

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discutir o direito de consulta dos povos indígenas principalmente quando envolver a exploração de recursos minerais em seus territórios, fato que demanda ainda muitas discussões, considerando que desde a promulgação da Constituição Federal de 88 a atividade de mineração em terras indígenas depende, além da aprovação do Congresso Nacional, da oitiva dos indígenas.

Desde sua edição está pendente a regulamentação das condições de como essa exploração poderá ocorrer, pois até o momento não há legislação regulamentando a temática. As tentativas de se legalizar as possibilidades de mineração em terras indígenas (como trata a Constituição de 88) ainda não saíram das casas do Congresso, trazendo problemas de difícil resolução para os indígenas, tais como o garimpo ilegal, a impossibilidade do processamento de pedidos no interior de terras indígenas e mesmo a invisibilidade dos danos ambientais causados por práticas de exploração ilegal de minérios nesses territórios tradicionais.

Este artigo objetiva discutir o estado da arte do direito de consulta dos povos indígenas para a exploração de recursos minerais em seus territórios.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizaremos o método dedutivo, e a pesquisa documental e bibliográfica, como procedimentos metodológicos. No primeiro momento analisamos os aspectos legais da territorialidade indígena, para em seguida apresentar a evolução do protagonismo indígena no processo decisório, tendo como bases de análises a legislação internacional e nacional. Por fim, analisamos as disposições sobre a consulta prévia de povos indígenas em projetos de mineração, segundo as normas nacionais e internacionais.

2. TERRITORIALIDADE INDÍGENA E SUA PROTEÇÃO JURIDICA

Curi (2007) enfatiza que historicamente a questão indígena centrava-se na figura do índio, e tudo que se fazia referenciar (escravidão, genocídio, força de trabalho). Contudo, temos uma mudança estrutural na discussão envolvendo os indígenas: o que se busca hoje é discutir a possibilidade de uso de suas terras para fins econômicos de exploração dos recursos naturais presentes nestas áreas. Assim, os graves problemas enfrentados pelos povos indígenas circulam pelo uso sem sua oitiva,

invasão e perda de suas terras para hidrelétricas, plantações de soja, projetos de mineração, além das situações que sempre os indígenas enfrentaram, a sua invisibilidade perante o estado brasileiro quando do planejamento de programas e projetos oficiais de infraestrutura, saúde e educação.

O direito ao território representa a convergência dos interesses entre todos os povos indígenas, ante toda a importância que tem para a sua ancestralidade, sobre o assunto o documento feito pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe - CEPAL (2015, p.19) apresenta:

[a] delimitação da jurisdição territorial tem sido um eixo central nas experiências da autonomia indígena na região. A relação dos povos indígenas com suas terras, territórios e recursos naturais constitui um elemento essencial do direito à livre determinação; para estes é fonte de identidade cultural, conhecimentos e espiritualidade e se relaciona estreitamente com sua sobrevivência.

Compreender a propriedade coletiva ou comunal dos povos indígenas requer um esforço de superação da visão exclusivista da propriedade, pois que não cabe pensar em delimitação geográfica (tão necessária à propriedade privada), mas pensar a partir da importância ancestral/cultural daquela terra para aquele povo, não é um ato discricionário estatal, mais uma obrigação a este em delimitar, demarcar e formalizar seu reconhecimento (SCHETTINI, 2012). Assim é um direito que se sobrepõe à vontade de reconhecer por parte do Estado, mas que dependente deste para fazer frente às possibilidades de perda de partes desse território.

A terra e tudo o que nela está contido representa fundamentalmente a multiculturalidade dos povos indígenas, é uma questão de sobrevivência, é o saber, a tradição, o conhecimento garantido às próximas gerações, considerando fundamentalmente seu patrimônio cultural e ambiental construídos por seus antepassados.

Assim, a adoção do termo terra induz a uma singularidade que não cabe na importância que esta representa para os povos indígenas; seguindo essa afirmativa que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) elege três pilares que fundamentam a territorialidade: i) são sujeitos de direitos, sendo assim são titulares desses direitos diferenciados para o grupo a que pertencem; ii) direito à livre determinação; iii) capacidade e legitimidade de desenvolver um direito próprio. Somando esses três fundamentos então, “o território é toda a dimensão espacial da livre determinação de um povo” (VERDUM, 2011).

