

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

ELCIO NACUR REZENDE

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Simone Letícia Severo e Sousa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-539-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Meio Ambiente. 3. Dignidade. 4. Campo. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

Esta publicação reúne os artigos aprovados no Grupo de Trabalho intitulado Direito Ambiental e Socioambientalismo II, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, realizado na cidade de São Luís, Maranhão, Brasil, no mês de novembro de 2017.

O autor terá acesso, como perceberá, a artigos ecléticos e de qualidade, apresentados por autores dos mais diferentes estados da federação brasileira, fruto de profícuas pesquisas realizadas por Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores de diversos Programas de Pós-graduação em Direito espalhados pelo território nacional.

Ressalte-se que o referido Grupo de Trabalho contou com a coordenação de três professores de Minas Gerais, Estado que, infelizmente, registrou, lamentavelmente, há dois anos, a maior tragédia ambiental brasileira, ocorrida na região da cidade de Mariana, consequência do rompimento de barragem de mineradora.

Registra-se que os professores Doutores Elcio Nacur Rezende e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, ambos vinculados à Escola Superior Dom Helder Câmara, e a Professora Doutora Simone Letícia Severo e Sousa, vinculada à Universidade José do Rosário Velano, honrosamente, coordenaram o Grupo de Trabalho que originou a publicação ora apresentada.

No livro, estimado(a) leitor(a), você encontrará trabalhos que contribuirão para o seu maior conhecimento sobre o Direito Socioambiental, tamanha a riqueza dos temas abordados. O que se espera, em prol do ambiente, é que sirvam eles de novos horizontes para práticas ambientais mais condizentes com a envergadura do bem tutelado.

Como nota digna dos mais verdadeiros encômios, os textos revelam a preocupação dos pesquisadores em demonstrar que a questão do socioambientalismo traduz, hoje, uma necessidade de perpetuação da própria vida dos seres.

Roga-se, pois, que a leitura dos textos provoque reflexão e, sobretudo, mudança comportamental, na esperança de que se viva, hoje e futuramente, em um mundo melhor, num meio ambiente saudável e protegido.

Profª. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa - UNIFENAS

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende - ESDHC

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A (IR) RESPONSABILIDADE CIVIL INDÍGENA PELO DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

**Elcio Nacur Rezende ¹
Karina Freitas Chaves ²**

Resumo

A metodologia utilizada neste artigo foi teórica, descritiva, exploratória e interdisciplinar. O objetivo consistiu em elaborar um raciocínio lógico-argumentativo consistente para se demonstrar a relevância da tese conclusiva, qual seja, a responsabilização civil do índio por danos ambientais não deve ocorrer por parâmetros jurídicos comuns, mas sim de uma análise amparada sobre os direitos fundamentais. Desde já, evidencia-se a árdua tarefa que o presente trabalho se propõe, pois, o mesmo foca em uma visão distante daquela apontada pela própria Constituição de 1988 e mostra-se conflituosa nas recentes decisões dos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Capacidade civil, Responsabilidade civil, Responsabilidade ambiental

Abstract/Resumen/Résumé

The methodology used in this article was theoretical, descriptive, exploratory and interdisciplinary. The objective was to develop a consistent logical-argumentative reasoning to demonstrate the relevance of the conclusive thesis, that is, the civil responsibility of the Indian for environmental damages should not be based on common legal parameters, but rather on an analysis based on fundamental rights. The hard task that the present paper proposes is already evident, since it focuses on a vision that is far removed from that pointed out by the 1988 Constitution itself, and shows itself to be conflicting in the recent decisions of the country.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil capacity, Civil liability, Environmental liability

¹ Mestre e Doutor em Direito Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara Procurador da Fazenda Nacional

² Mestranda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Promotora de Justiça no Estado do Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

Pensar o direito indígena sempre será um desafio, tendo em vista que o tema compreende aspectos históricos, antropológicos, sociais e jurídicos relevantes. O problema ambiental, bem como a questão indígena brasileira, requer uma análise à luz de várias ciências de forma holística, ou seja, que necessita de vários saberes na sua constante construção.

Vive-se hoje em uma sociedade de risco, onde as incertezas imperam. Este modelo de sociedade requer um modelo político de Estado capaz de repensar a relação homem-natureza e a própria relação interespecie, onde o “consumo deixou de ser um elemento na vida das pessoas e passou a ser a razão de seu próprio dia a dia”. (DUAILIBE; BELCHIOR, p. 1544, 2010)

No tocante à questão indígena e, especificamente, na possível imputação dos mesmos frente ao dano ambiental não é pacífico o entendimento.

Pode-se descrever dois momentos normativos acerca da capacidade do índio: antes da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 e pós Constituição.

Segundo o Código Civil de 2002, no seu art. 4º, que trata das incapacidades, estipula em seu parágrafo único, que a capacidade dos índios para exercer os atos concernentes a vida civil será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

A Constituição de 1988 e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconhecem a capacidade civil dos indígenas, fato esse que por si só seria suficiente para imputar aos índios responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

No entanto, a matéria é bem mais complexa do que possa parecer num primeiro momento, considerando que a relação do índio com a terra, a água e os animais é sagrada, muito distinta da relação que os assim chamados “civilizados” possuem, principalmente quando há sobreposições de Territórios Indígenas e Unidades de Conservação.

Historicamente sempre houve uma omissão do Estado e uma sobreposição de interesses políticos e econômicos à proteção indígena.

