



**norteENERGIA**  
USINA HIDRELÉTRICA BELO MONTE

**CAPÍTULO 2 – ANDAMENTO DO PROJETO BÁSICO  
AMBIENTAL COMPONENTE INDÍGENA**

**Anexo 4-5 – Manual de Requisitos  
Jurídico-Ambientais do  
Componente Indígena R00**



## **MANUAL**

Diretoria Socioambiental

Brasília, Distrito Federal

# Manual de Requisitos Jurídico-Ambientais do Componente Indígena

**UHE BELO MONTE**

EMPRESA  
NORTE ENERGIA S.A.

NÚMERO/CÓDIGO DO DOCUMENTO  
**MA NES PBA-CI 001/2016**

**JULHO/2016**

#### QUADRO DE CONTROLE DE REVISÕES

REV.	DATA	HISTÓRICO	ELABORADO	VERIFICADO	APROVADO
00	03/06/2016	Versão inicial	Assessoria Jurídica	Ferreira Rocha	Norte Energia

## SUMÁRIO

1. OBJETIVO .....	4
2. METODOLOGIA .....	4
3. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	5
4. UMA NOTA TÉORICA INDISPENSÁVEL: O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE E VALORES CULTURAIS .....	5
4.1. COMPETÊNCIAS MATERIAIS AFETAS AO PATRIMÔNIO CULTURAL ..	6
5. A COMPONENTE INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	8
6. DIVERSIDADE CULTURAL E PLURIETNICIDADE .....	10
7. NOÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA .	11
7.1. PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA IMATERIAL .....	11
7.2. PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA MATERIAL .....	13
8. LICENCIAMENTO AMBIENTAL E POVOS INDÍGENAS .....	14
8.1. A COMPETÊNCIA AUTORIZATIVA E AS ETAPAS SUBJACENTES AO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	14
8.2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS E EM SEU ENTORNO E AS EXIGÊNCIAS APLICÁVEIS A CADA ETAPA .....	17
9. POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO TERRITORIAL E AMBIENTAL DE TERRAS INDÍGENAS .....	23
9.1. O DECRETO 7.747/2012.....	23
9.2. O ESTATUTO DO ÍNDIO.....	28
9.3. TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE .....	32
9.4. TERRAS INDÍGENAS TRADICIONALMENTE E NÃO TRADICIONALMENTE OCUPADAS .....	37
9.5. TERRAS INDÍGENAS COMO ESPAÇOS AMBIENTAIS PROTEGIDOS.	40
9.6. TERRAS INDÍGENAS, FAIXA DE FRONTEIRA E ÁREA DE SEGURANÇA NACIONAL.....	43
9.7. DEMARCAÇÃO .....	48
9.8. DESINTRUSÃO.....	52
9.9. REALOCAÇÃO / REASSENTAMENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS	54
9.10. A SÚMULA Nº 650 DO STF .....	55
9.11. PROCESSO DE INGRESSO EM TERRA INDÍGENA: INSTRUÇÃO NORMATIVA FUNAI Nº 02/2015 .....	56
9.12. JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS ....	58
9.13. USUFRUTO EXCLUSIVO DOS RECURSOS AMBIENTAIS .....	61

9.14. EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS DAS TERRAS INDÍGENAS .....	61
10. ORGANIZAÇÕES EMPREENDEDORAS .....	63
10.1. ASSOCIATIVISMO .....	63
10.2. COOPERATIVISMO .....	64
11. O PAPEL DA FUNAI .....	65
12. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	66
13. DIREITO PROCESSUAL .....	68
13.1. LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS ÍNDIOS, SUAS COMUNIDADES E ORGANIZAÇÕES .....	68
13.2. A DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS E A COMPETÊNCIA TRAZIDA NO ART. 109, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	69
14. A SEARA DE RESPONSABILIDADE DOS INDÍGENAS .....	73
15. OUTROS TEMAS DE INTERESSE .....	77
15.1. DIREITO À INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO .....	77
15.2. DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL .....	79
15.2.1. DIREITOS DE IMAGEM E A PORTARIA FUNAI Nº 177/2006 .....	81
15.3. SAÚDE INDÍGENA .....	84
15.3.1. MEDICINA TRADICIONAL .....	85
15.4. EDUCAÇÃO INDÍGENA .....	86

## 1. OBJETIVO

O presente Manual de Requisitos Jurídico-Ambientais (“Manual”) tem por objetivo orientar o empreendedor e as executoras envolvidas na implementação do Projeto Básico Ambiental Componente Indígena (PBA-CI) da Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte, com vistas à resolução de conflitos e à adequação do empreendimento.

O Manual descreve, de forma objetiva, como a legislação disciplina os principais temas ou áreas de impacto no processo de implantação da referida UHE, conferindo funcionalidade ao arcabouço legal básico selecionado, nas esferas federal, estadual e municipal, suficiente para dirimir as dúvidas genéricas advindas do dia-a-dia das atividades.

## 2. METODOLOGIA

O presente Manual de Requisitos Jurídico-Ambiental (“Manual”) resulta da aplicação de metodologia de trabalho prevista no bojo do Plano de Gestão (PG) da UHE Belo Monte, qual seja, a identificação dos requisitos jurídico-ambientais com base no levantamento de processos objetivos, aspectos e impactos ambientais do empreendimento disponibilizados à equipe de Assessoria jurídico-ambiental para fins do projeto em tela, e remissão descritiva da norma objetivamente aplicável, considerando o plano de gerenciamento que vem sendo posto em prática, os Padrões de Desempenho da *International Finance Corporation* (IFC) que regem o atendimento ao Protocolo Princípios do Equador, e as legislações federal, estadual e municipal pertinentes.

O quadro legal apontado, por se tratar de “Manual”, não desce a detalhes ou excepcionalidades, que devem ser objeto de análise específica; pelo contrário, conduz o operador consultante, de forma didática, pelo assunto abordado, orientando-o na identificação da estrutura legal aplicável à matéria com vistas à conformidade legal.

Importante frisar que o levantamento dos temas abaixo foi feito com base no documento “Projeto Básico Ambiental” do Componente Indígena (PBA-CI) da UHE Belo Monte, versão final de maio de 2011, e considera cada um dos Planos, Programas e Projetos nele contemplados.

### 3. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, cumpre esclarecer ser a ideia central, do presente trabalho, sistematizar o conhecimento jurídico sobre a relação do empreendimento com o que se convencionou chamar de componente indígena.

Independente da perspectiva que se adote da problemática indigenista, a realidade é que a implantação do empreendimento impõe uma solução de compromisso entre os diversos interesses envolvidos.

Não é por outra razão que cabe, por exemplo, à FUNAI, assegurar a proteção ambiental das terras indígenas, estabelecer diretrizes e analisar os estudos referentes aos impactos causados, garantindo a participação das comunidades indígenas durante todo o processo de licenciamento.

Apesar de se tratar de trabalho de cunho essencialmente jurídico, a expectativa é que o material seja de grande utilidade na busca pela garantia dos direitos e deveres que envolvem a relação do empreendimento com as terras e povos indígenas.

### 4. UMA NOTA TEÓRICA INDISPENSÁVEL: O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE E VALORES CULTURAIS

No sistema federativo, a autonomia dos entes políticos pressupõe uma adequada partilha de competências para o exercício de funções legiferantes e administrativas, o que se faz sem qualquer vinculação hierárquica, por meio da reserva de poderes às pessoas jurídicas de direito público interno.<sup>1</sup>

Adotando modelo semelhante ao consagrado na Alemanha,<sup>2</sup> a Constituição brasileira esboça uma sistemática complexa que mescla as competências exclusivas e privativas com as comuns e concorrentes, alicerçando-se na técnica de enumeração das incumbências da União e dos Municípios (arts. 21, 22 e 30) e de reserva dos encargos remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º).<sup>3</sup>

Nos termos do art. 22 da Constituição compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas.

---

<sup>1</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 411 e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 218-9.

<sup>2</sup> Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

<sup>3</sup> Cf. SILVA. *Curso...cit.*, p. 413.

Em paralelo à previsão de campos de atuação específicos, se alinham áreas comuns que fundamentam atribuições simultâneas entre os entes federados (art. 23) e setores de concorrência entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (art. 24).<sup>4</sup>

No que se refere especificamente ao mencionado art. 23, a Constituição da República incumbiu todas as entidades ali enumeradas do desempenho de encargos executivos e materiais, em particular, para o que ora nos ocupa, o de *proteger o meio ambiente e preservar os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, além dos monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos*, devendo todos aqueles entes estabelecer diretrizes de atuação e estruturar um conjunto de instituições destinado a planejar e executar medidas de controle das atividades socioeconômicas desenvolvidas em seus respectivos territórios.<sup>5</sup>

Quanto ao art. 24 da CR/1988, nele se enreda a competência concorrente para legislar sobre *florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, bem como responsabilidade por dano aos bens e direitos aqui mencionados*, reservando-se à União o poder-dever de fixar diretrizes genéricas, com as quais devem se conformar as regras suplementares editadas pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Sobressai, desse contexto, a necessidade de definição acerca das chamadas *normas gerais*, que se caracterizam, conforme abalizada doutrina, pelo caráter essencialmente principiológico, preordenando-se a estabelecer orientações, linhas mestras, e nunca a definir questões de ordem circunstancial.<sup>6</sup>

Desse modo, cabe à União, ao exercer essa modalidade de competência, consagrar valores e diretivas de aplicabilidade uniforme em todo o País, não podendo esgotar a matéria, nem legislar de forma completa e exaustiva, remanescendo para os Estados uma determinada margem para que possam exercer a ação normativa complementar, que particularize aqueles preceitos inespecíficos às próprias singularidades de espectro regional.<sup>7</sup>

#### **4.1. COMPETÊNCIAS MATERIAIS AFETAS AO PATRIMÔNIO CULTURAL**

Impondo-se constitucionalmente ao Poder Público a promoção e a defesa do patrimônio cultural brasileiro, e afirmando-se como competência comum das entidades

---

<sup>4</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69.

<sup>5</sup> Cf. CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141-2.

<sup>6</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 169. Ver também: HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 357.

<sup>7</sup> 2 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 100, p. 127-62, out./dez. 1988.



federadas, como visto acima, a tutela *dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos* (art. 23, inciso III), é certo que tanto à União, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios incumbe — com base nas normas gerais federais e nas leis suplementares estaduais (art. 24, inciso VII da CR/1988) — proteger os ativos culturais que lhes convierem.

Segundo o art. 216 da Constituição da República, constituem o *patrimônio cultural brasileiro* os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as *formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais*, além dos *conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*.

Tais bens, conforme enunciado contido no § 1º do mesmo art. 216, sujeitam-se à ação tuitiva estatal, com o apoio da comunidade, que a exerce por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação.

Perceba-se, de logo, que a CR/1988 faz referência à expressão “*Poder Público*” em sua mais ampla abrangência semântica, o que bem se realiza no plano das atribuições implementadoras conferidas, nesta matéria, a todas as unidades federadas, impondo-se observar, especificamente no tocante aos Municípios, que, ao protegerem o patrimônio histórico-cultural de abrangência local, devem seguir as normas pertinentes e respeitarem a ação fiscalizadora da União e dos Estados (art. 30, inciso IX).

Obviamente, não poderia escapar ao direito a proteção das diversas manifestações e bens culturais, tendo sido definida pela UNESCO, na recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular (1998), que a cultura “*faz parte do patrimônio universal da humanidade e que é um poderoso meio de aproximação entre os povos e grupos sociais existentes e de afirmação de sua identidade cultural*”.<sup>8</sup>

Lembre-se que a primeira norma a proteger os direitos culturais foi o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

De acordo com VILLARES<sup>9</sup>, em seu livro o *Direito e os Povos Indígenas*, o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico

---

<sup>8</sup> OSWALDO. “O Direito à Identidade Cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: Um olhar a partir do sistema interamericano”. In.: Revista Internacional de Direitos Humanos – CHIRIBOGA. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/22567>.

<sup>9</sup> VILLARES, 2009, p.319.

e artístico nacional, não foi suficiente para proteger e preservar as diversidades culturais nacionais do país. Isto porque, tal instrumento normativo visa à proteção dos bens materiais, sendo necessário também identificar e valorizar os bens culturais de natureza processual e dinâmica, o patrimônio imaterial.

Com o objetivo de sanar essa lacuna, no que se trata dos bens imateriais, foi editado, no ano 2000, o Decreto nº 3.551, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e também cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Esses registros devem ser realizados em Livros específicos, supervisionados pelo Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN).

Em seu livro, VILLARES expõe:

O primeiro patrimônio imaterial indígena registrado no Livro de Registros das Formas e Expressão, sob responsabilidade do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, é a Arte Kusiwa (técnica de pintura e arte gráfica própria da população indígena Wajãpi, do Amapá). O registro foi solicitado pelo Conselho das Aldeias Wajãpi com apoio do Museu do índio – FUNAI.<sup>10</sup>

VILLARES<sup>11</sup> define ainda as diversas formas de manifestação artísticas, tais como: música, dança, pinturas, esculturas, representações teatrais, artes figurativas, joias e adereços corporais, grafismo, processos artesanais no geral, como acontecimentos vividos, que reproduzem forças sociais e exprimem a visão de mundo de um determinado grupo. Assim, tais características são de suma importância para a preservação da identidade do grupo.

Outro aspecto relevante para a proteção das artes indígenas pelos regimes jurídicos é em relação ao seu valor comercial, úteis para a aquisição de outros bens e serviços que os povos indígenas não possuem. Esses bens são registrados como bens de natureza imaterial, constituindo o patrimônio cultural brasileiro.

## 5. A COMPONENTE INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Além da disposição quanto à competência privativa da União de legislar sobre os indígenas, a Constituição Federal estabelece ser de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

---

<sup>10</sup> VILLARES, 2009, p.319.

<sup>11</sup> VILLARES, 2009, p.319.

Conforme será visto, ademais, em tópico específico, foi conferido ao Ministério Público, nos termos do inciso V do art. 129, a atribuição institucional de defesa em juízo dos interesses das populações indígenas.

Importante citar, ainda, de maneira específica, a seguinte disposição:

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

*§ 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. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)*

A Constituição traz um capítulo específico sobre os índios, cujos artigos foram transcritos abaixo:

*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 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.

## 6. DIVERSIDADE CULTURAL E PLURIETNICIDADE

O Brasil é considerado um país que possui impressionante diversidade cultural e étnica, tendo sido necessário, em função dessa notória pluralidade, integrar, sob o aspecto jurídico e político, o controle social das instituições, dos direitos e garantias fundamentais. Importante lembrar que referida integração foi possível a partir do novo regime democrático implementado em 1988 com a promulgação da Constituição Federal ("CF").<sup>12</sup>

Conforme se depreende do disposto no artigo 215 da CF, o Estado deve reconhecer a multiculturalidade do País, competindo-lhe proteger todos os tipos de manifestação cultural popular:<sup>13</sup>

Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

---

<sup>12</sup> Villares, 2009, p. 16.

<sup>13</sup> Villares, 2009, p. 16-17

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Destaca-se que os grupos étnicos têm seus direitos e deveres assegurados pela legislação brasileira, ficando mais evidenciado no presente estudo os povos indígenas, os quais são tratados nos artigos 231 e seguintes da Constituição Federal, sendo reconhecidos de maneira individual, dotados de cultura, organização social, língua, religião, modos de vida, entre outros.

## 7. NOÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA

### 7.1. PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA IMATERIAL

A “*Convenção para a salvaguarda do patrimônio imaterial*” aprovada pela UNESCO em outubro de 2003 dispõe que:

Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 216 definiu:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ou seja, podemos considerar o patrimônio imaterial todo o “saber-fazer”, além de conhecimento, história, práticas, costumes, modos de criação cultural e habilidades de produzir, as quais, podem ou não se concretizar em um bem material.

A dinâmica acepção de patrimônio, conforme exposto por Sandra Pelegrini, professora Doutora do Departamento de História da UEM, em seu artigo “*A gestão do patrimônio imaterial brasileiro na contemporaneidade*”, e na atual Constituição Federal, inspirada numa percepção antropológica de cultura, marcou os desafios do “Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial” e concretizou-se a partir do Decreto nº 3.551/2000.

As novas frentes de proteção ao patrimônio nacional intangível tornaram cogente a abertura de quatro livros.

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Além das manifestações artísticas, a proteção dos regimes de propriedade imaterial é também subdividida nos direitos de propriedade intelectual, incluindo o direito autoral e de imagem, regidas pela Lei nº 9.610 de 1998. Tal proteção se baseia no mercado de bens culturais que se apropria das manifestações culturais

indígenas com o objetivo de enaltecer a riqueza cultural e étnica do Brasil tornando-o um bem inserido dentro de um sistema de produção capitalista.<sup>14</sup>

Não é possível de se imaginar uma relação de propriedade de um bem imaterial, sem o controle do criador, no caso, os indígenas. Sendo assim, VILLARES afirma que a apropriação da cultura indígena deve ser duplamente protegida:

Em primeiro lugar, por ser a criação indígena fruto do amadurecimento de gerações e de vivências únicas, que traz consigo um vínculo muito mais forte que a mera possibilidade de lucro, pois nasce em espaço onde existem valores maiores que os do mercado capitalista; segundo, por ainda hoje ser essa apropriação farta de reproduções das arbitrariedades das relações Inter étnicas, faltando o respeito necessário ao índio e sua cultura.<sup>15</sup>

As criações estéticas, artísticas, a imagem, os nomes, marcas, objetos e os utensílios bem como as técnicas, são parte do patrimônio cultural dos povos indígenas. São individualizações ou concretizações em objetos e processos da cultura indígena que devem ser garantidas e protegidas.<sup>16</sup>

## 7.2. PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA MATERIAL

Podemos definir o Patrimônio Cultural Indígena *Imaterial*, pelas tradições, expressões orais, dança, música, arte, práticas sociais, eventos, festas, conhecimentos e usos relacionados à natureza e ao universo e as técnicas artesanais. O patrimônio imaterial é a fonte do *patrimônio material*.<sup>17</sup>

No livro “*Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas*” escrito pelo IEPÉ (Instituto de Pesquisa e Formação de Educação Indígena) é disposto que, a partir do Século XX, o patrimônio nacional designava apenas bens materiais, ou seja, os monumentos, esculturas, utensílios, armas, as casas, cocar, os instrumentos musicais, adereços, dentre outros.

Como forma de proteger e garantir o patrimônio histórico cultural foi editado o Decreto-Lei nº 25, de 1937, tendo sido sancionada a Lei nº 12.343, de 2010, que trata especificamente da preservação do patrimônio indígena.

Art. 3º Compete ao poder público, nos termos desta Lei:  
VI - garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os

---

<sup>14</sup> VILLARES, 2009, p 320

<sup>15</sup> VILLARES, 2009, p 320

<sup>16</sup> Villares, 2009, p 321-22

<sup>17</sup> Informação retirada do Livro “*Patrimônio Cultural Imaterial e Povos Indígenas*” escrito pelo IEPÉ (Instituto de Pesquisa e Formação de Educação Indígena) , 2006, p. 8



documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira;

Portanto, os bens materiais são fruto do conhecimento dos povos indígenas, ou seja, dos bens imateriais, criando-se então bens de caráter material. Assim, vários objetos, rituais, tradições e costumes são gerados a partir deste conhecimento, caracterizando então a característica material do patrimônio cultural indígena.

## **8. LICENCIAMENTO AMBIENTAL E POVOS INDÍGENAS**

### **8.1. A COMPETÊNCIA AUTORIZATIVA E AS ETAPAS SUBJACENTES AO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

A Constituição da República consagrou, em seu art. 23, o princípio do federalismo cooperativo, pelo qual União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm o status de entes autônomos para o empenho de funções públicas, em especial, para proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas.

Assim sendo, o regime de competências administrativas previsto no dispositivo mencionado atribui ao Poder Público competência material plena para o exercício do poder de polícia necessário à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição, habilitando-se-lhe a fiscalizar e conformar as atividades modificadoras do meio ambiente, não havendo, nessa matéria, relação alguma de hierarquia entre essas entidades federadas.

No que tange, portanto, ao desenvolvimento de ações executivas destinadas à tutela dos recursos ambientais e ao controle das fontes de poluição, todos os entes políticos são como que constitucionalmente convocados a se organizarem de maneira que possam implementar políticas públicas de proteção ambiental.

Isso implica admitir que quaisquer deles pode e deve estabelecer princípios e diretrizes de atuação nesta seara, bem como estruturar, em suas respectivas organizações administrativas, um conjunto de órgãos destinados a planejar e executar medidas de controle e conformação das atividades modificadoras do meio ambiente, desenvolvidas no âmbito de seus territórios.