Os territórios são cheios de significados culturais e étnicos, pois “para as populações tradicionais identidade e território constituem um binômio indissolúvel” (TRECCANI, 2014). Nesse contexto, o território seria uma defesa da sua ancestralidade, cabendo principalmente ao Estado o respeito a esse direito já garantido em documentos jurídicos. Segundo Souza Filho (2006, p.120) “um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo”.

Antes mesmo da ratificação da Convenção 169 e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas pelo Brasil, a Constituição de 1988 previu o direito de consulta, o direito ao território, reconhecendo-o como originário, consuetudinário, trazendo consigo derivações deste direito, os recursos naturais presentes, o seu uso exclusivo da terra deve ser realizado “segundo seus usos, costumes e tradição” (art. 231). As terras tradicionalmente ocupadas são necessárias para a “reprodução física e cultural como elementos para a definição das Terras Indígenas”. Nesse sentido aduz Souza Filho (2006) que todas as categorias previstas no Estatuto do Índio (Lei 6001/73) também devem ser protegidas, demarcadas, destinadas ao uso e posse direta dos indígenas, com a garantia de caça, pesca e extração de frutos a eles.

Importante destacar que a limitação destas terras é pensada a partir do que os indígenas consideram como necessárias à manutenção de seus costumes e tradições, atividades produtivas, recursos ambientais, e não apenas aquelas onde habitam, reproduzindo a consideração de território, e este é o caráter trazido pela Constituição de 88, onde amplia a visão sobre “terra indígena” prevista no Estatuto do Índio (SOUZA FILHO, 2006).

Seguindo esta linha, Villas-Bôas (2005) enfatiza ainda que a terra para os indígenas representa além da visão capitalista, que pode ser alienada, transferida segundo as leis do mercado, contudo, o tratamento dado pelo nosso direito segue exatamente essa visão trazida pelo código civil, pensado na perspectiva individual, de defesa desses interesses. Ainda, “a terra é para os povos indígenas, fonte e mãe da vida. O espaço vital a garantia de sua existência e reprodução ou reconstituição enquanto povos, ou seja, como coletividades específicas diferenciadas” (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73). Assim, a terra é também um organismo vivo, que carrega consigo as lembranças que justificam a sua própria existência, por carregar as características que lhe dão significado enquanto membro daquela sociedade, a perda da terra pode significar a sua morte.

A Convenção 169, em seu art. 13, explicita que apesar do uso do termo “terra”, esta deve ser compreendida dentro do significado de “território”, abrangendo assim “a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”. Já o art. 26 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não diferencia terra de território, usando sempre os dois termos, mas enfatizando que tais seriam espaços ocupados tradicionalmente, incluindo seus recursos, tomando posição de dar significado de território à terra, ou seja, considerando que terras indígenas seriam os espaços de convivência e vivência, de garantia de sua ancestralidade.

No mesmo sentido é a redação do art. 3º do Decreto nº 6040/2007, que adota o termo território de pronto ao defini-lo como “espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidade tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária”.

Ante ao exposto se faz necessário que direito brasileiro garanta o direito dos indígenas sobre um território e não apenas de uma terra. Por essa razão, todo território indígena necessita ser definido, demarcado, delimitando-se fisicamente até onde vai o exercício da sua ancestralidade, de forma que garanta o pleno exercício de suas tradições, usos e costumes.

Portanto, mesmo que a documentação oficial ainda utilize a expressão terra indígena, o que lhes é deve ser garantido neste espaço, o livre exercício de suas tradições, usos e costumes, reconhecendo-se assim sua íntima relação com a terra, águas e demais recursos naturais que possam fazer uso. Se faz necessário, assim, entender o uso dos termos terra e território como sinônimos, da mesma forma que dispõe Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. São termos indistintos e nenhum deve ser usado a fim de diminuir ou retirar o livre exercício dos direitos dos indígenas sobre seus espaços, pois que além da grande representação que têm para a sua existência enquanto povo indígena, são também espaços importantes para a preservação do meio ambiente natural e cultural.

