se descrito nos artigos 2 e 3 do Decreto 1.755²⁴:

²⁴ Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

(...)

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

(...)

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões

Conforme previsto no Decreto, cabe ao órgão indigenista (FUNAI) a condução de trabalhos de identificação da Terra Indígena. A FUNAI determinará a constituição de um grupo técnico, responsável pela elaboração de estudos que comprovem a ocupação histórica da comunidade indígena, permitindo a delimitação e identificação da área. Elaborado o relatório circunstanciado, este será apresentado ao presidente da FUNAI para aprovação/publicação na imprensa oficial.

Durante esse período, qualquer interessado poderá se manifestar sobre o processo, apresentando razões favoráveis ou contrárias ao projeto de instituição de Terra Indígena. Finalizado o processo, o Ministro de Tutela dos Indígenas (Ministro da Justiça) poderá, concordando com os estudos, publicar portaria declarando os limites da Terra Indígena e determinando sua demarcação. Poderá, ainda, determinar diligências complementares ou mesmo desaprovar a demarcação. Este é o fim da etapa técnica do processo, iniciando-se a etapa política.

Determinada a demarcação da TI pela FUNAI, caberá à Presidência da República o ato formal de homologação da Terra Indígena. Assim versou o art. 5º do Decreto 1.755/96: "A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto".

instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subsequentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

- I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;
- II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;
- III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

O ato de homologação, apesar de se tratar de ato formal que finaliza e garante a eficácia normativa da demarcação da Terra Indígena, tem efeito apenas declaratório, e não constitutivo.

Conforme mencionado previamente, o direito dos indígenas à posse de suas terras é originário, prévio inclusive à constituição do Estado. Assim, o processo de criação da TI é tratado como “demarcação”. Ele apenas reconhece a existência deste direito originário, e a homologação, como etapa final do processo, não perde tal natureza. Assim entendeu Luiz Fernando Villares²⁵:

Realizada a demarcação física, ela é homologada através de Decreto Presidencial, ato final do procedimento que traz ao mundo jurídico uma nova terra indígena. A homologação é o ato administrativo que reconhece a legalidade de todo procedimento, de caráter meramente declaratório e não constitutivo, pois não cria, extingue ou modifica relações jurídicas. Apenas reconhece a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e, a posse das terras (...).

Homologada a TI, e conforme determinado pela Constituição, serão considerados nulos todos os atos previamente existentes em relação aos imóveis. O Resultado desse processo no Brasil é evidente. Hoje 13% do Território brasileiro é demarcado como Terra Indígena, com área de aproximadamente 105.748.432 hectares, devidamente regularizada. De acordo com a FUNAI²⁶, é a seguinte a área indígena do Brasil hoje (Tabela 1):

²⁵VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 134.

²⁶FUNAI. "Índios no Brasil – Terras Indígenas". **Portal da FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FASE DO PROCESSO	QTDE	SUPERFÍCIE(ha)
DELIMITADA	28	2.386.006,0000
DECLARADA	45	1.531.824,0000
HOMOLOGADA	13	1.501.460,0000
REGULARIZADA	467	105.748.432,0000
TOTAL	553	111.167.722,0000

Tabela 1 – Terras Indígenas no Brasil (FUNAI, 2016)

Reforçando a diferença entre as etapas, trazidas na tabela acima, temos:

- TI delimitada: a TI objeto de estudo e identificação de seus limites, por trabalho técnico da FUNAI;
- TI declarada: A TI, depois de encerrados os trabalhos de delimitação, é declarada como regular pelo Ministro da Justiça, responsável pela tutela indígena;
- TI homologada: Aquela cujo processo administrativo foi finalizado e reconhecido pelo chefe do poder executivo, passando a fazer parte do mundo jurídico como TI de direito;
- TI regularizada: A TI que passou pelas etapas de retirada dos ocupantes não indígenas, com as devidas inscrições nos livros de registros imobiliários.

O mapa abaixo (Figura 2), extraído da página eletrônica do Instituto Socioambiental²⁷, indica a localização das Terras Indígenas no País.

²⁷ Disponível em: http://img.socioambiental.org/d/922082-1/mapa_TI_brasil_2015_A4_2.jpg. Acesso em: 15 jun. 2016.

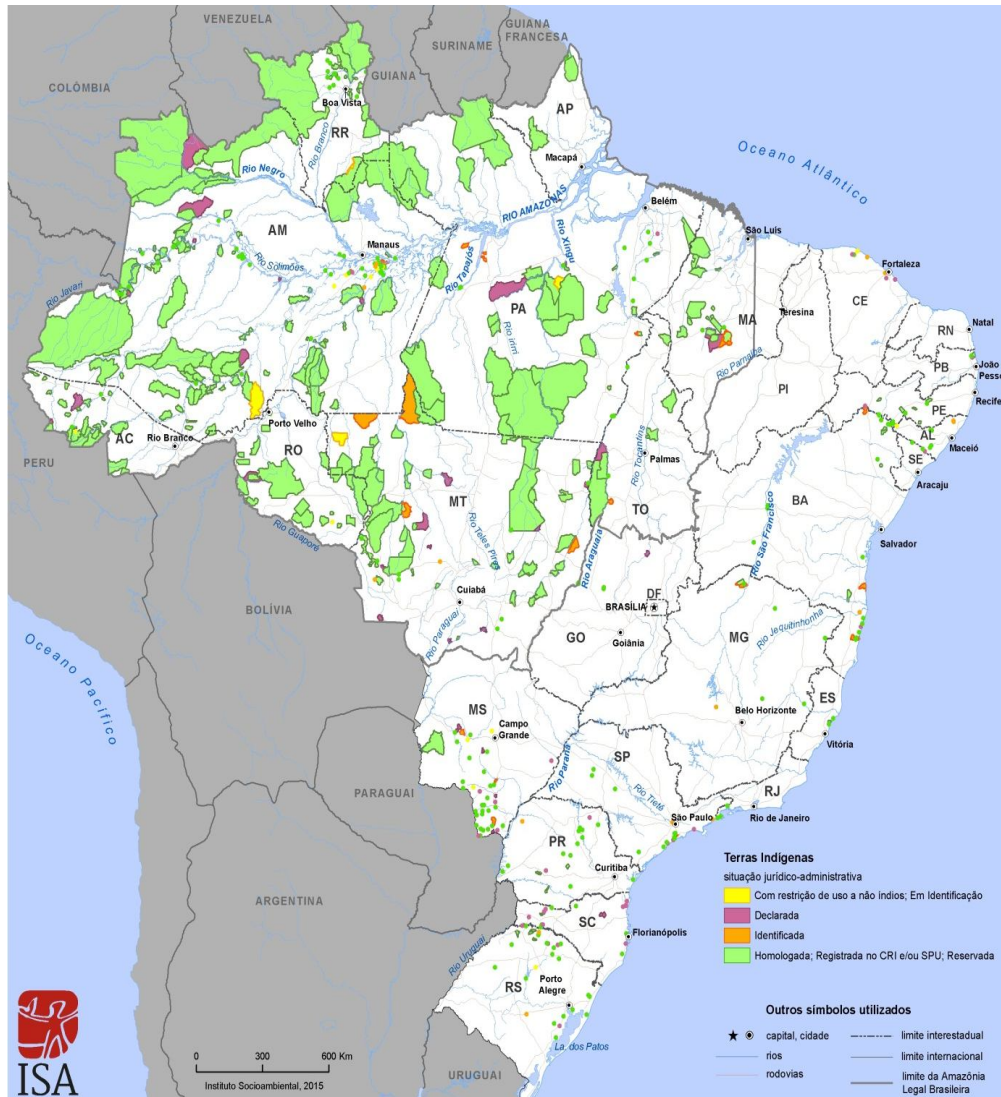


Figura 2 – Localização de Terras Indígenas no país (ISA, 2016)

Note-se que a maior concentração de TIs está na região Norte do país, ainda um reduto preservado, no qual as comunidades indígenas têm maior possibilidade de manutenção de seu modo de vida.

Por fim, e para além das Terras Indígenas, os incisos II e III art. 17 do Estatuto do Índio reputam ainda como Terras Indígenas:

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

De acordo com a FUNAI²⁸, tais terras podem ser descritas como:

Reservas Indígenas²⁹: São terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.

Terras Dominiais: São as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Interditadas: São áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

Ainda segundo a FUNAI, incluindo as terras dominiais e interditadas, seria a seguinte a distribuição das terras indígenas no país (Tabela 2):

MODALIDADE	QTDE	SUPERFÍCIE(ha)
INTERDITADA	6	1.084.049,0000
DOMINIAL	6	31.070,7025
RESERVA INDÍGENA	31	41.014,7811
TRADICIONAMENTE OCUPADA	545	112.362.100,4361
TOTAL	588	113.518.234

Tabela 2 - área indígena total no Brasil (FUNAI, 2016)

Mesmo com toda a crítica ao processo de criação de Terras Indígenas, é fato que hoje 13% do País é constituído de terra demarcada e devidamente regularizada, o que parece ser um resultado que respeita o histórico de ocupação indígena territorial. Evidente que alguns ajustes ainda são necessários, mas definitivamente o caminho está trilhado, e de forma positiva.

²⁸ FUNAI. "Índios no Brasil – Terras Indígenas". **Portal da FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

²⁹ Reservas Indígenas e interditadas atendem ao requisito do inc. II. Terras dominiais atendem ao requisito do inc. III.

3.3 Pontos de conflito

O processo, que em avaliação meramente formal parece simples, traz questionamentos importantes: o primeiro trata do prazo de condução dos processos de demarcação, especialmente entre a finalização da fase administrativa e o Decreto de Homologação; o segundo, das indenizações devidas aos eventuais proprietários de terras na área atingida pelo decreto de homologação.

3.3.1 Do prazo de condução dos processos

Como já dito, o processo de demarcação da Terra Indígena é separado em duas etapas distintas, a técnica e a política, sem que haja previsão de intervenção de uma sobre a outra. Objetivamente, a legislação aplicável não indica um prazo para a conclusão do processo de demarcação, especialmente em relação ao prazo para homologação.

Ao se demarcar uma área, cria-se o imediato entendimento pelas comunidades indígenas de domínio da área demarcada. O aspecto político da homologação não tem qualquer sentido ou significado, passando as comunidades a exigir seu imediato apossamento da terra. Ao mesmo tempo, enquanto não homologado, não índios não reconhecem a terra como indígena, não respeitando seus limites ou o direito de tutela da área pelos indígenas.

O ato homologatório, que concluirá o processo formalmente, pode acabar por levar dez, vinte, ou mesmo trinta anos, sem qualquer solução. Muitas vezes áreas já homologadas não sofrem a devida regularização, permanecendo sob a posse de não índios.

Este prazo longo e indefinido entre a demarcação e homologação acaba gerando muitos conflitos. Por décadas, os jornais brasileiros não cansaram de

trazer notícias trágicas do resultado leniente na condução dos processos de demarcação de Terras Indígenas³⁰ (Figura 3).



Figura 3 – Destaques do jornal “Folha de São Paulo” (2016)

Reportagens recentes dão indicação do atual estágio do conflito, cujo enredo não difere desde o início dos processos de demarcação de terras indígenas (Figuras 4 e 5):

³⁰ Acervo Folha, em 25/05/2016. Disponível em: <http://acervo.folha.uol.com.br>.

Publicado em 25/08/2013 às 16:15 - Atualizado em 25/08/2013 às 16:15

Intensifica-se conflito na Bahia sobre demarcação da Terra Indígena Tupinambá

Por Leonardo Sakamoto, Repórter Especial em Política

[Facebook](#)
[Twitter](#)
[Google+](#)
[LinkedIn](#)



Desde o dia 20 de agosto, a Força de Segurança Nacional está no município de Buerarema, Sul da Bahia, com o objetivo de frear a escalada de violência contra o povo indígena Tupinambá, mobilizado pelo reconhecimento de seus direitos territoriais. Os ataques começaram na noite de quarta-feira (14), quando um caminhão que transportava estudantes da Escola Estadual Indígena Tupinambá Serra do Padeiro foi alvejado em uma emboscada. Ninguém foi baleado, mas estilhaços do para-brisas, que se quebrou, feriram dois estudantes. Nos dias subsequentes, não-índios atearam fogo em veículos de órgãos públicos e em um ônibus escolar.

Apesar da presença policial, a violência continua. No sábado (24), indígenas que vivem na zona urbana de Buerarema tiveram suas casas e bens pessoais incendiados. As imagens, que circularam em [blogs regionais](#), são impactantes. Os Tupinambás vêm recebendo ameaças cotidianas e tiveram parte de sua produção agrícola (cacau e farinha de mandioca) roubada; não-indígenas que os apoiam sofreram tentativas de linchamento; comerciantes identificados com os índios tiveram suas lojas atacadas. Por razões de segurança, os indígenas não têm saído da aldeia, o que impede o acesso a serviços de saúde e acarreta significativos prejuízos econômicos, ao impossibilitar a comercialização da produção agrícola.

Figura 4 – Destaque do jornal “Epoch Times”, 2013.

Os recentes ataques inscrevem-se em um quadro de intenso conflito territorial. O processo de identificação da Terra Indígena (TI) Tupinambá de Olivença teve início em 2004, como resultado de prolongada pressão por parte dos indígenas. Cinco anos depois, a Fundação Nacional do Índio (Funai) aprovou o relatório circunstanciado que delimitou a TI em cerca de 47 mil hectares, estendendo-se por porções dos municípios de Buerarema, Ilhéus e Una, no sul da Bahia. Descumprindo os prazos estabelecidos legalmente, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, ainda não assinou a portaria declaratória da TI, para que o processo então se encaminhe para as etapas finais. De acordo com dados da Funasa para 2009, cerca 4.700 Tupinambás vivem na área³¹.

Ainda³² :

³¹SAKAMOTO, Leonardo. "Intensifica-se conflito na Bahia sobre demarcação da Terra Indígena Tupinambá". *Epoch Times*, 28 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.epochtimes.com.br/intensifica-conflito-bahia-demarcacao-terra-indigena-tupinamba/#.VOC_mGaFPdd. Acesso em: 11 abr. 2016.

³²MALDONADO, Caroline. "Conflito, morte de indígena e CPIs rivais marcaram disputa por terra". *Campo Grande News*, 28 de dezembro de 2015. Disponível em:

Conflito, morte de indígena e CPIs rivais marcaram disputa por terra

Caroline Maldonado

Imprimir Enviar Compartilhar Compartilhar Compartilhar Tweetar G+ Recomendar



Indígenas ocuparam em fazendas de Antônio João, em agosto (Foto: Marco Serrino)

O ano de 2015 não foi muito diferente para comunidades indígenas de Mato Grosso do Sul, quando se fala em disputa de terra. Sem resposta do Governo Federal, eles ocuparam fazendas, vieram novas liminares para despejo, tiroteios, Exército, Força Nacional e mais uma morte, a do Kaiowá Semeão Fernandes Vilhalva, 24 anos, baleado em agosto. O ano teve ainda os “tradicionais” comentários preconceituosos no Facebook e a resposta de jovens indígenas, que estão nas universidades pela realização pessoal e para ajudar suas comunidades. 2015 termina com proposta do governador **Reinaldo Azambuja** (PSDB) para solucionar o conflito e promessas da presidente Dilma Rousseff (PT).



Força Nacional e soldados estiveram em Rãnderu Marangatu após assassinato de indígena (Foto: Marco Serrino)

Veja Mais

> [CPIs abertas na Assembleia vão continuar trabalhos em 2016](#)

> [Indígenas ocupam fazendas, mas “surdos” de fazendeiros e não ocuparam as câmaras](#)

Figura 5 – Destaque do jornal “Campo Grande News”

O ano de 2015 não foi muito diferente para comunidades indígenas de Mato Grosso do Sul, quando se fala em disputa de terra. Sem resposta do Governo Federal, eles ocuparam fazendas, vieram novas liminares para despejo, tiroteios, Exército, Força Nacional e mais uma morte, a do Kaiowá Semeão Fernandes Vilhalva, 24 anos, baleado em agosto. O ano teve ainda os “tradicionais” comentários preconceituosos no Facebook e a resposta de jovens indígenas, que estão nas universidades pela realização pessoal e para ajudar suas comunidades. 2015 termina com proposta do governador Reinaldo Azambuja (PSDB) para solucionar o conflito e promessas da presidente Dilma Rousseff (PT).

Cansadas de esperar pela demarcação, famílias Guarani Kaiowá ocuparam seis fazendas no dia 22 de agosto e foram expulsas de duas delas pelos fazendeiros sete dias depois, em confronto que gerou a morte do jovem. Em um dos episódios do conflito territorial, o deputado federal Luiz Henrique Mandetta (DEM), foi até a Fazenda Piquiri, vizinha a que foi cenário do assassinato de Semeão, na área que os Guarani Kaiowá chamam de Ñanderu Marangatu.³³

Como se pode notar do teor das reportagens, fazendeiros reagem à demarcação de terras indígenas de forma violenta, retratando um modelo que nunca foi totalmente extinto: o massacre de indígenas, o “desbravamento”, a retirada violenta das posses e bens indígenas. Não há ano ou mês em que notícias dessa guerra não sejam publicadas. Mudam as etnias, mudam os Estados, mudam as TIs, mas o enredo desta triste história se mantém.

Ainda mais recente³⁴:

Massacre. A palavra resume o resultado do ataque sofrido na manhã desta terça-feira, 14, pelos Guarani e Kaiowá da terra indígena Dourados-Amambai Peguá, município de Caarapó (MS). Conforme informações de lideranças indígenas e da Fundação Nacional do Índio (Funai), o Kaiowá e agente de saúde indígena Clodiodi Aquileu Rodrigues de Souza, 23 anos, foi assassinado com ao menos dois tiros, morrendo ainda no local. Até a tarde desta terça, seis indígenas foram encaminhados ao Hospital São Matheus, na mesma cidade, alvejados por disparos de arma de fogo, entre eles uma criança de 12 anos, atingida com um tiro no abdômen. (...)

Em filmagens feitas pelos próprios Guarani e Kaiowá é possível ver uma centena de homens armados, queimando motos e demais posses dos indígenas. A maioria dos indivíduos está vestida com um uniforme preto; nas filmagens, é possível ouvir gritos de: “Bugres! Bugres!”, forma pejorativa usada para se referir aos indígenas na região sul do país. Caminhonetes circulam como moscas ao redor dos homens de preto e das enormes fogueiras usadas para incendiar tudo o que antes era o pouco que estes Guarani e Kaiowá possuíam, além da terra tradicional pela qual mais um massacre contra o povo se registra.(...)