Malgrado o caráter concomitante de que se deve revestir a atuação administrativa em matéria ambiental, para se evitar a superposição de atividades, a duplicação de rotinas e a ocorrência de decisões administrativas desencontradas, a Constituição da República, em seu art. 23, parágrafo único, estabeleceu como



regra para o exercício das competências materiais comuns a colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pela qual as ações desses entes devem desenvolver-se em estreita harmonia com as atribuições dos demais.

Nunca é demais recordar, nessa vertente, que a *regra de ouro* do federalismo<sup>18</sup> está corporificada no chamado **princípio da subsidiariedade**,<sup>19</sup> incindível da competência constitucional comum, pelo qual todas as atribuições administrativas materiais devem ser exercidas pela esfera mais próxima ou diretamente vinculada ao objeto de controle ou da ação de polícia.

Seja como for, a atuação subsidiária somente se legitima concretamente quando sua execução incorpore as variáveis relativas à **prevalência do interesse do ente federado** e do **âmbito de repercussão do dano**.<sup>20</sup>

Vale dizer: o exercício do poder de polícia deve considerar o interesse preponderante de cada um dos entes políticos, além de prestigiar a extensão geográfica do impacto ambiental ou da atividade sujeita a controle, cabendo à União, *ipso facto*, cuidar das questões de âmbito nacional, que envolvam mais de um Estado-membro ou aquelas que afetem áreas sob especial proteção; aos Estados as matérias de espectro regional, e aos municípios as de contorno estritamente local.

É bem por este motivo que a recente Lei Complementar nº 140, de 08.12.2011, em seu art. 7º, inciso XIV, definiu as hipóteses de competência licenciatória da União, abrangendo, dentre diversas outras, os **empreendimentos desenvolvidos em terras indígenas**, o que não inclui, obviamente, atividades outras, que sejam implantadas no **entorno** desses territórios tradicionais, valendo ressaltar que a Portaria Interministerial nº 419/2011 considera, para fins licenciatórios, “...as áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por portaria da FUNAI, publicada no Diário Oficial da União, ou áreas que tenham sido objeto de portaria de interdição expedida pela FUNAI em razão da localização de índios isolados.”

Dessa forma, salvo se configuradas outras hipóteses legais alocativas de competência licenciatória ao IBAMA, a atribuição licenciatória encontra-se carregada aos órgãos estaduais de meio ambiente, valendo registrar, neste

---

<sup>18</sup> Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: FDUFGM, 1995, p 130.

<sup>19</sup> Ver ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 94-9. Ver também KRELL. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 114.

<sup>20</sup> Cf. DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 14, p. 99, abr./jun. 1999.

propósito, inclusive, a mesma Portaria Interministerial nº 419/2011.

Observe-se que a normativa citada refere-se apenas ao impacto ambiental direto, que se afigura como aquele que decorre da concreta e imediata inserção territorial da atividade sujeita a licenciamento, limitando-se aos aspectos físicos, bióticos e sociais decorrentes da interferência no sítio afetado pela obra ou seu entorno delimitado.

Difere-se, portanto, do chamado impacto indireto, que se repercute de forma mediata, reflexa e subsequente sobre a área de influência do empreendimento.

Seja como for, não se pode esquecer que, nos casos que tais, a FUNAI participa das etapas do processo de licenciamento ambiental na qualidade de interveniente, ficando a cargo dessa entidade avaliar os impactos provocados por atividades localizadas em terras indígenas ou em suas zonas periféricas, bem como apreciar e propor adequações às medidas de controle e de mitigação oriundas desses efeitos negativos.

Lembre-se, nessa perspectiva, que o licenciamento ambiental pode ser definido como um processo administrativo complexo e multifário, destinado a subordinar as atividades capazes de alterar substancialmente os ecossistemas a um regime de controle apriorístico, configurando a licença, destarte, um assentimento da autoridade competente, concedido após a verificação de que as diversas fases de um determinado projeto atenderam às diretrizes técnicas pertinentes e às demais obrigações veiculadas pelas disposições legais aplicáveis.

No direito brasileiro, desenvolveu-se um formato múltiplo de adequação licenciatória, dividida em três etapas distintas e sequenciais — a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO) —, assim delineadas no art. 19 do Decreto nº 99.274, de 06.06.1990 e no art. 8º da Resolução CONAMA nº 237, de 19.12.1997, conforme a seguir detalhado:

- a) 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;
- b) Licença de Instalação (LI) — autorizando a instalação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes;
- c) Licença de Operação (LO) — autorizando a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das condicionantes previstas para as licenças

anteriores e das medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a fase de operação.

Em meio a esta sistemática, sobressai nitidamente a fase correspondente à Licença Prévia, a qual, ao ensejar uma cognição exauriente acerca dos elementos que individualizam o projeto proposto, permite que sejam firmados os exatos termos de sua conformidade ambiental.

Em suma, a outorga da LP a um empreendimento, após a análise criteriosa dos diversos impactos positivos e negativos que dele se originam, demonstra sua compatibilidade com o meio ambiente, atestando que o sítio destinado à sua implantação e os aspectos relativos à sua concepção técnica são ambientalmente adequados e exequíveis.

Disso decorre que o juízo sobre a conveniência ambiental se perfaz ao nível da LP, que, se acaso outorgada, faz concluir que a obra pode ser executada no local e no formato escolhidos, desde que, obviamente, atenda aos requisitos impostos pelas etapas subseqüentes do licenciamento.

## **8.2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS E EM SEU ENTORNO E AS EXIGÊNCIAS APLICÁVEIS A CADA ETAPA**

É já necessário observar, nesse contexto, que a licença ambiental é o quanto basta para que se leve a termo o projeto concebido, o que, entretanto, não impede que o quadro licenciatório de atividades que dão aproveitamento a determinados bens de domínio da União — como os recursos minerais e os potenciais hidroenergéticos —, vincule-se de maneira incontornável a um peculiar modelo de autorização, concessão ou mesmo de permissão de uso do patrimônio público correspondente, outorgado por entidades da administração federal, como o *Ministério de Minas e Energia*, o *Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM* ou a *Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*).

De modo semelhante, a própria legislação ambiental reclama outros tantos atos habilitadores específicos, como a *autorização para desmate*, a *outorga do direito de uso de recursos hídricos*, a *anuência prévia do órgão gestor de unidades de conservação*, ou ainda a *anuência para supressão vegetal no Bioma da Mata Atlântica*.

É assim, pois, que o art. 10, § 1º da Resolução CONAMA nº 237/1997 prevê que, do processo de licenciamento, deverá obrigatoriamente constar a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento 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 uso da água*, emitidas pelos órgãos competentes, de resto prevendo o art. 36, § 3º da Lei nº 9.985, de 18.07.2000, secundado pela Resolução CONAMA nº 428, de 17.12.2010, que quando a atividade afetar o perímetro de uma UC ou de sua

zona de amortecimento, a licença somente será outorgada mediante a aprovação do respectivo ente gestor.

Conquanto subsistirem elos vinculatórios inequívocos entre esses mecanismos autorizativos — todos preordenados a consolidar o papel legitimador dos atos licenciatórios — é indisputável que cada um deles exerce funções totalmente distintas, devendo ser compreendidos, por tal modo, à luz dos parâmetros técnicos de análise que lhe são peculiares.

Deveras, enquanto o licenciamento se preordena a estabelecer os termos da viabilidade ambiental do projeto, bem como as regras e condições para as fases ulteriores de sua implementação, o mecanismo que faculta a retirada da cobertura vegetal tenciona, além de disciplinar a execução de técnicas de manejo apropriadas à conversão do uso do solo, manter registros sobre os quantitativos de rendimento lenhoso oriundos do corte autorizado, permitindo que se instaurem outros institutos afins, como a reposição florestal e a composição de planos de auto-suprimento de matéria-prima, produtos e subprodutos florestais.

Já no que se refere à outorga da água, trata-se de meio de aferição preventiva da disponibilidade hídrica em uma bacia hidrográfica, garantindo o atendimento aos múltiplos usos dos aquíferos superficiais ou subterrâneos, enquanto bens de domínio público portadores de conteúdo econômico intrínseco e de provimento limitado.

No tocante, por outro lado, à anuência da entidade que administra uma unidade de conservação — independentemente da categoria de manejo de que se trate —, nela se deve apenas estabelecer as diretrizes conformadoras dos impactos que o espaço protegido possa vir a sofrer com a atividade desejada, reservando-se ao licenciamento o encargo de efetivamente interpretar, ponderar e acolher tais elementos informativos e indicações tutelares no contexto do exame da adequabilidade ambiental do empreendimento.

Já no que tange aos condicionamentos impostos à supressão vegetal *em fragmentos primários ou secundários do Bioma da Mata Atlântica*, trata-se inequivocamente de mera redundância autorizativa, como medida de reforço aos controles exercidos pelo Poder Público quanto aos níveis de desflorestamento desses espaços protegidos, prevendo o art. 14, § 1º da Lei nº 11.428, de 22.12.2006, que a anuência será dada pelo órgão federal ou municipal de meio ambiente, conforme o caso, sendo que, na hipótese específica de ecossistemas associados aos remanescentes atlânticos, a competência do IBAMA limita-se às pretensões de desmate acima de 3 (três) hectares por empreendimento localizado em área urbana ou, tratando-se de zona rural, de 50 (cinquenta) hectares, contados de maneira isolada ou cumulativa (art. 19, incisos I e II do Decreto nº 6.660, de 21.11.2008).

Mais recentemente vem sendo ampliado o universo de manifestações ou de atos autorizativos incidentes sobre a dinâmica licenciatória, prevendo-se, no âmbito da Portaria Interministerial nº 419/2011, as hipóteses de interveniência da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, da Fundação Cultural Palmares e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, as quais seguem, em essência, as mesmas diretrizes da Instrução Normativa IBAMA nº 184, de 17.07.2008, ao fixar os trâmites administrativos a serem observados por esta autarquia federal, não se podendo esquecer, ademais, da Portaria IPHAN nº 230, de 17.12.2002, que compatibiliza as etapas de obtenção de licenças ambientais com os estudos de contextualização, prospecção e resgate de componentes do patrimônio arqueológico.

Deve-se observar, entretanto, que os procedimentos autorizativos em matéria ambiental não se estruturam com a precisão inerente a uma fórmula matemática ou como um receituário rigidamente encerrado nas normas jurídicas dele disciplinadoras.

Como lucidamente adverte ÉDIS MILARÉ:

“...ao contrário do que ocorre, por exemplo, na legislação urbanística, as normas ambientais são, por vezes, muito genéricas, não estabelecendo, via de regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade. Nestes casos, o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada discricionariedade técnica, deferida à autoridade.”<sup>21</sup>

Com pouquíssimas e raras exceções, a legislação tutelar do meio ambiente não define, exatamente, nem predica o inteiro conteúdo dos métodos aplicáveis ou do procedimento para a obtenção e o tratamento de informações primárias e secundárias imprescindíveis aos estudos técnicos cabíveis, não indicando, de resto, em que fase devam ser exigidos, pelas autoridades licenciadoras, as anuências e aprovações prévias reclamadas pelos diplomas legais e regulamentares pertinentes.

Há sempre, por tal modo, certa margem de poder técnico conformador deferido ao órgão competente nessa matéria, sem o que dificilmente se conseguiria adequar o plano abstrato do ato administrativo à realidade dinâmica dos fatos e à complexidade estrutural subjacente a algumas modalidades de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais.

Apesar desse grau de indeterminação relativa, algumas poucas situações há em que as normas aplicáveis definem precisamente o momento de obtenção

---

<sup>21</sup> MILARÉ. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 483.

daqueles atos apriorísticos, articulando-os com as fases do licenciamento ambiental, podendo-se mencionar, a título exemplificativo:

- a) da anuência do ente que administra unidade de conservação, que deve ser solicitada pelo órgão ambiental licenciador antes da emissão da primeira licença prevista (quase sempre a LP), nos termos do art. 2º da Resolução CONAMA nº 428/2010;
- b) da própria manifestação dos órgãos e entidades federais envolvidos no licenciamento, que deve ser expedida na fase de licenciamento prévio, nos termos dos arts. 6º e 7º da Portaria Interministerial nº 419/2011 e do art. 21 da Instrução Normativa IBAMA nº 184/2008.

Afora esses casos específicos, para as demais manifestações e anuências legalmente previstas, deve-se sempre ponderar o reflexo funcional que cada uma delas exerce nas diversas fases em que se articula e se desdobra o procedimento licenciatório, mormente no tocante à formação do juízo quanto à viabilidade ambiental do projeto proposto.

Neste contexto, a regra geral a ser observada é de que sempre que os aspectos locacionais ou de concepção da atividade dependerem de algum desses atos, devem eles ser exigidos na etapa mais preliminar e embrionária possível do licenciamento, especialmente na LP, compatível com as ações e medidas planificadoras para sua posterior implantação e funcionamento.

É comum, no entanto, que as entidades intervenientes no processo de licenciamento ambiental, no que pese o dever de decidir consignado no art. 48 da Lei nº 9.784, de 29.01.1999, por razões diversas, negligenciem seu prazo limitante de manifestação ao ente licenciador, obstruindo, com isso, não apenas a regular continuidade do procedimento, quanto também até mesmo esvaziando, de maneira oblíqua e reflexa, a própria regra de competência do órgão que esteja a tanto legalmente habilitado.

É, pois, nesse exato contexto que, em âmbito federal, permanece válida, à plenitude, a regra contemplada no art. 21 da Instrução Normativa IBAMA nº 184, de 17.07.2008, assim redigida:

- Art. 21. Aos órgãos envolvidos no licenciamento será solicitado posicionamento sobre o estudo ambiental em 60 dias e no que segue:
- OEMAs envolvidas - avaliar o projeto, seus impactos e medidas de controle e mitigadoras, em consonância com plano, programas e leis estaduais;
  - Unidade de conservação - identificar e informar se existe restrições para implantação e operação do



empreendimento, de acordo com o Decreto de criação, do plano de manejo ou zoneamento;

- FUNAI e Fundação Palmares - identificar e informar possíveis impactos sobre comunidades indígenas e quilombolas e, se as medidas propostas para mitigar os impactos são eficientes;

- IPHAN - informar se na área pretendida já existe sítios arqueológicos identificados e, se as propostas apresentadas para resgate são adequadas.

§ 1º - Os OEMAs intervenientes deverão se manifestar em 30 dias após a entrega do estudo, a não manifestação será registrada como aprovação das conclusões e sugestões do estudo ambiental.

§ 2º - Os órgãos intervenientes deverão se manifestar em 30 dias após a entrega do estudo, a não manifestação será convertida em condicionante da licença prévia, neste caso a licença de instalação não será emitida até a definitiva manifestação dos órgãos federais intervenientes. (destacamos)

Vale dizer: a manifestação das entidades intervenientes pode ser até legalmente obrigatória e determinante para o licenciamento, mas o órgão licenciador não se vincula ao conteúdo material das diretrizes exaradas por aquele a quem incumbe expedir a anuência.

Isso mais ainda se evidencia quando se trata de pronunciamento a cargo dos órgãos intervenientes no licenciamento prévio, etapa que permite à autoridade ambiental competente apenas a cognição sobre os elementos e características fundamentais do empreendimento, possibilitando-se-lhe firmar convicção acerca de sua compatibilidade com o meio ambiente, não havendo, até esse momento, qualquer execução de obras físicas, para o que se exige o avanço para a fase de Licença de Instalação — esta sim, capaz de permitir o começo das primeiras intervenções construtivas.

Nada impede, portanto, que, mesmo diante da falta de manifestação do ente responsável — *in casu* no que pertine à temática indígena —, a LP seja mesmo assim concedida, ainda que de forma condicionada, remetendo-se à LI o momento procedimental conveniente para que sejam incorporadas as medidas e exigências relativas aos impactos sobre esses povos tradicionais.

De todo modo, seguindo o procedimento regular previsto na legislação em vigor, em especial as mencionadas Instrução Normativa IBAMA nº 184/2008 e a Portaria Interministerial nº 419/2011, a SEMA/PA — exercendo o papel semelhante ao do IBAMA —, deverá encaminhar à FUNAI, no prazo de 10 (dez)

dias contados do requerimento da licença ambiental formalizado pelo empreendedor, a Ficha de Caracterização Ambiental.

Na sequência, essa Fundação terá o prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento dessa solicitação, para analisar o documento e, por conseguinte, apresentar suas considerações, havendo sempre a possibilidade de o órgão licenciador prorrogar, por 10 (dez) dias, o prazo para que a FUNAI se manifeste, mediante prévia justificativa, sob pena de continuidade do licenciamento ambiental.

Lembre-se, nessa vertente, que a própria Portaria Interministerial nº 419/2011, em seu Anexo III-B, já veicula Termo de Referência sobre o "*Componente Terras Indígenas*", cabendo à FUNAI, a princípio, apenas sugerir adaptações, complementações ou detalhamento deste TR, ainda que, de maneira totalmente inusitada e irregular — bem se ressalte —, tenha esta entidade editado regramento próprio, materializado na Instrução Normativa nº 1/2012, prevendo a emissão de TR autônomo, a ser encaminhado ao órgão ambiental licenciador.

Evidente que tais procedimentos referentes ao TR se aplicam, por princípio, na fase antecedente à elaboração do EIA/RIMA, nos casos em que a Portaria Interministerial nº 419/2011 exija, de fato, a realização de Estudo de Componente Indígena – ECI como parcela integrante da Avaliação de Impacto Ambiental.

Nessa hipótese, o empreendedor deverá submeter à análise prévia da FUNAI o currículo dos consultores que irão desenvolver os trabalhos, bem como *Plano de Trabalho*, contendo o cronograma de atividades e termo de compromisso para o eventual ingresso em áreas indígenas, a ser autorizado por esta Fundação, sendo que o ECI, assinado pelos membros da equipe multidisciplinar, deverá ser apresentado pelo empreendedor à FUNAI, diretamente à Coordenação Geral de Gestão Ambiental – CGGAM, como parte integrante dos estudos ambientais, a qual verificará o atendimento aos itens do Termo de Referência, decidindo, de forma fundamentada, se será aceito para análise ou recusado para que seja complementado, devendo essa deliberação ser informada ao órgão licenciador.

Caso seja recebido, a CGGAM verificará o mérito do ECI, elaborando parecer técnico, que contemplará:

- (i) o cumprimento do Termo de Referência;
- (ii) a interpretação da matriz de impactos considerando a eficácia das medidas propostas;
- (iii) a relação de causa-efeito do empreendimento nas comunidades e pertinência das ações propostas para mitigar e compensar os impactos identificados;
- (iv) se os impactos apontados possuem medidas condizentes para mitigação ou compensação;



(v) a viabilidade do empreendimento, do ponto de vista do componente indígena.

Posteriormente, o ECI e o parecer técnico elaborado pela CGGAM serão apresentados às comunidades indígenas afetadas, em consulta prévia, livre e informada, dirigida pela FUNAI, nos termos do art. 17 da IN FUNAI nº 1/2012.

Depois de ouvidas as comunidades indígenas, a FUNAI deverá manifestar-se sobre a concessão da licença requerida, por meio de ofício dirigido ao IBAMA ou ente estadual congênera, juntamente com o parecer técnico acima mencionado, para que o órgão licenciador finalize a análise do pedido de licenciamento, decidindo sobre o deferimento ou não da Licença Prévia, o que, nada obstante a complexidade subjacente à IN FUNAI nº 1/2012, deve sempre observar os prazos de 90 (noventa) dias da solicitação, em se tratando de EIA/RIMA, e de 30 (trinta) dias, nos demais casos, podendo haver, no máximo, uma única prorrogação por até 15 (quinze) dias.

## 9. POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO TERRITORIAL E AMBIENTAL DE TERRAS INDÍGENAS

A ocupação territorial no Brasil se deu a partir da expansão capitalista europeia em detrimento da população indígena que originalmente habitava os locais colonizados. Em decorrência do processo de colonização, os grupos indígenas nativos tiveram sua área de ocupação substancialmente reduzida, e a posterior ampliação da atividade pastoril e de lavoura intensiva os impeliu a território ainda mais exíguo.

O prosseguimento da expansão da fronteira agrícola, em disputa com a preservação da natureza e com a proteção do território indígena remanescente levou o Brasil a instituir juridicamente uma política de proteção aos índios e às terras por eles ocupadas<sup>22</sup>. O histórico de normas esparsas que tratam do direito dos índios sobre suas terras data da época do Brasil Colônia, mas apenas nas últimas décadas o processo jurídico-positivo de proteção do território indígena tem se mostrado eficaz, influenciando efetivamente as atividades econômicas que, tal qual a mineração, possam vir a ser praticadas nas áreas de direito destes povos, ou em seu entorno.