É importante ressaltar que a atual concepção de territorialidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não é apenas decorrente da gradativa ampliação dos compromissos do Estado brasileiro no âmbito internacional sobre a temática. Ela advém da luta histórica dos povos indígenas nacionais para garantir seus direitos fundamentais. Machado (2007, p.2) afirma que “em 1988, os líderes indígenas, o movimento indígena, conseguem inserção dos artigos 231 e 232 no corpo da Constituição de 88, com o título

dos índios. Foi uma conquista política de suma importância para os povos indígenas e a partir de então, o embate se intensificou”.

Porém, este reconhecimento tem limitações e não estabelece o controle absoluto sobre esse território aos povos indígenas. Segundo Aylwin (2014) há brechas de implementação porque a propriedade desse território é da União, assim como os recursos minerais, cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos e potenciais de energia hidráulica, cabendo ainda à União demarcá-lo, protegê-lo (art. 20, VIII, IX, X e XI). A questão da dominialidade, na prática, limita a autodeterminação indígena, sendo seus efeitos de difícil compreensão em relação à operacionalização da autonomia indígena no país.

3. EVOLUÇÃO DO PROTAGONISMO INDIGENA SOBRE O USO DO SEU TERRITÓRIO NO DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL

Segundo Burger (2014, p.205) “os povos indígenas encontram-se entre as populações mais vulneráveis, desfavorecidas e marginalizadas do mundo”. A História brasileira bem retrata a situação de opressão desses povos, marcada pelo extermínio e invisibilidade de indígenas no Brasil. No entanto, entre os anos de 1960 e 1970 iniciam um processo de organização e de reação ao modelo de exploração colonial, que a partir dos anos de 1980, permite que os povos indígenas habitantes na região Amazônica denunciasses junto às Nações Unidas a expropriação que passavam (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2014; BURGER, 2014).

Decerto que esse movimento não ocorre apenas aqui; como se fosse uma grande corrente, vai passando pelos estados latino-americanos, deixando marcas profundas onde a população indígena tem presença marcante, e mesmo onde essa população é um pouco menor, consegue alterar o *status* dos povos indígenas, passando a “atores políticos gravitantes na América Latina” (AYLWIN, 2014), em um claro posicionamento de quebra da representação romântica desses povos (OLIVEIRA, 2012).

Esta organização se deu nos estados latino-americanos de acordo com as características de cada povo indígena, mas, equânime no que diz respeito à luta pelos direitos individuais e coletivos. Assim “os povos indígenas foram posicionando seus direitos nas legislações e instituições dos Estados, em um processo difícil que continua no presente” (CEPAL, 2015, p.17) o que influenciou na previsão de direitos em suas

Cartas Constitucionais (BRASIL, 1988, GUATEMALA, 1985, NICARÁGUA, 1987, PERU, 1993, MÉXICO, 1992, BOLÍVIA, 1994, COLÔMBIA, 1991, EQUADOR, 1998) e em outras normas, objetivando garantir direitos que primeiramente os indígenas reconheciam como próprios, como o direito à autonomia, ao território e a sua cultura (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2014).

Apesar dos avanços feitos nas Cartas constitucionais dos países latino-americanos, ainda está longe a afirmação da efetividade de direitos básicos para os povos indígenas. Schetinni (2012, p.65) destaca a resiliência dos povos indígenas como resultado das batalhas históricas travadas contra o paradigma da modernidade hegemônica colonialista, que exclui “os indígenas das esferas social, política e econômica, submetendo-os à vulnerabilidade na qual se encontram atualmente”. Essa quebra de paradigma, capitaneada por eles, sempre é bom lembrar, fez por introduzir suas demandas junto aos organismos oficiais internacionais, como ONU, OEA, OIT, e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Segundo Burger (2014), esta introdução começou a gerar efeitos em 1971 quando a Subcomissão para Prevenção das Discriminações e Proteção das Minorias nomeou um de seus membros, Martínez Cobo, para que realizasse um estudo sobre a discriminação contra os povos indígenas e recomendar medidas de sua eliminação pelos estados nacionais. A partir dos resultados deste estudo, a ONU cria em 1982, o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI) que foi um importante canal de denúncias de casos onde os direitos humanos eram deliberadamente desrespeitados pelos estados, e assim, mais documentos internacionais são trabalhados, no sentido de suscitar mudanças nesse comportamento negativo.