Operação Massacre

O ataque foi uma resposta à retomada realizada pelos indígenas de Tey'iKue na Fazenda Yvu, vizinha à reserva. Segundo S.T., liderança indígena que estava no local e pediu para não ser identificada, no último domingo, 12, um grupo de 100 famílias reocupou o território chamado de tekoha Toropaso, onde incide a Fazenda Yvu. "Quando chegamos lá, não tinha ninguém na fazenda, só um funcionário que era indígena. Explicamos nossa luta e ele se propôs a ficar com nós", relata S.T.

São centenas, senão milhares de reportagens no mesmo sentido. Índios invadindo fazendas demarcadas. Fazendeiros atacando índios. E não raro são os índios as maiores vítimas dessa verdadeira guerra rural.

³⁴ CIMI – Conselho indigenista missionário. Em massacre, Guarani e Kaiowá é assassinado e cinco indígenas adultos e uma criança estão hospitalizados em estado grave". **Portal do CIMI**, 14 de junho de 2016. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=8774&action=read. Acesso em: 20 jun. 2016.

O Poder Público, totalmente leniente a respeito do problema, apresenta como única solução a presença policial em terras objeto de conflito indígena. Contudo, algumas alterações legislativas poderiam reduzir o conflito, como:

- i) Prazo máximo para manifestação do presidente da FUNAI quanto ao relatório circunstanciado, sob pena de aprovação tácita.

Com o prazo máximo de manifestação, vinculado à anuência tácita, ficará o presidente da FUNAI obrigado a dar solução ao processo – quer seja para sua aprovação, providências adicionais ou rejeição.

- ii) Prazo máximo para homologação pela Presidência da República. Encerrado o prazo, todas as providências para desocupação da área devem ser iniciadas, como se homologada a área estivesse.

Esta proposta, apesar de não criar obrigação ao chefe do Poder Executivo, permitiria o início do processo de regularização da área – principal e mais complexa etapa do processo. Com isso, diante do risco de ver a regularização iniciada antes da conclusão formal do processo, ficaria o chefe do Poder Executivo obrigado a dar solução imediata ao processo.

- iii) Abertura de processos de demarcação apenas com anuência do chefe do Poder Executivo, depois de elaboração de relatório preliminar.

Por serem previstas etapas do processo com maior eficácia, mesmo sem homologação, é importante que o processo apenas seja iniciado com a anuência do chefe do Poder Executivo (igualmente com prazo máximo de manifestação, sob efeito de anuência tácita). Para isso, seria necessário um procedimento de estudo preliminar, confirmando os requisitos mínimos necessários para a abertura do processo.

3.3.2 Indenizações aos proprietários

De início, é fundamental esclarecer que não há, no sistema legal brasileiro, qualquer previsão de indenização a proprietários ou possuidores de terras demarcadas como indígenas. E não poderia ser diferente.

O parágrafo 6º do art. 231 da Constituição Federal é cristalino: aos proprietários de terras de boa-fé caberá indenização por benfeitorias – e não pelo valor da terra, lucros cessantes, ou qualquer outra indenização relacionada.

Assim versou o referido dispositivo constitucional:

§ 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.

O critério definidor do pagamento de indenizações por benfeitorias, portanto, é a ocupação de boa-fé.

Assim já decidiu o TRF³⁵:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR INDÍGENAS. NULIDADE DOS TÍTULOS. ARTIGOS 20, INC. XI, E 231 - CAPUT, § 1º E § 6º DA CF. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A Constituição Federal estabelece serem bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, inc. XI). 2. Como consequência, o artigo 231 reconhece que os índios têm direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam (caput), cujo conceito é dado pelo § 1º do mesmo artigo. 3. Como complementação da defesa dos direitos indígenas o § 6º do já citado comando constitucional determina serem nulos e extintos, não produção de efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, sem direito a indenização, salvo em relação às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. 4(...) 7. Recurso de apelação da União e remessa oficial providos.

Novamente Luis Fernando Villares³⁶ sepulta qualquer dúvida neste sentido:

A constituição, como já se afirmou, sepultou em definitivo o direito adquirido dos proprietários e ocupantes das terras indígenas, mesmo os que adquiriram ou efetivaram uma situação fática que representou o reconhecimento jurídico posterior, prevendo a extinção e a nulidade de tais atos na nova ordem constitucional. Admite como única exceção a essa regra o direito ao pagamento das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. Exclui qualquer outra pretensão, inclusive impossibilitando o ajuizamento de ações contra a União, que não sobre as indenizações das benfeitorias de boa-fé. A demarcação de terras

³⁵ AC 200104010681089, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - QUARTA TURMA, DJ 29/01/2003 PÁGINA: 427.

³⁶VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 136.

indígenas traz prejuízo para os não índios que a ocupam indevidamente, mas parece, por medida de justiça, que essa ocupação irregular não deva ser indenizada, como determina a regra geral do direito.

Importante lembrar que os possuidores de boa-fé podem ser vários: grandes ou pequenos produtores rurais, ribeirinhos, caboclos (eventualmente descendentes de índios), entre tantos outros grupos de maior ou menor representatividade política ou econômica. E tais grupos, quando ocupantes de boa-fé, não raro adquiriam as propriedades de forma regular e justa, muitas vezes historicamente incentivados pelo próprio Estado em processos de desenvolvimentoregional.

Deste modo, a simples retirada desses grupos, com mera indenização por benfeitorias, pode não recuperar investimentos financeiros realizados ao longo de anos ou décadas, acirrando ainda mais o conflito por terras na região. No caso da indenização aos proprietários, entendo que deve haver previsão de indenização pela terra, sempre que sua aquisição tiver ocorrido de boa-fé.

Especificamente em relação a este ponto, encontra-se hoje em discussão no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional PEC 132/2015. Por meio desta PEC, pretende-se alterar o §6º da Constituição Federal, para possibilitar a indenização aos proprietários de boa-fé não só pelas benfeitorias existentes na área, como também pelo valor da terra nua objeto da demarcação.

Pela proposta da PEC, a redação do § 6º seria:

§ 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 ação contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé e, nas hipóteses ressalvadas expressamente nesta Constituição, quanto ao valor da terra nua e às benfeitorias.

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 67-A:

“Art. 67-A. A União responderá, nos termos da lei civil, pelos danos causados aos detentores de boa-fé de títulos de domínio regularmente expedidos pelo Poder Público relativos a áreas declaradas, a qualquer tempo, como tradicionalmente ocupadas pelos índios e homologadas a partir de 5 de outubro de 2013.

Parágrafo único. Serão indenizados previamente em dinheiro, ou em Títulos da Dívida Agrária, se for do interesse do beneficiário da indenização, e de forma justa os danos decorrentes da responsabilidade a que se refere o caput deste artigo, cujos cálculos serão realizados com base no valor da terra nua e das benfeitorias necessárias e úteis realizadas, mas não serão reparados se a posse atual for injusta e de má-fé.”

Pela referida proposta, a indenização pelo uso da Terra seria prévia à regularização da TI. A proposta tende a pacificar parte do conflito, vez que retiraria o sentimento de “expropriação” dos proprietários de terras, permitindo sua correta e justa indenização por terra adquirida de boa-fé no passado.

Neste ponto, torna-se importante apenas ressaltar a dificuldade de definição do critério de “boa-fé”. Um indivíduo que recebeu de boa-fé como herança uma fazenda objeto de “aquisição originária injusta” teria direito a indenização? Qual seria o corte temporal para a definição da boa-fé? Infelizmente a criação de critérios objetivos para esta análise é tarefa árdua, e não parece haver solução que não a avaliação individualizada, caso a caso, de cada uma das terras objeto de criação de TI.

Tal proposta tem de fato um possível efeito perverso. Ao exigir a indenização prévia dos proprietários, a criação de áreas extensas de terras teria que passar por um estudo orçamentário prévio, que eventualmente poderia impedir a criação das Terras Indígenas por falta de recursos. Ou, ainda, assim como no caso das Unidades de Conservação, há o risco da criação das Terras Indígenas “de papel”, até as devidas indenizações.

Contudo, mesmo diante da crítica, a PEC parece apontar para um caminho de equilíbrio e de ampla justiça. Se por um lado a manutenção da avaliação de criação de novas TIs é inexorável, assim também o é a necessidade de justa indenização para aqueles que, de boa-fé, investiram tempo e recursos – muitas vezes estimulados pelo próprio Estado – no desenvolvimento de suas propriedades ou posses.

4 Licenciamento Ambiental

O princípio contido nos artigos 170³⁷ e 225³⁸ da Constituição Federal nos leva à necessidade de preservação do meio ambiente, não o dissociando da necessidade de garantia do desenvolvimento social e econômico – igualmente um princípio constitucional a ser preservado.

Ao Estado e à sociedade como um todo cabe o cotejo dos interesses na avaliação de casos concretos, quando tais princípios aparentem colidir. Assim já julgou o Ministro Celso de Mello, no curso na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 3.540-1 junto ao Supremo Tribunal Federal³⁹:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente.

Isso significa, portanto, (...) que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...) a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.

Para avaliação desse suposto antagonismo, o licenciamento ambiental se apresenta como o principal instrumento pelo qual a Administração Pública exerce seu dever de controle sobre as atividades que causam, ou possam causar, alterações no meio ambiente. É o meio pelo qual a Administração Pública avalia

³⁷ 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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

³⁸ 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.

³⁹ Julgamento em 01.09.2005, Tribunal Pleno, DJ 03.02.2006, p. 14.

os impactos ambientais de um projeto e as medidas mitigatórias e compensatórias que permitirão sua execução – caso viável.

O objetivo primário do licenciamento ambiental é justamente o de avaliar, e permitir a instalação de empreendimentos, desde que comprovada a possibilidade de compatibilização destas atividades econômicas e desenvolvimento, com a devida proteção ao meio ambiente. Não pode haver desenvolvimento sem a implantação de projetos e atividades econômicas, assim como não há desenvolvimento sem a garantia da preservação e perpetuidade do patrimônio ambiental.

A licença ambiental foge dos conceitos típicos de permissão, licença e autorização previstos no Direito Administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meireles⁴⁰, permissão, licença e autorização seriam:

Permissão:

o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração.

Licença:

O ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p.ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio.

Autorização:

é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porto de arma, o trânsito por determinados locais, etc.

De forma objetiva, o Direito Administrativo diferencia autorização, licença e permissão de acordo com seu grau de vinculação ou discricionariedade, sendo a

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 170.

licença um ato eminentemente vinculado, desde que cumpridas determinadas condições legais preestabelecidas pelo administrado.

Já a licença ambiental guarda características de licença propriamente dita, mantendo, contudo, a discricionariedade típica de uma autorização. Curt Therenppohl⁴¹ ensina que

a licença ambiental deixa de ser um ato vinculado para ser um ato com discricionariedade *sui generis*, citando, como exemplo, que um estudo de impacto ambiental pode apontar um empreendimento como desfavorável e, ainda assim, a autoridade competente proceder a licenciamento, e vice-versa.

4.1 Base legal

Desde o início dos anos 1970, após a Conferência de Estocolmo⁴², vários Estados começaram a adotar procedimentos de análise ambiental previamente à instalação de empreendimentos potencialmente causadores de impactos ao meio ambiente.

Tais procedimentos deram origem ao licenciamento ambiental, consolidado como ferramenta do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA – pela Lei 6.938, publicada em 1981.

A redação original do art. 10 da referida Lei previa que:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

⁴¹ TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Impetus, 2013, p. 34.

⁴² A Conferência de Estocolmo, realizada pela ONU em 1972, foi a primeira reunião de chefes de Estado para tratar de questões ambientais. A Conferência é reconhecida como um marco no ambientalismo, tendo dado início ao movimento ambientalista internacional. Foi com a conferência que se iniciou a discussão sobre a necessidade de equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação ambiental, que evoluíram, com o tempo, para o conceito do desenvolvimento sustentável.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o licenciamento ambiental ganhou *status* constitucional, passando a ser reconhecido em seu art. 225 como o mais importante instrumento de preservação ambiental, conforme se pode ler abaixo:

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I (...)

IV - 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;

Associada à exigência de “estudo prévio de impacto ambiental”, a Constituição atribuiu aos três entes federativos (Estados, União e Municípios) o dever de partilhar a responsabilidade para condução das questões ambientais, tanto no que diz respeito à competência legislativa, como no que concerne à execução/implementação de medidas efetivas de preservação ao meio ambiente⁴³.

A previsão de competência comum entre os entes federativos para o licenciamento ambiental trouxe verdadeira confusão na execução dos processos de licenciamento ambiental. União, Estados e Municípios avocavam seu dever constitucional de preservação ambiental para exigir licenciamentos ambientais sem uma coordenação federativa, sofrendo, não raro, o empreendedor com o dever de duplos, às vezes triplos licenciamentos ambientais para uma mesma atividade.

⁴³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Verdade que ainda em 1989, com a edição da Lei 7.804, tentou-se definir a competência para o licenciamento ambiental pelo alcance dos impactos do empreendimento. Contudo, esta Lei não substituiu a necessária Lei Complementar – único instrumento legislativo apto para a definição e distribuição de competências entre os órgãos da administração pública.

A redação do art. 10 da Lei 6.938/81, alterado pela mencionada Lei 7.804, passou a ser de:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§ 1º - Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º - Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação da SEMA.

§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA.

§ 3º - O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 4º - Caberá exclusivamente ao Poder Executivo Federal, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, o licenciamento previsto no “caput” deste artigo, quando relativo a pólos petroquímicos e cloroquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Como forma de tentar organizar o então “caos” instaurado para a definição de competências para o licenciamento ambiental, foi editada a Resolução Conama 237/97.

Por meio da referida Resolução, tentou-se definir, de forma expressa, a competência de cada um dos órgãos integrantes do SISNAMA. Objetivamente, a Resolução apontou como critério definidor da competência para licenciamento ambiental o alcance dos impactos ambientais de empreendimentos. Se os impactos estivessem limitados a apenas um município, o licenciamento ambiental seria de competência do órgão ambiental municipal. Se alcançasse mais de um município, a competência seria estadual. Se alcançasse mais de um estado, a competência seria federal⁴⁴.

A resolução previu também a competência exclusiva da União por matéria, tendo tratado expressamente de licenciamentos ambientais dentro de Terras Indígenas no inciso I do art. 4º, que previa:

Art. 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

Mesmo diante do patente avanço conceitual na definição de competência para o licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA 237 era inconstitucional. Isso porque se tentava, por meio de Resolução de órgão administrativo, partilhar a competência de entes federativos – o que somente se admitiria por via de Lei Complementar. Edis Milare⁴⁵ assim lecionava em relação ao tema:

Se assim é, se a competência licenciatória dos três níveis de governo dimana diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites ou condições para que qualquer um deles exerça sua competência implementadora na matéria.

Daí eiva de inconstitucionalidade da Resolução CONAMA 237/97, que, a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o

⁴⁴ Arts. 4º, 5º e 6º da Resolução CONAMA 237/97.

⁴⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. 2009, p. 429.

art. 10 da Lei 6.938/1981 e conferir o licenciamento a um único nível de competência, acabou enveredando por seara a que não lhe diz respeito, usurpando à Constituição competência que esta atribui aos entes federados.

Em 2011, 23 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trinta anos após a publicação da Política Nacional de Meio Ambiente, e 14 anos após editada a Resolução Conama 237, foi finalmente publicada a Lei Complementar 140, que partilhou de maneira definitiva a competência para o licenciamento ambiental entre os Entes Federativos, revogando a Resolução CONAMA 237 naquilo que dizia respeito à competência para o licenciamento.

A Lei complementar 140 manteve a dinâmica da Resolução CONAMA 237, partilhando as competências de acordo com o alcance dos impactos dos empreendimentos⁴⁶, mantendo para a União a competência para o licenciamento ambiental de matérias específicas, como o licenciamento de atividades no interior de Terras Indígenas⁴⁷.

4.2 Procedimentos

Naquilo que compete ao CONAMA, a resolução CONAMA 237 delineou as etapas do processo de licenciamento ambiental (esta matéria, sim, sob sua competência), especialmente em seu artigo 10⁴⁸:

⁴⁶ Arts. 7º, 8º e 9º da LC 140.

⁴⁷ Art. 7º - São ações administrativas da União: (...) XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: (...) c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas.

⁴⁸ Artigo 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da

Em perspectiva ampla, o licenciamento ambiental deverá ser embasado em estudos técnicos prévios que irão avaliar o impacto que certa obra ou atividade possa ocasionar ao meio ambiente. Os estudos variarão de acordo com a magnitude do empreendimento. Cada uma das etapas desse processo administrativo será fundada nesses estudos ambientais, de modo a respaldar a tomada de decisão do Poder Público.

O procedimento mais comum de licenciamento é o chamado licenciamento trifásico. Nele, o processo de licenciamento é dividido em etapas distintas, com a concessão de licença prévia, licença de instalação e licença de operação. Tais licenças são emitidas de forma concomitante, desde que atendidas todas as condicionantes das licenças previstas nas etapas anteriores.

Assim define o art. 8º da Resolução Conama 237 cada uma das licenças:

I - 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;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e

mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

§ 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

§ 2º - No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo de impacto ambiental - Eia, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, conforme incisos IV e VI, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação.

projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - 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.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Em cada uma das etapas são exigidos estudos ambientais prévios específicos. Para a concessão da Licença Prévia, é necessária a elaboração de estudo prévio denominado “Estudo de Impacto Ambiental”, acompanhado de seu “Relatório de Impacto ao Meio Ambiente” – EIA/RIMA, que atesta a viabilidade ambiental do empreendimento.

No curso da instalação do empreendimento são elaborados estudos de acompanhamento daqueles planos previstos no EIA/RIMA, sendo preparado o Plano Básico Ambiental – PBA. No PBA são apresentadas todas as medidas e os programas de mitigação de impactos, que serão implantados como condição para o início da operação do empreendimento.

Nos Estados o licenciamento ambiental costuma acompanhar a regra de licenciamento ambiental trifásico para empreendimentos de grande potencial de impactos, havendo previsão de procedimentos simplificados para empreendimentos de potencial menor.

4.3 Das Entidades Intervenientes

Além da discussão quanto à competência originária dos Entes Federativos, ainda mais confusa era a participação de órgãos intervenientes no curso dos processos de licenciamento ambiental. Tais órgãos intervenientes são chamados a opinar nos processos de licenciamento ambiental, dependendo da matéria em discussão. Podemos citar como exemplos: a FUNAI, quando os impactos dos projetos atingiam Terras Indígenas; a Fundação Palmares, quando estes

alcançavam os quilombolas; e o Iphan, quando estes impactos refletiam no patrimônio histórico; entre tantos outros.

Sem definição clara, não havia previsão de prazos para manifestação dos órgãos, escopo ou limites para as manifestações, definição de quando a intervenção de tais órgãos deveria ocorrer, ou sequer previsão quanto à vinculação dos órgãos ambientais a tais manifestações.