### 9.1. O DECRETO 7.747/2012

A norma que enfim consolidou as políticas públicas de gestão ambiental e territorial das áreas indígenas no Brasil foi o Decreto nº 7.747, de 05.06.2012, que instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI fruto de um processo participativo de deliberação e construção com os povos indígenas, representados por suas organizações. e

---

<sup>22</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e os povos indígenas**. Curitiba: Jaruá, 2009.

que vem reconhecer e fortalecer as experiências dos diferentes povos indígenas brasileiros na gestão de seus territórios

O processo de construção da PNGATI teve início oficialmente em 12.09.2008, quando foi publicada a Portaria Interministerial nº 276 no Diário Oficial da União. Nesse documento foi instituído um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) que reuniu, de forma paritária, técnicos do Ministério da Justiça e do Ministério do Meio Ambiente, representantes dos povos indígenas de todas as regiões do Brasil (por meio das suas organizações) e representantes de organizações da sociedade civil, com a finalidade de elaborar uma proposta para a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental para as terras indígenas.

Inicialmente, o GTI produziu um documento base e definiu uma agenda de trabalho para que os povos indígenas fossem consultados sobre a PNGATI. Em um segundo momento foram realizadas cinco consultas aos povos indígenas em diferentes regiões do país. As consultas aconteceram entre dezembro de 2009 e julho de 2010, contando também com a realização de várias reuniões preparatórias organizadas pelo movimento indígena, pelos seus parceiros e pelo governo. Posteriormente, foram realizadas quatro reuniões interministeriais, com participação indígena, para sistematizar as contribuições e elaborar o texto da PNGATI. O texto final da proposta do decreto foi avaliado pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), que o enviou à Presidência da República para análise. Em 5.07.2012, dia do Meio Ambiente, o decreto que institui a PNGATI foi assinado pela presidente da República.

O Decreto nº 7.747/2012 foi estruturado em um documento que contém o objetivo geral, as diretrizes, os objetivos específicos, a governança e as disposições finais. De acordo com o art. 1º do decreto, o objetivo principal da PNGATI é:

[...] Garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural, nos termos da legislação vigente.

O Decreto enumera as diretrizes da PNGATI, ou seja, as orientações que a política deve seguir para atingir seus objetivos. As diretrizes trazem como principais orientações o protagonismo, a conquista de autonomia e a necessidade de participação qualificada dos povos indígenas na governança dessa política.

As diretrizes da PNGATI reforçam e valorizam o reconhecimento e o respeito às contribuições dos povos indígenas, incluindo as mulheres, os jovens e os idosos, na conservação da biodiversidade brasileira. Atenta ainda para a necessidade de

que o Estado contribua para a manutenção, recuperação e proteção dos recursos naturais nos territórios indígenas.

Por meio de suas diretrizes, a PNGATI reforça a importância de garantir a adequada participação dos povos indígenas nas diferentes instâncias de deliberação, execução e avaliação da PNGATI como elemento que a diferencia de outras políticas.

De acordo com o art. 3º do decreto, são diretrizes da PNGATI:

- I - reconhecimento e respeito às crenças, usos, costumes, línguas, tradições e especificidades de cada povo indígena;
- II - reconhecimento e valorização das organizações sociais e políticas dos povos indígenas e garantia das suas expressões, dentro e fora das terras indígenas;
- III - protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional;
- IV - reconhecimento e valorização da contribuição das mulheres indígenas e do uso de seus conhecimentos e práticas para a proteção, conservação, recuperação e uso sustentável dos recursos naturais imprescindíveis para o bem-estar e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas;
- V - contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas;
- VI - proteção territorial, ambiental e melhoria da qualidade de vida nas áreas reservadas a povos indígenas e nas terras indígenas;
- VII - proteção territorial e ambiental das terras ocupadas por povos indígenas isolados e de recente contato;
- VIII - implementação da PNGATI para povos e comunidades indígenas, cujas terras se localizam em área urbana, naquilo que seja compatível, e de acordo com suas especificidades e realidades locais;
- IX - proteção e fortalecimento dos saberes, práticas e conhecimentos dos povos indígenas e de seus sistemas de manejo e conservação dos recursos naturais;
- X - reconhecimento, valorização e desenvolvimento da gestão ambiental como instrumento de proteção dos

territórios e das condições ambientais necessárias à reprodução física, cultural e ao bem-estar dos povos e comunidades indígenas;

XI - garantia do direito à consulta dos povos indígenas, nos termos da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004;

XII - reconhecimento dos direitos dos povos indígenas relativos a serviços ambientais em função da proteção, conservação, recuperação e uso sustentável dos recursos naturais que promovem em suas terras, nos termos da legislação vigente; e

XIII - promoção de parcerias com os governos estaduais, distrital e municipais para compatibilizar políticas públicas regionais e locais e a PNGATI.

As diretrizes da PNGATI são fundamentadas nos direitos constitucionais dos povos indígenas e expressam o reconhecimento da autonomia sociocultural e a valorização do protagonismo dos povos indígenas por parte do Estado brasileiro.

Ainda, o Decreto estrutura seus objetivos específicos em sete eixos temáticos conforme os pontos de interesse para a gestão territorial e ambiental das terras indígenas. Trata-se do detalhamento das metas que devem ser seguidas para o cumprimento do objetivo geral da política. Os eixos temáticos da PNGATI são

#### **1 - Proteção territorial e dos recursos naturais:**

Este eixo cuida de questões afeitas à segurança e controle territorial das terras indígenas, com objetivos específicos que buscam proteger a integridade destes locais, através de mecanismos que vão desde ações para proteção e recuperação de recursos naturais em terras indígenas, até a parceria com os órgãos de fiscalização e controle visando combater invasões e retirada ilegal de recursos.

#### **2 - Governança e participação indígena:**

Visando garantir a participação ativa dos povos indígenas nas ações de governança para implantação do PNGATI, este eixo traz metas que orientam a promoção da atuação destes povos em fóruns, comitês, comissões e redes que tenham como objetivo discutir o desenvolvimento de determinada região.

Neste eixo insere-se a orientação para que seja realizada consulta aos povos indígenas no processo de licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos que afetem diretamente povos e terras indígenas.

### **3 - Áreas protegidas, unidades de conservação e terras indígenas:**

O cerne deste eixo é trazer a participação dos povos indígenas no processo de criação das Unidades de Conservação em áreas que os afetem diretamente, promovendo-se, entre outras metas, a presença de representantes indígenas nos conselhos gestores das Unidades de Conservação localizadas em áreas contíguas às suas terras

### **4 - Prevenção e recuperação de danos ambientais:**

Tratando de questões relacionadas aos cuidados com o meio ambiente e às ações que devem ser realizadas em casos de impacto ambiental, este eixo traz objetivos específicos que abordam a recuperação de áreas degradadas e a restauração das condições ambientais nas terras indígenas.

### **5 - Uso sustentável de recursos naturais e iniciativas produtivas indígenas:**

Concentram-se neste eixo ações voltadas ao apoio à produção, às atividades econômicas e à garantia do usufruto exclusivo dos recursos naturais. Esse apoio deve incluir o fortalecimento das práticas culturais de manejo sustentável dos recursos naturais.

### **6 - Propriedade intelectual e patrimônio genético:**

Este eixo incentiva a proteção dos conhecimentos culturais tradicionais, associada à salvaguarda do patrimônio genético e ao apoio à adoção de atividades produtivas sustentáveis.

### **7 - Capacitação, formação, intercâmbio e educação:**

O último dos eixos da PNGATI traz objetivos específicos voltados às ações de capacitação e formação, tanto de representantes dos povos indígenas como de servidores públicos em diferentes níveis de governo, que deverão promover a implementação da política. Entre as metas previstas neste eixo encontram-se ações como intercâmbios nacionais e internacionais entre os povos indígenas para a troca de experiências sobre gestão territorial e ambiental e proteção da agrobiodiversidade, tudo a fim de fortalecer a governança do PNGATI pelos próprios povos atingidos..

Verifica-se que a instituição da PNGATI fortaleceu a conjuntura de empoderamento das comunidades indígenas, decorrente das reivindicações de seus movimentos sociais, associando-se ao resguardo dos bens ambientais insertos nas terras de domínio destes povos. Segundo Verônica Maria Bezerra Guimarães, acerca do Decreto:

Observa-se que, no decorrer do texto normativo, houve a incorporação massiva das palavras *ambiental* e *sustentável*, seguidas de um vocabulário repleto de expressões como etnomapeamento, etnozoneamento, serviços ambientais, governança, educação ambiental, dentre outras. Além desse aspecto, procurou-se uma compatibilização entre os modernos instrumentos de gestão territorial e ambiental com os já consagrados, porém não cumpridos, direitos à autonomia, à participação, à consulta e ao protagonismo indígena.<sup>23</sup>

No Decreto nº 7.747/2012, pois, foram adotadas diversas medidas protetivas, não só no que concerne à governança territorial indígena, como também a medidas que visam garantir maior efetividade à proteção ambiental em seus territórios, especialmente: ações de proteção e recuperação das nascentes, cursos d'água e mananciais essenciais aos povos indígenas; apreensão de bens em decorrência da prática de ilícitos ambientais em terras indígenas, os quais devem ser revertidos em benefício da comunidade; bem como a promoção e garantia da integridade ambiental e territorial das terras indígenas situadas nas áreas de fronteira, por meio de ações internas e de acordos binacionais e multilaterais, com objetivo de combater e controlar os ilícitos transfronteiriços.

Pelo exposto, constata-se que a PNGATI é importante instrumento apto a delinear de forma mais clara os direitos e deveres dos povos indígenas e daqueles que com eles podem se relacionar quanto à gestão territorial e ambiental das terras indígenas.

## 9.2. O ESTATUTO DO ÍNDIO

A fim de melhor contextualizar a aplicação da PNGATI, importa realizar análise prévia acerca do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19.12.1973, normativo que instituiu as bases sobre as quais se assentaram os conceitos da atual política indigenista brasileira. A definição de “índio” e “comunidade indígena” encontra-se no art. 3º da referida Lei, que dispõe:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é

---

<sup>23</sup> GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra. **Política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas (PNGATI)**: a busca pela autonomia ambiental e territorial das terras indígenas no Brasil. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 4, n. 1, 2014 (p. 157-177). Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3689/2112>>

identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É 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.

Segundo Helder Girão Barreto, em sua obra “*Direitos Indígenas - Vetores Constitucionais*”<sup>24</sup>, a definição do Estatuto é feita sob três critérios: *genealógico*, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; *cultural*, ao mencionar as “características culturais que o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, *pertença étnica*, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.

O Estatuto do Índio é a principal lei indigenista que regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, conforme art. 1º, a saber:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Contudo, o advento da Constituição da República de 1988 modificou o paradigma no trato com as populações indígenas, tornando inadequadas certas disposições do Estatuto. Segundo Luiz Fernando Villares, os textos normativos presentes em alguns artigos da referida Lei estão eivados de inconstitucionalidades ou confrontantes com outras disposições legais infraconstitucionais, sendo por elas revogados ou tendo o jurista que interpretá-los para melhor extrair seu conteúdo normativo.

Em linhas gerais, o Estatuto tem como objetivos, segundo Ismael Marinho Falcão:

- assegurar assistência aos índios e às populações indígenas ainda não-integrados ou em processo de integração à comunhão nacional;
- estender a todos os indígenas os benefícios da legislação brasileira;

---

<sup>24</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba, Juruá, 2009.



- respeitar as peculiaridades inerentes à sua condição, proporcionando-lhes, simultaneamente, meio para o seu desenvolvimento;
- garantir-lhes a permanência voluntária no seu habitat, fornecendo-lhes recursos para ali se desenvolverem;
- assegurar-lhes na medida do possível, a livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;
- respeitar, no processo de integração e assimilação à comunidade nacional, os valores culturais, tradições, usos e costumes;
- executar, como o assentimento e colaboração das populações indígenas, os projetos que objetivem beneficiá-las;
- utilizar seu espírito de iniciativa e qualidade pessoais, bem como sua cooperação, para melhoria de suas condições de vida;
- assegurar-lhes uso e gozo dos bens que lhes são atribuídos pela Constituição;
- regular o exercício dos seus direitos civis; e
- assegurar a posse e uso das terras por ele ocupadas.

Pelos objetivos traçados acima, o Estatuto do Índio hoje é visto com certo desconforto pelas organizações indígenas, por antropólogos, pelo movimento indigenista, por muitos juristas e pelo Estado, afirma Luiz Fernando Villares. Mas o Estatuto, à sua época, foi bastante avançado. A razão principal da reprovação constitucional e política ao Estatuto reside na previsão contida em diversas passagens sobre o processo civilizatório do índio, que provavelmente mudará suas características étnicas, aproximando-o da sociedade brasileira.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, pode-se afirmar que o Estatuto do Índio foi um avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos e dos grupos indígenas.

Hoje, o maior dos direitos é a autodeterminação dos povos indígenas. Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas. Para que seja dado maior campo de liberdade possível ao índio e sua comunidade, a posterior Constituição de 1988 fez respeitar inúmeros direitos, como as terras de ocupação tradicional, costumes, organização social etc.

O Estatuto trouxe normas sobre os temas clássicos da relação dos índios com a sociedade. Seus capítulos dispõem sobre a assistência estatal, o instituto da tutela, os registros civis, as condições de trabalho, as terras indígenas e sua proteção, os bens e rendas do patrimônio indígena, a educação, a cultura, a



saúde e, por fim, as normas sobre o relacionamento do Direito Penal com índios e as normas penais para sua proteção.

O art. 4º do referido Estatuto, classifica os índios em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” — de acordo com o menor ou maior contato ou integração. Em síntese, segundo este “paradigma” há *estágios* de *evolução cultural* pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão necessária e inexoravelmente. Estágios a partir dos quais, seria possível diferenciá-los numa “escala hierárquica” de “menos” ou “mais evoluídos”.

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.

Classificar os índios em relação ao seu grau de integração com a sociedade é uma questão superada pela antropologia atual, ainda que alguns argumentem que possa ter alguma utilidade jurídica. Essa classificação importava principalmente sob dois aspectos: no campo da aplicação do Direito Penal, já que os índios isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes, numa aplicação do conceito de inimputabilidade; em relação à tutela, em razão da qual seriam também os índios isolados e os em via de integração assistidos em certos casos pelo órgão indigenista federal.

A interpretação atual das normas previstas no Estatuto com ditames da Constituição da República de 1988 e da Convenção 169 da OIT — Organização Internacional do Trabalho levam a outro caminho.

No que concerne à gestão territorial, o Estatuto do Índio surgiu no contexto da Constituição de 1976, que, com redação dos artigos sobre os direitos indígenas dados pela Emenda Constitucional nº 01/69, assim tratava a questão referente às terras ocupadas pelos índios:

Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União:

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

(...)

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

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

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

Nesta conjuntura, o Título III do Estatuto cuida “Das Terras dos Índios”. Segundo o art. 17:

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 Título;

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

Conforme Luiz Fernando Villares, a construção do atual entendimento da natureza jurídica dos territórios indígenas foi inserida no âmbito do direito brasileiro com o advento do positivismo, através da figura do indigenato, doutrina jurídica que reconhece como direito originário dos índios o domínio das terras que ocupam.

Segundo o autor, o indigenato foi acolhido pela Constituição de 1988, sobretudo na concepção de que as terras indígenas são *reconhecidas* de forma originária, cabendo à União apenas demarcá-las administrativamente. Assim, “terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações jurídicas”.

Este entendimento encontra respaldo, infraconstitucionalmente, nas disposições do citado Título III Estatuto do Índio, notadamente em seu art. 25, ao estabelecer o reconhecimento dos povos indígenas à posse permanente das terras por eles habitadas, independentemente de sua demarcação.

### **9.3. TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE**

A história da ocupação territorial brasileira foi marcada pela disputa dos espaços colonizadores e seus antigos ocupantes, os povos indígenas brasileiros. Também nos dias atuais há disputa pela terra, mudando apenas os espaços de ocupação e as formas de enfrentamento.

O território indígena é o suporte material para as relações sociais, a cultura, as tradições e as crenças de cada comunidade indígena, expõe Luiz Fernando Villares. A garantia da posse das terras indígenas tem valor de sobrevivência física e cultural de cada povo. Contudo, o contato entre os povos indígenas e colonizador sempre foi acompanhado de uma limitação dos territórios e terras, fato que se evidencia com a constante mobilidade de muitos povos indígenas. De se observar que alguns desses povos sequer tinham noções de territórios e terras.

Neste íterim, falar-se em terras indígenas tradicionalmente ocupadas poderia ser entendido como uma restrição imposta à liberdade dos povos indígenas, pois os delimitaria a determinada porção territorial. Entretanto, o que antes foi uma limitação à liberdade, hoje é uma garantia de sobrevivência e uma adaptação sociopolítica à sociedade brasileira. Esse é o confronto que se coloca e que se tem de resolver na regulamentação da territorialidade indígena.

Os povos indígenas, como todos os seres humanos, dependem de recursos presentes no meio ambiente para seu bem-estar e para sua reprodução física e cultural. Não se pode afastar a natureza da cultura.

Toda formação cultural tem como sua base o meio ambiente. Por outro lado, a natureza não determina o comportamento das populações de forma inexorável, deixando espaço para que elas desenvolvam processos adaptativos. Assim, as terras indígenas foram pensadas para serem espaços de vivência completa do índio e manutenção de sua cultura de vida. Na sua identificação e demarcação, o Estado deve ter vista que os espaços territoriais são aqueles de habitação, mais os utilizados para suas atividades produtivas tradicionais (coleta, caça, pesca, agricultura, pecuária, extração de recursos naturais para venda), e os imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários (cabeceiras dos rios, matas, as florestas, os campos), enfim, todo o meio ambiente necessário ao índio para sua reprodução física e cultural.

Do meio ambiente, cuja base territorial é a terra indígena, os índios extraem os recursos ambientais necessários para suas atividades. O meio ambiente é tanto o recurso apropriado pelo homem como o local de reprodução de suas relações. A forma de relação entre os povos indígenas e o meio ambiente é substancialmente diferente do relacionamento da sociedade moderna. Por este motivo, são necessárias algumas garantias legais para que essa forma de relacionamento entre homem-homem e homem-natureza (cultura), que é peculiar de cada etnia, seja respeitada e reproduzida livremente. Se as normas sobre o relacionamento

índio e natureza fossem as mesmas das relações homem não índio e natureza, haveria uma união forçada de culturas, afirma Villares, ou subsunção de uma cultura (indígena) a outra (não indígena).

Conclui ainda que, preservar outras culturas é criar alternativas para as relações que hoje são desenvolvidas no seio da sociedade capitalista, além de haver um valor intrínseco que revela na beleza da manutenção da diversidade de pessoas e sociedades.

No âmbito da criação do PNGATI, e buscando assegurar a plena consecução e salvaguarda das diretrizes de proteção cultural acima apontadas, surgem como ferramentas de gerenciamento das terras indígenas o etnomapeamento e o etnozoneamento. Conforme definição do art. 2º do Decreto nº 7.747/2012:

Art. 2º São ferramentas para a gestão territorial e ambiental de terras indígenas o etnomapeamento e o etnozoneamento.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, consideram-se:

I – Etnomapeamento: mapeamento participativo das áreas de relevância ambiental, sociocultural e produtiva para os povos indígenas, com base nos conhecimentos e saberes indígenas; e

II – Etnozoneamento: instrumento de planejamento participativo que visa à categorização de áreas de relevância ambiental, sociocultural e produtiva para os povos indígenas, desenvolvido a partir do etnomapeamento.

Segundo a FUNAI, o etnomapeamento se configura na construção de uma carta geográfica com os locais importantes do território indígena, o seu uso cultural, a distribuição espacial dos recursos naturais, a identificação de impactos ambientais e outras informações relevantes, salvaguardando o interesse, o olhar e a compreensão indígena. Pode ser feito com base em desenhos livres, uso de imagens de satélite, croquis, mapas e cartas geográficas. Trata-se de um dos instrumentos importantes na construção e estabelecimento da gestão territorial e ambiental em terras indígenas. Juntamente com os diagnósticos sócio ecológicos, os planos de vida e outros instrumentos, o etnomapeamento possibilita a construção de cenários sobre o uso e a conservação do território.

O etnozoneamento, por sua vez, trata-se da categorização de áreas segundo sua importância ambiental e étnica, realizada com base no etnomapeamento e discussões internas das comunidades. Com o etnozoneamento, é possível identificar áreas com maior ou menor presença de determinado recurso natural, áreas de uso tradicional, áreas de uso potencial, fragilidades ambientais, sítios

sagrados, tudo segundo as necessidades prioritárias de conservação ou preservação, fruto do debate e do consenso indígena.<sup>25</sup>

Além destas duas ferramentas, outro importante instrumento para garantir a implementação da PNGATI são os Planos de Gestão Territorial e Ambiental — PGTAs, que podem ser definidos como instrumentos de caráter dinâmico, visando à valorização do patrimônio material e imaterial indígena, à recuperação, à conservação e ao uso sustentável dos recursos naturais, assegurando a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações indígenas.