Importante salientar que o reconhecimento formal não foi gratuito, não foi originário do pensar da classe política ou dos governos desses estados, mais sim fruto da luta capitaneada pelos povos indígenas, com o apoio de segmentos da igreja católica e de organizações da sociedade civil que trabalham em prol dos direitos humanos, assim é importante e interessante apresentar o contexto trazido por Beltrão e Oliveira (2014, p.251; 253):

quando as manifestações em favor dos direitos indígenas eram formuladas por intermédio de aliados dos movimentos indígenas, dada as condições políticas de exceção vividas pela América Latina, onde golpes militares derrubaram dirigentes legitimamente eleitos e instauraram regimes ditatoriais. [...] Os anos 70 e 80 do século passado, correspondem ao “império de manifestos e abaixo assinados e testemunhos, como forma de denunciar, protestar, e chamar a

atenção das autoridades internacionais, pois dentro dos diversos países nada se conseguia, especialmente no Cone Sul.

A partir da formalização forçosamente feita nas Constituições, os indígenas buscaram uma maior participação no campo político, como um caminho de ampliação da sua autonomia prevista nestas Constituições. Em alguns estados, os indígenas podem se candidatar a cargos eletivos, contudo, não têm força para aprovar leis que lhes tragam benefícios, restando o cumprimento formal da norma desconexo com a sua necessária eficácia, como no caso da Colômbia, Panamá e Guatemala, e em outros estados, não há o reconhecimento desse direito, como por exemplo na Argentina e Chile. Contudo, a em alguns estados a efetividade desse direito, como no caso da Bolívia, onde a maioria dos municípios conta com governos indígenas, em exceção à realidade da maioria dos estados latino-americanos (CEPAL, 2015).

Outro marco importante para os direitos humanos dos povos indígenas foi a Convenção 169, sobre Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho, que “trouxe um enorme impacto nas reformas constitucionais dos países da região desde 1987, tanto nas novas constituições como em emendas das já existentes” (CEPAL, 2015, p.18), importante também destacar a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI) reconhecendo “que os direitos dos povos indígenas constituem um aspecto fundamental e de importância histórica para o futuro das Américas” (DADPI, p. 3). Além destes documentos jurídicos, alguns órgãos foram criados a partir de tratados que emitiram recomendações sobre os povos indígenas, como o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comitê de Direitos Humanos e Comitê para Eliminação da Discriminação Racial (UNESCO, 2008).

A Convenção Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas assegura em seu art.25 o direito dos indígenas “a posse, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários”, reconhecendo a propriedade dos recursos presentes nestas terras/territórios, mais não aquela propriedade construída pelo direito civil, mais sim a propriedade tradicional, construída ao longo do exercício de seus costumes. Reafirma também o direito à consulta, contudo, por meio de suas instituições representativas, baseadas na boa-fé,” a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado”(art.23), no mesmo sentido a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Os direitos previstos nos documentos jurídicos internacionais estão encadeados e são dependentes, trazendo os povos indígenas para a justa condição de sujeitos de direitos comuns, coletivos, ao mesmo tempo em que se reconhecem seus direitos individuais. Apesar deste novo cenário de reconhecimentos e avanços formais, no campo prático as obscuridades e os conflitos permanecem sem perspectivas de mudanças estruturais, pois as políticas de desenvolvimento presentes de forma pesada nos países latino-americanos forçam para a manutenção do *status quo*. Exemplos dessas violações podem ser verificadas em várias denúncias feitas por povos indígenas e entidades da sociedade civil ligadas à causa destes junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como por exemplo, nos casos da Raposa Serra do Sol e Belo Monte.