Não raro, via-se em intervenções da FUNAI, ICMBio ou Fundação Palmares discussões quanto às tecnologias ambientais aplicadas ao empreendimento, à oportunidade e à conveniência da instalação dos projetos, entre outros pontos que superavam a competência de tais órgãos. Ao mesmo tempo, viam-se licenciamentos ambientais já em fase final de concessão de licenças de instalação ou de operação tendo que retroceder para incluir na avaliação questões relacionadas a impactos sobre indígenas, quilombolas ou unidades de conservação federais, não manifestadas/avaliadas previamente por tais órgãos, muitas vezes atrasando em anos o andamento do processo.

Em um primeiro movimento de centralização/organização dos processos e intervenção dos órgãos, foi editada em 2011 a Portaria Interministerial 419. Tal Portaria buscou definir a forma de atuação da Fundação Nacional do Índio-FUNAI, da Fundação Cultural Palmares-FCP, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN e do Ministério da Saúde, nos processos de licenciamento ambiental conduzidos em nível federal pelo IBAMA.

A referida Portaria foi substituída pela Portaria Interministerial 60, publicada em 24 de março de 2015.

Assim previram os arts. 4º, 5º e 6º da referida Portaria:

Art. 4º - No TR do estudo ambiental exigido pelo IBAMA para o licenciamento ambiental, deverão constar as exigências de informações e de estudos específicos compreendidos nos TRES referentes à intervenção da atividade ou do empreendimento em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em municípios pertencentes às áreas de risco ou endêmicas para malária.

Parágrafo único - No TR deve ser dada especial atenção aos aspectos locacionais e de traçado da atividade ou do empreendimento e às medidas para a mitigação e o controle dos impactos a serem consideradas pelo IBAMA quando da emissão das licenças pertinentes.

Art. 5º - A participação dos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental, para a definição do conteúdo do TR de que trata o art. 4º, ocorrerá a partir dos TRES constantes do Anexo II.

§ 1º - O IBAMA encaminhará para a direção do setor responsável pelo licenciamento ambiental do órgão ou entidade envolvido, no prazo de até dez dias consecutivos, contado da data do requerimento de licenciamento ambiental, a solicitação de manifestação e disponibilizará a FCA em seu sítio eletrônico.

§ 2º - Os órgãos e entidades envolvidos deverão manifestar-se ao IBAMA no prazo de quinze dias consecutivos, contado da data do recebimento da solicitação de manifestação.

§ 3º - Em casos excepcionais e mediante requerimento justificado do órgão ou entidade, o IBAMA poderá prorrogar em até dez dias o prazo para a entrega da manifestação.

§ 4º - Expirados os prazos estabelecidos nos §§ 2º e 3º, o TR será considerado finalizado e será dado prosseguimento ao procedimento de licenciamento ambiental.

Art. 6º - Após o recebimento dos estudos ambientais, o IBAMA, no prazo de trinta dias, no caso de EIA/RIMA, e de quinze dias, nos demais casos, solicitará manifestação dos órgãos e entidades envolvidos.

Art. 7º - Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/Rima, e de até trinta dias, nos demais casos, contado da data de recebimento da solicitação, considerando:

I - no caso da FUNAI, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos;

Para fins de aplicação dos procedimentos previstos na Portaria, o art. 3º adotou critério de presunção de intervenção em Terras indígenas quando o empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se no interior de terra indígena⁴⁹ ou apresentar elementos que possam ocasionar impacto socioambiental direto na terra indígena, respeitados os seguintes limites (Tabela 3):

⁴⁹ Conforme conceito do inc. XII do art 2º: XII - terra indígena:

- a) áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por ato da FUNAI, publicado no Diário Oficial da União;
- b) áreas que tenham sido objeto de portaria de interdição expedida pela FUNAI em razão da localização de índios isolados, publicada no Diário Oficial da União; e
- c) demais modalidades previstas no art. 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973;

Tipologia	Distância (km)	
	Amazônia Legal	Demais Regiões
Empreendimentos lineares (exceto rodovias):		
Ferrovias	10 km	5 km
Dutos	5 km	3 km
Linhas de transmissão	8 km	5 km
Rodovias	40 km	10 km
Empreendimentos pontuais (portos, mineração e termelétricas):	10 km	8 km
Aproveitamentos hidrelétricos (UHEs e PCHs):	40 km* ou reservatório acrescido de 20 km à jusante	15 km* ou reservatório acrescido de 20 km à jusante

Tabela 3. Anexo a PIN 60/2015 – distâncias de TIs.

A leitura de tais artigos deixa claro, desde logo, o objetivo da Portaria: definir prazos, forma e escopo da intervenção dos órgãos intervenientes no processo de licenciamento, buscando organizar o processo.

4.4 Componente Indígena – procedimentos específicos

Em relação ao componente indígena, a publicação das referidas Portarias Interministeriais suscitou a FUNAI a editar sua própria, interna. Assim, em 2011 foi editada a Instrução Normativa FUNAI 01, substituída pela Instrução Normativa 02/2015, que, em conjunto com outras normas – como a OIT 169 –, passou regulamentar sua participação em processos de licenciamento ambiental.

De forma, geral, e conforme detalhado pela FUNAI, o fluxograma de sua intervenção no processo de licenciamento ambiental é o seguinte⁵⁰:

1. Identificação do órgão ambiental licenciador (se ele é federal, estadual ou municipal).
2. Emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental — EIA/RIMA. No caso das comunidades indígenas, a FUNAI é o órgão responsável pela emissão do Termo de Referência para a realização dos estudos do componente indígena.
3. Realização do Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental EIA/RIMA.
4. Entrega do EIA/RIMA e realização de audiências públicas. As audiências com as comunidades indígenas são realizadas com a participação da FUNAI.
5. Emissão do parecer técnico sobre o EIA/RIMA pelo órgão licenciador e pelos órgãos intervenientes. No caso do estudo do componente indígena, a FUNAI faz a análise e envia o parecer técnico para o órgão licenciador.
6. Emissão da Licença Prévia — LP, com as condicionantes para que o processo de licenciamento ambiental possa ter continuidade.
7. Se existirem impactos do empreendimento sobre a comunidade indígena e sua terra, e elaborado o Plano Básico Ambiental — PBA para as comunidades indígenas, com o detalhamento técnico das ações indicadas pela FUNAI em seu parecer. Esse PBA é elaborado em parceria com as comunidades indígenas.
8. Quando o PBA do componente indígena está pronto, a FUNAI faz nova análise e emite o parecer técnico, que é enviado para o órgão licenciador.
9. Se tudo estiver tecnicamente correto, o órgão licenciador junta o parecer da FUNAI a todos os outros do processo e emite a Licença de Instalação — LI. Assim, a obra está autorizada a começar.
10. Execução do Plano Básico Ambiental — PBA e apresentação de relatórios técnicos ao licenciador e aos órgãos intervenientes. No caso das comunidades indígenas, a FUNAI faz o acompanhamento e a análise técnica dos relatórios de execução do programa do componente indígena e envia para o licenciador.

⁵⁰ FUNAI. "Procedimentos e Fluxograma". **Portal da FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

11. Quando a obra está pronta, é solicitada a emissão da Licença de Operação — LO para que o empreendimento possa funcionar. Para conseguir essa licença é preciso comprovar que as condicionantes da LI estão sendo cumpridas.

Tais procedimentos, contudo, ensejam uma série de questionamentos/comentários, a seguir detalhados.

Quanto aos prazos e escopo:

Quanto aos prazos e forma, fica claro o interesse das Instruções Normativas em trazer a FUNAI para participação desde o início do processo do licenciamento.

Os prazos definidos na Portaria Interministerial 60/2014 foram, em regra, replicados pela Instrução Normativa 02/2015 FUNAI, sendo de:

- Para manifestação quanto ao Termo de Referência⁵¹ para elaboração dos Estudos Ambientais: 15 dias, prorrogáveis por mais 10, quando justificado.
- Para manifestação em relação aos Estudos Ambientais: 90 dias em caso de EIA/RIMA⁵², e 30 dias em caso de estudos ambientais simplificados.
- Para manifestação prévia à concessão das Licenças de Instalação ou Operação (inclusive em relação ao PBA⁵³, ou estudos equivalentes): 60 dias.

Quanto ao cumprimento do prazo pela FUNAI, a Portaria Interministerial prevê, de forma expressa, que “Expirados os prazos estabelecidos nos §§ 2º e 3º, o TR será considerado finalizado e será dado prosseguimento ao procedimento de licenciamento ambiental” e “§ 4º - A ausência de manifestação dos órgãos e entidades no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença⁵⁴”.

⁵¹ Documento elaborado pelo IBAMA que estabelece o conteúdo necessário dos estudos a serem apresentados em processo de licenciamento ambiental e que contempla os conteúdos apontados pelos Termos de Referência Específicos.

⁵² Espécie de estudo ambiental previsto na resolução CONAMA 01/86, para projetos de significativo impacto ambiental.

⁵³ Conjunto de planos e programas identificados a partir da elaboração dos estudos ambientais, com cronograma executivo, plano de trabalho operacional e definição das ações a serem desenvolvidas nas etapas de implantação e operação da atividade ou empreendimento e, ainda, monitoramento de indicadores ambientais;

⁵⁴ Art. 5º, §4º e art. 7º, §4º, respectivamente.

É fundamental, neste ponto, esclarecer que a Portaria Interministerial buscou trazer alguma segurança do empreendedor em relação a prazos, evitando que os processos se prolonguem definitivamente no tempo. Contudo, não deve o empreendedor entender essa previsão como uma “anuência tácita” ao processo de licenciamento.

Por se tratar de matéria prevista constitucionalmente, qualquer intervenção em Terras Indígenas, ou que traga impacto a indígenas, deverá necessariamente – sob o risco de ilegalidade – considerar todos os aspectos mitigatórios/compensatórios e, inclusive, locacionais prévios à sua instalação.

A instalação de um empreendimento no interior de Terras Indígenas, por exemplo, depende de autorização especial do Congresso Nacional (conforme se verá em capítulo posterior), sendo nulo qualquer ato praticado sem a adoção dos procedimentos adequados para autorização.

Seria nesta intervenção da FUNAI que questões como estas poderiam surgir. Objetivamente, o atraso da manifestação do órgão não teria o condão de substituir os procedimentos previstos em Lei e na própria Constituição para intervenção em Terras Indígenas.

Assim, nos casos em que o processo de licenciamento tenha tido andamento sem a devida manifestação da FUNAI, fica o empreendedor sujeito ao risco de ver suas licenças anuladas, caso alguma intervenção em Terra Indígena ocorra de forma contrária à lei ou Constituição. Nessas hipóteses, caberá ao empreendedor redobrar os esforços para que seus estudos estejam ainda mais completos e adequados, evitando utilizar tal atraso da FUNAI como forma de flexibilizar suas obrigações legais, sob risco de ter prejuízo ainda maior, depois de finalizado seu projeto.

Em relação ao escopo, a Portaria Interministerial e a Instrução Normativa FUNAI trazem importante definição: à FUNAI cabe a manifestação exclusivamente quanto aos impactos do empreendimento em terras indígenas, e quanto às medidas de controle e mitigação tão-somente relacionadas a tais impactos. Não irá a FUNAI opinar sobre questões outras do projeto, que não as implicações nas Terras Indígenas.

Tal limitação de escopo está prevista de forma expressa nos artigos 7º da Portaria Interministerial 419⁵⁵ e 8º da Instrução Normativa FUNAI 02/2015.

4.5 Do parecer da FUNAI e seus efeitos

Tanto a Portaria Interministerial 419 no §11º de seu já mencionado art. 7º, como também a Instrução Normativa FUNAI 02/2015 determinam que caberá à FUNAI a formulação de parecer advertindo sobre os eventuais óbices para a implantação do projeto, e as condicionantes necessárias para a mitigação dos impactos do empreendimento.

Em relação a esse ponto, é importante ressaltar que o parecer não vincula o órgão ambiental licenciador. Em regra, pode o órgão licenciador emitir a licença ambiental, ainda que contrarie o parecer da FUNAI, assim como pode negar uma licença em razão de impactos em comunidades indígenas, mesmo tendo a FUNAI proposto condicionantes que mitigariam os impactos identificados no projeto.

Importante ressaltar, contudo, que a manifestação do órgão indigenista ocorre após longo processo administrativo que envolve consulta às comunidades, visitas de campo etc.

A instalação de um projeto em Terras Indígenas tende – por si só – a ser um elemento de conflito social e territorial. Seguir com a instalação de um projeto sem a chamada “licença social”⁵⁶, especialmente quando se trata de comunidades indígenas (que usualmente têm relação umbilical com os territórios em que se localizam), tende a agravar ainda mais tais conflitos, tornando-os de difícil administração.

⁵⁵ Art. 7º - Os órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, nos prazos de até noventa dias, no caso de EIA/RIMA, e de até trinta dias, nos demais casos, contados da data de recebimento da solicitação, considerando:

I - no caso da FUNAI, a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento em terras indígenas e a apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos;

⁵⁶ Conceito de aprovação das comunidades vizinhas ao projeto – mesmo que não vinculante –, resultado de diálogo com o empreendedor.

Assim, mesmo não vinculando o órgão licenciador, não é recomendável a aprovação de um projeto que tenha parecer contrário da FUNAI.

4.6

Quanto ao objeto das condicionantes de licenças e medidas previstas no PBA

A Portaria Interministerial 419 é clara ao definir que as condicionantes indicadas pela FUNAI “deverão guardar relação direta com os impactos identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor, decorrentes da implantação da atividade ou empreendimento, e deverão ser acompanhadas de justificativa técnica”⁵⁷.

Essa previsão busca evitar que o processo de licenciamento ambiental vire “balcão de negócios”, no qual medidas mitigatórias seriam substituídas por distribuição de valores ou bens, sem relação direta com o impacto dos projetos.

Como já mencionado, o PBA é um instrumento construído ao longo do processo de licenciamento ambiental, depois de avaliados os impactos do projeto. O PBA indígena – ou o PBA decorrente da intervenção da FUNAI – tem origem no estudo do componente indígena do projeto, na avaliação dos impactos sobre tais componentes, e nos efeitos que as medidas mitigatórias poderiam ter sobre as comunidades.

Como exemplos de medidas diversas em PBAs, podemos citar: construção de postos de saúde, criação de planos de gestão de territórios, doação de estruturas para combate a incêndios, controles de acesso em terras indígenas, criação de centros culturais e projetos de memória (livros, dicionários e outras medidas de preservação da cultura), entre outros.

Conforme orienta a própria FUNAI em sua “Cartilha para o Licenciamento Ambiental (disponibilizada em meios físico e eletrônico)”⁵⁸,

⁵⁷ Art. 7º, §12.

⁵⁸ FUNAI. **Cartilha de Licenciamento Ambiental e Comunidades Indígenas**. Brasília: FUNAI, 2011. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Cartilha_Licenciamento_Web.pdf. Acesso em: 15 jun. 2016.

as comunidades indígenas NUNCA devem pedir, aceitar, ou mesmo discutir sobre dinheiro em um processo de licenciamento ambiental. É muito importante lembrar que o dinheiro acaba, mas os impactos negativos de um empreendimento podem durar para sempre. Um Plano Básico Ambiental tecnicamente em feito vai garantir que os impactos do empreendimento sejam controlados, e também que sua execução será acompanhada pela sua comunidade, pela FUNAI, pelo Ministério Público Federal e por outros órgãos.

Diz ainda que

o PBA não pode se constituir em destinação de recursos financeiros (dinheiro) às comunidades, e não é realizado para resolver os problemas preexistentes (já existentes antes do empreendimento) das comunidades indígenas, como por exemplo, deficiências na atenção à saúde ou educação, dificuldades de proteção do território, ou de produção de alimentos. O Plano Básico Ambiental tem como objetivo criar soluções para os impactos do empreendimento que são identificados no Estudo de Impacto Ambiental – EIA.

Contudo, seja por consistir em uma saída mais fácil para o empreendedor em curto prazo (e trágica no longo, como se verá), seja por pressão das próprias comunidades indígenas, a discussão sobre a substituição de medidas de mitigação no PBA por transferência de valores ou bens permanece como uma sombra nos processos de licenciamento ambiental.

Tal modelo pode manter comunidades reféns dos pagamentos – que alteraram significativamente a dinâmica social, com ou sem conivência de suas lideranças, muitas vezes deixando empreendedores acuados com ameaças de paralisação de suas atividades caso os pagamentos não prossigam.

Tal questão, por se tratar de um dos principais conflitos ao longo dos processos de licenciamento ambiental, será detalhadamente discutida nos capítulos posteriores.

4.7 Participação das Comunidades no Licenciamento Ambiental – procedimento de consulta

Por fim, e não menos importante, há a participação das comunidades indígenas nos processos de consulta em relação ao projeto.

Inicialmente, a consulta às comunidades não se confunde com as audiências públicas previstas no processo de licenciamento ambiental. As audiências públicas estão relacionadas ao dever de publicidade dos estudos

ambientais, previsto no art. 225 da Constituição Federal⁵⁹, e têm por objetivo informar a sociedade, de modo geral, sobre os detalhes do projeto a ser instalado⁶⁰.

A participação dos indígenas ao longo do processo de manifestação da FUNAI está prevista na Instrução Normativa FUNAI 02/2015, conforme abaixo transcrito:

Para elaboração do Termo de Referência

Art. (...).

§ 1º Os estudos considerados aptos pela DPDS serão apresentados às comunidades indígenas afetadas, em linguagem acessível ou com tradução para línguas maternas, com apoio do empreendedor, sempre que necessário.

§ 2º A apresentação e a oitiva das comunidades indígenas serão realizadas por equipetécnica da CGLIC, antes da elaboração de seu parecer final sobre os estudos.

Art. 10. Após a apresentação e oitiva das comunidades indígenas, a CGLIC emitirá o parecer técnico final, podendo recomendar à DPDS que os estudos sejam:

- I - aprovados;
- II - aprovados, com ressalvas; ou,
- III - reprovados.

Para avaliação do PBA:

Art. 13. (...)

§ 1º O PBA ou documento equivalente considerado apto pela DPDS será apresentado às comunidades indígenas afetadas, em linguagem acessível ou com tradução para línguas maternas, com apoio do empreendedor, sempre que necessário.

§ 2º A apresentação e a oitiva das comunidades indígenas serão realizadas por equipetécnica da CGLIC, antes da elaboração de seu parecer técnico final sobre o instrumento, no prazo de quinze dias.

(...)