Foram criados com base no primeiro eixo do Decreto nº 7.747/2012 que, ao tratar da proteção territorial e dos recursos naturais entre os objetivos específicos da PNGATI, traz previsão em seu art. 4º, inciso I, “i” :

Art. 4º Os objetivos específicos da PNGATI, estruturados em eixos, são:

I - eixo 1 - proteção territorial e dos recursos naturais:

i) promover o etnozonoamento de terras indígenas como instrumento de planejamento e gestão territorial e ambiental, com participação dos povos indígenas;

Estes Planos devem expressar o protagonismo, a autonomia e autodeterminação dos povos na negociação e no estabelecimento de acordos internos que permitam o fortalecimento da proteção e do controle territorial, bem como ser um subsídio que oriente a execução de políticas públicas voltadas para os povos indígenas.<sup>26</sup>

Os PGTAs têm o potencial de contribuir para valorizar o conhecimento dos povos indígenas sobre o seu território; para a transmissão de conhecimento entre gerações; para a redução de conflitos internos e o estabelecimento de acordos para gestão das Terras Indígenas; para auxiliar os processos de reivindicação da defesa e proteção do território e seus recursos naturais; para promover a utilização sustentável dos recursos naturais; para gerar alternativas econômicas e de geração de renda; para a redução das ameaças sobre as Terras Indígenas; para contribuir para a qualificação das reivindicações fundiárias indígenas; para o fortalecimento das organizações indígenas; para as melhorias nos processos relacionados à educação, saúde e promoção social; para a ampliação do diálogo

---

<sup>25</sup> Disponível em: <http://cggamgati.funai.gov.br/index.php/pngati/instrumentos/>. Acesso em 23.05.2016.

<sup>26</sup> FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. COORDENAÇÃO GERAL DE GESTÃO AMBIENTAL. (Org.). Plano de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas: Orientações para Elaboração. Brasília: FUNAI, 2013. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cggam/pdf/Cartilha\\_PGTA.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cggam/pdf/Cartilha_PGTA.pdf)>. Acesso em 23.05.2016.

com instituições governamentais e não governamentais e para a promoção do protagonismo e da autonomia dos povos indígenas.

Os PGTAs possibilitam tanto a negociação de acordos internos quanto externos, construindo canais de diálogo com o Estado e com organizações da sociedade civil, criando articulações e arranjos institucionais que contribuam no processo de etno desenvolvimento e sustentabilidade dos povos e das Terras Indígenas. Além disso, representam um dos instrumentos possíveis de articular a atuação do órgão indigenista, orientando a relação do Estado com os povos indígenas, na medida em que buscam promover e desenvolver ações coordenadas e estruturantes nas Terras Indígenas a partir de uma correlação entre a política pública e a política indígena, colocando-as no mesmo nível de importância.

Os PGTAs têm como princípios:

**Protagonismo Indígena** - ou seja, o Plano é um instrumento feito pelos e para os indígenas, segundo suas aspirações e visões de futuro, com a colaboração e o apoio do Estado e de parceiros da sociedade civil;

**Legalidade** - o plano se dá no âmbito do ordenamento jurídico nacional, seguindo e respeitando as normas vigentes, consideradas as especificidades indígenas;

**Sustentabilidade** – o Plano visa a sustentabilidade dos povos indígenas e das Terras Indígenas, considerando aspectos socioculturais, econômicos, políticos e ambientais, no sentido de atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras também atenderem às suas próprias necessidades;

**Estabelecimentos de acordos/pactos** – possibilita que os planos sejam potencializados como ferramentas de diálogo interno e externo, contribuindo para efetividade das ações planejadas e para a eficiência das políticas públicas direcionadas aos povos indígenas.

Destarte, tanto o etnomapeamento quanto o etnozoneamento e os PGTAs constituem-se em formas de ajudar as comunidades indígenas a gerir suas terras de modo a permitir um melhor aproveitamento socioambiental, ante a necessária conjugação de seus territórios com a sociedade em que estão inseridos, a fim de permitir a plena manutenção de sua cultura e modos de vida.

A exploração do meio ambiente pelos povos indígenas, de maneira a extrair dele todos os meios necessários a sua sobrevivência, e ao mesmo tempo garantir a proteção ambiental conta, pois, com importantes mecanismos de gestão, sob a tutela do Estado, por meio dos quais se busca subsidiar a atuação de todos os agentes envolvidos na conexão intrínseca do território ocupado pelos índios com o meio ambiente.

#### 9.4. TERRAS INDÍGENAS TRADICIONALMENTE E NÃO TRADICIONALMENTE OCUPADAS

O art. 231 da CR/88 reconhece aos índios os direitos originários das terras que estes tradicionalmente ocupam, e confere à União o dever de demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A título de definição, o §1º do referido artigo assevera serem 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”.

Trata-se de direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é sistematizado pelo Decreto nº 1.775, de 08.01.1996, concatenado nas seguintes fases:

- **Em estudo:** Realização dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena.
- **Delimitadas:** Terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.
- **Declaradas:** Terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento.
- **Homologadas:** Terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.
- **Regularizadas:** Terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União.
- **Interditadas:** Áreas Interditadas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em 24.05.2016.



Segundo informa a Funai, atualmente as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, no Brasil, encontram a seguinte configuração:

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
<b>TOTAL</b>	<b>553</b>	<b>111.167.722,0000</b>
EM ESTUDO	126	0,0000
PORTARIA DE INTERDIÇÃO	5	668.892,0000

Além das terras tradicionalmente ocupadas, admite-se a existência de terras indígenas *não* tradicionalmente ocupadas como aquelas que, não advindas de direito originário, ainda assim pertencerão aos indígenas. Desta forma, considerar-se-ão terras indígenas as áreas reservadas, previstas nos arts. 26 e seguintes do Estatuto do Índio, bem como as terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas, de propriedade eminentemente coletiva, nos termos do art. 17 do mesmo diploma legal.<sup>28</sup>

Segundo o citado art. 26, mediante reserva da União, poderão ser estabelecidas, 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.

De acordo com Villares, o termo “reservadas” aqui empregado é sinônimo de destinado ou afetado: as terras indígenas desta forma configuradas são bens públicos de patrimônio indisponível, destinadas à posse e ocupação pelos índios, mas não se confundirão com o território por eles ocupado tradicionalmente. Tal é a inteligência do parágrafo único do art. 26, ao afirmar que as áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas.

Ainda segundo o autor, as áreas reservadas podem consistir em terras públicas afetadas exclusivamente com esta finalidade, ou podem ser terras particulares adquiridas para este fim, por qualquer meio comum ao Direito Privado —

<sup>28</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.



compra, venda, doação, dação em pagamento, ou se realizam compulsoriamente por desapropriação por interesse social, por exemplo. Nestas hipóteses, a Funai é competente para adquirir a área como forma de garantir os direitos dos indígenas.

Com base no art. 24 da Lei 8.666, de 21.06.1993, admite-se que a compra da área seja realizada na modalidade de inexigibilidade de licitação, acaso se verifique que a área eleita é a única a atender os anseios da comunidade por um espaço territorial.

No que se refere às possibilidades de aquisição de terras indígenas por meio de desapropriação, esta pode se dar por interesse social, com base no art. 2º, inciso III da Lei 4.132, de 10.09.1962, ou por utilidade pública, disciplinada pelo Decreto-Lei 3.365, de 21.06.1941. Nesta última hipótese enquadra-se a desapropriação ocorrida quando, por exemplo, é necessário que seja reescalonado o território indígena para a construção de obras públicas, tal qual a autorização para aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, sendo alagada uma porção do território indígena a ser compensada por uma área particular desapropriada por utilidade pública.

Conclui Villares sobre as terras indígenas não tradicionalmente ocupadas:

As áreas reservadas e as terras de domínio indígenas são criações legais que abarcam os critérios de habitação e uso da terra para a sobrevivência da comunidade, mas não necessariamente um vínculo de ocupação imemorial ou tradicional. Não obstante, tais áreas de ocupação indígena são hoje protegidas pelo art. 231 da Constituição e definidas pela Funai como terras indígenas. O diferencial reside, portanto, no procedimento de constituição da terra indígena.

Outrossim, as terras indígenas reservadas na forma do art. 26 do Estatuto do Índio poderão organizar-se sob três modalidades: reserva indígena; parque indígena; e colônia agrícola indígena, explicitadas, respectivamente, nos arts. 27 a 29 da referida Lei, a saber:

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servidor de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suasórios e de acordo com o interesse dos índios que nela habitem.

§ 3º O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Além destas variantes, o art. 30 ainda traz a previsão de território federal indígena, consistente em uma unidade administrativa, subordinada à União instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios. Em que pese a disposição, nenhum território federal indígena foi criado até hoje, havendo dúvidas sobre a recepção desta modalidade pela Constituição de 1988, ante a dificuldade de compatibilização de uma unidade da federação de grande população indígena e não índia.

Por fim, os arts. 32 e 33 da Lei 6.001/73 estabelecem mais dois gêneros de territórios indígenas, classificados como terras dominiais. O art. 32 informa ser de plena propriedade do índio ou da comunidade indígena as terras havidas por qualquer das formas de aquisição de domínio, nos termos da legislação civil, enquanto o art. 33 prevê a possibilidade de que o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquira a sua propriedade plena — espécie de usucapião especial, que não se confunde com as outras quatro espécies de usucapião previstas na legislação civilista.

## **9.5. TERRAS INDÍGENAS COMO ESPAÇOS AMBIENTAIS PROTEGIDOS**

Luiz Fernando Villares, nas lições de José Afonso da Silva, informa serem espaços ambientalmente protegidos:

Áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das

espécies, a preservação e a proteção aos recursos naturais.

Num sentido amplo, pode-se considerar que as terras indígenas se coadunam com a definição de áreas ambientalmente protegidas, na medida em que a gestão destes territórios, a fim de garantir aos índios o pleno usufruto de suas terras, aborda uma utilização sustentada, dado o traço marcante da cultura destes povos na forma de se relacionar com os recursos ambientais.

Outrossim, segundo o autor, as primeiras considerações sobre espaços ambientalmente protegidos não admitiam a presença de seres humanos, pautados em um corolário de ideologia de intocabilidade e imodificabilidade destes locais.

Contudo, a partir de uma mudança de paradigma, passou-se a admitir que espaços ambientalmente protegidos contemplem a presença humana, em contraponto ao antigo entendimento de que uma área apenas poderia ser completamente preservada se ausente a ocupação humana. Esta visão parte da hodierna constatação de que determinadas comunidades e sociedades manejam os espaços ambientais que as cercam de forma a não apenas a manter, como também a aumentar a diversidade de vida.

O histórico da demarcação de terras indígenas no Brasil corrobora a visão de que áreas indígenas, de forma geral, seriam espaços ambientalmente protegidos, demonstrando que muitos destes territórios foram estabelecidos, ainda antes da Constituição da República de 1988, para resguardar não só o espaço territorial de posse das comunidades indígenas, como também os recursos naturais necessários à sua subsistência. O anterior Código Florestal vigente no Brasil, Lei 4.771, de 15.09.1965, em seu art. 3º, letra “g” e §2º, previa que as florestas e demais formas de vegetação natural, fundamentais à vida dos povos indígenas, eram áreas de preservação permanente.

Em que pese esta previsão não ter sido recepcionada pela Lei 12.651, de 25.05.2012, que alterou o Código Florestal, as terras indígenas continuam a deter uma proteção ambiental especial. À Funai foi dada a competência para a sua proteção ambiental, pelo art. 34 do Estatuto do Índio e pelo art. 1º da Lei 5.371, de 5.12.1967 — que autorizou a instituição desta Fundação. Ainda conforme Villares, esta proteção tem um relativo sucesso, se for comparada com a propriedade privada e suas reservas legais e com as unidades de conservação.

O Decreto 5.578, de 13.04.2016, que institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP designa o reconhecimento de áreas protegidas como um dos instrumentos eficazes para a conservação da diversidade biológica e sociocultural, e discorre especificamente acerca das terras indígenas (juntamente com as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos) ao configurar como um dos objetivos gerais do Plano, no item 7 de seu anexo, o

estabelecimento de um programa nacional de conservação e uso sustentável da diversidade biológica em terras indígenas e terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

Em que pese esta proteção diferenciada, as terras indígenas não são enquadradas em qualquer das unidades de conservação disciplinadas pela Lei 9.985, de 18.07.2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Assim, são recorrentes os casos em que se dá a ocorrência de sobreposição de unidades de conservação com as terras indígenas, sendo ampla a discussão sobre a necessidade/possibilidade de se compatibilizar juridicamente os dois institutos.

Conforme lição de Vilalres, a Constituição da República de 1988 tem como valores a serem protegidos tanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) quanto os povos indígenas, suas terras e seus costumes (art. 231). A criação de unidades de conservação em territórios indígenas ou nas suas adjacências, sobretudo quando esta se dá posteriormente à identificação ou demarcação das terras indígenas, pode causar um constrangimento a direitos constitucionais assegurados aos povos indígenas, ainda que um interesse meritório sirva de razão e justificativa para medidas de preservação do meio ambiente.

Desta forma, há de ser sopesada a aplicação de ambas as previsões constitucionais (direitos indígenas aos territórios e proteção ao meio ambiente equilibrado) a fim de alcançar o equilíbrio destas normas. O art. 57 da Lei do SNUC traz previsão para buscar esta harmonia:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.

Ademais, o eixo 3 da PNGATI trata justamente das áreas protegidas, unidades de conservação e terras indígenas, tendo como escopo:

- a) realizar consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas no processo de criação de unidades de conservação em áreas que os afetem diretamente;
- b) elaborar e implementar, com a participação dos povos indígenas e da FUNAI, planos conjuntos de administração

das áreas de sobreposição das terras indígenas com unidades de conservação, garantida a gestão pelo órgão ambiental e respeitados os usos, costumes e tradições dos povos indígenas;

c) promover a participação indígena nos conselhos gestores das unidades de conservação localizadas em áreas contíguas às terras indígenas; e

d) assegurar a participação da FUNAI nos conselhos gestores das unidades de conservação contíguas às terras com presença de índios isolados ou de recente contato;

Desta forma, constata-se que além da proteção geral outorgada às terras indígenas, enquanto bens da União de posse dos índios — que delas detém o usufruto apto a garantir sua subsistência de forma sustentável, aos territórios indígenas ainda são delegadas por leis esparsas diversas formas de proteção especial, enquanto espaços ambientalmente protegidos.

#### **9.6. TERRAS INDÍGENAS, FAIXA DE FRONTEIRA E ÁREA DE SEGURANÇA NACIONAL**

Os índios ocupavam grande parte do território que hoje forma o Brasil. Atualmente, segundo Luiz Fernando Villares, os povos indígenas oficialmente reconhecidos, estão localizados em todas as Regiões do Brasil, em quase todos os Estados, à exceção do Rio Grande do Norte e Piauí. Essa ocupação não respeita limites artificiais como as fronteiras entre países ou mesmo entre os Estados da Federação.

Expõe o citado autor que a definição dos limites do Brasil é uma conquista ficta que nasce com o Tratado de Tordesilhas e vai se ampliando de acordo com a sua expansão populacional e política. À medida que há a expansão fronteiriça, nasce a preocupação com a fronteira nacional.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como bens da União no inciso II do art. 20, as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. O §2º do mesmo artigo, estabeleceu que a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, é designada como faixa de fronteira, considerada fundamental para defesa do território nacional, devendo sua ocupação e utilização ser reguladas em lei.

Ainda, estabelece a Constituição que o Conselho de Defesa Nacional, órgão de consulta do Presidente da República no que se refere às questões de soberania nacional e à defesa do Estado democrático, conforme *caput* do art. 91 é competente para propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso.

Neste contexto, vige em nosso ordenamento certo conflito no que concerne à ocupação pelos índios das terras devolutas localizadas em faixa de fronteira.

Afirma Villares, que o principal setor que tradicionalmente mostra resistências sobre a identificação de terras indígenas nas fronteiras do País são as Forças Armadas brasileiras. As áreas fronteiriças e a própria Região Norte são fracamente povoadas, o que ensejou uma grande preocupação e uma forte vigilância militar.

Aduz o autor que o mapa etnográfico do Brasil demonstra que em toda a região da fronteira com os países vizinhos, podem-se encontrar muitos povos indígenas. Todos os povos que ocupam terras indígenas localizadas na área denominada faixa de fronteira que habitam o Brasil, são cidadãos brasileiros e não têm como bandeira a separação como país autônomo. A previsão constitucional de que as terras indígenas são bens da União, afastam ainda mais qualquer temor nessa direção, pois não se vislumbra qualquer possibilidade jurídica de essas terras serem de propriedade de estrangeiros.

Para Villares, pois, tanto a faixa de fronteira como as terras indígenas demarcadas são previsões da Constituição de 1988, portanto devem ser compatibilizadas, já que a própria Carta não previu a exclusão entre os mandamentos.

Segundo Aurélio Virgílio Veiga Rios;

“existe aí uma dupla afetação, não sendo correto impedir a posse permanente dos índios sobre as terras, que tradicionalmente ocupam e que estão inseridas na faixa de fronteira, por elas serem imprescindíveis à defesa do País.”

A faixa de fronteira tem sua regulamentação na Lei nº 6.634, de 02.05.1979. Entretanto, a legislação não permitia a resolução definitiva dos conflitos envolvendo a ocupação indígena das faixas de fronteira. A solução efetiva do imbróglio veio com o Decreto nº 4.412 de 07.10.2002, que dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em terras indígenas.

O decreto estabelece para o exercício de suas atribuições constitucionais e legais a liberdade de trânsito e acesso de militares e policiais federais nas atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública. Ainda, possibilita a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, bem como a utilização de quaisquer meios para fiscalização e apoio à navegação aérea ou marítima.

As forças Armadas e a Polícia Federal deverão, quando as sua atuação em terras ocupadas por indígenas, adotar medidas de proteção da vida e do patrimônio do

índio e de sua comunidade, respeitar os usos, costumes e tradições indígenas e superar eventuais conflitos e tensões com os índios. Essa ocupação, como observou o decreto, não pode afrontar os direitos indígenas, principalmente os relativos à ocupação de seu território e o usufruto dos recursos naturais. Entretanto, algumas das intervenções militares nas terras indígenas trazem alterações profundas na vida indígena, principalmente com o recrutamento de indígenas para o serviço militar obrigatório e a instalação de batalhões e destacamentos militares dentro das aldeias indígenas.

Entende a 6ª Câmara do Ministério Público Federal – Índio e Minorias – que o Decreto nº 4.512/02, é inconstitucional, tendo encaminhado representação ao Procurador-Geral da República para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isto porque a cessão de parte da terra par construções militares fere o art. 231 da Constituição Federal, em face do usufruto exclusivo, quanto ausente lei complementar que estabeleçam os casos de interesse público da União.

Não se pode perder de vista que o art. 231 da Constituição Federal de 1988, em seu §5º, veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, necessário referendo do Congresso Nacional, ou no interesse da soberania do País, após deliberação também do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

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.

§ 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.

Seja como for, os índios não podem ser removidos permanentemente de suas terras de ocupação tradicional, mesmo na defesa do território nacional. Ainda pende de regulamentação das hipóteses de interesse nacional, o que dificulta, sobremaneira, uma adequação da ocupação indígena e da possibilidade de se instalarem estruturas e equipamentos militares e policiais em terras indígenas.

No que tange à possibilidade de serem demarcadas as terras indígenas na faixa de fronteira, a questão que se coloca é a necessidade ou não da oitiva prévia do Conselho de Defesa Nacional.



Conforme o caput do art. 91 da Constituição Federal, o Conselho de Defesa Nacional – CDN, é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados a soberania nacional e a defesa do Estado Democrático. Compete, nos termos do §1º do referido artigo, ao Conselho de Defesa Nacional:

§ 1º Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;

II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

Vê-se que o inciso III do §1º do art. 91 poderia ser entendido como respaldo à imprescindibilidade do assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional à ocupação pelos índios da faixa de fronteira. Entretanto, como esclarecido, o CDN é considerado meramente órgão de consulta. Desta forma, em que pese a obrigatoriedade de sua oitiva prévia nos casos previstos constitucionalmente, suas conclusões não vinculam qualquer decisão da Administração Pública.