Para fortalecer atos desse protagonismo, destacamos a participação dos povos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte brasileira, em 1987, cuja articulação por meio de entidades indígenas (União das Nações Indígenas-UNI, Conselho Indigenista Nacional-CIMI) e outras que apoiavam o reconhecimento de direitos específicos aos povos indígenas foram reconhecidos, segundo Fernandes (2015, p.151):

Durante a Assembleia Constituinte, os movimentos estavam representados pela União das Nações Indígenas (UNI) com aliados como a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP), O CIMI articularam-se para que os direitos dos povos indígenas fossem nova Constituição e apresentaram proposta de emenda popular, a PE-40, apresentada com a Associação Brasileira de Antropologia, a Coordenação Nacional dos Geólogos e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. O CIMI apresentou outra, a PE-39.

Apesar das vitórias formais conseguidas nas Cartas latino-americanas, especialmente no Brasil, a cidadania dos povos indígenas não foi efetivada, pois segundo Beltrão e Oliveira (2014) é uma cidadania limitada, pois as Constituições apresentam restrições ao reconhecimento integral de garantias importantes aos povos indígenas: pluralismo cultural, autonomia política e pluralismo jurídico. E ao realizarem o reconhecimento à cidadania, o fazem baseado no modelo colonialista, formal, onde os cidadãos obrigam-se a cumprir/respeitar as normas de comportamento definidas segundo o conceito de Estado, onde incluem-se as normas relativas à regimes pensados de acordo com uma lógica que não se enquadra à realidade dos povos indígenas.

4. PROJETOS DE MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS: CONSULTA E APROVAÇÃO SEGUNDO A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL

A ruptura das práticas ancestrais dos povos indígenas presentes em seus territórios representa uma ameaça à continuidade de sua existência (BURGER, 2014), assim é fundamental uma proteção mais eficiente por parte dos Estados, de forma que apresentem respostas que atendam às demandas dos povos indígenas, ante a marginalização, discriminação e contínuas violações aos direitos humanos.

O protagonismo dos povos indígenas foi a escada que fez os órgãos das Nações Unidas trabalharem documentos jurídicos de reconhecimento de seus direitos fundamentais. Alguns direitos, que ao longo dos séculos de exploração vivenciados por esses povos, seriam impensáveis, como o direito de participação na exploração de recursos naturais existentes em seus territórios e a consulta prévia a ser feita pelo estado e particulares antes da tomada de decisões que afetem diretamente a vida desses povos, passou a ser uma exigência. Sobre essa questão Courtis (2009, 64) comenta:

Um dos temas de maior transcendência no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas na região é o vinculado ao direito dos povos e das comunidades de serem consultados adequadamente antes que as autoridades públicas tomem decisões que podem afetá-los. Entre estas medidas estão, por exemplo, aquelas que envolvam a exploração de recursos naturais que se encontram em seus territórios, a realização de obras de infraestrutura que possam afetar esse território.

Antes mesmo da Convenção 169, a Constituição Brasileira de 1988 também reconhecia esse direito, contudo, delimitando o campo de atuação:

Art.231 [...]

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

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU também tratou deste tema fundamental, destacando a necessidade de que tais consultas sejam feitas de boa-fé, num processo contínuo de esclarecimento sobre os motivos desta consulta prévia. Nesse sentido, o cerne da questão é colocar à mesa os motivos da consulta, respeitando seu direito consuetudinário e sua vontade. Interessante apresentar o comentário de Burger (2014, p.216), sobre o art. 6º da Convenção:

À luz da sua Recomendação geral n°23 (1997), o CEDR¹, por exemplo, pediu aos Estados que estabelecessem mecanismos para implementar o direito à consulta de uma forma respeitadora com o consentimento prévio, livre e informado dos povos e das comunidades afetadas e garantir que estas consultas fossem desenvolvidas de forma sistemática e de boa-fé. (Grifo nosso)

A consulta não há que se confundir com aquela presente no licenciamento ambiental, pois a audiência pública é fase obrigatória deste procedimento administrativo, sem poder de embargo, de rejeição a empreendimentos/atividades de significativo impacto ambiental, aquela é precedente ao licenciamento ambiental, e deve seguir os parâmetros básicos trazidos pela Convenção 169 e Declaração (boa-fé, consentimento livre, prévio e informado, respeito à decisão), caso contrário estar-se-á a maquiar o objetivo principal da Convenção 169.