⁵⁹ Art. 225. (...) § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público (...): IV - 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;

⁶⁰ Em nível federal, a audiência pública está prevista na Resolução CONAMA 237/97 Art. 3º - A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetivas ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Art. 14. Após a apresentação e oitiva das comunidades indígenas, a CGLIC emitirá o parecer técnico final, podendo recomendar à DPDS que o PBA ou outro documento definidor do conjunto de planos, programas, projetos e medidas de controle ambiental analisado seja:

I - aprovado;

II - aprovado, indicando a execução de outras medidas mitigadoras, compensatórias, programas ou condicionantes considerados necessários; ou III - reprovado.

O que a Instrução Normativa chama de *apresentação e oitiva* é o processo de consulta previsto na OIT 169 conhecido como FPIC – ou *Free, prior and informed consent*⁶¹. O FPIC é um princípio segundo o qual toda comunidade indígena tem o direito de participar de forma livre, prévia e informada das decisões referentes aos procedimentos anteriores à instalação de projetos que possam impactar suas terras.

Assim estipulou a OIT 169:

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;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

A previsão de consulta a indígenas da OIT foi ao encontro da Constituição Federal, que já previa também o procedimento de consulta prévia às comunidades indígenas na hipótese de exploração de recursos hídricos ou minerais em suas terras, conforme art. 231, abaixo transcrito.

⁶¹ Em tradução livre: consentimento livre, prévio e informado.

§ 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.

Como princípio, o FPIC passou a ser adotado por organizações diversas pelo mundo, tendo sido objeto de ampla discussão pelos setores interessados.

Adotando tal princípio, o IFC⁶² assim mencionou em seus *Guidance Notes* e *Standards* 1 e 7⁶³:

Performance Standard 1

Para projetos com impactos adversos em comunidades indígenas, é solicitado ao cliente o engajamento em processos de consulta e, em certas circunstâncias, a obtenção do FPIC – consentimento livre, prévio e informado. As exigências relacionadas a grupos indígenas e as definições das circunstâncias que exigirão a obtenção do FPIC estão descritas nos Padrões de Performance 7.

Performance Standard 7

FPIC será estabelecido por meio de negociações de boa-fé entre o cliente e a comunidade afetada. O cliente irá documentar: (i) a aceitação mútua do processo entre o cliente e a comunidade; (II) evidência de acordo entre as partes como resultado das negociações. FPIC não necessariamente requer unanimidade e pode ser atingido mesmo se indivíduos ou grupos dentro de uma mesma comunidade discordarem entre si.

Já a ONU, em sua Declaração Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, menciona que⁶⁴:

Art. 10

Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos

⁶² O International Finance Corporation (IFC) é uma instituição que oferece financiamento, Consultoria e serviços de desenvolvimento econômico e social para países em desenvolvimento. O IFC é membro do Banco Mundial, principal financiador de projetos de desenvolvimento no mundo.

⁶³ BANCO Mundial. **Manual Operacional do Banco Mundial** - Políticas Operacionais. 2005. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁶⁴ NAÇÕES Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Artigo 32

1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.
2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

São muitas as publicações internacionais sobre o tema, todas em um sentido comum: prever procedimentos – e exigir de empreendedores que busquem financiamento internacional, um processo de engajamento com as comunidades indígenas, e a realização de processo de consulta (FPIC), com o objetivo de obtenção de seu consentimento para a instalação do projeto.

Contudo, seja em esfera internacional ou nacional, não há qualquer instrumento jurídico que explicita ou regulamente como o processo de FPIC deverá ser conduzido.

Tratando especificamente do modelo brasileiro, uma série de perguntas acompanham o processo. Entre elas:

- a) Considerando o modelo discutido de autodeclaração indígena e dinâmica de criação/ homologação de Terras Indígenas, quais indivíduos detêm legitimidade para participar de um processo de consulta?
- b) Como se obtém o consentimento? Qual o procedimento? É necessária unanimidade das comunidades? Deve ser realizada votação por maioria junto às comunidades?
- c) Por fim, e não menos importante, qual o efeito do processo de consulta?

Todas estas perguntas, ainda sem respostas, trazem verdadeira confusão ao processo de consulta e ao licenciamento ambiental como um todo. E, havendo ausência regulatória, é inevitável a judicialização de tais procedimentos.

Podemos citar como exemplo de conflito recente o caso da instalação da hidrelétrica de Belo Monte.

Sem entrar em discussão material quanto ao procedimento adotado para o processo de consulta de Belo Monte, fato é que todo um processo de consulta foi conduzido e acompanhado pela FUNAI, junto ao empreendedor e às comunidades, ao longo de vários anos. Inúmeras reuniões foram realizadas com as comunidades afetadas, dentro e fora das Terras Indígenas.

Contudo, apesar de tais reuniões, questionou-se judicialmente se a consulta aos povos indígenas deveria ocorrer antes ou depois da realização dos EIA/RIMA, e se caberia ao Congresso Nacional delegar representantes para realizar consultas sobre intervenções dentro das Terras Indígenas, entre outros pontos.

Posta a questão em juízo, foi determinada a suspensão do processo de licenciamento ambiental do projeto, em razão de alegado vício no processo de consulta. Em resumo, por não ter seguido uma ordem e procedimentos que entendeu o Tribunal Regional Federal (TRF) como adequada, julgou-se que todo o processo de licenciamento ambiental era nulo.

O julgamento demonstra as consequências da inexistência de regulação eficiente para a matéria. Assim julgou o Tribunal Regional Federal na ocasião⁶⁵:

No que interessa diretamente a resolução da lide, isto é, se o impacto da construção da usina de Belo Monte em terras indígenas ocorrerá, é questão pacífica que a obra não será empreendida dentro da área indígena. Outro fato incontroverso é que a terra indígena Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu estão à jusante da primeira barragem, que desvia as águas do Rio Xingu do seu curso normal e provocará a diminuição da vazão fluvial nas ditas terras indígenas.

(...)

São as seguintes as questões postas no recurso do Ministério Público Federal e que foram objeto de apreciação no julgamento do referido agravo:

- a) ausência de lei complementar que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena, nos termos do § 6º do artigo 231 da Constituição;
- b) ocorrência de vício formal no Decreto Legislativo 788/2005, por haver sido modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados;
- c) inconstitucionalidade da delegação de competência do Congresso Nacional para oitiva dos índios.

(...)

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

⁶⁵ EDAC 200639030007118, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1. DATA:27/08/2012 PAGINA: 316.

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 *intuitu personae*.

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.

A audiência às comunidades faz-se na área que será afetada. Uma representação parlamentar pode ouvir diretamente as lideranças indígenas, avaliar diretamente os impactos ambientais, políticos e econômicos na região. Esta é a coisa certa a se fazer.

(...)

Nesse aspecto, a ausência da norma expressa na Constituição Federal sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito.

A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

(...)

Antes de autorizar a UHE Belo Monte, o Congresso necessita de dados essenciais para saber os danos ambientais que ocorrerão e as soluções para se atenuar os problemas que certamente uma hidroelétrica no meio de um grande rio trará.

O estudo de impacto ambiental circunstanciado deveria ter sido encaminhado ao Congresso Nacional juntamente com o pedido de autorização para que os Senhores Parlamentares tivessem conhecimento técnico do objeto da decisão política e a extensão do dano. O EIA é essencial no caso porque os índios são dependentes do equilíbrio ecológico para sobreviverem. O Congresso autorizou sem a previsão dos impactos na região e sem avaliar a dimensão dos danos e benefícios do projeto da UHE Belo Monte. Em resumo faltaram ao Congresso informações científicas relevantes para a autorização e para dispor sobre as medidas reparatórias.

(...)

Tudo visto e examinado, o que restou provado nestes autos é que a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou o regramento da norma constitucional, pois se decidiu pela autorização da obra sem que fosse ouvida as comunidades que serão atingidas, principalmente aquelas duas que se localizam na Volta Grande do Xingu que poderão ficar sem água ou com água insuficiente.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para reformar a sentença e considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, em interpretação conforme a Constituição e violar os artigos 6º e 7º da

Convenção 169 da OIT tornando sem efeito o licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte – AHE Belo Monte.

É como voto.

A referida decisão acabou reformada por instituto da Suspensão de Liminar perante o Supremo Tribunal Federal, o que não permitiu a avaliação do mérito das questões em instância superior. Tendo sido os efeitos da decisão suspensos, o licenciamento do projeto permaneceu em andamento, tendo a obra sido finalizada.

Em nível internacional, um dos primeiros e principais precedentes no que concerne à obrigatoriedade de realização de FPIC está relacionado ao caso “Saramaka”.

O caso Saramaka, julgado pela corte interamericana de direitos humanos, dizia respeito à criação de uma barragem e área de mineração em território comprovadamente ocupado pela comunidade desde o ano de 1700. O projeto foi aprovado, a comunidade removida, e sua instalação foi iniciada sem que qualquer processo formal de consulta fosse conduzido pelo governo surinamês.

A corte interamericana, para além de determinar a devolução das terras ancestralmente ocupadas, determinou que o Estado do Suriname adotasse todas as medidas necessárias para a condução do processo de consulta, anulando os atos praticados em violação aos direitos indígenas.

Assim julgou a corte⁶⁶:

8. The State shall adopt legislative, administrative and other measures necessary to recognize and ensure the right of the Saramaka people to be effectively consulted, in accordance with their traditions and customs, or when necessary, the right to give or withhold their free, informed and prior consent, with regards to development or investment projects that may affect their territory, and to reasonably share the benefits of such projects with the members of the Saramaka people, should these be ultimately carried out.

(...)

9. The State shall ensure that environmental and social impact assessments are conducted by independent and technically competent entities, prior to awarding a concession for any development or investment project within traditional Saramaka territory, and implement adequate safeguards and mechanisms in order to minimize the damaging effects such projects may have upon the social,

⁶⁶ Íntegra do voto disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

*economic and cultural survival of the Saramaka people, in the terms of paragraphs 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158, and 194(e) of this Judgment*⁶⁷.

Objetivamente, portanto, antes da instalação de qualquer projeto que possa impactar Terras Indígenas, é necessária a oitiva/consulta às comunidades indígenas nelas residentes. E tal processo carece de urgente regulamentação.

⁶⁷ Em tradução livre: O Estado deve adotar medidas legislativas e administrativas para garantir o direito ao povo Saramaka de ser efetivamente consultado, de acordo com suas tradições e costumes, ou quando necessário, para dar seu consentimento livre, prévio e informado, com relação ao desenvolvimento de projetos que possam afetar seus territórios, e que garantam a divisão dos benefícios deste projeto com os membros da comunidade Saramaka, caso o projeto seja concluído.

O Estado deve garantir que estudos de impacto ambiental e social sejam conduzidos por entidades técnicas independentes, previamente à concessão de qualquer autorização para projetos ou investimentos no território Saramaka, e garantir a implantação de medidas e mecanismos adequados para minimizar os efeitos danosos que estes projetos podem ter nos meios social, econômico e cultural, para sobrevivência do povo Saramaka, nos termos dos parágrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 e 194 deste julgamento.

5

Dilemas decorrentes do Licenciamento Ambiental

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o processo de licenciamento ambiental de projetos que possam impactar em Terras Indígenas envolve a participação das comunidades. Com isso, tais processos acabam por funcionar como verdadeiros catalisadores de demandas das comunidades indígenas, vez que não raro se tratam da primeira – ou da melhor – oportunidade de ver seus pleitos atendidos ou mesmo ouvidos pelo Poder Público.

Não só, mas, igualmente, é o momento em que comunidades, sabendo da necessidade dos empreendedores em dar seguimento a projetos, encontram a oportunidade de exercer pressão e obter benefícios financeiros diversos.

Dentre os pontos de conflito já identificados, aqueles que mereceram maior destaque neste trabalho são:

- a) O Processo de consulta às comunidades indígenas no curso de processos de licenciamento ambiental: Quem tem legitimidade para participar dos processos de consulta? Quais as Terras Indígenas que demandam tais consultas? Qual o procedimento para realização da consulta, sem relativismo cultural⁶⁸? O resultado da consulta vincula a administração pública no processo decisório?
- b) Substituição de medidas de mitigação de impactos de projetos (PBA indígena) por pagamentos financeiros regulares às comunidades.

⁶⁸ Relativismo cultural é o entendimento de que sistemas morais ou éticos, que variam de cultura para cultura, são igualmente válidos e nenhum pode ser considerado “melhor” do que outro. Tal posicionamento se baseia na premissa de que não existe um padrão universal de “bom ou mau” e de que a decisão sobre valores éticos, do que é certo e errado, decorre dos valores próprios de cada sociedade. Assim, a avaliação do que é moral ou ético depende da perspectiva cultural e étnica de cada indivíduo ou grupo. Significa dizer que nenhum sistema ético ou moral poderia ser considerado mais ou menos adequado ou justo do que outro, não sendo possível a identificação de um padrão “certo ou errado” universal. Este ponto é especialmente relevante para a análise de processos de consulta quando avaliamos as formas de decisão indígena, em cotejo com os princípios da sociedade maior.

5.1 Consulta Prévia - *Consulta ou Consentimento?*

O processo de consulta, como já visto, é a ocasião na qual as comunidades são ouvidas e participam efetivamente do processo de licenciamento ambiental de uma atividade que possa impactar sua terra. É o momento em que as comunidades efetivamente exercem o poder de autogestão de seus territórios.

Deste conceito surge uma questão inicial: se consulta prévia e consentimento prévio são conceitos distintos, ou se consistem em mera diferença semântica de um mesmo processo de participação indígena no licenciamento ambiental.

Ao tratar do tema, a Declaração das Nações Unidas para Direitos Indígenas separou os dois instrumentos. Assim previu seu art. 19:

Artigo 19. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Tal separação nota-se na menção a ambos os instrumentos de forma distinta: os Estados *consultarão* os indígenas, com objetivo de obter seu *consentimento*.

Adicionalmente, o artigo 32 da Declaração estabelece que os Estados devem celebrar as consultas com os povos indígenas interessados

a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

Nesta linha, a consulta seria o processo de engajamento com as comunidades; o consentimento, o fim a ser atingido no curso do processo.

Cesar Rodriguez Garavito⁶⁹ assim tratou desta questão:

⁶⁹ GARAVITO, César Rodríguez; MORRIS, Meghan. **La consulta previa a pueblos indígenas.** Los estándares del derecho internacional. Colección Justicia Global. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010, p. 78.

*las posiciones en el debate oscilan entre la figura de la consulta previa, por un lado, y la figura del consentimiento previo, libre e informado, por el otro. En virtud de la primera, los pueblos indígenas tienen derecho a que se escuche su opinión como condición para la toma de una decisión general o la realización de un proyecto que los afecte. El estándar de la segunda figura es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten*⁷⁰.

Segundo o professor, o consentimento ocorre em virtude da consulta. Em decorrência da consulta, os povos obtêm o direito de terem ouvidas suas opiniões no curso de processo de licenciamento ambiental.

No mesmo sentido, a diferenciação entre consulta e consentimento foi também avaliada no relatório especial para Direitos Humanos e Questões Indígenas de 2003 da ONU. Assim avaliou o referido relatório⁷¹:

Any development projects or long-term strategy affecting indigenous areas must involve the indigenous communities as stakeholders, beneficiaries and full participants, whenever possible, in the design, execution and evaluation stages.

*The free, informed and prior consent, as well as the right to self-determination of indigenous communities and peoples, must be considered as a necessary precondition for such strategies and projects. Governments should be prepared to work closely with indigenous peoples and organizations to seek consensus on development strategies and projects, and set up adequate institutional mechanisms to handle these issues*⁷².

Na literatura internacional este tema é igualmente pacificado.

⁷⁰ Tradução livre: As posições em debate oscilam entre a figura da consulta prévia, por um lado, e a figura do consentimento prévio, livre e informado, por outro. Em virtude da primeira, os povos indígenas têm direito a que se escute sua opinião como condição para a tomada de uma decisão administrativa, ou a realização de um projeto que os afete. O *standard* da segunda figura é mais alto, na medida em que figura como condição que os povos e comunidades deem previamente seu consentimento livre e informado para que proceda a medida ou projeto que os afetem.

⁷¹ UNITED NATIONS/Economic and Social Council. **Indigenous issues:** Human rights and indigenous issues. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/105/44/PDF/G0310544.pdf?](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/105/44/PDF/G0310544.pdf?OpenElement) Acesso em: 11 mar. 2016.

⁷² Tradução livre: Qualquer projeto de desenvolvimento ou estratégia de longo prazo que afete terras indígenas devem envolver as comunidades indígenas como partes integrantes na elaboração, discussão e execução de suas etapas.

O consentimento livre e informado, assim como o direito de autodeterminação das comunidades indígenas e povos deve ser considerada como condição necessária para a estratégia e projetos. Governos devem estar preparados para trabalhar com as comunidades indígenas e organizações para obter consenso nas estratégias de desenvolvimento e projetos, e instituir mecanismos adequados para lidar com estas questões.

Assim leciona Amy L. Lahr⁷³:

Consent occurs when the indigenous group gives assent or approval to a company activity. As a number of indigenous rights organizations note, and common sense supports, the principle of free consent can only meaningfully exist when groups also have the ability to say “no” to a project.

This definition indicates that consent and engagement are not synonymous terms.

Engagement is a necessary ingredient to obtain informed consent. It is also a critical process to obtain the company’s social license to operate, whether or not the company additionally undertakes a formal consent process. Without engagement, communities would not have the information to make an informed decision, nor would they have a relationship with the company that would lead them to trust the company’s intentions. Ongoing engagement is also critical to maintaining the FPIC of indigenous peoples.

An ordinary engagement process, however, does not make it clear to a community that it can reject the development project, nor does engagement ordinarily provide a way for the company to evidence the fact that they have community consent. Engagement and consent are intimately connected, but they are not the same⁷⁴.

Segundo a autora, portanto, participação e consentimento não são sinônimos. Um leva ao outro. A consulta é a forma de participação das comunidades, que leva ao consentimento. A consulta simples não traz à comunidade o entendimento de que pode dizer “não” – este sim o papel do processo complementar de consentimento.

A OIT 169 – eficaz no Brasil – confirmou este entendimento. Ao tratar do processo do *Free Prior and Informed Consent* o art. 6º da convenção não deixou

⁷³ LEHR, Amy K.; SMITH, Gare A. **Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges**. Boston: Foley Hoage Book, 2010, p. 57.

⁷⁴ Tradução livre: Consenso ocorre quando grupos indígenas aprovam a atividade de uma empresa. Como um grande número de organizações de direitos indígenas mencionam, e o senso comum suporta, o princípio de consentimento somente pode existir se as comunidades têm a possibilidade de dizer “sim” ou “não” para um projeto.