Além desta normatização, o assentimento prévio estava previsto no art. 2º da Lei nº 6.634, de 02.05.1979, promulgada sob a égide do art. 91, II, “a”, da Constituição Federal de 1967/69, que tratava do Conselho de *Segurança Nacional*, e não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. A organização e funcionamento do Conselho de Defesa Nacional é hoje regulada pela Lei nº 8.183, de 11.04.1991, que conseqüentemente com o ordenamento Constitucional de 1988, não traz semelhante disposição.

E, mesmo que se aceitasse a recepção da Lei nº 6.634/79 e a equivalência de identidade entre o Conselho de Segurança Nacional e o Conselho de Defesa Nacional, o que poderia resultar na recepção do assentimento prévio, os casos a que eles deveriam ser aplicados e estariam descritos no art. 2º da referida Lei, que não contemplava a demarcação de terras indígenas. Assim, não há de se falar em assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional com base em tal norma.

Conclui-se dessa forma, que a utilização das áreas da faixa de fronteira deve ter seus critérios e condições propostas pelo Conselho de Defesa Nacional, que também opina sobre seu efeito uso, mas esta opinião não pode limitar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios nestas regiões,

pois, como já afirmado, a Constituição prescreve que a União demarque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sem a isso impor restrições.

Nesse sentido, são os usos, costumes e tradições de cada povo indígena que determinam a forma de utilização e uso das terras indígenas. Não pode uma norma infraconstitucional (como no caso da Lei que dispõe sobre o CDN) prescrever formas de utilização das terras indígenas pelos índios, mesmo que situadas em faixa de fronteira ou área de segurança nacional. A demarcação de terras indígenas não estaria, dessa forma, vinculada à oitiva do Conselho de Defesa Nacional. Entendimento esse também da Advocacia Geral da União, no seguinte parecer aprovado pelo Exmo. Presidente da República em despacho publicado no DOU de 15.12.1995, vinculativo a todos os órgãos da Administração Pública:

“5. Porque situada em faixa de fronteira, sugeri que fossem ouvido os Ministros integrantes do Conselho de Defesa Nacional (Constituição Federal, art. 91, §1º, III). Deles, só o Ministério das Relações Exteriores não se pronunciou, até o presente. Os Ministérios militares entenderam, todos, ser necessária a audiência do Conselho de Defesa Nacional, tal como também a mim, de início, pareceu.

6. Reexaminada a questão com mais vagar, penso, hoje, não ser necessária a ouvida do Conselho de Defesa Nacional. Esse novo entendimento funda-se no fato de que ao ilustre Conselho compete propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, opinando sobre o seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira. Ora, quando se trata de áreas indígenas, os critérios e as condições de utilização delas pelos índios são precisamente os que estão fixados na Constituição Federal, no Capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232). Nenhuma margem, pois, sobra ao douto Conselho nesse campo.”

Prevê a Constituição, algumas exceções ao usufruto exclusivo dos índios, quais sejam, o aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais e em razão de relevante interesse público da União, segundo dispuser lei complementar.

Apenas na hipótese em que tais exceções se relacionam à faixa de fronteira, o Conselho de Defesa Nacional deve estabelecer critérios e condições de utilização e ser ouvido antes de qualquer uso. Por isso que muitos decretos homologatórios das terras indígenas trazem a seguinte previsão: “*A terra indígena que trata este decreto, situada na faixa da fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, §2º da Constituição Federal.*”

Assim, conclui Luiz Fernando Villares que ao interpretar a Constituição, seus anseios e normas, os institutos previstos, terras indígenas e faixa de fronteira, podem e devem conviver harmoniosamente, sem restrições urdidas pelos que querem de alguma forma, dificultar a proteção dos direitos dos povos indígenas.

## 9.7. DEMARCAÇÃO

No tocante ao instituto da demarcação, tem-se a previsão Constitucional no artigo 231 da Carta de 1988, que a coloca como o reconhecimento formal realizado pelo Estado brasileiro, de competência da União Federal, das terras tradicionalmente ocupadas.

Segundo Luiz Fernando Villares, a política de reconhecimento formal das terras indígenas é boa herança do positivismo, que outrora idealizava o tratamento de povos indígenas e seus territórios como povos independentes dentro do Brasil. Ainda nas palavras de Villares:

“Demarcação é o ato que define os limites de um território. É o trabalho de colocar marcas físicas, marcos artificiais, e estabelecer os naturais, que determinam onde é ou não a área de posse de determinada comunidade/povo indígena. A tutela do Estado sobre os povos indígenas aqui também se revela, pois a ele é dada competência para identificar, reconhecer e proteger os territórios indígenas.” (VILLARES, 2009, p. 125)

Para demarcar, é necessário, antes, conhecer quais são as terras indígenas e identifica-las. Algumas são conhecidas por doações feitas no Império, muitas já foram demarcadas e reconhecidas, outras ainda estão por ser. Villares coloca que como a Constituição de 1988 adotou novo paradigma para o reconhecimento de terras indígenas, todas as demarcações realizadas anteriormente devem ser revistas e adequadas, mesmo que confirmem seus limites.

A demarcação de terras indígenas é uma política estatal para garantir os direitos dos povos indígenas à sua terra. Ela não pode ser substituída pela autotutela, ou autodeterminação, levada pelos próprios povos indígenas, tanto legalmente, pois cabe à União essa competência, como faticamente, pela oposição violenta dos interessados na não-demarcação. Segundo Villares:

“Identificar, declarar e demarcar as terras indígenas é uma competência exclusiva da União Federal (CF/1988, art. 231), que, para isso, usa seu poder independente, próprio da Administração. Pode-se falar em demarcação administrativa, pois a atividade administrativa é típica do Poder Executivo, que é regulamentado por normas próprias e internas. Ao decreto federal foi delegado, pelo Estatuto do

índio, o poder de regulamentar o processo administrativo da demarcação: Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.” (VILLARES, 2009, p. 126).

A demarcação é, assim, regulamentada por decreto do Poder Executivo, o Decreto nº 1.775, de 08.01.1996, materializada num procedimento administrativo e se finaliza através de um ato administrativo, que é o decreto homologatório. Historicamente, a tarefa de demarcar era atribuição do órgão de proteção aos índios, seja ele o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, ou a Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Na ditadura militar (1964-1985) essa atribuição foi, algumas vezes, desviada para instâncias que dificultavam e faziam um juízo político das demarcações por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, mas o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República.

Villares esclarece ainda que o processo administrativo é iniciado pelo conhecimento da FUNAI de uma terra indígena a ser demarcada ou um pleito, seja dos próprios índios, de suas organizações ou de entidades não governamentais. Alguns atos de outros órgãos do Estado, vinculados à União ou aos Estados, como a construção de empreendimentos e projetos de reforma agrária ou construção de áreas ambientalmente protegidas, também deflagram o reconhecimento de terras indígenas. As demarcações, nesse caso, são de fundamental importância para definir se há alguma sobreposição territorial, evitar situações irreversíveis e que provocarão sérios impactos nas terras indígenas.

Conhecidos os pleitos e a urgência da demarcação, a Administração Pública tem o poder discricionário de iniciar o processo ou não. O Estado não possui recursos ilimitados para deflagrar todos os processos demarcatórios numa mesma ocasião, não obstante, as terras indígenas deveriam ser demarcadas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição de 1988. Ainda pelas colocações de Villares:

Obviamente, o mandamento constitucional do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não foi cumprido, pois, passados mais de quinze anos da promulgação, a definitiva demarcação das terras indígenas ainda está por ser terminada. Esse prazo previsto constitucionalmente não pode ser usado contra o direito indígena de ter reconhecida sua posse e a demarcação de suas terras, direitos estes declarados constitucionalmente como imprescritíveis. Tal prazo não é peremptório, mas norma programática, que já se encontrava no artigo 65 do Estatuto do Índio, com intuito de impelir o Poder Público a

promover em tempo razoável a demarcação. Se a União não o cumpriu, está constantemente em mora com suas atribuições (VILLARES, 2009, p. 129).

A carência de recursos materiais e humanos para realizar as demarcações de terras indígenas força a Administração Pública a exercer com totalidade a discricionariedade administrativa, prevendo as demandas e a possibilidade de seu atendimento, inclusive fazendo um juízo de urgência e oportunidade para considerar qual terra deva e possa ser identificada em primeiro lugar. A pretensão levada pelo Ministério Público Federal através do ajuizamento de Ação Civil Pública com o objetivo de ver demarcada esta ou aquela terra indígena exige do Poder Judiciário uma tutela que não lhe cabe analisar, pois a decisão, se de acolhimento do pedido, principalmente em medida liminar, entra no juízo discricionário da Administração, numa atividade que lhe é inerente e não lhe pode ser usurpada. Apenas a Administração possui a visão total de quantas são as terras indígenas a serem demarcadas, quantas solicitações existem, e, principalmente, quais são os recursos à sua disposição. Ciente das limitações, procura elaborar um plano com as demarcações a serem realizadas anualmente.

Em um primeiro momento, explica Villares, antes de deflagrar o procedimento administrativo para a demarcação, devem ser analisados os pleitos e verificadas a urgência e pertinência da demarcação, duas ordens de grandeza que são traduzidas na a) necessidade maior ou menor no tempo e possíveis prejuízos comparados com as outras demarcações e b) fundamentação técnica preliminar e viabilidade política da demarcação.

O procedimento se inicia com a designação de Grupo de Trabalho de servidores públicos ou especialistas fora dos quadros da Administração através de portaria do presidente da FUNAI. Necessariamente, o trabalho desenvolvido por este grupo, que deverá ser coordenado por antropólogo qualificado, é estudo antropológico de identificação da terra indígena. Além do antropólogo, poderão compor o grupo outros profissionais, servidores ou não, que complementarão o estudo antropológico com informações históricas, sociológicas, jurídicas, cartográficas, ambientais e fundiárias necessárias para a identificação da terra indígena. Aceitam, os estudos, contribuições de órgão dos governos, sejam eles federais, estaduais ou municipais — nesse caso, a prestação das informações ao grupo técnico é compulsória —, de membros da comunidade científica, de organizações não governamentais, etc. É corrente, para realização do levantamento fundiário ou para a avaliação das benfeitorias, numa etapa posterior do procedimento, que o grupo de trabalho conte com a participação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA ou dos órgãos fundiários estaduais.

O levantamento fundiário de que fala o Decreto é peça de fundamental importância, devendo ser obrigatoriamente realizado pelo grupo técnico responsável pelos estudos antropológicos. Nas palavras de Villares, trata-se de

um levantamento cartorial dos registros e levantamento físico do tipo de propriedade, posse ou ocupação e seu titular.

Na sequência, realizados os estudos de identificação, o grupo técnico apresenta o relatório circunstanciado dos trabalhos realizados para o órgão indigenista oficial, analisando a existência ou não de ocupação tradicional de terra indígena, devendo apresentar, ainda que preliminarmente, proposta de área delimitada. Ao descrever esse procedimento, Villares continua (2009, p. 130):

O relatório é, então, apresentado para a FUNAI e seu titular pode aprová-lo, mandar realizar complementações ou mesmo rejeitá-lo, decidindo inclusive sobre o mérito da proposta. Se aprovado, um resumo do relatório, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, deve ser publicado em quinze dias no Diário Oficial da União, nos diários oficiais dos Estados onde se localiza a área sob demarcação, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. Da publicação contam-se 90 dias para precluir o direito de Estados e Municípios em que se localiza a terra sob demarcação e demais interessados de apresentar contestações ao procedimento perante o órgão indigenista. A contestação pode conter todas as provas e alegações jurídicas e de fato, incluindo 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.

No tocante ao contraditório no processo de demarcação, o entendimento explanado pelas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o Decreto nº 1.775/96 vai ao encontro do artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, que assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, o órgão indigenista tem, então, sessenta dias para analisar as contestações, oferecendo seu parecer, e encaminhar o procedimento, se denegadas as razões do recurso, para o Ministro de Estado da Justiça. Admitidas as razões do recurso, o órgão indigenista poderá rever sua decisão, sanando os vícios do procedimento, ou mesmo mudando seu juízo de aprovação do território e a conclusão da tradicionalidade da terra indígena.

Ainda pelas explicações de Villares, recebendo o procedimento administrativo, em trinta dias, o Ministro de Estado da Justiça poderá desaprovar a identificação e retornar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, decisão que deverá ser fundamentada no não atendimento do disposto no §1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. É possível, ainda, prescrever todas as diligências necessárias para a regularização de eventuais vícios



procedimentais, determinar o esclarecimento de pontos ou acrescentar elementos, devendo tais diligências serem cumpridas no prazo de noventa dias.

O autor explica também que a área objeto da delimitação nem sempre coincide com a área efetivamente demarcada, mesmo porque a declaração é ato posterior à declaração. São exatamente esses os termos do artigo 5º do Decreto nº 1.775/1996:

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

É feita, então, por decreto presidencial, a homologação, ato final do procedimento que traz ao mundo jurídico uma nova terra indígena. Segundo Villares (2009, p. 134):

“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 e dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras em extinção e sua não produção de efeitos jurídicos. Extingue-se qualquer título de propriedade sobre a área demarcada, que passa a ser um bem da União. Ato contínuo deve ser o registro em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União e no registro imobiliário da comarca da situação das terras, como manda o §1º, do artigo 10, do decreto 1.775/96.”

Villares faz ainda considerações importantes, como o fato de o direito indígena de habitar suas terras e delas usufruir ser anterior ao reconhecimento formal pelo Estado. No entanto, com a edição do decreto homologatório surge uma série de obrigações e prerrogativas da União em relação à terra indígena, como o dever de fiscalizar qualquer ilegalidade perpetrada: “(...) demarcada uma terra, a União deve, escorada no poder de polícia administrativo que lhe é peculiar, agir de ofício, sem a necessidade de recorrer ao poder judiciário para estancar as ilegalidades cometidas.” (VILLARES, 2009, p. 134).

É competência do Ministro da Justiça expedir as instruções necessárias à execução do disposto no Decreto nº 1.775/96, para normatizar e definir quaisquer dúvidas em relação às fases e procedimentos da demarcação de terras indígenas. Esse poder foi utilizado na edição da Portaria MJ14, de 09.01.1996, que estabelece regras sobre a elaboração do Relatório de identificação e delimitação de terras indígenas, elaborada por servidores ou colaboradores da FUNAI.

## **9.8. DESINTRUSÃO**



A desintrução, entendida como o processo de retirada ou eliminação daquele ou daquilo que é *intruso*, trata, de forma ampla, do ato ou efeito de retirar de um imóvel quem dele se apossou ilegalmente ou sem autorização do proprietário.

No seara do estudo sobre as terras indígenas, a desintrusão se dá quando, no trâmite do processo de demarcação de determinado território, após sua homologação, é constatada a necessidade de retirada do local de ocupantes não-indígenas.

Tal ato se dá com base no art. 4º do Decreto nº 1.775/96, que assevera:

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Segundo Villares, os ocupantes não indígenas devem sair assim que a terra indígena for homologada, pois o usufruto das terras passa a ser exclusivo dos índios que a habitam, podendo ocorrer retirada compulsória. Havendo resistência à desocupação por parte dos não-índios, a União, por meio da Funai e de seus órgãos auxiliares, deverá notificar os ocupantes a sair pacificamente, podendo usar de seu poder policial administrativo para fazer respeitar os comandos da lei.

A retirada dever ser seguida de reassentamento dos antigos ocupantes em propriedades adquiridas para a reforma agrária, quando se tratar de pequenos posseiros e proprietários. O reassentamento é fundamental para atender a necessidade de compatibilização dos conflitos sociais.

Nas palavras de Villares, não pode um grande ocupante pleitear o reassentamento na mesma área que ocupava na terra indígena, ficando adstrita a Administração ao atendimento dos critérios legais que conferem a um cidadão o direito de ser beneficiado pela política de reforma agrária. Se o ocupante fosse beneficiado com área idêntica àquela por ele possuída, premiar-se-ia a usurpação de terras públicas como forma de apropriação de bens.

São recorrentes os conflitos judiciais entre ocupantes não-índios e as populações indígenas, representadas pela FUNAI e pelo Ministério Público, quando dos procedimentos de demarcação.

A Terra Indígena Marãiwatsédé, no estado do Mato Grosso, foi declarada de ocupação tradicional indígena em 1993, por meio de uma portaria do Ministério da Justiça. Contudo, a ocupação do território por não-índios impediu a plena posse pelas populações indígenas até o ano de 2014, o que apenas se efetivou após o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público de Mato Grosso e muitos anos de batalhas judiciais.

## 9.9. REALOCAÇÃO / REASSENTAMENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS

Vige no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho — OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, por meio do Decreto nº 5.051, de 19.04.2004. Entre outras disposições, a Convenção assegura aos indígenas, em seu artigo 16, item 1 — em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro vigente a partir da Constituição de 1988 — que os povos indígenas não deverão ser trasladados das terras que ocupem.

O item 2 do referido artigo, entretanto, traz uma ressalva a esta regra:

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

Assim, admite-se a hipótese em que, constatado o relevante interesse nacional, as comunidades indígenas possam ser deslocadas de suas terras tradicionais. Esta possibilidade ampara-se no §1º do art. 231 da Constituição da República de 1988 e se dá, por exemplo, quando existir a necessidade de retirar de suas terras a população indígena para permitir o aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais.

O reassentamento deve se dar em terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e o de realocação deve ser efetivado com a oitiva dos povos interessados.

Também se justifica a obrigatoriedade do reassentamento no §1º do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua que toda pessoa tem direito à segurança em qualquer caso de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

A operacionalização do reassentamento deve se dar através de análises antropológicas e socioeconômicas das populações atingidas, com a participação efetiva da comunidade, de forma a assegurar a perpetuação da proteção à organização social, costumes, crenças e cultura indígena, e baseado na garantia de condições de vida iguais ou melhores que a anterior. Deve ser realizado

diretamente pelo Poder Público ou com sua fiscalização, de forma a cumprir seu papel constitucional de resguardo destas comunidades.

#### 9.10. A SÚMULA Nº 650 DO STF

A Súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal tem a seguinte redação:

“Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Pelo seu conteúdo, os aldeamentos extintos ou mesmo as terras ocupadas por indígenas em passado remoto não são bens da União, não se lhes aplicando, portanto, os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. Editada em 24.09.2003, a súmula teve origem no precedente do STF: RE 219983/SP, em que o ministro Marco Aurélio foi relator, de 09.12.1998, publicado no Diário de Justiça em 17.9.1999 na página 59.

Pelas colocações de Villares, conforme consta do voto do eminente relator do recurso, o Ministro Marco Aurélio, o acórdão julgou em grau revisor uma ação de usucapião extraordinária intentada a respeito do imóvel urbano. Esse bem teria sido apontado pela União como compreendido no perímetro do antigo aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos e, portanto, em terras que seriam de domínio da União, nos termos do artigo 4º, IV, da Constituição Federal de 1967; do artigo 1º, “h”, do Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.1946; e do artigo 20, incisos I e XI da Constituição Federal de 1988.

Ao adentrar ao mérito do caso, o Ministro Marco Aurélio entendeu, fazendo uma retrospectiva dos fatos, que *“a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prima constitucional, não alberga situações como as dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terra da União, o que seria um verdadeiro despropósito”*.

Pelos apontamentos de Villares, após manifestação no mesmo sentido, dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso, o voto foi seguido, à unanimidade, pelos demais membros do Supremo Tribunal Federal. E o autor ainda acrescenta (VILLARES, 2009, p. 143):

“Reflete-se no julgado o entendimento de que a usucapião é um instrumento importantíssimo de política urbana, que se coaduna com a função social do imóvel urbano. Áreas urbanas, de grande aglomeração humana, que num passado remoto foram terras ocupadas por índios, podem ser usucapidas, pois não se devem ser consideradas terras

indígenas de propriedade da União. Se o entendimento fosse diverso, não se protegeria o direito indígena às suas terras de ocupação tradicional, mas a vontade da União de aquinhoar mais um patrimônio. [...] O conceito de aldeamento extinto presente na Súmula 650 é tão só o da comunidade indígena que deixou de existir, seja por epidemias ou pelo seu extermínio. As terras por eles ocupadas deverão ser destinadas de acordo com a legislação pertinente à época da extinção”.

Muitos usam essa Súmula, no entanto, ainda seguindo colocações de Villares, com grande erro para limitar os direitos dos índios de terem suas terras de ocupação tradicional reconhecidas através da demarcação. Declara-se ainda hoje, perante os tribunais e por seus juízes, a inexistência frente a uma Constituição que lhes garante a vida. Por essa razão, conclui, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal deve ser revogada, o que não mudaria a interpretação já formulada nos casos de usucapião, mas impossibilitaria o seu uso desrespeitoso ao artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

#### **9.11. PROCESSO DE INGRESSO EM TERRA INDÍGENA: INSTRUÇÃO NORMATIVA FUNAI Nº 02/2015**

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI é o órgão do governo federal que tem a atribuição legal da proteção e assistência às sociedades indígenas no Brasil e para tanto se baseia na Constituição Federal, no Estatuto do Índio e nos atos e normas do presidente da FUNAI.