Em uma leitura apressada da legislação ambiental brasileira poderia até se pensar que a audiência pública cumpriria esse papel; contudo, o processo de oitiva previsto na Convenção é bem diferente do que previsto na audiência pública. Nessa última a oitiva é formal, onde as opiniões são pouco avaliadas, já que a maioria seria desprovida de caráter técnico que comprovasse o prejuízo, contudo, assevera Antunes (1996, p.180) que “a audiência pública não possui caráter decisório. É uma atividade de natureza consultiva. Ela é, entretanto, um ato oficial e que, nesta condição, deve ter os seus resultados levados em consideração”. Já a que objetiva a consulta prevista na Convenção 169 é que os povos indígenas possam de fato escolher a sua opção, exercer a sua autonomia, no que preferimos chamar de protagonismo, segundo Curi (2007, p. 232) “a consulta às comunidades indígenas afetadas, prevista pela Constituição, garante aos índios a possibilidade de concordarem ou não com o a realização de uma atividade minerária em suas terras”.

Para além da discussão sobre a natureza da consulta, alguns pontos operacionais poderiam ser melhor regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro, com potencial redução de conflitos sobre o tema. Alguns pontos sobre sua operacionalização não são claros, como por exemplo, a forma de consulta, se este processo é contínuo ou não, se ocorrerá na aldeia, e caso o empreendimento compreenda mais de uma aldeia e alguma não aceite, qual seria a resolução para este conflito, etc.

¹ Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial

Sobre o assunto é importante destacar as disposições constitucionais sobre o tema. O art. 231, § 3º da Constituição de 1988 determina 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.

Ao mesmo tempo, o art. 176 da mesma Constituição reconhece que a atividade de mineração deve ser exercida no interesse nacional e o art.5º, “F”, do Decreto-lei nº3365/41, recepcionado pela nova ordem constitucional, considera o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica como de interesse público.

A mineração possui como principal característica a higidez locacional, o que a faz se diferenciar das demais atividades econômicas, o que também desperta mais polêmicas, considerando que gera significativos impactos ambientais que podem ser significativos para os indígenas. Contudo, por ser considerada como uma atividade de interesse público e que deve ser executada em nome do interesse nacional, necessário se faz compatibilizar as duas disposições constitucionais.

Assim, em razão da essencialidade da proteção cultural dos povos indígenas e da manutenção de uma atividade econômica essencial ao desenvolvimento nacional, para o seu exercício, é obrigatória a regulamentação pelo Congresso Nacional e a oitiva da comunidade indígena a ser atingida. Assim, não há que se falar de prioridade pela mineração em detrimento da oitiva dos indígenas, sob pena de contrariar o disposto na Convenção 169, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Nesse contexto, a pressão feita pelos povos indígenas e suas lideranças tem surtido efeitos, mesmo que seus territórios não fiquem livres das pressões decorrentes de interesses contraditórios, como se pode observar na disputa pela regulamentação da mineração nas terras indígenas nos PL 1610/96 (antigo 121/95), 169/2016 (antigo 2057/91), além dos PL 1216/15 e 1218/07.

O PL Substitutivo 169/2016 traz uma proposta para a regulamentação da forma de consulta, assim como as condições para mineração em suas terras. Segundo o art.169 do PL em questão, a atividade só poderá ocorrer no interesse nacional e “verificada a necessidade do bem mineral para as necessidades do país”. Tal redação deixa uma porta entreaberta para o Poder Público impor a exploração mineral na área, pois a norma não

traz definição sobre quais minerais são necessários ao país e sob quais condições essa definição se dará em desfavor dos povos originários.

Vale destacar que, para além do debate sobre a natureza da oitiva dos povos indígenas em projetos de desenvolvimento econômico em seus territórios, a questão da mineração representa um problema adicional, no que se refere à dominialidade do recurso a ser explorado. O regime de dominialidade das terras indígenas e a separação entre a propriedade do solo e do subsolo para fins de exploração dos recursos minerais, além de confuso, torna a discussão especialmente controversa.