Esta definição indica que consenso e participação não são termos sinônimos. Participação é um ingrediente necessário para obtenção do consentimento informado. Também é um processo importante para obtenção da licença social para a empresa operar, mesmo que a empresa consiga ou não obter um processo de consentimento formal. Sem a participação, as comunidades não terão informações para tomar uma decisão informada, assim como não construirão uma relação de confiança com as empresas, para que confiem em suas intenções. Engajamento e participação também são essenciais para obtenção do FPIC dos indígenas. Um processo de consulta comum, contudo, não deixa claro para a comunidade que ela pode rejeitar o desenvolvimento de um projeto, assim como não traz segurança para a empresa que obteve um consentimento de fato das comunidades. Participação e consentimento estão intimamente relacionados, mas não são o mesmo.

dúvidas que consulta e consentimento são institutos autônomos. Assim dispôs o art. 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;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados **possam participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, **com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas**.

Em termos simples, esta distinção significa dizer que o processo de consulta é o meio pelo qual as empresas ou o governo devem buscar obter o consentimento das comunidades indígenas a projetos ou programas que possam lhe trazer impactos. Um leva ao outro. A mera participação e consulta das comunidades não é suficiente para o cumprimento dos requisitos da OIT 169. Todo o processo de consulta deve conduzir para uma resposta objetiva das comunidades: se consente ou não com o empreendimento – “sim ou não”. Qualquer processo que não leve a esta conclusão não terá legitimidade.

5.2 Vinculante?

Entendido que consulta e consentimento constituem procedimentos distintos e complementares, seguimos para o principal questionamento relacionado ao tema: o consentimento vincula a autoridade licenciadora? O não consentimento garante poder de veto das comunidades para a execução de programas ou projetos que possam impactar suas terras ou direitos?

Via de regra, seja nos instrumentos normativos dos organismos internacionais, seja na legislação brasileira, há clara menção de que a consulta não garante o direito ao veto para desenvolvimento de projetos pelas comunidades indígenas. Ou seja, o resultado da consulta aos povos indígenas não vincula a tomada de decisão pela administração pública.

O próprio IFC, quando regulamentou o processo de consulta, assim afirmou em seus **Guidance Notes**⁷⁵:

*IFC Guidance Note*⁷⁶:

GN22. For successful outcomes to be achieved for the mutual benefit of all parties, it is important that the parties have a shared view of the process for achieving ICP and, where applicable, FPIC itself. These processes should ensure the meaningful participation of Indigenous Peoples in decision-making, focusing on achieving agreement while not conferring veto rights to individuals or sub-groups, or requiring the client to agree to aspects not under their control. The client and Affected Communities of Indigenous Peoples should agree on appropriate engagement and consultation processes as early as possible, commensurate with the scale of impact and vulnerability of the communities. (...)

Este foi também o posicionamento da Organização das Nações Unidas, em sua publicação **Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues**⁷⁷:

*It should be noted that the FPIC process may include the option of withholding consent. It should also be noted that, in most countries, neither indigenous peoples nor any other population group actually have the right to veto development projects that affect them. The concept of free, prior and informed consent is therefore a goal to be pursued, and a principle to be respected to the greatest degree possible in development planning and implementation*⁷⁸.

⁷⁵ INTERNATIONAL Finance Corporation's Guidance Notes: Performance Standards on Environmental and Social Sustainability. Washington: IFC, 2012, p. 22. Disponível em: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e280ef804a0256609709ffd1a5d13d27/GN_English_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 15 jun. 2016.

⁷⁶ Em tradução livre: Para obter resultados bem-sucedidos e benefício mútuo de todas as partes, é importante que as partes tenham compartilhado a visão do processo da consulta e, quando aplicável, do FPIC propriamente dito. Estes processos devem garantir participação efetiva dos grupos indígenas em processos de decisão, com foco no atingimento de um acordo, sendo que não conferem direito de veto a indivíduos ou sub grupos, ou que determine que o cliente concorde com aspectos fora de seu controle. O cliente e as comunidades indígenas afetadas devem concordar em iniciar engajamento e processo de consulta o mais cedo possível, mensurado de acordo com o impacto do projeto e vulnerabilidade das comunidades.

⁷⁷ UNITED NATIONS/Department of Economic and Social Affairs. **Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues**. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/resource_kit_indigenous_2008.pdf. Acesso em: 15 mai. 2016, p. 18.

⁷⁸ Em tradução livre: Deve ser notado que o FPIC pode incluir a opção de garantia de consentimento. Também deve-se notar que na maioria dos países nem comunidades indígenas nem outros grupos da população têm o direito de vetar projetos de desenvolvimento que os afete. O

Nem a OIT, nem o IFC, nem a Declaração da ONU para direitos indígenas menciona a palavra “veto”, ou declara qual o efeito do consentimento. Contudo, o ponto trazido pelo IFC parece crucial: “na maioria dos países, nem comunidades indígenas, nem outros grupos da população têm o direito de vetar projetos de desenvolvimento que os afete”. Este ponto central da discussão levanta questão não menos relevante: têm os indígenas direito de vetar projetos, de forma distinta dos demais grupos / população de um país?

Objetivamente, ficamos diante de um conflito evidente: o direito de a comunidade indígena decidir o destino do uso de sua terra *versus* a soberania do Estado, que tem o direito de regular o uso do território nacional – seja de posse indígena ou não.

Em posicionamento de interessante equilíbrio, Marcus Colchester⁷⁹, membro do “The Forest Dialogue” – apesar de entender que a decisão pelo “não” deve ser observada em um processo de FPIC –, reconheceu que o Estado tem soberania sobre seu território e em casos específicos deve ter o direito de decidir se tal projeto será implementado ou não. Assim se posicionou o professor:

Thus, in the normal course of things, where private sector developers have proposals for the development of indigenous peoples’ lands, recognition of their right to free, prior and informed consent does mean that indigenous peoples have the right to say ‘yes’ or ‘no’ to such proposals. Where they say ‘no’, such decisions should be respected.

However, the jurisprudence also clarifies that ‘in exceptional circumstances’ and where there is ‘compelling public interest’, the State may seek access to and use of indigenous territories and the resources therein, including water resources. In such cases, the State cannot simply invoke the public interest, but must also satisfy a number of additional requirements. Any acquisition of lands or use of those lands to exploit resources must be sanctioned by previously established law and in accordance with due process standards. The State must show that the intervention is ‘necessary’ and has been designed to be the least restrictive from a human rights perspective. It must likewise show that means employed are closely tailored to the goal and that the cost to, or impact on, the affected people

conceito de consentimento livre, prévio e informado é, assim, um objetivo a ser alcançado e um princípio a ser respeitado (...).

⁷⁹ COLCHESTER, Marcus. **Free, Prior, and Informed Consent: Making FPIC work for forest and peoples.** New Haven: The Forests Dialogue (TFD) - Yale University, 2010, p. 13.

is 'proportional' to the benefit sought. And finally, the proposed intervention should not 'endanger their very survival as people'.

In order to ensure 'survival as a people', four additional elements are required; effective participation in decision making, which includes FPIC; participatory environmental and social impact assessments that conform to international standards and best practice and are undertaken in a culturally appropriate manner; mandatory benefit-sharing; and, finally, that negative impacts are effectively avoided or mitigated⁸⁰.

De acordo com o professor, portanto, o Estado terá legitimidade para definição do uso destes territórios, desde que comprovado, por meio do devido processo legal, que tal uso é imprescindível, e também que para a garantia deste uso foram observadas as melhores técnicas e meios para evitar ou mitigar impactos nestes territórios.

Deve haver, nesses casos, um equilíbrio entre o eventual interesse do Estado na exploração de uma área com a preservação efetiva da tradição e cultura indígenas e a preservação dos atributos ecológicos da região. Como interesse do Estado deve-se entender todas aquelas atividades autorizadas nas formas da Lei que possam gerar desenvolvimento, riqueza e que sejam compatíveis com a necessária preservação dos recursos naturais e o modo de vida indígena.

O exemplo do Brasil, apesar da evidente necessidade de melhoria e regulamentação complementar, apresenta-se como uma posição equilibrada.

⁸⁰ Tradução livre: Assim, no curso normal das coisas, onde o setor privado tem propostas para o desenvolvimento de projetos em terras indígenas o reconhecimento do direito ao FPIC significa que os indígenas têm o direito de dizer "sim" ou "não" para estas propostas. Quando eles dizem "não", estas decisões devem ser respeitadas.

Contudo, a jurisprudência também clarifica que, em circunstâncias excepcionais, e onde existe "interesse público", o Estado pode buscar acesso a territórios indígenas e seus recursos, incluindo água. Nestes casos, o Estado não pode simplesmente evocar interesse público, mas deve também atender a um número de requisitos adicionais. Qualquer aquisição de terras ou uso destes territórios para utilização de recursos deve ser previamente autorizada por Lei que atenda ao devido processo legal. O Estado precisa demonstrar que a intervenção é "necessária" e foi projetada para ser menos restritiva possível diante de uma perspectiva de direitos humanos. Deve, igualmente, demonstrar que os meios empregados no projeto foram devidamente talhados para o objetivo previsto, e que o custo e os impactos nas pessoas afetadas sejam "proporcionais" aos benefícios esperados do projeto. E, finalmente, a proposta de intervenção não deve trazer qualquer risco para a sobrevivência da comunidade como povo indígena.

Com o objetivo de garantir a "sobrevivência como povo indígena", quatro elementos adicionais são necessários: efetiva participação no processo decisório, o que inclui o FPIC; estudo prévio de impacto ambiental, participativo, que atenda a critérios de boa prática internacional e elaborados de modo a respeitar a cultura indígena; garantia de "divisão de benefícios"; e, finalmente, que os impactos negativos sejam evitados ou mitigados.

A OIT 169 regula o uso de bens de titularidade do Estado dentro de terras indígenas. Assim estabeleceu o art. 15 da convenção:

Art. 15:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

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 com o resultado dessas atividades.

Pode-se extrair do texto normativo da OIT que em sendo os bens de propriedade do Estado, ao Estado caberia a ele a decisão final sobre o uso de tais bens, depois de ouvidas as comunidades em processos de consulta. Esse dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal, que limitou as atividades passíveis de execução no interior de Terras Indígenas às atividades de mineração, aproveitamento de recursos hídricos, além de casos no interesse e Soberania do país⁸¹.

Contudo, a própria Constituição previu que o desenvolvimento das atividades econômicas (mineração e aproveitamento de recursos hídricos) no interior de Terras Indígenas dependerá, obrigatoriamente, de autorização do Congresso Nacional, depois de ouvidas as comunidades afetadas.

Assim previram os §§ 2º, 3º e 5º da Constituição Federal:

Art. 231 (...)

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

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só

⁸¹ De acordo com o julgamento do caso “Raposa Serra do Sol”, já mencionado, as atividades consideradas de interesse social, excluídas do usufruto indígena – e autorizadas para instalação nas terras indígenas, são: mineração, aproveitamento de recursos hídricos, implantação de estruturas de energia elétrica e estradas, quartéis do exército, entre outras.

podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 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.

De acordo com o modelo brasileiro, portanto, e conforme mencionado anteriormente, a comunidade indígena deverá obrigatoriamente ser consultada quanto à exploração de suas terras em processo de "FPIC" (conforme a ILO 169). Contudo, a decisão pela possibilidade ou não de utilização da Terra Indígena caberá ao Congresso Nacional, poder que representa a vontade do povo.

Objetivamente, seguindo tais premissas, no Brasil o processo de consulta e consentimento a ser aplicado na hipótese de desenvolvimento de atividades no interior de Terras Indígenas não vincula a administração pública. Nas hipóteses de intervenção para instalação de empreendimentos no interior de Terras Indígenas, a decisão pela implantação ou não de tais atividades dependerá do Congresso Nacional, que – depois de ouvida a comunidade e tendo sido garantido que todas as medidas adequadas para evitar ou mitigar danos às Terras Indígenas e ao modo de vida de suas comunidades foram tomadas – emitirá a devida autorização para a instalação do projeto.

A previsão de participação do Congresso Nacional, seja por autorização, seja por *ad referendum*, serviu para garantir a certeza de que as atividades apenas serão realizadas se atendendo ao interesse social, e se efetuado regularmente o processo de consulta das comunidades.

Já em relação às demais atividades a serem realizadas fora das Terras Indígenas, mas que possam trazer impactos às Terras, nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional estabeleceram quais os efeitos do processo de consulta.

Em análise sistemática, se o processo de instalação de atividade dentro de Terras Indígenas não terá efeito vinculante, muito menos o terá a instalação de atividades fora de seus limites. Reforçando este argumento, o próprio artigo 6º,

§4º da Portaria 419/2011 prevê que a ausência de manifestação dos órgãos e entidades envolvidos (dentre eles a FUNAI), no prazo estabelecido, não acarretará prejuízo ou atrasos ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença. No mesmo sentido, a Portaria 60/2015 dispõe: "a ausência de manifestação dos órgãos e entidades no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença" (art. 7º, §4º, Portaria nº 60/2015).

Debora Duprat (2016, pág. 606) traz interessante posicionamento sobre o tema⁸². Segundo a Autora, ao tratar dos efeitos do procedimento de consulta, "em uma sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapem do seu exclusivo interesse".

Isto seria dizer que aos indígenas caberia o direito de veto a todas as decisões relacionadas a políticas públicas, uso do território ou quaisquer outras medidas administrativas que trouxessem impactos e estivessem relacionadas exclusivamente aos seus direitos, bens e TI. Como exemplo, podemos citar a instalação de eventual estrutura de energia para atender exclusivamente sua TI, a instalação de escolas ou bibliotecas para atender apenas suas crianças, entre outras questões dessa natureza. Ao expandir o alcance de uma decisão à sociedade maior, tal grupo não poderia ter a exclusividade e o domínio do destino da decisão a ser tomada. Esta decisão cabe a toda a nação, no Brasil representada pelo Congresso Nacional.

Neste ponto, é sempre importante ressaltar que – definitivamente – os indígenas não têm a mesma representação e o poder de influência no Congresso Nacional que o próprio governo ou as empresas que têm interesse no desenvolvimento de projetos em suas terras. Este fato traz desequilíbrio de forças no curso do processo decisório, e não seria impossível supor que os interesses dos indígenas raramente seriam respeitados em se tratando de projetos como, por exemplo, grandes hidrelétricas ou minerações relevantes no interior de Terras Indígenas. Contudo, importante lembrar também que toda decisão administrativa

⁸² DUPRAT, Deborah. "A convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada". In: MIRANDA, Jorge et al. (Org). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 606.

– mesmo aquela adotada pelo Congresso Nacional – dependerá da devida fundamentação, motivação e atenção aos princípios e ordenamentos constitucionais e regulamentares. A comunidade indígena, os órgãos de fiscalização, as organizações da sociedade civil, o Ministério Público, entre outros, são legitimados a buscar o Poder Judiciário que pode – e deve, quando provocado – realizar o controle constitucional dessa decisão e sua aderência aos princípios e ditames legais.

A alteração desse modelo, com seus erros e acertos, dependeria de mudança constitucional. Até lá, o processo de engajamento das comunidades, com objetivo de se alcançar um acordo que leve benefícios mútuos, é o grande princípio a ser observado e buscado no licenciamento ambiental de grandes empreendimentos. Independente da não vinculação do processo de consentimento, os empreendedores devem sempre considerar que o desenvolvimento de um projeto sem a chamada “licença social”, ou o reconhecimento da legitimidade do empreendimento pelas comunidades, tende a dificultar o desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Assim, o “consentimento” deve ser buscado não como uma etapa do processo (sendo atingida ou não), mas como um princípio social. O consentimento deve ter como foco o reconhecimento pela comunidade de que aquele empreendimento, mesmo que não desejado pelas comunidades, poderá conviver com ela trazendo benefícios mútuos.

5.3

Forma: como conduzir o FPIC

Não menos complexa é a discussão da forma do procedimento de consulta e consentimento. Como conduzir o processo?

Antes de tudo, a pergunta que se deve fazer é sobre a possibilidade de se regulamentar um processo de consulta às comunidades.

Seja no Brasil, seja na legislação estrangeira ou nos organismos internacionais, não se buscou uma regulamentação comum de processo de consulta. Genericamente, todas as instituições, regulamentos e procedimentos

trazem um mesmo princípio: obter o consentimento respeitando “as formas tradicionais de tomada de decisão das comunidades”, em um processo de “boa-fé”.

Cesar Rodriguez Garavito⁸³ assim comentou o tema:

Aunque el deber de consultar a las comunidades indígenas sobre situaciones que puedan afectarlas se encuentra claramente contemplado y ampliamente desarrollado en varios pronunciamientos de derecho internacional, sólo unos pocos han dado respuesta a la pregunta sobre cuáles el procedimiento mediante el que puede darse cumplimiento al deber de consultar a estas comunidades. Los escasos pronunciamientos y textos jurídicos internacionales que se han referido al tema, han establecido unos parámetros comunes generales, como el deber de realizar las consultas de buena fe y la necesidad de que éstas se lleven a cabo antes de adoptar una medida susceptible de afectar a las comunidades.

(...)

Sin embargo, los parámetros generales comunes que se han establecido son criterios mínimos clave que sirven para guiar el proceso de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los estados en su realización⁸⁴.

Segundo o professor, portanto, a unidade que existe na discussão quanto ao processo de consulta é a necessidade de boa-fé. E assim ele define o que é o processo de consulta de boa-fé:

La consulta de buena fe

Uno de esos criterios mínimos, el deber de llevar a cabo las consultas de buena fe, está contemplado en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT que establece que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Asimismo, en la declaración de los Pueblos Indígenas, se establece que “los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de

⁸³ GARAVITO, César Rodríguez; MORRIS, Meghan. **La consulta previa a pueblos indígenas.** Los estándares del derecho internacional. Colección Justicia Global. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010, p. 71.

⁸⁴ Em tradução livre: Embora o dever de consultar as comunidades indígenas sobre situações que possam afetá-las é claramente contemplado e amplamente desenvolvido em vários pronunciamentos do direito internacional, apenas poucos têm respondido à pergunta sobre qual é o procedimento diante do qual se pode dar cumprimento ao dever de consultar essas comunidades. Os poucos pronunciamentos e textos jurídicos internacionais que abordaram a questão têm estabelecido parâmetros comuns gerais, tais como o dever de proceder a consultas de boa-fé e a necessidade de que sejam realizadas previamente a adoção de medidas que possam impactar as comunidades. (...) No entanto, os parâmetros gerais comuns que foram definidos são critérios mínimos fundamentais que servem para orientar o processo de consulta e limitar o poder discricionário dos Estados na sua realização.

aprobar proyectos que los afecten. El contenido del concepto de 'buena fe', tan abstracto en principio, ha sido esclarecido por algunos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, a través de los cuales se ha desarrollado el contenido del precitado artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en su observación individual sobre el Convenio 169 a Bolivia, la CeACr estableció que "el concepto de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"⁸⁵.