No exercício de suas atribuições, segundo a Instrução Normativa nº 2, de 27.03.2015, a FUNAI não permite a entrada, em terras indígenas, de pessoas estranhas às comunidades para qualquer fim sem sua prévia autorização ou das lideranças indígenas das referidas áreas, cabendo à Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável expedir as devidas autorizações. Pelo artigo 16 da referida Instrução:

Art. 16. Compete à Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável - DPDS expedir a autorização de ingresso em terra indígena para a realização de todas as atividades relativas a estudos e a execuções de medidas de mitigação e controle inerentes ao processo de licenciamento ambiental.

§ 1º O procedimento de autorização será instruído pela CGLIC com o Plano de Trabalho apresentado pelo empreendedor, contendo, no mínimo, a metodologia a ser utilizada, a identificação da equipe que realizará os trabalhos e o cronograma da atividade.

§ 2º Os pesquisadores que ingressarão em terra indígena devem apresentar termo de compromisso individual, conforme modelo anexo a esta Instrução Normativa.

§ 3º A identificação da equipe contratada deverá especificar a atividade a ser desenvolvida por cada um dos membros, acompanhada dos seguintes documentos:

I - cópia da carteira de identidade e do comprovante de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda, ou do passaporte e do visto de trabalho, no caso de estrangeiros;

II - currículo;

III - documentos que atestem o seu estado de saúde, em conformidade com a regulamentação do Ministério da Saúde.

O mencionado Plano de Trabalho será analisado pela Coordenação Geral de licenciamento - CGLIC no prazo máximo de 15 dias, nos termos do artigo 17 da Instrução Normativa em comento.

A solicitação de ingresso em terra indígena de um ou mais integrantes da equipe será decidida pela FUNAI que, nos moldes do artigo 18, considerará a manifestação dos povos afetados, a inexistência de pendência injustificada na entrega de produtos à FUNAI, ausência de histórico de conflitos com as comunidades indígenas envolvidas.

No tocante ao ingresso de empreendedores, a FUNAI se manifestará por meio de ofício expedido pela Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável sobre a autorização de ingresso, em até trinta dias a partir do recebimento do plano de trabalho.

Poderá, no entanto, ser suspensa a autorização nos seguintes casos elencados no artigo 22:

Art. 22. A autorização de ingresso em terra indígena poderá ser suspensa pela DPDS:

I - se houver solicitação da comunidade indígena devidamente justificada à Funai;

II - se a realização das atividades gerar conflitos na terra indígena de modo a comprometer a segurança da comunidade indígena ou dos membros da equipe;

III - na ocorrência de situações potencialmente prejudiciais à saúde ou integridade física de membros da comunidade indígena envolvida ou dos membros da equipe;

e IV - na ocorrência de conflitos graves envolvendo índios e não-índios que não guardem relação com as atividades decorrentes do empreendimento.

§ 1º As situações previstas neste artigo deverão ser comunicadas à sede da Funai por meio de radiograma, memorando da unidade local, mensagem eletrônica, ou outros meios que permitam o adequado relato da situação.

§ 2º A Funai, por meio de ofício da DPDS, informará o órgão licenciador e o empreendedor sobre a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a IV deste artigo e a consequente suspensão da autorização de ingresso ou permanência na terra indígena.

§ 3º Restabelecida a normalidade em relação às situações previstas nos incisos deste artigo, a DPDS oficiará o órgão licenciador e o empreendedor sobre o restabelecimento da autorização.

Além dos prazos de suspensão, a Portaria traz também a possibilidade de dilação dos prazos estabelecidos, mediante deferimento pela Diretoria de Promoção ao desenvolvimento Sustentável de solicitação motivada, desde que atendidos os prazos estabelecidos pela Portaria Interministerial nº 60, de 24.03.2015.

## 9.12. JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

No bojo do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas que, como já dito, é regulado pela Lei nº 6.001/73 e pelo Decreto nº 1.775/96, foi conferido à União, segundo preceitua Luiz Fernando Villares<sup>29</sup>, o poder de reconhecer a nulidade dos atos jurídicos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas. Assim, com base no §6º da Constituição de 1988, mediante ato administrativo, a União deve reconhecer a inexistência de títulos de propriedade emitidos sobre áreas consideradas como tradicionalmente ocupadas por indígenas. Esse poder é enorme e excepcionaliza a garantia constitucional da propriedade privada, pois a constituição não reconhece aquele título como dela comprobatório.

Esta prerrogativa de reconhecer a nulidade de títulos jurídicos, que até então produziam seus efeitos, é sujeito ao controle do Poder Judiciário que, com base no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 — *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* — analisa a conduta da Administração, num confronto com as leis vigentes, de modo a garantir que o poder público não cometa abusos baseados na prerrogativa que o procedimento demarcatório das terras indígenas lhe confere.

---

<sup>29</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e os povos indígenas**. Curitiba: Jaruá, 2009, p. 143.

O histórico da judicialização do procedimento de demarcação das terras indígenas compreende uma série de ações, admitidas ou não pelo Poder Judiciário, legal ou jurisprudencialmente, que se prestariam a questionar as decisões administrativas. Nesse sentido, o § 2º do art. 19 do Estatuto do Índio prevê que a ação competente para impugnar a demarcação de terras indígenas seria a ação petítória ou demarcatória, a saber:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

(...)

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

Explica Villares que as ações petítórias possibilitam a discussão sobre o reconhecimento de um direito real, enquanto ação demarcatória é uma designação específica para a ação anulatória cuja finalidade é anular o procedimento administrativo de demarcação, no todo ou em parte, por vício formal ou material. Refuta-se a concessão de qualquer sorte de interdito possessório neste caso, pois o ato administrativo da União de demarcação das terras indígenas, baseado no inciso XI, art. 20, c/c §6º, art. 231 da Constituição de 1988 ocorre a partir de procedimento administrativo válido, e não caberia a um contestante, neste caso, argumentar que da demarcação decorreria esbulho ou turbção de sua posse, pois, como dito, o ato administrativo da União é legalmente amparado.

Ressalta o autor que o pedido de prestação jurisdicional que pretende ver declarada a nulidade da demarcação apenas pode ser intentado após a efetiva homologação do procedimento demarcatório, por ato final praticado pelo Presidente da República. Antes da homologação, não há como se cogitar o ajuizamento da ação petítória ou demarcatória, devido à circunstância jurídica de a demarcação administrativa não ter sido aperfeiçoada. Sem que estivesse terminada a demarcação, os processos deveriam ser extintos por força do art. 485, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Outro ponto importante é que, ainda que se admita o pedido de tutela antecipada no âmbito destas ações, mesmo que presentes o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança das alegações, a inexistência da decisão final homologatória impediria a concessão da liminar, ante a ausência do *periculum in mora*. Qualquer ameaça ao direito só se configurará no ato da homologação, quando, então, se declara a nulidade dos atos de ocupação anteriores.



Para fundamentar seu pedido de nulidade da demarcação, os requerentes devem provar cabalmente que os atos administrativos praticados são ilegais, ou que, materialmente, a demarcação não teria motivo. A prova material se daria, sobretudo, pela apresentação de perícia antropológica e documentos históricos que comprovassem que as terras tradicionalmente não pertenciam às comunidades indígenas.

Ainda nos termos dos ensinamentos de Villares, em que pese o entendimento esposado de que apenas após a homologação da demarcação poderia ser intentada ação que requeira sua nulidade, o voto do Relator no Mandado de Segurança 21.896/PB levou ao Supremo Tribunal Federal — STF a discussão sobre a possibilidade de se obstar o procedimento administrativo de demarcação apenas com o ajuizamento de ação ordinária. No MS citado, o relator acolheu a alegação de que o simples ajuizamento de ação ordinária seria apto a deter o procedimento demarcatório, mas o juiz da causa não achou suficientes os argumentos trazidos pelos contestantes, o que o fez denegar a decisão cautelar. Ora, se o mero questionamento judicial tivesse o poder de interromper a demarcação de terras, restaria sem eficácia a determinação constitucional que prescreve à União a obrigação de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, e o procedimento que deve tramitar na esfera administrativa passaria a ser eminentemente judicial.

Contudo, na esfera do STF, no bojo do MS 45.896, prosperou o razão de impedimento do transcurso do procedimento demarcatório pelo simples ajuizamento de ação ordinária. Para Villares, decisões interlocutórias como esta impedem o desfecho de uma infinidade de procedimentos demarcatórios, deixando à mercê do Poder Judiciário a situação de várias comunidades indígenas, quando, na verdade, o procedimento deveria ser administrativo, e conseqüentemente, mais célere. A pendência judicial demora anos para se resolver, muitas vezes em ações incabíveis para o questionamento do procedimento.

Outrossim, a Justiça Federal é a competente para julgar questões afeitas à demarcação e eventual indenização por desapropriação de ocupantes de boa-fé que realizam benfeitorias nas propriedades consideradas como terras indígenas. Esta a inteligência do art. 109 da Constituição de 1988, uma vez que a União sempre será interessada no imbróglio, enquanto proprietária dos territórios em comento e responsável pela tramitação do processo demarcatório:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

## XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Por fim, ressalta Villares que inúmeras são os processos ajuizados em face da União, da FUNAI, de comunidades indígenas, do Presidente da República ou do Ministro da Justiça a fim de contestar o processo de demarcação das terras indígenas, através das mais variadas ações, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Segurança e ações possessórias. Entretanto, a grande maioria das ações ajuizadas não se presta à função a que se propõe, seja por expressa vedação legal, ou por impossibilidade formal de análise do pedido diante de suas características.

### **9.13. USUFRUTO EXCLUSIVO DOS RECURSOS AMBIENTAIS**

Como já dito, cabe aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupem, sendo estas 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 — art. 231 e §1º, Constituição de 1988.

Neste âmbito, às comunidades indígenas é conferido o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, nos termos do art. 231, §2º da Constituição.

Outrossim, nota-se que a Carta de 1988 é específica ao elencar de quais bens os índios detém usufruto exclusivo, consubstanciando-os apenas quanto às riquezas do solo, dos rios e dos lagos, não abrangendo todos os recursos naturais dos territórios ocupados. Isto porque o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais são de propriedade da União, nos termos do art. 20, incisos VIII e IX da Constituição de 1988, estejam em terras indígenas ou em qualquer outra propriedade, pública ou particular. Segundo Villares, por serem bens de importância social e estratégica, que se recusam à apropriação tão somente para o proveito de um indivíduo, não pode ser admitida sua afetação apenas ao usufruto dos índios, ainda que a estes seja reconhecido o direito originário a terra que tradicionalmente ocupem.

Nesse sentido, o §3º do art. 231 preceitua que 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.

### **9.14. EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS DAS TERRAS INDÍGENAS**

Destaca-se, primeiramente, que o art. 231 da Constituição Federal reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

O parágrafo 1º do referido artigo indica que, entre outras formas de apropriação indígena, a terra tradicionalmente ocupada é a utilizada para as atividades produtivas dos índios. Enquanto o 2º parágrafo garante o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes, o 6º parágrafo torna nulo e extinto qualquer ato que tenha por objeto a exploração dessas riquezas.

Sendo assim não há nenhuma vedação constitucional à exploração dos recursos naturais pelos indígenas.

Não é por outra razão que o Estatuto do Índio atribui aos índios o direito à exploração das riquezas do solo, ao corte de madeira e o exercício da caça e da pesca em suas terras. Assegura, pois, aos indígenas o direito à exploração de recursos naturais.

Diferente é o entendimento quando se tratar de atividades não-tradicionais, que deverão se submeter à legislação ambiental<sup>30</sup>.

De outra forma, a exploração das riquezas naturais das terras indígenas sem autorização do órgão competente é proibida penalmente de acordo com a Lei nº 11.284, de 02.03.2006, o qual acrescentou um artigo à Lei de Crimes Ambientais:

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.

§ 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare.

As atividades de exploração irregular em áreas sobrepostas de unidade de conservação sobre terras indígenas, também atraem a aplicação da Lei de Crimes Ambientais com atenção a esses espaços ambientalmente protegidos e seu retorno.

O fato é que o exercício de qualquer atividade potencialmente degradadora ou utilizadora de recursos ambientais deve ser devidamente licenciada e autorizada, conforme foi amplamente descrito em item específico.

---

<sup>30</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba, Juruá:2008, p. 144.

## 10. ORGANIZAÇÕES EMPREENDEDORAS

### 10.1. ASSOCIATIVISMO

O art. 53 do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, traz em seu art. 53 a definição de associações:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.  
Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

As associações são pessoas jurídicas de direito privado, e constituem-se pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. Quando visam vantagens materiais, elas não se destinam aos seus associados, mas, ao contrário, almejam fim de interesse geral, em benefício de toda a comunidade ou de parte dela.

Neste contexto, as associações indígenas surgem como um referencial para a organização política das populações indígenas, tanto no que concerne ao reconhecimento dos povos quanto no sentido de atendimento de suas demandas junto aos órgãos públicos.<sup>31</sup>

A princípio, não existem diferenças significativas entre associações indígenas e não indígenas. Uma vez que a forma de constituição é prevista no Código Civil, qualquer associação seguirá os mesmos procedimentos para formação. O estatuto social, documento que materializa a criação da associação, deve conter as informações básicas elencadas no art. 54 do Código Civil, sendo necessária sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas respectivo.

A peculiaridade maior das associações indígenas encontra-se na sua relação com as instituições — sobretudo as públicas — que pouco interesse tem em efetivar acordos ou convênios. Nesse sentido, Vânia Fialho<sup>32</sup> salienta pairar um aparente estigma sobre as associações indígenas nas comunidades em que se inserem, pois as instituições públicas, baseados em uma discriminação decorrente dos direitos diferenciados destas populações, teriam pouco interesse em firmar acordos e convênios.

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Ellen Cristina de. **Reflexões sobre o associativismo étnico em Dourados-MS**. In: 29ª REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. 2014, Natal/RN. Disponível em: < [http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402020715\\_ARQUIVO\\_29RBAE\\_ALMEIDA\\_COMPLETO.pdf](http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402020715_ARQUIVO_29RBAE_ALMEIDA_COMPLETO.pdf) > Acesso em: 27.05.2016.

<sup>32</sup> PAIVA E SOUZA, Vânia Rocha Fialho. **Desenvolvimento e Associativismo Indígena no Nordeste Brasileiro: mobilizações e negociações na configuração de uma sociedade plural**. 2003. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Disponível em: < <http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20040726150252.pdf> > Acesso em: 27.05.2016.

Ainda que diante destes desafios cotidianos, as associações indígenas podem ser consideradas novos atores políticos primordiais na atuação do enfrentamento contra desigualdades, buscando o atendimento e a criação de políticas públicas. Tal é o entendimento de Sidnei Peres sobre o tema:

É neste sentido que entendo o **fenômeno associativo indígena** como um desenho participativo, horizontal e descentralizado de implementação de políticas étnicas de mobilização coletiva, mas também altamente formalizado (diretoria, conselho fiscal, assembléia) e dependente mesmo de uma base cartorial (registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas/CNPJ), enquanto modalidade de reconhecimento oficial, e de assessoria profissional como condições de acesso a redes de cooperação internacional. A **associação indígena** é uma forma voluntária de engajamento, com diferentes níveis de adesão, baseada na livre decisão em assumir publicamente uma ancestralidade pré-colombiana ou pré-colonial, nos esforços altamente reflexivos de gestão da tradição e da identidade étnica num campo de produção da indianidade marcado por estratégias de politização da cultura e formação de alianças nas esferas públicas não-estatais globalizadas.

Verifica-se, pois, que o associativismo, na esfera das comunidades indígenas, pode constituir-se em importante instrumento de engajamento das populações e preservação de sua identidade cultural, bem como de interlocução com os órgãos que, na esfera pública, tem a responsabilidade de promover e executar a política indigenista no Brasil.

## 10.2. COOPERATIVISMO

O cooperativismo trata-se de um modelo econômico de trabalho que se propõe, enquanto alternativa ao capitalismo, a concretizar uma maneira de trabalho coletivo, baseado em um princípio de administração democrática, a bem da própria coletividade, surgindo no processo histórico como um espaço jurídico de contribuição mútua.

No ordenamento jurídico brasileiro, cooperativas são sociedades simples, regidas pelos arts. 1.093 a 1.096 do Código Civil e pela Lei 5.764, de 16.12.1971. Constitui-se por uma reunião de pessoas que, sob um interesse comum e sem objetivo de lucro, destinam-se a prestar serviços diretamente a seu cooperados, que são, a um tempo, sócios e destinatários da atividade.

Neste contexto, as cooperativas indígenas surgem como uma forma de organização econômica que visa, no interesse de seus cooperados, entre outros objetivos, a propagação da cultura por meio, por exemplo, da comercialização de produtos produzidos pelas comunidades. Nesta linha, a cooperativa deixa de voltar-se apenas para objetivos econômicos, almejando a proteção de bens culturais ali existentes.

Há ainda modelos de cooperativas que visam a melhora das práticas agropecuárias e produção sustentável de determinado grupo.

Peter Schroder<sup>33</sup>, entretanto, ressalta que muitas vezes a fundação de uma cooperativa não será benéfica entre as comunidades indígenas, pois as unidades fundamentais de trabalho dos índios são familiares e, com isso, baseadas em parentesco. Uma vez que os resultados dos trabalhos nas cooperativas são compartilhados em função das operações que cada cooperado exerce, e não apurados em razão do número de quotas, a divisão final dos trabalhos em uma cooperativa indígena pode ficar desigual entre os grupos familiares, pois nem sempre estes produzirão quantidades iguais.

Esta divisão levaria a uma desigualdade de renda antes inexistente nas comunidades, podendo gerar conflitos.

## 11. O PAPEL DA FUNAI

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 05.12.1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Cabe à FUNAI promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de monitorar e fiscalizar as terras indígenas.

É, ainda, seu papel promover políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas. Nesse campo, a FUNAI promove ações de etnodesenvolvimento, conservação e a recuperação do meio ambiente nas terras indígenas, além de atuar no controle e mitigação de possíveis impactos ambientais decorrentes de interferências externas às terras indígenas.

Compete também ao órgão a estabelecer a articulação interinstitucional voltada à garantia do acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania aos povos

---

<sup>33</sup> SCHRODER, Peter. Economia indígena: Situação Atual e Problemas Relacionados a Projetos Indígenas de Comercialização na Amazônia Legal. Editora Universitária UFPE. Recife 2003.

indígenas, por meio do monitoramento das políticas voltadas à seguridade social e educação escolar indígena, bem como promover o fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais e de participação e controle social.

A atuação da Funai está orientada por diversos princípios, dentre os quais se destaca o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, buscando o alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas no Brasil, contribuindo para a consolidação do Estado democrático e pluriétnico.

## 12. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público trouxe ao longo do tempo, uma evolução considerável na defesa dos interesses dos povos indígenas, sendo-lhe conferido pela Constituição Federal, no inciso V do artigo 129, a atribuição institucional de defesa em juízo dos interesses das populações indígenas. Impõe ainda a esta instituição, a atribuição de intervir em todos os atos dos processos que sejam partes, os índios, suas comunidades e organizações. Esta atribuição consubstancia na defesa judicial dos interesses individuais indisponíveis, coletivos e difusos, relativos aos povos indígenas.

Estabelecendo uma interpretação sistemática deste dispositivo com o artigo 109, inciso XI da referida Constituição, que dispõe aos Juízes Federais a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, conclui-se que esta atribuição é delegada ao Ministério Público Federal. Esta interpretação segue a linha imposta anteriormente pelo Estatuto do Índio, em seu artigo 37, que atribuiu aos grupos tribais e comunidades indígenas capacidade postulatória, mas assistidos ou pelo Ministério Público Federal ou pela FUNAI - Fundação Nacional do Índio.

Porém mesmo pela natureza dos interesses em pauta, a atuação ministerial, não se restringe a uma visão restritiva destes postulados, uma vez que o Ministério Público Estadual é competente e legitimado para atuar na tutela dos interesses dos povos indígenas, conforme relatado anteriormente<sup>34</sup>.

Esta afirmação toma mais embasamento ainda, quando estamos diante de situações de peculiar e singular interesse regional, o que torna o ministério público daquela dada região muito mais próximo e apto a entender a composição dos conflitos.

---

<sup>34</sup> Scaramucci, Roberta de Angelis. O papel do Ministério Público na tutela dos interesses das populações indígenas. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7176](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7176). Acesso em 29.05.2016



Assim sendo, em face da não proibição legal e constitucional, e da não exclusividade do tema às mãos do Ministério Público Federal, concluímos pela total possibilidade de atuação, tanto de forma litisconsorcial como individual do Ministério Público Estadual, no trato dos interesses indígenas em juízo.