Se de um lado a Constituição de 1988 garante a posse dos territórios aos indígenas, e tudo o que nela possa conter em seu solo, a propriedade da área é formalmente da União, assim como as riquezas que estejam em seu subsolo. Por essa razão, uma interpretação é de que se nesses territórios existirem jazidas economicamente viáveis, elas não pertencerão aos indígenas, mais sim à União (art.47, VIII do Decreto-lei 227/67). Contudo, a própria Constituição, ao tratar da questão reconhece aos indígenas direitos na participação dos resultados da lavra, uma vez ouvidas as comunidades afetadas, equiparando-as a um proprietário superficiário (art. 231, § 3º).

Alguns pontos deste complexo regime precisam ser destacados: 1) segundo o Código de Mineração, apenas o proprietário tem direito à participação nos resultados da lavra, e como os indígenas não tem a propriedade, supostamente também não teriam direito, analisando apenas pelo viés da legislação infraconstitucional, 2) as terras indígenas estão sob domínio da União, contudo, para que a mineração possa ser autorizada nestas áreas, o Congresso Nacional é quem determinará, mediante prévia oitiva da população afetada, 3) cabe ao Executivo proceder à fiscalização e demais atos a fim de garantir que o jazimento possa começar.

Sobre essa controvérsia, Souza Filho (2006, p. 138) informa que

[a] separação de domínio entre solo e as riquezas do subsolo, o tratamento jurídico diferenciado entre os bens da terra e os bens sob a terra têm causado perplexidades em índios e incompreensão no Estado. Vários povos indígenas, como os Yanomamis, não chegam a entender como possam ser senhores da terra mas não do que está abaixo dela. [...] O sistema jurídico brasileiro de proteção e reconhecimento de direitos sobre terras indígenas conseguiu driblar e até se utilizar da complexa divergência entre posse e propriedade, mas esbarrou, enalhou, seria o termo, na separação entre bens do solo e riquezas do subsolo.

Assim, mesmo que a natureza da oitiva dos povos indígenas tenha ganhado corpo na legislação internacional, aspectos materiais e sua operacionalização e da dominialidade do recurso mineral fazem com que a temática seja objeto de amplos debates, com possíveis impactos sobre a autonomia dos povos indígenas sobre a exploração a ser realizada em seus territórios.

Por mais que a Constituição apresente artigos favoráveis à exploração mineral, nenhum deve ser entendido isoladamente e fora do contexto de proteção ao meio ambiente e aos direitos dos indígenas em permanecer na terra onde exercem seus usos e costumes e onde tem suas raízes e segurança enquanto povo.

CONCLUSÃO

O artigo objetivou discutir o direito de consulta dos povos indígenas para a exploração de recursos minerais em seus territórios. Conforme pudemos verificar ao longo do desenvolvimento, apesar do avanço decorrente da mobilização indígena nas últimas décadas, direito de consulta aos povos indígenas, que se encontra previsto no direito interno, em especial relacionados a projetos de mineração, ainda carece de regulamentação que respeite a complexidade da territorialidade desses povos.

As obscuridades existentes no texto constitucional e a falta de vontade política em enfrentar a questão parecem propositais e que ataçam o incremento de conflitos ambientais, territoriais, e principalmente a insegurança jurídica para os indígenas e para futuros investidores na área de mineração.

Ao mesmo tempo em que as normas internacionais e nacionais garantem o direito de consulta, os indígenas o ordenamento jurídico brasileiro não é claro ao definir a extensão dessa autonomia sobre os recursos naturais existentes em seus territórios, em especial quando se tratam de atividades com fins econômicos e não meramente atividades de subsistência.

Parece-nos frágil face à legislação internacional e nacional vigentes estabelecer de forma unilateral a prevalência da atividade de mineração sobre os direitos dos indígenas de serem ouvidos ou vice-versa. É, no mínimo, contestável o desenvolvimento econômico a qualquer custo, especialmente quando ele coloca em xeque a existência e a reprodução cultural de povos e comunidades indígenas.

Por essa razão as questões apontadas no desenvolvimento do presente artigo precisam ser bem definidas, dando maior clareza aos limites da atuação econômica do Estado nesses territórios. O cenário de fundo é o respeito aos povos indígenas, sem também colocar em risco a exploração de minerais de alto valor de mercado e que influenciam decisivamente na balança comercial do país. As indefinições trazem insegurança política, institucional e jurídica a todos.