A boa-fé seria, portanto, o “diálogo genuíno”, com objetivo de se chegar a um acordo sobre o processo de consulta colocado em discussão.

No mesmo sentido, Debora Duprat⁸⁶:

Esta consulta tem por pressuposto, portanto, o domínio desses povos sobre a sua existência, e a expectativa de que, eventualmente, ações externas sobre elas se projetem. A consulta deve ser prévia (“sempre que sejam previstas”), bem informada (conduzidas de “boa-fé”), culturalmente situada (‘adequada às circunstâncias’.) e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta.

(...)

A consulta também só se qualifica como tal se for compreendido o seu propósito em toda a sua extensão. Daí o imperativo de que seja culturalmente situada. A primeira consequência é de que não há um modelo único de consulta: ao contrário, ela se desenvolve de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

A boa-fé, neste caso, estaria relacionada com a compreensão da comunidade quanto ao projeto e impactos colocados em análise. Ou seja: cabe ao empreendedor cuidar para que sua apresentação seja clara, completa e culturalmente adequada.

E continua a autora:

⁸⁵ Em tradução livre: Consulta de boa-fé. Um desses padrões mínimos, o dever de proceder a consultas com boa-fé, é referido no artigo 6º da Convenção 169, que afirma que "as consultas realizadas no âmbito do presente acordo serão realizadas de boa-fé e de uma maneira apropriada às circunstâncias, a fim de chegar a um acordo ou consentimento acerca das medidas propostas".

Também na Declaração dos Povos Indígenas se afirma que "os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas" antes de adotar e aplicar medidas legislativas ou administrativas e aprovando os projetos que os afetem.

O conteúdo do conceito de "boa-fé", tão abstrato, em princípio, foi esclarecido por alguns pronunciamentos dos órgãos de fiscalização da OIT, através dos quais se desenvolveu o referido conteúdo do artigo 6º da Convenção 169. A esse respeito, a CeACr afirmou que "o conceito de consulta às comunidades indígenas [...] inclui o estabelecimento de um verdadeiro diálogo entre ambas as partes caracterizadas pela comunicação e compreensão, respeito mútuo e boa-fé, com o desejo sincero para chegar a um acordo comum. "

⁸⁶ DUPRAT, Deborah. "A convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada". In: MIRANDA, Jorge et al. (Org). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 608.

É preciso atenção ao tempo para a tomada de decisões, tanto na sua extensão, como quanto ao momento adequado. Aqui é importante retornar à questão de que, quando se fala em grupos, comunidades e povos, não se está diante de totalidades homogênicas. Esta é uma visão externa, simplificadora e essencialista. As coletividades reais vivem conflitos, dissensos e disputas de várias ordens. De modo que, também internamente, é preciso tempo para construir eventuais consensos. Também há grupos que distribuem o tempo em ciclos, cada qual adequado a determinadas finalidades.

Tampouco há uma fórmula única para a tomada de decisões. Alguns grupos as reservam aos caciques, anciões, professores: outros, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas. O que é fundamental reter é que não se pode subverter esse processo mediante uma solução externa.

Nesta linha, tem-se que o processo de consulta deve ser conduzido de boa-fé, respeitando-se as formas tradicionais de tomada de decisão por parte das comunidades.

A boa-fé aplicada ao processo de consulta atende ao senso comum. Como senso comum entendo o dever de o empreendedor se engajar e utilizar de todos os meios possíveis para garantir que todas as informações necessárias para o entendimento do projeto, avaliação dos impactos às comunidades, e todas as demais informações relevantes sejam adequadamente prestadas ao longo do processo de licenciamento. Deve garantir que as comunidades entendam todos os aspectos relacionados ao projeto, e que foram capazes de realizar o julgamento adequado de seus impactos.

Deve assegurar, igualmente, que qualquer alteração do projeto será sempre comunicada aos indígenas, garantido a eles o direito de rever seu posicionamento caso tal alteração modifique significativamente os impactos relacionados ao projeto.

Deve-se, ainda, buscar preservar as formas tradicionais de processo decisório por parte das comunidades, não agindo, em nenhuma hipótese, com o objetivo de corromper membros ou estabelecer conflitos internos nas comunidades, para o benefício de seu projeto.

Quanto às formas tradicionais de tomada de decisão das comunidades, não parece possível – ou mesmo adequada – a busca pela regulamentação comum de processos de consultas. Existem comunidades que concentram seus processos decisórios em figuras individuais (como pajés ou caciques), bem como há

comunidades que vinculam suas decisões a elementos da natureza, entre tantos outros métodos.

Em cada processo, caberá ao empreendedor, com apoio do órgão indigenista, a avaliação antropológica da forma tradicional de como tal processo decisório é aplicado, e utilizá-lo, sempre que possível, no caso concreto.

Como maior dificuldade, e evitando relativismo cultural, caberá ainda ao empreendedor e ao órgão indigenista garantir que o processo de consulta tradicional não viole outros princípios de Direitos Humanos.

Assim mencionou Cathan Doyle, ao avaliar possível tensão entre consulta e Direitos Humanos⁸⁷:

This potential issue, which raised by the Anglo American and the BHP Hilton representatives is closely related to a concern expressed by the ICMM representative 'that traditional processes may exclude certain groups that are profoundly important in terms of getting to the concept of consent.

While they acknowledged that 'good practice of FPIC generally says that you should seek consent using traditional decision making techniques 'the Anglo American representatives suggested that doing so 'could lead to a potential tension between human rights' as outline in the Ruggie principles/democratic norms and traditional decision making'."⁸⁸

Amy K. Lehr⁸⁹ apresentou preocupação semelhante:

One indigenous rights organization suggests that the correct question to ask is not who the leaders are, but how the community makes decisions. Yet, even a company with the best of intentions may find it challenging to identify legitimate decision-making processes.

*Furthermore, companies with human rights policies need to ensure that the traditional decision-making process is not in conflict with internationally recognized human rights, such as non-discrimination*⁹⁰.

⁸⁷ DOYLE, Cathal; CARIÑO, Jill. **Making Free Prior & Informed Consent a Reality.** Indigenous Peoples and the Extractive Sector. 2013. p. 21. Disponível em: <http://www.piplinks.org/makingfpicreality>. Acesso em: 15 jun. 2016, p. 21.

⁸⁸ Em tradução livre: Este potencial problema, que foi levantado pelos representantes da Anglo American e BHP Hilton, está relacionado a uma preocupação expressada pelos representantes do ICMM, a de que "processos tradicionais podem excluir certos grupos que são extremamente importantes para a garantia do consentimento".

Enquanto eles reconhecem que "a boa prática do FPIC geralmente indica que você deve buscar usar os processos tradicionais de decisão, os representantes da Anglo American sugeriram que "fazendo isso, podem levar a potencial conflito entre direitos humanos e princípios ou normas democráticas com as formas tradicionais de processo decisório".

⁸⁹ LEHR, Amy K.; SMITH, Gare A. **Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges.** Boston: Foley Hoage Book, 2010, p. 59.

Como exemplos de possíveis conflitos entre direitos humanos e métodos tradicionais de decisão, temos processos decisórios que excluem mulheres ou pessoas com deficiências físicas, processos concentrados em um único indivíduo, processos que envolvem abuso físico, entre outros.

A própria ONU, no artigo 46 de sua Declaração dos Direitos Indígenas⁹¹, cuidou de buscar um equilíbrio. Mesmo respeitando o direito aos processos tradicionais de decisão das comunidades, indicou que a garantia de direitos aos indígenas não poderá, de qualquer forma, significar violação a quaisquer outros direitos fundamentais previstos em cartas de direitos da própria ONU.

Na mesma linha previu a OIT 169 em seu artigo 8º⁹², ao apontar que os povos deverão ter o direito de conservar seus costumes, desde que estes não sejam incompatíveis com direitos fundamentais definidos pela legislação nacional, ou pelo sistema legal internacional.

⁹⁰ Em tradução livre: Uma organização de direitos indígenas sugeriu que a pergunta certa a fazer não é quem são os líderes, mas como as comunidades tomam decisões. Assim, até mesmo uma empresa com a melhor das intenções pode achar desafiador identificar processos legítimos de tomada de decisão. Além do mais, empresas com políticas de direitos humanos precisam garantir que processos tradicionais de decisão não conflitem com princípios internacionais e reconhecidos de direitos humanos, como a não discriminação.

⁹¹ Artigo 46. 1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática.

⁹² Artigo 8º. 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

O relativismo cultural, ainda que fora de processos de consulta, é objeto de ampla discussão e projetos de lei específicos.

Demétrio Magnoli, em artigo publicado em **O Globo**⁹³, trouxe interessante análise de tais conflitos ao tratar do projeto de Lei 1057/2007 – que busca extinguir a tradição de homicídio de recém-nascidos indígenas em casos como deficiências físicas, nascimentos múltiplos ou morte de um dos genitores –, e da crítica de relativistas sobre o projeto. Este projeto é chamado de “Lei Muwaji”, em homenagem ao episódio em que antropólogos fugiram de canoa de uma aldeia com um recém-nascido que seria morto por seu povo. Assim se manifestou Demétrio Magnoli:

A unidade indissolúvel entre mãe e filho, na vida e na morte, justifica-se sob a premissa do modo de vida tradicional. Mas o cenário altera-se por completo na hora em que o grupo indígena passa a interagir com a sociedade moderna circundante, que assume a obrigação de prover-lhe serviços essenciais de saúde, inclusive leite para os recém-nascidos, vacinação e tratamentos médicos. Aí, “identidade cultural” converte-se apenas no toque de reunião dos porta-vozes do relativismo cultural.

“Há uma questão fundamentalista e religiosa por trás dessa lei”, vocifera Saulo Feitosa, do Cimi, apontando um dedo acusador na direção das lideranças evangélicas que defendem a Lei Muwaji. Eu, que não tenho religião, enxergo nessa crítica preconceituosa um outro tipo de fundamentalismo: a veneração da “cultura” como um totem imemorial. E, como tantos outros, religiosos ou não, prefiro ver na canoa que salvou o indiozinho do Xingu uma metáfora para o diálogo entre culturas.

Evidente que nenhuma forma de tradição indígena que viole princípios basilares da comunidade maior em que se inserem poderia ser aceitável. Vislumbrando um possível conflito entre a forma tradicional de processos decisórios e direitos humanos, caberá ao empreendedor e órgão indigenista buscarem formas de engajar a comunidade em um processo adequado. E caso a comunidade indígena se recuse a alterar sua forma de decisão para adequá-la aos princípios consagrados em Direito Internacional, a consulta não será realizada – cabendo, no caso do Brasil, ao Congresso Nacional a decisão pela implantação ou não do empreendimento.

⁹³ MAGNOLI, Demétrio. Na canoa do antropólogo. **O Globo**, 22 de outubro de 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opinia/na-canoa-do-antropologo-17842818>. Acesso em: 24 jun. 2016.

5.4 Legitimidade

Por fim, a legitimidade para participação no processo de consulta passa por dois aspectos principais. O primeiro é o geográfico. Neste, é avaliada a localização do empreendimento – se dentro ou fora de Terra Indígena – ou qual o alcance dos impactos de empreendimento localizado fora de Terra Indígena. O segundo, não menos importante, é o social: quem é o índio legitimado para participação neste processo.

5.4.1 Aspectos geográficos

Quanto aos aspectos geográficos, como mencionado previamente, a Portaria Interministerial 60/2015 tratou de buscar uma solução para esta avaliação. Objetivamente, e conforme discutido, a Portaria definiu que a participação da FUNAI – com a realização de processos de consulta – ocorrerá quando a implantação de um empreendimento acarretar em intervenção ou impactos em Terras Indígenas.

Como já tratado, tal intervenção foi definida no art. 3º da Portaria Interministerial como a instalação do empreendimento no interior de Terras Indígenas, ou quando cause impactos diretos, em uma distância de até 10 km de tais terras. Esta previsão traz dois importantes aspectos.

O primeiro, quanto à distância de 10 km: o que esta distância buscou preservar foi a certeza de que, mesmo quando desenvolvido fora de uma Terra Indígena, todos os possíveis impactos à referida terra seriam efetivamente avaliados. Presumiu-se que, quando inserido dentro do raio de 10 km de distância do empreendimento, seria necessário avaliar, como regra, os possíveis impactos que poderiam ocorrer no interior de uma Terra Indígena, como ruído, emissão de particulados etc. Contudo, tal artigo não deve ser tratado como “presunção absoluta de oitiva das comunidades inseridas em um raio de 10 km”. Importante notar que a própria Portaria define que a intervenção da FUNAI (e a consequente oitiva indígena), mesmo quando dentro dos limites de 10 km, só deve ocorrer

quando o empreendimento acarretar impactos DIRETOS sobre as comunidades⁹⁴. Os critérios de localização e natureza do impacto (se direto ou indireto) são complementares e dependentes entre si.

Assim, como critério geográfico, a participação dos indígenas no processo de licenciamento – com a devida consulta às comunidades – somente ocorrerá se:

- 1 - O empreendimento estiver localizado no interior da Terra Indígena;
- 2 - Caso se trate de empreendimento localizado fora de Terra Indígena, a uma distância não superior a 10 km, que cause impactos diretos às comunidades.

A necessidade de apuração de danos diretos nos parece evidente. A instalação de uma grande atividade minerária, hidrelétrica, que impacte em fluxo de rios, ruídos, entre outros aspectos, pode trazer reflexos no modo de vida indígena mesmo se instalada fora da terra indígena (a ser apurado no curso do processo de licenciamento ambiental).

Já obras como hospitais, oficinas mecânicas, entre outras atividades de baixo impacto localizadas a 7, 8 ou 9 quilômetros de distância de uma TI, separadas por florestas densas, ou mesmo empreendimentos relevantes que não tragam qualquer impacto direto às comunidades definitivamente não seriam objeto de consulta ou participação da FUNAI.

5.4.2 Quanto à definição de Terra Indígena

Assim definiu a Portaria Interministerial “Terras Indígenas” para fins de aplicação do art. 3º:

- XII terra indígena: a) áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por ato da FUNAI, publicado no Diário Oficial da União; b) áreas que tenham sido objeto de portaria de interdição expedida pela FUNAI em razão da localização de índios

⁹⁴ Impacto direto: Quando resulta de uma simples relação de causa e efeito, também chamado impacto primário ou de primeira ordem. Impacto indireto: Quando é uma reação secundária em relação à ação ou quando é parte de uma cadeia de reações; também chamado impacto secundário ou de enésima ordem (segunda, terceira etc.), de acordo com a sua situação na cadeia de reações.

isolados, publicadano Diário Oficial da União; e c) demais modalidades previstas no art. 17 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973;

Já o mencionado art. 17 da Lei nº 6.001/73 indica que:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título⁹⁵;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Conforme se pode observar, portanto, para fins de participação da FUNAI no processo (e conseqüente oitiva das comunidades), consideram-se Terras Indígenas mesmo aqueles territórios ainda não homologados pelo Poder Público. Ainda que este posicionamento se alinhe com a orientação jurisprudencial dos tribunais superiores de que a posse indígena é originária, tendo o ato homologatório efeitos apenas declaratórios, é fato que a participação nestas hipóteses pode se tornar procedimento precoce, tendendo a trazer ainda mais conflito ao processo de licenciamento ambiental.

Isso porque as terras ainda não homologadas não estão, necessariamente, sob a posse indígena exclusiva, assim como não estão necessariamente regularizadas. Com isso, pode-se criar a situação absurda em que a FUNAI e uma comunidade indígena seriam chamadas para opinar em relação à instalação de um projeto que possa impactar uma Terra Indígena, terra esta que poderá não estar sequer sob a posse de tal comunidade.

Esta situação – longe de ser meramente hipotética – tenderia a trazer comunidades indígenas para opinar sobre o impacto em Terras que não estariam sob sua posse, ou que eventualmente estariam sob a posse de produtores rurais, comunidades ribeirinhas, entre outros.

⁹⁵ Capítulo terceiro: Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais. Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena.

Objetivamente, ao trazer uma comunidade para definir o destino de um empreendimento em certo Território, consolida-se o sentimento de dono/propriedade já existente, em decorrência de um processo demarcatório que pode estar sendo conduzido há anos, ou mesmo décadas, que sequer se sabe se será definitivamente homologado.

Por outro lado, igualmente temos terceiros – grandes ou pequenos produtores rurais, ribeirinhos ou comerciantes, que se veem afastados da decisão do destino de terras que, ainda não expropriadas ou indenizadas, estão sob sua posse.

Não existe solução simples para esse dilema. Ou se toma a decisão política de encerramento ágil de processos demarcatórios, ou se regulamenta a participação dessas comunidades, envolvidas em processos de homologação de Terras Indígenas em andamento.

Uma forma de reduzir tal conflito seria regulamentar o processo para que mesmo que a intervenção da FUNAI ocorra, em qualquer hipótese de intervenção em áreas em processo de demarcação, a consulta às comunidades apenas seja realizada naquelas terras em que já haja posse incontestável indígena, ou que a posse seja exclusiva destas comunidades.

5.4.3

Quanto à legitimidade dos indivíduos

A pergunta “quem deve participar de procedimentos de consultas?” passa, necessariamente, pela discussão travada no primeiro capítulo, a respeito de “quem é índio”, e de quais os direitos decorrentes de tal reconhecimento.

Como discutido no Capítulo 1, a Constituição Federal, o Estatuto do Índio, toda a normatização internacional e a literatura sobre o tema indicam a autodeterminação como o critério adequado para definição da condição étnica de um indivíduo como indígena. No Brasil, como já discutido, existe associado o critério de reconhecimento cruzado pela comunidade em que o indivíduo esteja inserido.

Contudo, como apontado, a legislação não distingue o grau de aculturação deste indivíduo para fins de garantia dos direitos decorrentes da Lei. Ao contrário, o Estatuto do Índio define que sua condição indígena independe de sua condição sociocultural, tratando a todos de forma igual.

Pois bem. Na prática, identificou-se em oportunidades diversas que índios de uma mesma comunidade têm interesses distintos – não raro decorrentes justamente do grau de aculturação individual de cada um deles. Filhos, parentes, amigos, ou mesmo cônjuges não índios, ainda que não residentes nas Terras (mas que possuem relação com o território), acabam participando e influenciando na tomada de decisão sobre o destino de tais terras.

Um índio aldeado, com pouco ou nenhum contato regular com a sociedade maior, tem vulnerabilidade social e merece proteção do Estado para a garantia de sua condição indígena, de sua cultura e forma de viver. Já um índio integrado merecerá proteção e direitos distintos, dependendo de seu grau de aculturação.