Porém é importante afirmar, que é visivelmente ampla a atuação concreta do Ministério Público Federal, principalmente no tratamento de questões pertinentes às terras indígenas, uma vez que estas fazem parte do patrimônio da União.

Segundo o autor e Juiz Federal, Sr. Helder Girão Barreto, o Ministério Público teve sua importância aumentada com a Constituição Federal de 1988. Enquanto o Ministério Público atua na defesa judicial dos direitos indígenas, o faz na condição de “parte” ou “terceiro interessado”, quando intervém em todos os atos do processo, o faz na condição de “fiscal da lei”. A distinção para ele tem importância na medida das faculdades e ônus processuais.

De outro modo, importante destacar que o Ministério Público compreende o Ministério Público da União – no qual está inserido o Ministério Público federal – e os Ministérios Públicos dos Estados, conforme art. 128 da Constituição. Nesse contexto, significa dizer que cada qual desempenha suas funções perante os órgãos jurisdicionais, na medida de suas respectivas competência. Ou seja, a atuação do Ministério Público só é legítima na medida da competência do órgão jurisdicional perante o qual ele atua.

Ainda, conforme Helder Girão Barreto é relevante dizer que a representação judicial da União não é atribuição do Ministério Público Federal – como era na Constituição de 1967 (art. 138, § 2º) – mas da Advocacia Geral da União (art. 131).

Neste contexto, o Ministério Público brasileiro, como o advento da Constituição Federal de 1988, adquiriu status de defensor do povo, principalmente no que tange a ampliação de suas atribuições à autonomia de sua atividade. Acompanhando esta evolução institucional do Ministério Público, impulsionou-se também, a ampliação do rol de direitos pertinentes a determinadas classes, tidas como “minorias” na sociedade, uma vez que é o Ministério Público que exerce a defesa destas classes, e traz maior igualdade técnica aos litígios envolvendo seus interesses.

A estas “pessoas”, incluem-se os povos indígenas, que tiveram especial atenção do Constituinte de 1988, e ainda adquirindo relação importante com a atuação do Ministério Público. Assim torna imprescindível para a própria e adequada tutela dos direitos constitucionalmente garantidos dos povos indígenas, a observância e a análise da atuação do Ministério Público, em prol da concretude destes.

Conclui Helder Girão Barreto, que os índios, suas comunidades e organizações, dispõem de legitimação processual para pleitearem diretamente em Juízo, sem

intermediação, na defesa de seus direitos e interesses individuais ou coletivos segundo disposto no art. 232 da Constituição.

### 13. DIREITO PROCESSUAL

#### 13.1. LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS ÍNDIOS, SUAS COMUNIDADES E ORGANIZAÇÕES

A legitimidade, juridicamente, corresponde a uma condição subjetiva necessária para que o indivíduo exerça o seu direito como o titular da ação judicial (legitimidade ativa), podendo ser demandado nesta, apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva). Trata-se da pertinência subjetiva do direito de agir ou, em outras palavras, as pessoas são legitimadas pela lei para pleitearem em juízo aquilo que lhes é devido. Faz-se necessário ressaltar ainda que, via de regra, ninguém pode pleitear em juízo, em nome próprio, direito que compete a terceiros.

Há algumas décadas, vigia, com respaldo no Estatuto do Índio, um instituto de regime tutelar que considerava o índio sujeito relativamente incapaz, devendo o órgão indigenista federal, assisti-lo em todas as situações sob pena de invalidade dos atos jurídicos por ele praticados. Tratava-se, então, de um sujeito que não possuía legitimidade para ingressar em juízo. A esse respeito, Feijó (2008, p. 295) dispõe que,

em verdade, o Estatuto do Índio reproduzia as normas constantes no Código Civil de 1916, que tratava o silvícola como relativamente incapaz, cessando a sua incapacidade a medida que fosse se adaptando à civilização do País, revelando a transitoriedade com que a condição indígena era tratada na época.

No entanto, a Constituição Federal de 1988, 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.” Observa-se, portanto que é conferido aos índios, suas comunidades e organizações legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, não exigindo representação ou assistência de quem quer que seja.

O índio no Brasil passou a ter legitimidade, não havendo mais o que se falar em incapacidade. Ademais, não se pretende mais incorporar o silvícola ao modo de vida da sociedade civil. Pelo contrário, protege-se o seu direito de viver conforme suas tradições culturais, a viver como índio. Faz-se necessário ressaltar que este entendimento está pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Além dos índios e suas comunidades e organizações, a União (através da FUNAI) e o Ministério Público, possuem legitimidade para defender em juízo os interesses indígenas. A FUNAI em razão da tutela-proteção estabelecida no caput do art. 231, da CF/1988, e o MP em virtude do dever institucional previsto no art. 129, V, da mesma Lei.

Vale ressaltar que, conforme esclarece Feijó (2008, p. 268),

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

A Constituição Federal não menciona nada acerca do retrogrado regime tutelar inaugurado no Código Civil de 1916 e perpetuado pelo Estatuto do Índio. Além do mais, a atribuição de legitimidade às organizações e comunidades indígenas de ingressarem em juízo na defesa de seus direitos, sem exigir qualquer representação para tanto, deixa clara a intenção do legislador em abandonar definitivamente o regime tutelar do Estatuto de Índio.

### **13.2. A DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS E A COMPETÊNCIA TRAZIDA NO ART. 109, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A Constituição Federal de 1988 é um marco no processo de redemocratização política no Brasil, após vinte anos de ditadura militar, disse Helder Girão Barreto. Nascida sob o signo da esperança tratou de afirmar logo no seu preâmbulo o compromisso com “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, Constituição de um Estado que tem entre seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” e o objetivos” construir um sociedade livre, justa e solidária (...) sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nas palavras de Flávia Piovesan, da Constituição se pode dizer que:

“é o documento mais abrangente e o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil (...) estando dentre as Constituições mais avançadas do mundo”.

Quando a Constituição reconheceu “sua organização social, costumes, línguas e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” e impôs à União o dever-poder de os “proteger” e fazer respeitadas”, abandonou o “paradigma da integração” e adotou um novo: o “paradigma da interação”.

Desde então as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade. Em outras palavras, para Ana Valéria Araújo Leitão, a nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois quem se funda na garantia do direito à diferença.

É certo que a defesa do “direito à diferença” não escapa à crítica, principalmente aquela segundo a qual sendo essa diferença sempre grupal, os direitos do indivíduo se subordinam aos direitos do grupo. Para Helder Girão Barreto, a “diferença” não implica “homogeneidade”, mas ao contrário, “individualidade”. No caso indígena, sobretudo, a “diferença” é condição mesma da própria identidade.

O reconhecimento do direito à diferença de indivíduos e comunidades etnicamente diferenciados – como os indígenas – insere-se num contexto que envolve os espaços públicos e privado, cujos instrumentos visarão ao alcance da almejada identidade própria.

Historicamente, os direitos indígenas estiveram vinculados à questão da posse sobre a terra.

Com efeito, a Constituição em seu artigo 64, transferiu aos Estados-membros, todos os imóveis públicos que não fossem necessários aos serviços da União ou indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações e construções militares e as ferrovias federais.

O artigo 129, no entanto, transferiu para os indígenas – então denominados silvícolas - a posse das terras por eles ocupadas permanentemente, vedando sua alienação. Sobre este ponto, o citado autor Helder Girão diz:

“Ora, essas terras estavam situadas em Estados-membros e eram ou do domínio público ou do domínio particular. Desta forma, restou constitucionalizado o conflito pela posse da terra, tendo de um lado os indígenas, suas comunidades e organizações (sobre tudo não governamentais) e do outro os Estados-membros e particulares (frequentemente aliados)”.

A Constituição em seu artigo 216 reconheceu aos silvícolas a posse das terras onde se achavam permanentemente localizados, com a condição de não transferirem. A situação permaneceu inalterada até o advento da Constituição de 1967, artigo 186, que estendeu, ou explicitou à posse indígena o “usufruto exclusivo” dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes.

A Constituição de 1967 declarou em seu artigo 198, que são “nulos e extintos” os efeitos de quaisquer naturezas sobre o domínio, a posse e a ocupação das terras ocupadas pelos indígenas. Assim, agregou-se mais um elemento de conflito à já instável relação índios/não índios.

Foi declarado como pertencentes ao domínio da União, por meio da Constituição Federal de 1988, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. A disposição é explicitada pelo artigo 231 da mesma Carta, do qual se destaca o dever de demarcá-las.

Para Helder, a solução desses conflitos passa pela aposta no diálogo e no processo de entendimento, em primeiro lugar; e, depois, pela ponderação dos interesses em conflito. O certo é que a própria Constituição Federal dispõe de mecanismos de ajuste aptos à solução desses conflitos e, a nosso sentir, depositou a grave missão de manejá-los à Justiça Federal.

O inciso XI artigo 109 da Constituição de 1988 tem a seguinte redação:

Art. 109. Aos Juízes Federais compete processar e julgar:

(...)

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

Ao ser observado, nota-se que trata de competência em razão dos “direitos indígenas”, ou seja, em razão da matéria. Por consequência, não é a presença do índio, suas comunidades ou organizações que determina a competência da Justiça Federal.

De outro lado, é imperioso reconhecer que o emprego do termo “disputa” aponta para o que os processualistas convencionaram chamar “jurisdição contenciosa”, o que afasta a contrario sensu os procedimentos de “jurisdição voluntária”.

Sob outro ponto, nas palavras de Helder Girão, se o inciso XI foi inserido em disposição distinta daquelas tratadas nos incisos I (“causas”) e IV (“crimes”), todos do art. 109, evidentemente foi porque o legislador constituinte não quis e nem autorizou que o intérprete/aplicador subsumisse aquelas nestas disposições. Se a “disputa” estivesse contida nas “causas” ou nos “crimes, o inciso XI seria considerado “letra morta” na Constituição Federal.

Entende ainda, que a “disputa sobre direitos indígenas”, a priori, nem é de natureza cível, nem criminal: pode ser uma ou outra. Embora historicamente a maioria dos conflitos envolvendo indígenas, tenha sido em virtude da disputa pela posse da terra e de suas riquezas, nem por isso podemos olvidar que a partir da Constituição Federal vigente, foi ampliado significativamente o conteúdo dos direitos indígenas (vide art. 231, caput); conseqüentemente, ampliaram-se as áreas possíveis de atritos. Com isso, não é possível mais “limitar” esta

competência apenas às questões de natureza cível, sobretudo com suporte em uma “interpretação” que não leve em conta uma “mudança de paradigma”.

Conforme opinião de Vladimir Carvalho, a disputa sobre os direitos indígenas:

“tem conotação especificamente cível, abrangendo apenas as controvérsias atinentes à posse, invasão ocupação, exploração e temas afins de terra indígena. Não abarca o crime contra o indígena, nem cometido pelo indígena mesmo que proveniente da disputa sobre a terra.”

O destaque em parte do texto acima, em razão de a opinião reportar-se a dois julgados antigos do Superior Tribunal de Justiça (RC 61/PE, José Delgado, DJ 29.04.1994; CC 6.419-8/MT, Vicente Leal, DJ 27.03.1995), ambos referentes à disputa sobre a terra.

Aluísio Mendes também entende que o inciso XI do art. 109 contém competência de “natureza cível”.

Já Roberto Oliveira, entende que:

“tratando-se de crime cometido por índio ou contra ele, desde que não haja envolvimento da comunidade indígena como um todo, não haverá, igualmente, interesse da União a justificar a competência da Justiça Federal.”

Para Helder Girão, é difícil compreender se a referência ao “envolvimento da comunidade indígena” poderia ser sinônimo de “genocídio” – e aí o crime é próprio contra a etnia – ou estaria vinculada à quantidade de vítimas de crimes – e aí o critério da competência seria “numérico”: se as vítimas são muitas, competência da Justiça Federal; se são poucas, competência da Justiça Estadual.

Ainda, conclui que a divergência entre as opiniões localiza-se na vinculação à “realidade existencial do conjunto”, como se devessem ser preservados apenas os direitos e interesses do conjunto da coletividade, com esquecimento daqueles outros de natureza individual (como a vida). No mais, compartilha, sobretudo, com a percepção de que o inciso XI, do art. 109, Carta Magna, “operacionaliza” aquele complexo de direitos e interesses individuais e coletivos contidos na cláusula “direitos indígenas” e cujo veículo é a Justiça Federal.

Ademais, a competência será da Justiça Federal se a “causa” da disputa forem “direitos indígenas”. De outra forma, diante de qualquer processo, deve-se buscar a “causa” e ver se ali há “disputa sobre direitos indígenas”. Sendo positiva a resposta, a competência será da Justiça Federal, seja ela de natureza cível ou criminal.

#### 14. A SEARA DE RESPONSABILIDADE DOS INDÍGENAS

Nas palavras de Helder Girão Barreto, os índios foram tratados no ordenamento jurídico brasileiro como merecedores de um regime especial de proteção. No entanto, por um equívoco histórico, essa tutela foi confundida com “incapacidade”.

A legislação do início do século XIX, ainda nas palavras de Barreto, atribuía ao Juiz de Órfãos duas competências: a) tutelar o índio que se encontrassem em escravidão ou em servidão em decorrência de guerra e que tenha sido posteriormente posto em liberdade; b) proteger os bens de todo e qualquer índio, inclusive daqueles que sequer tivessem sido contactados (os tais “isolados”).

Assim, existiam dois sistemas tutelares distintos: um, destinado àqueles que tinham sido aprisionados e que posteriormente foram (re)postos em liberdade; outro dirigido à proteção dos bens de todos os índios, independente de sua condição. Tanto um quanto o outro eram justificáveis ante a histórica relação de conflito e denominação, na qual os índios foram vítimas de um “*processo quase sistemático*” de dizimação. E Barreto continua o raciocínio da seguinte forma:

[...] o mal entendido ou a má-fé confundiu esses dois regimes jurídicos em um só: o da “incapacidade”, de tal sorte que todos os índios passaram a ser tratados como “incapazes”. Mas, convém recordar: tal “incapacidade” somente persistia enquanto os índios “não se incorporarem à sociedade civilizada”. É este o suporte no qual se apoiou o Código Civil de 1916 (Lei 3.071) para qualificar os índios (ainda chamados de silvícolas) como incapazes relativamente a certos atos (art. 6º, III). Apenas em 1962, com o advento da Lei 4.121, foi acrescentado um parágrafo único àquele artigo com a seguinte disposição: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.” (BARRETO, 2009, p. 39).

Ainda segundo o autor, o Estatuto não foi feliz ao limitar o regime tutelar aos índios e às comunidades indígenas “ainda não integrados” (art. 7º). *A contrario sensu*, seria como se o referido diploma estivesse dizendo que o regime tutelar cessará a partir do momento em que houver “integração”. Restando a conclusão de que o índio somente vem sendo considerado índio e protegido enquanto não for “integrado”; depois de “integrado” perderá sua própria identidade e a proteção da qual é merecedor.

O Código Civil vigente (Lei 10.406), em boa técnica, não trata mais os índios como incapazes. Em seu artigo 4º, ao trazer o conteúdo de que cabe à legislação



especial regular sua capacidade, não seria essa, tão somente, uma técnica legislativa mas, nas palavras de Barreto, técnica substantiva que estaria de acordo com os “novos” parâmetros irradiados a partir da Constituição da República de 1988.

Barreto coloca-se de acordo com Carlos Frederico Marés:

A verdade é que a questão indígena, desde o descobrimento, tem-se pautado pela ideologia da assimilação e integração dos povos indígenas. (...) Esta concepção [da CF/1988] é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 05.10.1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio.

No que se refere especificamente à responsabilidade civil, a questão é passível de muitos questionamentos, vez que não há, ainda, entendimento consolidado a respeito dessa seara de responsabilidade.

Alguns julgados tem transparecido a ideia de que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI ainda tutela a pessoa do índio e, portanto, estaria a responsabilidade fundamentada nos termos dos arts. 7º do Estatuto do Índio combinado com os arts. 932 e 933 do Código Civil, in verbis:

Lei nº 6.001/1973

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Código Civil

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Partindo dessa fundamentação, temos os seguintes julgados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ENFERMEIRO MORTO POR ÍNDIO NA RESERVA INDÍGENA YANOMAMI. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FUNAI. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A FUNAI, como fundação pública, é entidade da administração indireta que detém personalidade jurídica própria e, se condenada, arcará com a indenização respectiva sem que haja interferência da União. 2. A Funai responde civilmente pelos danos causados por índios a terceiro, vítima de homicídio, vez que compete a ela a tutela e a proteção das comunidades indígenas (art. 231, CF/88 e Lei 5.371/67), sendo responsável pelos danos decorrentes de sua omissão na tutela respectiva. Ilegitimidade passiva da União Federal. (...)7. Apelação da União provida para reconhecer sua ilegitimidade passiva. 8. Apelação da parte autora parcialmente provida para majorar a indenização. 9. Remessa oficial parcialmente provida.(AC 0000982-20.2004.4.01.4200 / RR, Rel. JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.513 de 11/09/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO CAUSADO POR INDÍGENA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA FUNAI. PERDA DE MOVIMENTO DOS MEMBROS INFERIOS (PARAPLEGIA). REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LESÃO CORPORAL CAUSADA POR ÍNDIOS SURUÍ SORORÓS SEM SEQUELA PERMANENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNAI. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. 1. Não se reconhece a ilegitimidade passiva da FUNAI, uma vez que segundo estudos acadêmicos os índios Suruí Sororós não integram a comunhão nacional, cabendo à FUNAI responder por alegados danos causados por eles a terceiros. Precedente: AC 2006.36.00.017284-6/MT, Relator Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.314 de 31/07/2008. 2. Está estabelecido o

nexo de causalidade entre a ação dos silvícolas e os danos extrapatrimoniais causados aos autores - de modo que caracterizada a responsabilidade civil da FUNAI por omissão na tutela da comunidade indígena.(...)7. Dá-se parcial provimento aos recursos de apelação.(AC 0001081-48.2003.4.01.3901 / PA, Rel. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.247 de 01/12/2011)

Verifica-se, pelas colocações de Coelho Cavalcanti, que mesmo duas décadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tutela ainda provoca controvérsias, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, quando o tema já deveria estar pacificado.

Na esfera penal, o Decreto nº 5.484, de 27.06.1928, anterior ao Código Penal, já normatizava alguns aspectos da aplicação das penas aos índios que cometessem crimes. No Direito Penal, no entanto, nenhum dos códigos Penais brasileiros tratou, de forma específica e expressa, da responsabilidade penal do índio. Apenas a Consolidação das Leis Penais de 1932 continha dispositivos pertinentes à matéria.

Damásio de Jesus sustenta que o índio possui um desenvolvimento mental incompleto ou que ainda não se concluiu, motivo pelo qual ele é considerado *inimputável*. Acrescenta, no entanto, que a imputabilidade do silvícola inadaptado é discutível.

Ao abrir um parênteses para tratar do assunto, Helder Girão Barreto coloca que a capacidade penal e imputabilidade penal são coisas distintas: *“Aquela se refere a momento anterior ao crime. Esta, a imputabilidade, constitui momento contemporâneo ao delito”*, cumprindo olvidar, nos termos do artigo 26 do Código Penal, que o inimputável comete crime, mas é isento de pena.

O autor acrescenta ainda que a qualificação do índio como “inimputável”, na pressuposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, tem forte odor de discriminação. A inadaptação não significa ausência ou redução de entendimento de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa consciência que eles são “diferentes”.

O Estatuto do Índio possui ainda, como coloca Barreto, disposições bem similares no Código Penal: manda atenuar, e não isentar, a pena imposta ao índio que comete delito penal; impõe regime especial de semiliberdade no cumprimento da pena aplicada; reconhece a “jurisdição indígena”.

Atualmente, como coloca Villares, ao se deparar com casos envolvendo índios como réus em processos criminais, muitas decisões judiciais e obras doutrinárias procuram na inimputabilidade do deficiente mental a saída para a não

responsabilidade criminal. A inimizabilidade do índio em relação ao Direito Penal é fruto do histórico tratamento como criança e da ausência de possibilidades para que no caso concreto exista a possibilidade da não responsabilidade. Contudo, eventual inimizabilidade do índio não deve residir em uma suposição de inimizabilidade.

O autor continua dizendo que nem sempre os atos que para a sociedade não-índia configuram crimes são considerados condutas reprováveis pelas comunidades indígenas em que foram praticados. Se essas condutas afetam tão somente a comunidade, é o caso de submetê-los somente ao julgo do sistema jurídico da própria comunidade. Mas, havendo reflexos extracomunitários, as ações praticadas pelos indígenas podem ser processadas pela Justiça Criminal.