As cartas postas à mesa precisam estar bem definidas, e é neste ponto que o Poder Público precisa tratar da normatização não apenas da consulta, mas de quando e como poderá ocorrer mineração nesses territórios, bem como, nos casos em que for permitida tal atividade, como ficará a participação nos lucros pela comunidade e como se dará a retomada dos territórios com o fim da exploração.

Atualmente há diversos projetos de lei em tramitação e o acirramento constante de conflitos no interior desses territórios por acesso a recursos minerais, sem o devido controle por parte do Poder Público. Portanto, não se trata de uma questão hipotética, mas real, que importa em graves violações de direitos humanos, muitas das vezes por uma reiterada omissão estatal em regular de forma definitiva o gerenciamento dessa questão.

5. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, povos & cidadanias indígenas: inscrições constitucionais e direitos étnicos na América Latina. In BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira (Corrds.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 220-250. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em janeiro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Acesso em janeiro de 2018.

_____. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em dezembro de 2017.

_____. Decreto nº6040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Indígenas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em fevereiro de 2018.

_____. Projeto de Lei n.2057/91. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em março de 2018.

_____. Projeto de Lei n.169/2016. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3385118&disposition=inline>. Acesso em março de 2018.

BURGER, Julian. A proteção dos povos indígenas no sistema internacional. In BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira (Corrds.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 220-250. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em dezembro de 2017.

COELHO, Elisabeth Maria Beserra Coelho. **Territórios em confronto: a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão**. São Paulo: Editora Hucitec, 2002.

COURTIS, Christian. **Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por Tribunais da América Latina**. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n.10, ju.2009, p.53-81. Disponível em www.scielo.br/sur. Acesso em janeiro de 2018.

CURI, Melissa Volpato. **Aspectos legais da mineração em terras indígenas**. Disponível em http://funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v4_n2. Acesso em março de 2018.

FERNANDES, Pádua. **Povos indígenas, segurança nacional e Assembléia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988**. *Revista InSurgencia*, Brasília, ano 1, Vol. 1, n. 2, 2015. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/20047/14237>. Acesso em março de 2017.

MACHADO, Almires. **Direito indígena conquista dos povos indígenas. In Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas: desafios para uma educação superior**. Belém: LACED, 2007.

NAÇÕES UNIDAS, 2014. **Os povos indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Disponível em <http://www.cepal.org>. Acesso em dezembro de 2017.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes** [Convenção 169]. 27. jun. 1989. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/513>. Acesso em dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada em jun. 2016. Disponível em http://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em abril de 2018.

OLIVEIRA, João Pacheco. Terras indígenas. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/LACED/ABA, 2012, p.369-374.

SCHETTINI, Andrea. **Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: Uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In Revista Internacional de Direitos Humanos, ed. V.9, n.17, jan/2012. Disponível em www.conectas.org/pt/acoes/sur/colaboracao. Acesso em dezembro de 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2006. 1ed., 5ª. tiragem.

TRECCANI, Girolamo. **Populações tradicionais e atividade minerária.** 2º Debate sobre Mineração: Mineração, áreas especialmente protegidas e populações tradicionais. Disponível em http://www4.pucsp.br/direito-minerario/downloads/eventos_materiais/2-debate-sobre-mineracao-belem/apresentacoes/mineracao-e-populacoes-tradicionais.pdf. Acesso em fevereiro de 2018.

_____. Populações tradicionais e mineração. In DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Orgs). **Direito e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2014.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu.** São Paulo: Boitempo, 2007.

VERDUM, Ricardo. Terras, territórios e a livre determinação territorial indígena. SAUER, Sérgio (Orgs) [et al]. **Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2011.

VILLAS-BÔAS, Hariessa Cristina. Mineração em terras indígenas: a procura de um marco legal. Rio de Janeiro: CETEM/MCT/CNPq/CYTED, 2005. Disponível em http://mineralis.cetem.gov.br/bitstream/cetem/675/1/mineracao_terras_indigenas.pdf. Acesso em abril de 2018.