Ao tratar a todos de forma equitativa o que se faz é deixar de garantir a preservação dos direitos daqueles efetivamente necessitados de proteção. A máxima de se tratar “os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual” é perdida.

Objetivamente, em processos de consulta somente deveriam participar aqueles índios residentes nas Terras Indígenas atingidas, isto é, que ainda possuam relação de dependência com o território, ou que necessitem de forma exclusiva do território para manutenção de sua forma de vida.

Como dito, é necessário que seja definitivamente distinguido o direito do reconhecimento como índio – direito inalienável – dos direitos decorrentes deste reconhecimento.

5.5

Pagamento de valores em substituição à implantação de medidas no PBA:

Como dito no capítulo sobre licenciamento ambiental, não raro Programas Básicos Ambientais são substituídos por pagamentos em dinheiro, seja em razão

de solicitação das comunidades indígenas, seja em decorrência de iniciativa dos empreendedores.

Se, por um lado, para o empreendedor o pagamento financeiro é uma medida simples, eis que não envolve desenvolvimento de projetos e programas complexos, é sabido que em curto, médio e longo prazo tal medida acaba por criar uma relação de dependência, prejudicial tanto aos indígenas como ao próprio empreendedor.

O caso talvez mais emblemático para demonstração do conflito que pode advir desta medida é o caso do PBA Emergencial para o licenciamento ambiental do Projeto “Belo Monte”.

Conforme relatado à época, e na publicação “Dossiê Belo Monte” do Instituto Sócio Ambiental – ISA⁹⁶, em razão do atraso na implementação de medidas do PBA aprovado ao projeto, foi definido um PBA emergencial. Neste PBA, com prazo de duração de 24 meses, foi previsto um gasto de R\$ 30.000 (trinta mil reais) por aldeia atingida do Parque Nacional do Xingu. Tal valor não seria entregue diretamente aos indígenas, mas repassado por meio de listas de produtos e bens a serem destinados aos indígenas (com intervenção da FUNAI).

Este é o relato feito pelo ISA, em seu “Dossiê Belo Monte”:

Em decorrência do atraso na contratação do Projeto Básico Ambiental do Componente Indígena (PBA-CI), foi implementado um Plano Emergencial, com 24 meses de duração. Nele, deveriam ser implantadas algumas ações de mitigação, antes do início efetivo da obra. Seu desenvolvimento, porém, deflagrou um dos processos mais perversos de cooptação de lideranças indígenas e desestruturação social promovidos por Belo Monte. Os indígenas passaram a elaborar “listas de mercadorias” (incluindo todo tipo de bem de consumo, durável ou não), a serem fornecidas pelo empreendedor. Os impactos adversos sobre a organização socioeconômica e a autonomia política das aldeias foram diversos. O exemplo mais evidente é a perda da capacidade de produzir alimentos de forma contínua (segurança alimentar), o que teve graves consequências na saúde e autonomia dos povos indígenas da região⁹⁷.

⁹⁶ DOSSIÊ Belo Monte: prevenção e mitigação não se concretizam e obra causa novos impactos sobre indígenas. **Portal do Instituto Socioambiental**, 23 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/dossie-belo-monte-prevencao-e-mitigacao-falham-e-obra-provoca-novos-impactos-sobre-povos-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

⁹⁷ VILLAS-BÔAS, André et al. (Org.). **Dossiê Belo Monte – Não há condições para a Licença de Operação**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/dossie-belo-monte-site.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

O infográfico abaixo, extraído do referido dossiê, dá a medida do impacto de tais repasses da vida das aldeias (Figura 6):

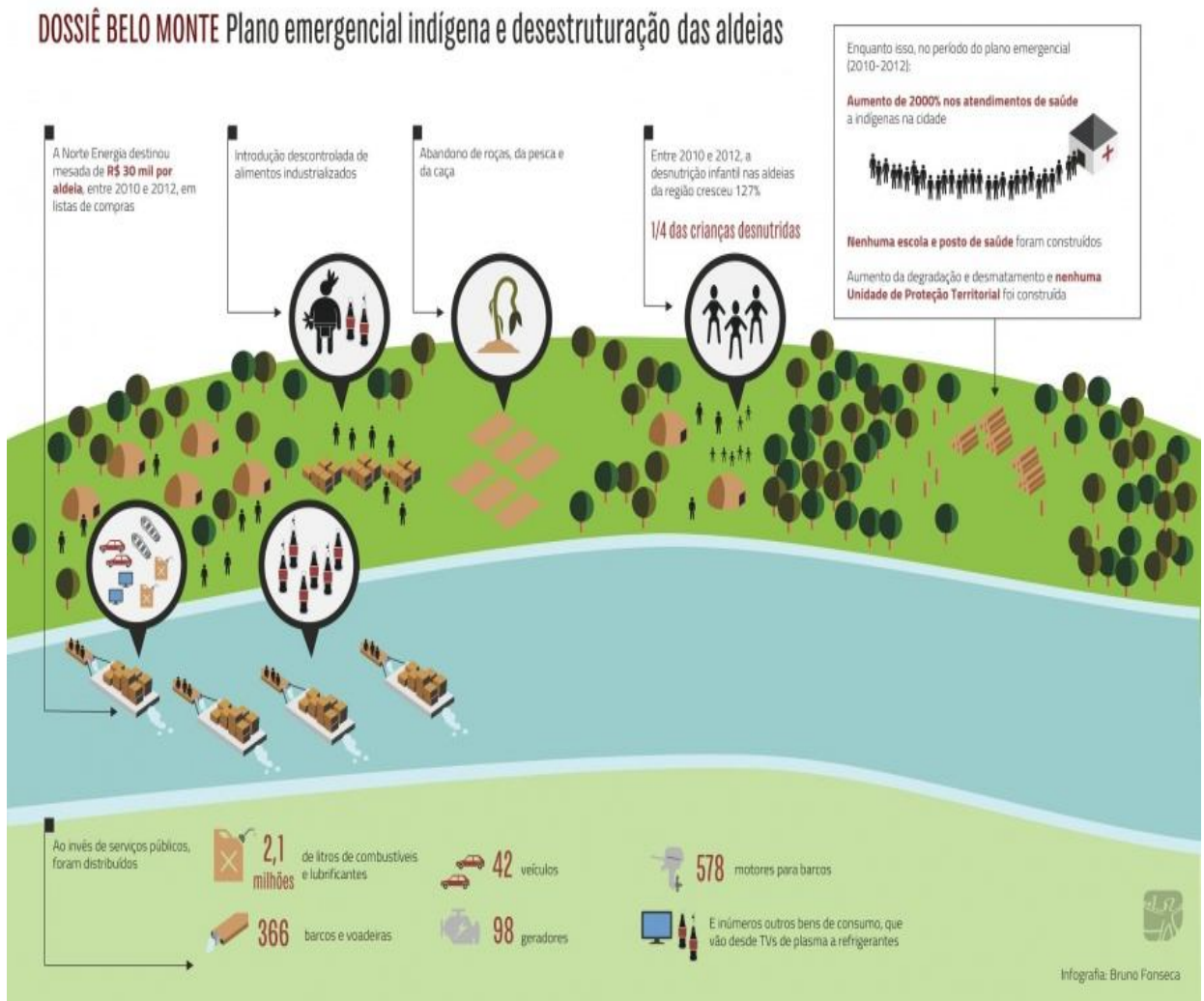


Figura 6 – Infográfico PBA Emergencial Belo Monte (ISA, 2015)

O que o gráfico demonstra, de forma clara e contundente, é que as ações de mitigação de impacto de “distribuição de bens e valores”, ao invés de trazer benefícios às comunidades, trouxeram ainda mais impacto ao modo de vida indígena.

Como exemplo, e conforme demonstrado no gráfico, em vez de estimular o modo de vida indígena e práticas conservacionistas, a lista aumentou o consumo de alimentos industrializados, acarretando o abandono da pesca e de roças. Em lugar de trazer serviços públicos, entregou milhões de litros de combustível e lubrificantes, 42 veículos, centenas de motores de barcos, entre outros bens – desde TVs de plasma a milhares de litros de refrigerantes.

Independente dos fundamentos e argumentos que justificaram a medida adotada, fato é que tais medidas alteraram a dinâmica social da região, trazendo impactos (mitigáveis ou não) às comunidades.

Não à toa, o fim do repasse dos valores acarretou verdadeiro conflito na região. Se, por um lado, índios sem experiência prévia com a aquisição de bens de consumo tiveram sua dinâmica social alterada (eventualmente com difícil retorno aos meios de vida tradicionais), por outro, os indivíduos autodeterminados índios, ainda que residissem em áreas fora da TI – até mesmo em Altamira do Pará –, aproveitaram a situação para obter vantagens financeiras. Naturalmente, nem um grupo nem o outro ficariam satisfeitos com o fim de tais repasses.

As notícias que circularam nos principais jornais à época deram conta da situação. Como exemplo, a reportagem de André Borges e Daniela Chiaretti, publicada pelo jornal Valor, em 13-06-2012:⁹⁸

Fim de repasse da Norte Energia para os índios gera tensão em Belo Monte

As tensões indígenas que envolvem a construção da hidrelétrica de Belo Monte podem entrar numa fase mais aguda. O acirramento de ânimos dos milhares de índios que habitam o entorno de Altamira (PA) deve-se, basicamente, ao fim de uma "mesada" que as aldeias da região vinham recebendo da empresa Norte Energia, consórcio responsável pela construção da usina no rio Xingu.

Como demonstrado no capítulo “quem é índio”, a condição indígena é definida por autodeterminação. Mas se o grau de aculturação e condição social não importa para a definição de “quem é índio”, deveria importar para a determinação de destinatários de benefícios financeiros supostamente destinados à mitigação de impactos de projetos em comunidades indígenas.

⁹⁸ FIM de repasse da Norte Energia para os índios gera tensão em Belo Monte. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos – IHU, 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/510365-fim-de-repasse-da-norte-energia-para-os-indios-gera-tensao-em-belo-monte>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Como exemplo, pode-se citar o número de veículos que fizeram parte das listas encaminhadas pelas comunidades (42, entre “Toyotas Hilux e caminhões). Ainda que se considerasse o modelo de repasse de valores ideal, fato é que dentre os grupos atingidos haveria aqueles que efetivamente vivem em condição de exposição social, merecendo medidas de apoio, e aqueles que não têm qualquer grau de exposição (vivendo em cidades, com recursos e meios de vida não tradicionais). E tal grau deve importar para a definição das medidas mitigadoras.

Há, ainda, notícia da época, publicada na página de Internet “amazonia.org”, relatando a dificuldade e os impactos decorrentes da retirada da compensação financeira de Belo Monte⁹⁹.

Índios surpreendem com longa lista de compensações

Amarok, Hilux, L 200, F 4.000, caminhões, carros de passeio, ônibus, motos, barcos, contas gordas no banco e mais 1,3 mil cabeças de gado – de preferência, 500 delas da raça Nelore. O *Valor* teve acesso às listas de pedidos que as tribos indígenas apresentaram esta semana à diretoria do consórcio Norte Energia para liberar a construção da hidrelétrica de Belo Monte. As reivindicações dão uma boa dimensão do problema que o governo e os empreendedores da usina terão de administrar para convencer os índios que, agora, está na hora de passar a cuidar de suas roças de milho e mandioca, da pesca, das crenças e do artesanato.

Seria impensável imaginar que depois de anos recebendo listas de bens, os indígenas aceitariam passivamente a volta ao “status de autoprodutores de alimentos”.

Em coluna recente no jornal “O Globo”, Miriam Leitão assim comentou o caso¹⁰⁰:

Uma das ações propostas pelo MP denuncia o “etnocídio”. Parece exagero, mas não é. Pelo plano que concedeu a licença, o empreendedor teria que garantir as atividades de sustento da forma de vida tradicional. Em vez disso, a empresa criou um sistema de lista de compras para as aldeias que é feita pelos índios. A empresa passou a dar dinheiro para essa lista de compras. Quem antes ficava na aldeia, nas atividades que garantiam o sustento da tribo, passou a ficar em Altamira para pegar o dinheiro:

⁹⁹ ÍNDIOS surpreendem com longa lista de compensações. **Amazônia**, 27 de junho de 2012. Disponível em: <http://amazonia.org.br/2012/06/%C3%ADndios-surpreendem-com-longa-lista-de-compensa%C3%A7%C3%B5es/comment-page-1/>. Acesso em: 15 jun. 2016.

¹⁰⁰ LEITÃO, Miriam. “Cápsula do tempo”. **O Globo**, 10 de abril de 2016. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>. Acesso em: 15 jun. 2016.

— Os índios passaram a comer produto industrializado e a acumular resíduo sólido que nunca souberam como tratar. Já há casos de obesidade e diabete.

Em oportunidades diversas o impacto de repasses financeiros a comunidades como alternativa ao PBA foi abordado no curso de processos de licenciamento ambiental. Em todas as oportunidades, ficou evidenciado que o repasse de valores influencia de forma direta a organização social dos indígenas que vivem nas TIs. Com o repasse de valores, atividades tradicionais como pesca e roçado são abandonadas, o padrão de alimentação e moradia são alterados. Ademais, não raro o repasse destes valores acarreta a cisão de aldeias que, não concordando com a forma de distribuição dos valores, se dividem de acordo com interesses financeiros – muitas vezes com incorporação de não índios nas aldeias.

Em se partindo do pressuposto que o objetivo constitucional da proteção aos indígenas é a preservação de sua cultura, tradição e seu modo de vida, repasses de valores que alterem essa dinâmica social tendem a se tornar antíteses do objetivo da lei. Importante aqui reiterar a orientação da FUNAI em relação ao PBA, publicada em sua **Cartilha sobre Licenciamento Ambiental em Terras Indígenas**¹⁰¹:

O PBA não distribui dinheiro e não é feito para resolver os problemas já existentes das comunidades indígenas, como por exemplo, a deficiência no atendimento de saúde e educação. O Plano Básico Ambiental é feito para controlar os impactos do empreendimento, que foram identificados no Estudo de Impacto Ambiental – EIA. Por isso, fique atento: sua comunidade não deve contar com um PBA para resolver todos os seus problemas. Afinal, se o empreendimento não for feito, não existirão impactos e nem PBA.

As comunidades indígenas NUNCA devem pedir, aceitar, ou mesmo discutir sobre dinheiro em um processo de licenciamento ambiental. É muito importante lembrar que o dinheiro acaba, mas os impactos negativos de um empreendimento podem durar para sempre. Um Plano Básico Ambiental tecnicamente bem feito vai garantir que os impactos do empreendimento sejam controlados e também que sua execução será acompanhada pela sua comunidade, pela FUNAI, pelo Ministério Público Federal e por outros órgãos.

¹⁰¹FUNAI. **Cartilha de Licenciamento Ambiental e Comunidades Indígenas**. Brasília: FUNAI, 2011. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Cartilha_Licenciamento_Web.pdf. Acesso em: 15 jun. 2016.

Como muito bem dito, o PBA não distribui dinheiro. Não serve para resolver problemas já existentes nas comunidades. É, sim, o instrumento para mitigação de impactos do empreendimento a ser instalado.

A perspectiva de compensação financeira, contudo, principalmente quando se trata dos altos valores que costumam estar envolvidos em grandes projetos, tende a ser mais atrativa que a construção de um museu, ou a realização de projetos culturais/sociais, entre outros.

A preferência por indenizações financeiras se reflete, igualmente, em pleitos judiciais. É comum que comunidades busquem no judiciário o pagamento de indenizações em substituição de PBAs – ou até que estes PBAs sejam realizados.

Como exemplo, segue trecho extraído de processo judicial no qual uma comunidade localizada a mais de 10 km de um empreendimento (ou seja, fora dos limites legais de participação em processos de licenciamento) busca pagamento mensal de R\$ 2 milhões por mês, por aldeia (aproximadamente trinta famílias por aldeia), enquanto um PBA estiver sendo realizado.

Assim requereram as comunidades¹⁰² (Figura 7):

¹⁰² Ação judicial n. 1254-18.2016.4.013901 distribuída perante a Justiça Federal.

MEDIDA LIMINAR E “INAUDITA ALTERA PARTE”

Diante da presença dos requisitos autorizadores previsto no art.12 da Lei 7.347/85: “*fumus bonus iuris*” do “*periculum in mora*”; bem com diante da grave lesão à ordem pública enquanto meio ambiente, à segurança pública e à saúde pública:

i) Que seja suspenso imediatamente, em caráter liminar e *inaudita altera parte*, o processo de licenciamento ambiental do empreendimento [REDACTED], consequentemente, qualquer ato visando o empreendimento, até que seja comprovada a elaboração do Estudo de Componente Indígena [REDACTED] e a concreta implantação dos planos e ações que serão elencados nos ECI [REDACTED] para mitigar e compensar os impactos do referido empreendimento, observando-se a necessária e efetiva participação das comunidades afetadas, em consonância com as exigências legais e com a convenção nº 169 da OIT, e que seja, ao mesmo tempo, determinado que a empresa [REDACTED] proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência desses estudos e implantação das medidas e planos necessários, no valor mensal de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), por aldeia ([REDACTED] e [REDACTED]), a ser revertido às aludidas comunidades, até a efetiva realização dos ECI [REDACTED] e implantação das medidas e planos de compensação e mitigação, em observância a convenção nº 169 da OIT, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 10 (dez) de cada mês, sob pena da multa coercitiva no

Figura 7 – Trecho do processo judicial 1254-18.2016.4.013901

Este tipo de posicionamento se reflete tanto em processos judiciais como em solicitações em PBAs, processos de licenciamento ambiental, entre outros meios identificados pelas comunidades.

Tais posicionamentos não se confundem com a coparticipação no resultado de desenvolvimento de projetos, como aqueles previstos no §3º do art. 231 da Constituição Federal¹⁰³, ou com o que se dispõe sobre a repartição de benefícios do aproveitamento genético, previsto na Lei nº13.123/15. Estes pagamentos são previstos em Lei e têm relação com o resultado financeiro de um

¹⁰³ § 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.

projeto no interior de uma TI, não se confundindo com as medidas de compensação de impactos.

Objetivamente, portanto, e mesmo diante de forte resistência, não se deve – sob pena de alteração do modo de vida indígena – substituir PBAs por pagamento de mesadas a comunidades. O PBA deve trazer relação direta e objetiva com os impactos, prevendo formas de mitigar seus efeitos nas comunidades.

5.6 Usufruto da Terra Indígena: Direitos e Obrigações

Por fim, mas não menos importante, tem-se a discussão quanto aos usos permitidos no interior de Terras Indígenas por não índios.

Voltando à questão da natureza da posse indígena, o usufruto das TIs conferido aos índios, conforme o §2º do art. 231 da CR/88, ainda que exclusivo, não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, que está expressamente ressalvado no já mencionado art. 231, §6º¹⁰⁴, da Constituição Federal.