Não seria cabível a alegação solta de que o índio é inimizável, ou seja, de que ele não responde criminalmente por seus atos. Em nenhum momento, implícita ou explicitamente, o Código Penal atual faz qualquer referência ao índio como sujeito inimizável. A inimizabilidade se verifica por um critério exclusivamente normativo em relação aos menores de 18 (dezoito) anos de idade.

Ainda seguindo o raciocínio de Villares, a par da falta de medidas legislativas, o Direito Penal, ao ser deparar com um caso concreto que envolva o índio como réu, imputado a ele um fato criminoso, pode não responsabilizá-lo criminalmente. A sua inimizabilidade deve residir na verificação concreta da internalização dos valores tutelados pela norma penal supostamente desrespeitada e, mais, na verificação da intenção deliberada de ferir o valor protegido pela norma. Assim, é necessário que o índio tenha plena consciência do caráter ilícito de sua ação e que seja a reprovabilidade penal também a ele atinja, aliada a sua intenção deliberada de atentar contra a norma.

Assim, o erro de proibição, como conclui Villares, é o único instrumento previsto no direito Penal que afasta a responsabilidade do índio.

## 15. OUTROS TEMAS DE INTERESSE

### 15.1. DIREITO À INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO

Entende-se que o amplo acesso à informação é quesito imperioso para uma sociedade democrática e multicultural. Villares (2009, p. 88) aponta que *“a informação é um pressuposto para a escolha consciente e a participação democrática”*.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas prevê que os Estados devem assumir atos políticos, jurídicos e administrativos para que a informação seja acessível a todos os povos, indiscriminadamente.

No Brasil, a Constituição Federal dispõe no art. 5º, XXXIII, que *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*. Tal inciso indica a relevância da acessibilidade da informação na formação de uma sociedade democrática.

Nesse mesmo sentido, há também o *habeas data* que se refere a uma ação, disposta no inciso LXXII do artigo supracitado, que assegura o livre acesso de qualquer cidadão a informações de caráter público relativas a ele próprio.

Além do essencial direito à informação, há o direito à participação. Este sim oriundo de um princípio maior do ordenamento jurídico, a saber, o princípio democrático. O artigo 1º da Constituição Federal qualifica a democracia brasileira quando dispõe que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

A democracia participativa requer a intervenção direta do cidadão, com uma periodicidade constante no processo decisório do Estado e, portanto, não deve ser confundida com a democracia semidireta em que há previsão de institutos como o plebiscito, o referendo, o veto popular, o *recall*, implicando em intervenções episódicas e casuais. Entende-se que a decisão política não pode ser exclusiva dos representantes eleitos ou da burocracia estatal.

Constitucionalmente, a participação popular está prevista genericamente no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. Já o direito dos povos indígenas a participar das decisões está localizado no § 3º do art. 231 e, principalmente, no art. 232. O § 3º do art. 231 garante que os índios sejam ouvidos quando do aproveitamento dos recursos hídricos e minerais das terras indígenas. O art. 232 oferece aos indivíduos, comunidades e organizações indígenas a possibilidade de recorrer ao Judiciário na defesa de seus direitos e interesses.

Há ainda o Estatuto do Índio que prevê a participação dos povos indígenas na elaboração e execução das políticas públicas direcionadas a eles. O art. 2º estabelece que cabe à União, aos Estados e aos Municípios a proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos, que deverão realizar essa competência através da execução de programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas. Esses programas e projetos devem ser executados *“sempre que possível mediante a colaboração dos índios.”* (inciso VII).

A Convenção 169 da OIT também traz previsões para os Estados, que devem *“desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”* (art. 2º). Esta Convenção é permeada de preceitos

que cuidam da participação e do respeito aos povos indígenas e parece ser esse seu principal mote.

Em relação ao Poder Judiciário, o acesso amplo à discussão de controvérsias em relação aos problemas e direitos indígenas no âmbito do Poder Judiciário é possibilitado pela legislação constitucional e pela legislação sobre ações coletivas. Os três principais diplomas processuais que cuidam das ações coletivas formam o arcabouço de proteção e defesa dos interesses difusos e coletivos, quais sejam, a Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.06.1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.07.1985) e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990).

Ainda há a realização da Conferência Nacional dos Povos Indígenas e a criação da Comissão Nacional de Política Indigenista - CNPI, pelo Decreto s/n. de 22.03.2006, que são consideradas as duas maiores conquistas e possibilidades de participação dos índios. Conforme aponta Villares (2009, p.93),

a Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI é instituição provisória com as seguintes atribuições: (1) elaborar anteprojeto de lei para criação do Conselho Nacional de Política Indigenista, que deverá integrar a estrutura do Ministério da Justiça; (2) acompanhar e colaborar na organização e realização da 1ª Conferência Nacional de Política Indigenista; (3) propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional indigenista, bem como estratégias de acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações desenvolvidas pelos órgãos da administração pública federal, relacionadas com a área indigenista; (4) apoiar e articular os diferentes órgãos e estruturas responsáveis pela execução das ações dirigidas à populações indígenas, acompanhando a execução orçamentária dessas ações no âmbito do Plano Plurianual (...); (5) propor a atualização da legislação e acompanhar a tramitação de proposições e demais atividades parlamentares relacionadas com a política indigenista; (6) incentivar a participação dos povos indígenas na formulação e execução da política indigenista do Governo Federal; e (7) apoiar a capacitação técnica dos executores da política indigenista.

## **15.2. DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Cada vez mais, verifica-se um intercâmbio cultural entre sociedades indígenas e não indígenas do qual decorre uma flagrante apropriação da cultura daquelas pelo restante da sociedade nacional. Surge, então, a necessidade de proteger a



propriedade intelectual indígena, visto que se trata de uma criação *“fruto do amadurecimento de gerações e de vivências únicas, que traz consigo um vínculo muito mais forte que a mera possibilidade de lucro, pois nasce em espaço onde existem valores maiores que os do mercado capitalista.”* (VILLARES, 2009, p. 321)

As criações estéticas, a imagem, as obras de arte, os utensílios e as técnicas são parte do patrimônio cultural dos povos indígenas. Contudo, o direito não proporciona uma proteção satisfatória para que tal patrimônio seja preservado de forma que assegure que a cultura indígena possa conservar suas características e enfrentar as novas realidades colocadas pelo contato com a cultura massificada da sociedade nacional.

A análise jurídica da Propriedade Intelectual geralmente é dividida entre direitos de propriedade industrial e direitos autorais. Dos primeiros, regulamentados pela Lei 9.279 de 14.05.1996, não há muito o que se relatar, visto que se trata de um amparo demasiadamente diferente da realidade dos povos indígenas. Já os estudos de direitos autorais merecem tratamento mais detalhado.

Conforme pontua Villares (2009, p.324), *“direito autoral é direito do criador sobre sua obra estética ou artística”*. A Lei nº 9.610, de 19.02.1998, regulamenta os direitos autorais, permitindo que os autores tenham o direito de decidir sobre a utilização de suas respectivas criações e protegê-las contra abusos de terceiros. Tal direito tem dois aspectos: moral e patrimonial. O direito moral assegura que o autor seja sempre reconhecido como criador de sua obra, enquanto que o direito patrimonial confere ao autor a exclusividade da sua exploração econômica. Este último, como regra geral, extingue-se após setenta anos da morte do autor como direito sucessório.

A obra artística indígena pode ser uma criação individual ou conjunta de um grupo definido de pessoas e, sendo assim, será protegida tal como disposto acima. Contudo, há uma peculiaridade na criação artística indígena. Trata-se de uma criação coletiva, fruto de um processo geracional e que envolve um número indeterminado de pessoas, fazendo parte de uma manifestação complexa.

A proteção dessas criações coletivas não é adequadamente tratada pelo ordenamento jurídico. Como as criações indígenas advêm da comunidade como um todo e, muitas vezes, perpassa gerações, é importante que essas sejam protegidas em seu aspecto patrimonial sem um limite temporal.

(...) a comunidade titular dos direitos coletivos deve ter seus direitos autorais protegidos enquanto a criação e o criador existirem. A comunidade não pode ser morta, sendo que a cultura e a obra protegida só tem sua existência enquanto a comunidade for viva.



Destarte, as obras artísticas indígenas de autoria coletiva não caem em domínio público, garantindo assim o direito da coletividade, independentemente de período de tempo.

### **15.2.1. Direitos de Imagem e a Portaria FUNAI nº 177/2006**

A imagem de uma pessoa, pelas colocações de Villares (2009, p. 327), é algo maior que a imagem física do corpo, sendo a forma como a pessoa é identificada pelos demais indivíduos. Inclui atributos físicos, morais, comportamentais e sociais, ou seja, é o complexo de atributos físicos e morais que identifica uma pessoa em relação aos seus semelhantes.

Assim, o direito à imagem é a liberdade da pessoa de dispor e ver preservada sua imagem de exposição por terceiros. Trata-se de um direito personalíssimo (conforme o artigo 5º da Portaria FUNAI nº 177, de 16.02.2006), o autor explica, exclusivo, que não pode ser transferido ou cedido a terceiro, embora possa ser licenciado e/ou autorizado mediante condições específicas, devendo o titular decidir sobre o uso de sua imagem para exploração comercial. Nesse sentido, o artigo 20 do Código Civil apresenta o seguinte conteúdo:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Um conceito ainda não positivado pela legislação é proposto por Fernando Mathias Baptista e Raul Silva Telles Valle, e tem o nome de imagem cultural, aquela que representa hábitos culturais de determinado grupo, etnia ou povo. Villares traz como exemplo a foto de pessoas que representam um ritual característico de uma determinada cultura. A titularidade desse direito de imagem é coletiva, porque a imagem baseia-se em elementos culturais coletivos. Contudo, ainda resta a obrigação de preservar o direito individual personalíssimo, como em qualquer uso de imagem de pessoas.

A imagem não é absoluta. Villares coloca que, de uma forma geral, o uso da imagem depende de autorização do seu titular, sendo possível sua negociação, inclusive onerosa, sobre os requisitos da sua utilização (2009, p. 328):

Existe uma gama de possibilidades de veiculação e exploração da imagem indígena, podendo ser diferenciada segundo sua finalidade última. A imagem pode ser usada para informação, como meio de difusão cultural e para

finalidades comerciais. Quando uma imagem retrata um fato jornalístico, ilustra uma notícia ou publicação informativa, seu uso é livre (não requer sequer autorização dos retratados) e gratuito. Assim estabelece o direito constitucional à informação e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67). A necessidade de informação, direito de caráter público e geral numa democracia, sobrepõe-se à proteção individual da imagem. A imagem captada em local público e que retrata uma coletividade não necessita de autorização individual dos retratados para ser veiculada, desde que esteja dentro dos limites do caráter de notícia. Essa liberdade de informação também é limitada pela intimidade, a honra e a privacidade do fotografado, que devem ser sempre respeitados. São proteções contra a exposição vexatória, imoral ou de crianças e adolescentes, por exemplo. Além das publicações jornalísticas, as imagens podem ser utilizadas sem autorização em publicações didáticas e em livros de cunho histórico ou científico.

Villares continua fazendo ponderações no sentido de que a difusão e promoção cultural, aquela que tem finalidade de informar a população sobre a cultura de determinada coletividade, quando sem fins lucrativos, autoriza o uso da imagem sem autorização. Geralmente, atividades de difusão cultural não são oneradas pelo uso de imagens indígenas, numa forma de não mercantilizar uma relação que colabora com os próprios povos indígenas, trazendo benefícios diretos ou indiretos, tais como o reconhecimento de seus direitos e o apoio a suas lutas, atividades tradicionais e projetos comunitários. Recomenda-se para uma segurança jurídica e um resguardo de patrimônios relevantes que seja obtida autorização, independente da exigência legal.

Em último caso, como coloca o autor, o uso de imagem com a finalidade lucrativa deve ser autorizado expressamente, seja individual ou coletivamente, através das instituições indígenas representativas. Para tanto exige-se uma repartição justa e equitativa dos benefícios auferidos pelo utilizador. O detento da imagem a cede mediante condições específicas contratualmente, sejam elas de cunho restritivo ou de caráter pecuniário.

No tocante aos pedidos de autorização, a mencionada Portaria traz a seguinte redação:

Art. 12 - Os pedidos de autorização de entrada em terra indígena para a realização de atividades de uso e exploração de imagens, sons, grafismos, criações e obras indígenas, bem como os pedidos de acompanhamento pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI das referidas

atividades, serão endereçados ao Presidente da Fundação Nacional do Índio - FUNAI devendo ser instruídos com:

- a) qualificação dos interessados;
- b) plano de trabalho com a descrição das atividades a serem desenvolvidas;
- c) identificação da terra indígena em que se pretende ingressar;
- d) datas de início e término das atividades;
- e) detalhamento da finalidade e usos dos materiais de autoria indígena;
- f) certidão negativa de pendências com a Fundação Nacional do Índio - FUNAI;
- g) previsão de mecanismos de redução de impactos que resultem prejudiciais aos índios e sua coletividade; e
- h) contrato de cessão de direitos ou de autorização parcial de uso de imagens, sons, grafismos e outras obras e criações indígenas, firmado em língua portuguesa ou indígena, entre os titulares do direito e interessados, de acordo com a Legislação em vigor e com previsão de reparação de danos;
- i) ou termo de compromisso firmado entre a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e a empresa jornalística, no caso de autorização de atividade jornalística e prestação de serviços de informação, com anuência da comunidade.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI editou a Portaria nº 177/2006 com a finalidade de regulamentação dos procedimentos administrativos para proteção do direito autoral e de imagem, legislação esta fundada no poder de polícia e administrativo e nas funções institucionais estabelecidas legalmente.

Essa norma tem caráter procedimental para regular de que forma a Fundação deve se colocar frente à apropriação da propriedade intelectual e da imagem dos povos indígenas. É permeada pelo respeito aos valores artísticos e meios de expressão e proteção da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, reconhecendo a capacidade plena, autodeterminação e liberdade dos povos indígenas:

A Portaria poderá ser um passo para uma futura legislação sui generis sobre a proteção da cultura indígena, escapando da legislação de propriedade intelectual e complementando a escassa regulamentação pátria a respeito do direito de imagem (2009, p. 329).

No caso específico, continuando, o uso e cessão de imagens, e criações estéticas como grafismos e sons indígenas, a FUNAI organiza os procedimentos de autorização de atividades que envolvam seu uso e exploração; controla

através de cadastro de pesquisadores em área indígena junto ao CNPq; e atua em parceria com o Museu do Índio no registro do patrimônio cultural indígena, inclusive com um banco de imagens próprio, estritamente para pesquisa e divulgação cultural sem fins lucrativos.

Nos termos da referida portaria, a FUNAI também pode, quando chamada para tanto, acompanhar a celebração de contratos de uso de imagens, sons e outras criações indígenas, interferindo em prol dos interesses indígenas e do Patrimônio cultural brasileiro nos contratos que são evidentemente desvantajosos aos índios. O órgão tem, também, mediado conflitos e encaminhado às instâncias competentes de defesa processual as violações aos direitos indígenas.

### 15.3. SAÚDE INDÍGENA

A saúde é um direito fundamental do ser humano. O estado da saúde reflete os avanços sociais e econômicos de uma determinada sociedade. Villares (2009, p. 276), a esse respeito, aponta que *“ao lado da proteção das terras tradicionais, o serviço de saúde é a política pública mais importante de proteção dos povos indígenas”*.

O serviço de saúde é fundamental para os povos indígenas, vez que são frequentemente acometidos por inúmeras doenças e defrontam com dificuldades no atendimento e socorro.

Como regra geral, a assistência à saúde é responsabilidade da União, Estado, Municípios e da sociedade (Art. 196, CF/88). O sistema de saúde continua sendo organizado em bases descritas pela Lei 8.080, de 19.09.1990, instituidora do Sistema Único de Saúde – SUS. Contudo, o Decreto 3.156/99 previu que a atenção à saúde indígena é dever da União, podendo as ações ser desenvolvidas também por Estados e Municípios. Dias após a publicação do Decreto citado, o Congresso Nacional aprova a Lei 9.836/99, que acrescenta os dispositivos que instituem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena à Lei 8.080/90.

O artigo 19-F desta Lei estabelece que deverá ser levado em consideração no modelo a ser adotado para a saúde indígena a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas. O modelo imaginado legalmente deve-se pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando não apenas os serviços médico-hospitalares, mas a assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Contudo, Villares (2009, p. 88) aponta que *“há um descompasso visível entre a normatização, que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política”*. Isto se dá devido às indicações políticas, à terceirização do serviço público, à falta de experiência das organizações não-governamentais associadas à Funasa, além dos atrasos nos repasses entre essa e suas conveniadas.

### 15.3.1. Medicina Tradicional

A medicina tradicional se apoia em um conjunto de aplicações e práticas culturais dos povos indígenas, orientado para obtenção e preservação da saúde. Trata-se de um conjunto de regras, modelos rituais, expressões históricas e ideologias de um grupo social.

Importante frisar que a medicina tradicional cada vez mais tem se tornado objeto de políticas públicas nacionais ou internacionais, especialmente na área da saúde. Nesse sentido, o Brasil, nos últimos anos, tem formulado e implementado políticas valorizando e incentivando o investimento nessa área. A medicina tradicional inclui

“terapias físicas, mentais e espirituais, influenciadas pela cultura e crenças dominantes de uma comunidade particular. (Isso envolve) o uso de certos materiais biológicos, conhecimento sobre as doses e formas de administração e os rituais que os curadores aplicam como parte de seus métodos de cura tradicionais” (CORREA *apud* ZIBETTI, 2007, p. 132)

O Brasil tem adotado políticas incentivando o uso da medicina tradicional no sistema de saúde pública, de forma integrada às técnicas da medicina ocidental, enfatizando principalmente a acupuntura, a homeopatia, a crenoterapia e a fitoterapia, tal como a iniciativa promovida pela Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares juntamente com a Política Nacional da Biodiversidade, de 2002 (Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002), que são complementadas com a Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos, de 2006. Esta foi elaborada com o objetivo de garantir à população brasileira o acesso seguro e o uso racional de plantas medicinais e fitoterápicos, promovendo o uso sustentável da biodiversidade, o desenvolvimento da cadeia produtiva e da indústria nacional, especialmente a indústria farmacêutica.

Nesse contexto, tem-se que a proteção dos fármacos e medicamentos por meio de direitos de propriedade intelectual, juntamente com o conhecimento tradicional com o qual eles podem estar relacionados, torna-se um tema relevante a ser analisado, visto não é adequadamente tratado pelo ordenamento jurídico, como discutido na seção sobre Propriedade Intelectual.

#### 15.4. EDUCAÇÃO INDÍGENA

Os povos indígenas são multiplicadores de seu patrimônio imaterial, porém a Constituição Federal, ao contrário do estatuto do índio, prevê que a educação indígena seja de competência do Estado (União, Estados e Municípios), não deixando de prever uma educação diferenciada, multilíngue e participativa.

Nos termos do 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”.

O sistema de educação oferecido aos indígenas é baseado na Lei nº 9.394/1996 e tem como principais objetivos: garantir acesso às informações técnicas e científicas, assegurar suas memórias históricas e reafirmar suas identidades étnicas, além de prover materiais didáticos específicos.

A tentativa de federalização da educação indígena veio por meio do Decreto 26/91 e a Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e da Educação 559/91. Em 1993 foi produzido um documento com “Diretrizes para a Política Nacional de Educação Indígena do MEC”.

A Resolução CNE/CEB 003/99 fixa as diretrizes para funcionamento das escolas indígenas baseada na multiculturalidade. Os cargos de professores foram previstos por meio de concurso público e os professores indígenas possuem carreira específica no magistério.

Toda a legislação referente à educação indígena possui em seu conteúdo a preservação da cultura e a participação dos povos indígenas na política e educação, porém, alguns autores discutem que na prática isso não acontece. Segundo Carlos Frederico Marés:

a educação estatal está concebida como um reprodutor monocultural, o que causa problemas não só aos indígenas, mas também aos negros, às comunidades negras e mesmo às rurais, que recebem uma educação “universal” urbana, havendo em relação aos índios o acréscimo da língua. O multiculturalismo aplicado não raro se traduz em um conteúdo universal expresso em línguas diferentes, o que também é uma imposição, talvez até mais eficiente que o colonialismo. (MARÉS *apud* VILLARES, 2009, p. 274)

Além disso, discute-se sobre a qualidade da educação oferecida em função da má qualificação dos professores, da falta de treinamentos específicos para os professores indígenas.

De todo modo, nos termos da lei supracitada, nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

O conteúdo programático a que se refere o parágrafo anterior incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.