Conforme estabelecido pelo texto constitucional, são ressalvados da posse indígena exclusiva os atos de relevante interesse da União, segundo dispuser Lei Complementar.

O STF, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol¹⁰⁵, tratou de definir, de forma expressa, os usos hoje autorizados no interior de Terras Indígenas, independentemente de autorização das comunidades ou procedimentos de consulta.

Assim entendeu o STF:

Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas:

¹⁰⁴ § 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.

¹⁰⁵ Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet. 3388/RR). Embargo de Declaração. Julgado em 23.10.2013

- a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF);
- b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional;
- c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei;
- d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira;
- e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI);
- f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI;
- g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental;
- i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental;
- j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão;
- m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros

equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação;

o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Mesmo tendo o STF indicado na própria decisão que este não seria um caso de repercussão geral imediata, ou seja, não seria tratado como “precedente obrigatório em demais casos similares”, fato é que criou importante orientação jurisprudencial quanto aos direitos e, fundamentalmente, obrigações e deveres das comunidades indígenas.

Impedimento a cobranças de taxas de “pedágio” em estruturas públicas, obrigação de respeitar a instalação de equipamentos públicos, como linhas de transmissão e estradas, bases militares, entre outras atividades de interesse público nacional, foram formalmente excluídas do usufruto exclusivo da área. Nada mais claro, nada mais correto, considerando a titularidade da área pela União.

Este acórdão deu origem, ainda em 2013, à Portaria AGU 303, que foi equivocadamente entendida à época como “norma” violadora de direitos indígenas. Assim se manifestaram instituições de defesa dos interesses indígenas à época¹⁰⁶:

Organizações indígenas defendem a revogação da Portaria 303

Brasília – Lideranças de comunidades que integram a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) protocolaram hoje (25), na Advocacia-Geral da União (AGU), um pedido para que a Portaria 303, da própria AGU, seja imediatamente revogada.

A entidade, que reúne organizações indígenas de todo o país para lutar pela promoção e defesa dos direitos indígenas, também defende a exoneração do advogado-geral da União, ministro Luís Inácio Adams, que, para eles, atende aos interesses de ruralistas.

“A publicação da portaria [em 2012] alimentou e agravou o clima de tensão e de insegurança jurídica nos territórios indígenas. Sua publicação empoderou o setor ruralista, que reforçou os ataques aos interesses indígenas”, disse à Agência Brasil o assessor técnico da Apib, Paulino Montejo, antes de seguir para o Ministério da Justiça com o grupo de representantes de sete etnias.

Os índios também planejam ir ao Palácio do Planalto para apresentar suas reivindicações.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Alex. “Organizações indígenas defendem a revogação da Portaria 303”. Revista Exame, 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/blogs/noticias/organizacoes-indigenas-defendem-a-revogacao-da-portaria-303>. Acesso em 14 mar. 2016.

Publicada em julho de 2012, a Portaria 303 da AGU estabelece que advogados e promotores públicos devem observar o cumprimento das mesmas condições impostas à Terra Indígena Raposa Serra do Sol em qualquer processo demarcatório, inclusive nos já finalizados. (...)

A secretária-geral de Contencioso da AGU, Grace Maria Mendonça, declarou que o Poder Executivo analisaria a eventual reedição da Portaria 303. “Entendemos que a decisão do STF é suficiente para anular a Portaria 303. Só que, logo após a decisão da Corte, o próprio ministro Adams declarou a intenção de publicar uma nova portaria, semelhante, ou simplesmente reeditar a 303.

Qualquer atitude nessa direção é uma afronta à decisão do STF e aos povos indígenas. Seria uma decisão política que demonstraria que o ministro tem compromissos com os representantes do agronegócio”, comentou Montejo. (...)

Em razão da grande repercussão da referida Portaria, ela foi suspensa pela AGU, o que, novamente, de forma equivocada se entendeu como a “suspensão dos efeitos das restrições ao usufruto indígena”.

O que fez a AGU por meio da Portaria 303 foi exclusivamente reproduzir a orientação jurisprudencial do STF para aplicação por todas as unidades da AGU, para uniformização de posicionamento. Na prática, a Portaria não havia criado obrigação legal, assim como sua suspensão não evita a utilização dos parâmetros indicados pelo STF na condução da questão indígena no País.

No plano infraconstitucional, e quanto à exploração de recursos minerais em Terras Indígenas, até a presente data não foi publicada a Lei Complementar prevista no §1º do artigo 176¹⁰⁷ e §3º do art. 231 da Constituição Federal. Segundo a Constituição, a exploração e partilha do resultado da lavra com as comunidades deve ser regulamentada por Lei Complementar própria. Desta forma, uma vez que a Constituição condiciona a edição das Leis para o desenvolvimento de tais atividades, ao menos em tese hoje não é possível o desenvolvimento de pesquisa ou lavra mineral dentro de Terras Indígenas, mesmo com eventual anuência das comunidades afetadas.

¹⁰⁷ § 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 País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Como exemplo da demora do processo legislativo em relação ao tema indígena, em livro publicado ainda em 1999, Sergio Leitão¹⁰⁸ assim comentava:

As discussões sobre a regulamentação da exploração mineral em Terras Indígenas vêm sendo travadas há cerca de dez anos no Congresso Nacional. O primeiro projeto de lei sobre o tema resultou da iniciativa do saudoso senador Severo Gomes ainda em 1989, tendo sido aprovado pelo Senado em 1990 e depois remetido à Câmara dos Deputados, onde, entretanto, foi arquivado por força de dispositivo regimental, em razão de sua não apreciação em caráter definitivo passadas duas legislaturas.

Em 1991, foi prestando, pelos Deputados Aloízio Mercadante, Fabio Feldman e outros, o Projeto de Lei n. 2.057/91, elaborado com assessoria do Núcleo de Direitos Indígenas, que propunha a criação do Estatuto das Sociedades Indígenas e a revisão da legislação infraconstitucional acerca dos direitos dos índios, contendo capítulo específico sobre a mineração em terras indígenas. Depois disso, outros dois projetos no mesmo sentido foram apresentados, o primeiro, de iniciativa do Poder Executivo e o segundo, resultado da articulação do Conselho Indigenista Missionário (Cimi) com alguns parlamentares. Os três projetos acabaram por ser reunidos em um substitutivo (Projeto nº 2.057/91 – substitutivo do relator) de autoria do deputado Luciano Pizzatto, tendo sido este aprovado por Comissão Especial da Câmara que analisou os projetos em 29 de junho de 1994. O projeto encontra-se parado desde então em razão da obstrução que o Poder Executivo faz à sua tramitação.

Em 1995, o senador Romero Jucá apresentou ao Senado o Projeto de Lei nº121/95, versando especificamente sobre a regulamentação da exploração e aproveitamento dos recursos minerais em terras indígenas. O projeto foi aprovado pelo Senado em fevereiro de 1996 e remetido à Câmara em março do mesmo ano, onde tramita sob o nº1.610/96.

Apesar dos longos anos de tramitação, nem o Substitutivo do deputado Pizzatto, nem o Projeto do senador Jucá, conseguiram ainda propor soluções satisfatórias (...).

Este texto, escrito em 1999, impressiona pela atualidade. Se escrito hoje, o autor chegaria à mesma conclusão: passados quase trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal, nenhum desses projetos apresentados – e especialmente o do Senador Jucá, de 1995 – está sequer perto de uma solução. Hoje, portanto, tem-se que o exercício da posse indígena está limitado às condições previstas na Constituição, assim como pelo entendimento do STF quanto às atividades de interesse nacional. Ao mesmo tempo em que a intervenção em terras indígenas é excepcionalidade constitucional, os indígenas

¹⁰⁸ LEITÃO, Sergio. "Mineração em Terras Indígenas – o imbróglio da regulamentação". In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em Terras Indígenas na Amazônia Legal Brasileira**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999, p. 96.

não têm direito a se opor ao uso excepcional previsto em Constituição, Lei e orientação constitucional.

6 Conclusão

A presente dissertação teve como objetivo apresentar aspectos do conflito indígena no País e mostrar como tal imbróglgio se relaciona com o processo de licenciamento ambiental de projetos localizados no interior de, ou que possam impactar, Terras Indígenas.

Para isso, buscamos responder às seguintes perguntas: Quem é índio e quais os direitos decorrentes de tal reconhecimento no que interessa ao licenciamento ambiental? O que são Terras Indígenas e como são formadas? Como deve ocorrer a participação dos indígenas no processo de licenciamento, e qual o efeito desta participação? Existem alternativas que possam buscar contribuir com a pacificação do conflito, com foco na criação de Terras Indígenas e no licenciamento ambiental?

Para responder a estes questionamentos, buscou-se em primeiro lugar responder à questão “quem é índio?”. Conforme demonstrado, a identidade indígena decorre de autorreconhecimento do indivíduo, associado à ascendência pré-colombiana e ao reconhecimento cruzado por parte de uma comunidade. Contudo, a Lei não traz distinção decorrente do grau de aculturação deste indivíduo para garantir direitos em consequência de seu reconhecimento como indígena.

Quanto às Terras Indígenas, demonstrou-se que o processo de demarcação é bifásico, tendo um primeiro elemento técnico de avaliação de limites da terra, conduzido pela FUNAI, e um segundo elemento político, de homologação pela Presidência da República. Expôs-se também que tal processo busca garantir a posse da terra às comunidades indígenas, permanecendo a propriedade das Terras da União. Revelou-se, ainda, que este processo tem efeito meramente declaratório, uma vez que a posse indígena trata-se de direito originário, prévio inclusive à constituição do Estado, e que muitas vezes o longo prazo entre as duas etapas tende a acirrar ainda mais o conflito por terras.

Em relação ao licenciamento ambiental, demonstramos que sempre que o projeto for localizado no interior de Terras Indígenas, ou puder lhes trazer impactos, as comunidades impactadas e o órgão indigenista deverão participar do

processo. A participação das comunidades ocorrerá principalmente por meio de um processo de consulta livre, prévia e informada – FPIC – a ser conduzido pelo empreendedor. Através deste, o empreendedor deve objetivar a participação da comunidade, buscando seu engajamento em um processo de consulta conduzido de boa-fé, que deve visar ao consenso ou acordo com as comunidades – devendo estas, por sua vez, indicar “sim” ou “não” ao projeto. Contudo, de acordo com o ordenamento internacional e a Constituição Federal, uma eventual negativa não garantirá poder de veto pelas comunidades ao projeto. Nas formas da Constituição, caberá ao Congresso Nacional a decisão pela instalação de empreendimentos no interior de Terras Indígenas, depois de concluído o processo de consulta.

Além do processo de consulta, deve o empreendedor cuidar de estabelecer medidas de mitigação e controle de impactos por meio de um Programa Básico Ambiental - PBA. Este programa deve ter por objetivo o estabelecimento de medidas de etnodesenvolvimento e demais programas relacionados exclusivamente aos impactos do empreendimento, buscando de toda forma evitar a transferência de dinheiro ou produtos.

Quanto ao uso possível das Terras Indígenas, evidenciamos que a Constituição Federal o limita à intervenção para atividades minerárias, hidrelétricas, além daquelas relacionadas à segurança e ao interesse nacional, como a instalação de bases militares, estruturas de transmissão de energia, entre outras.

Como propostas de pacificação do conflito, o trabalho buscou apresentar sugestões de alterações legislativas pertinentes, especialmente relacionadas à forma e aos prazos para a condução de processos de demarcação de Terras Indígenas. Em relação aos processos de consulta, o trabalho buscou trazer clareza ao texto constitucional e infralegal para, alinhado com conceitos de antropologia, pacificar discussões e conflitos.

Apesar da limitação de escopo e abrangência, considera-se que a dissertação alcançou o objetivo proposto, permitindo a compreensão dos principais elementos de conflito da questão indígena no licenciamento ambiental de projetos. Futuros trabalhos e novos pesquisadores poderão aprofundar o

conhecimento em relação ao tema, especialmente quanto à compensação aos indígenas por danos atuais ou históricos, assim como quanto ao modelo de consulta, em cotejo com casos práticos realizados ao redor do mundo. Dada a riqueza e complexidade das discussões apresentadas, há amplo espaço para o desenvolvimento de novos trabalhos relacionados ao tema desta dissertação.

7

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Ana Valéria. "Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento". In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 26-36.

BANCO Mundial. **Manual Operacional do Banco Mundial - Políticas Operacionais**. 2005. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf.

Acesso em: 14 mar. 2016.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. "No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é". In: RICARDO, Fany; RICARDO, Beto (Org.). **Povos Indígenas no Brasil 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 41-49.

CIMI – Conselho indigenista missionário. Em massacre, Guarani e Kaiowá é assassinado e cinco indígenas adultos e uma criança estão hospitalizados em estado grave". **Portal do CIMI**, 14 de junho de 2016. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-r/?system=news&conteudo_id=8774&action=read. Acesso em: 20 jun. 2016.

COLCHESTER, Marcus. **Free, Prior, and Informed Consent: Making FPIC work for forest and peoples**. New Haven: The Forests Dialogue (TFD) - Yale University, 2010.

DOSSIÊ Belo Monte: prevenção e mitigação não se concretizam e obra causa novos impactos sobre indígenas. **Portal do Instituto Socioambiental**, 23 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias->

socioambientais/dossie-belo-monte-prevencao-e-mitigacao-falham-e-obra-provoca-novos-impactos-sobre-povos-indigenas. Acesso em: 15 jun. 2016.

DOYLE, Cathal; CARIÑO, Jill. **Making Free Prior & Informed Consent a Reality**. Indigenous Peoples and the Extractive Sector. 2013. p. 21. Disponível em: <http://www.piplinks.org/makingfpicreality>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DUPRAT, Deborah. "A convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada". In: MIRANDA, Jorge et al. (Org). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FIM de repasse da Norte Energia para os índios gera tensão em Belo Monte. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos – IHU, 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/510365-fim-de-repasse-da-norte-energia-para-os-indios-gera-tensao-em-belo-monte>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FUNAI. **Cartilha de Licenciamento Ambiental e Comunidades Indígenas**. Brasília: FUNAI, 2011. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Cartilha_Licenciamento_Web.pdf. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. "Índios no Brasil – Quem são". **Portal da FUNAI**. 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. "Índios no Brasil – Terras Indígenas". **Portal da FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. "Procedimentos e Fluxograma". **Portal da FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 jun. 2016.

GALLOIS, Dominique Tilkin. "Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?". In: RICARDO, Fany. (Org.) **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da**

Natureza: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 37-41.

GARAVITO, César Rodríguez; MORRIS, Meghan. **La consulta previa a pueblos indígenas.** Los estándares del derecho internacional. Colección Justicia Global. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010.

ÍNDIOS surpreendem com longa lista de compensações. **Amazônia**, 27 de junho de 2012. Disponível em: <http://amazonia.org.br/2012/06/%C3%ADndios-surpreendem-com-longa-lista-de-compensa%C3%A7%C3%B5es/comment-page-1/>. Acesso em: 15 jun. 2016.

INTERNATIONAL Finance Corporation's Guidance Notes: Performance Standards on Environmental and Social Sustainability. Washington: IFC, 2012. Disponível em: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e280ef804a0256609709ffd1a5d13d27/GN_English_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 15 jun. 2016.

LADEIRA, Maria Ines. **Espaço geográfico Guarani-Myabi:** significado, constituição e uso. São Paulo, 2001. 236 p. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – FFLCH, USP.

LEHR, Amy K.; SMITH, Gare A. **Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges.** Boston: Foley Hoag eBook, 2010.

LEITÃO, Míriam. "Cápsula do tempo". **O Globo**, 10 de abril de 2016. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>. Acesso em: 15 jun. 2016.

LEITÃO, Sergio. "Mineração em Terras Indígenas – o imbróglio da regulamentação". In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em Terras**

Indígenas na Amazônia Legal Brasileira. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999.

MAGNOLI, Demétrio. Na canoa do antropólogo. **O Globo**, 22 de outubro de 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/na-canoa-do-antropologo-17842818>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MALDONADO, Caroline. "Conflito, morte de indígena e CPIs rivais marcaram disputa por terra". **Campo Grande News**, 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.campograndenews.com.br/retrospectiva-2015/conflito-morte-de-indigena-e-cpis-rivais-marcaram-disputa-por-terra>. Acesso em: 11 abr. 2016.

MENDES JR., João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos.** São Paulo: Typ. Irmãos Hennies, 1912.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. 2009.

NAÇÕES Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização.** A integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

RODRIGUES, Alex. "Organizações indígenas defendem a revogação da Portaria 303". **Revista Exame**, 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/blogs/noticias/organizacoes-indigenas-defendem-a-revogacao-da-portaria-303>. Acesso em 14 mar. 2016.

SAKAMOTO, Leonardo. "Intensifica-se conflito na Bahia sobre demarcação da Terra Indígena Tupinambá". **Epoch Times**, 28 de agosto de 2013. Disponível em:

http://www.epochtimes.com.br/intensifica-conflito-bahia-demarcacao-terra-indigena-tupinamba/#.V0C_mGaFPdd. Acesso em: 11 abr. 2016.

TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Impetus, 2013.

UNITED NATIONS/Department of Economic and Social Affairs. **Resource Kit on Indigenous Peoples' Issues**. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/resource_kit_indigenous_2008.pdf. Acesso em: 15 mai. 2016.

UNITED NATIONS/Economic and Social Council. **Indigenous issues: Human rights and indigenous issues**. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/105/44/PDF/G0310544.pdf?OpenElement>. Acesso em: 11 mar. 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS-BÔAS, André et al. (Org.). **Dossiê Belo Monte – Não há condições para a Licença de Operação**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/dossie-belo-monte-site.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Decisões judiciais

AC 200104010681089, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - QUARTA TURMA, DJ 29/01/2003 PÁGINA: 427.

Caso Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Pet . 3388/RR). Pleno. Relator. Min. Ayres Britto. Julgamento em 19.03.2009.

Caso Raposa Serra do Sol (STF. Pet. 3388/RR). Embargo de Declaração. Julgado em 23.10.2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Saramanka. Íntegra do voto em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf . Acessado em 14.03.2016.

EDAC 200639030007118, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1. DATA:27/08/2012 PAGINA: 316.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Registro: 2009/0200796-2. Julgado em 22/11/2011. Relator Ministro Gilson Dipp.

STF. ADIN 3.450-1 Julgamento em 01.09.2005, Tribunal Pleno, DJ 03.02.2006, p. 14.

EDAC 200639030007118, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1.

STF, Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLICAÇÃO 25-09-2009. REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENTA VOL-02408-02 PP-00229. RTJ VOL-00212- PP-00049.