Há omissão legislativa em relação a diversos temas que envolvem indígenas, e no tocante à responsabilidade ambiental, essa omissão contribui para que haja reiteradas decisões judiciais distintas.

Percebe-se que alguns Tribunais Regionais Federais responsabilizam objetivamente a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por dano causado por um indígena, por entender que a instituição tem o dever de tutela do índio.

De outra feita, há Tribunais Regionais Federais que responsabilizam o índio diretamente, fundamentando que o mesmo possui plena capacidade civil após a CF/88.

Como já afirmado, a CF/88 revogou o regime de tutela previsto no Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT também prevê expressamente a capacidade e responsabilidade indígena.

No entanto, entende-se que é imprescindível um aparato legislativo eficaz para concretizar a responsabilidade civil indígena por danos ao meio ambiente.

Pode-se questionar, a título de exemplificação, como responsabilizar uma comunidade indígena, que apesar de exercer atividade econômica, hipoteticamente, utiliza o lucro exclusivamente para manutenção da aldeia? Para construção de casas para os próprios índios, sala de aula, acesso a água? Enfim, são diversos exemplos que se pode dar, mas sem que se tenha uma resposta imediata e unânime sobre o tema da responsabilidade e capacidade civil do indígena, bem como sobre a extensão da responsabilidade que cabe a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

É fundamental a cooperação de outras ciências para se entender o fenômeno do meio ambiente, do dano ambiental, da tutela e da responsabilização dos indígenas. O direito ambiental trabalha com essa multidisciplinaridade a fim de se tutelar um bem complexo e multifacetado como o meio ambiente.

Têm-se, portanto, um problema complexo e de difícil solução, que necessita de reflexões coerentes frente a alta relevância que possui.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Os eventos envolvendo a poluição sistemática do meio ambiente por parte, principalmente das indústrias, nos anos 1972, suscitaram o debate, tanto na sociedade civil quanto por parte dos governos, acerca de como o dano ambiental afeta a todos, indistintamente. O dano ambiental é transfronteiriço, segundo Ulrich Beck (2010), a partir do desastre nuclear de Chernobyl, em 26 de abril de 1986, a percepção de que o mal poderia ser contido ou que as ameaças se restringiam a grupos isolados e identificáveis, não pode mais ser sustentada. “[...] A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear. [...] Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade. (2010, p.7)

As decisões políticas em torno da problemática ambiental afetam significativamente a qualidade de vida de todos nós. O direito-dever a uma sadia qualidade de vida perpassa o direito humano fundamental da dignidade da pessoa humana. Como ressalta Kalil e Ferreira:

quando se aborda a questão socioambiental, busca-se analisá-la de forma multidimensional, com base na observação do ser humano pertencente ao meio ambiente como um todo, numa relação indissociável de interdependência e transversalidade. (p. 333, 2016)

As conferências mundiais promovidas a cada vinte anos pela ONU, desde 1972, buscam esta tutela do bem jurídico meio ambiente, em escala global, a fim de que se consiga um equilíbrio racional e equânime entre desenvolvimento econômico, sustentabilidade ambiental e promoção da pessoa humana.

Pode-se perceber a importância do meio ambiente em todos os âmbitos referentes à pessoa - meio ambiente de trabalho, social, virtual, das relações interpessoais e, inclusive, na relação do ser humano com o meio no qual vive e depende. Preservar o meio ambiente, ou, dito de outra forma, eleger formas menos degradadoras e mais protetivas de se produzir, de se praticar um consumo sustentável e consciente, ou seja, de se fazer escolhas ambientalmente sustentáveis, minimamente poluentes, são formas de se proteger a dignidade da pessoa humana. Como ressalta Silva e Rezende:

Hoje, todavia, a busca pela sustentabilidade ambiental é o único viés para que se mantenham todas as expressões de vida na face do Planeta. E se consideramos este como um único caminho ao mesmo tempo, então trata-se de um grande e difícil desafio que não prescinde das contribuições reflexivas e teóricas, porque elas são molas propulsoras para orientar qualquer agir e, sobretudo, corroborar para a mudança de práticas e pensamentos. (BRAGA E SILVA; REZENDE, p. 205)

A Constituição de 1988, não por outra razão, foi elaborada já visando uma abordagem direta sobre a temática ambiental. Para tanto reservou capítulo próprio para a matéria, assim o “Capítulo VI – Do Meio Ambiente” trouxe uma série de artigos sobre a temática ambiental que o constituinte achou por bem serem constitucionalizados e assegurados de forma definitiva. Nele constata-se de antemão que a responsabilidade civil foi abordada no art. 225, §3º, que determinou que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos” (BRASIL, 1988).

Assim, a Constituição de 1988 se preocupou não somente com a constitucionalização da temática ambiental, como também reservou destaque para a responsabilidade civil

ambiental, uma vez que ali já se tinha a ideia de que tal assunto deveria ser tratado com relevância frente aos demais.

Hoje, todavia, a busca pela sustentabilidade ambiental é o único viés para que se mantenham todas as expressões de vida na face do Planeta. E se consideramos este como um único caminho ao mesmo tempo, então trata-se de um grande e difícil desafio que não prescinde das contribuições reflexivas e teóricas, porque elas são molas propulsoras para orientar qualquer agir e, sobretudo, corroborar para a mudança de práticas e pensamentos.

Temos, portanto, o direito ao meio ambiente sadio, e mais, a responsabilidade civil por danos a esse direito assegurados pela ordem constitucional, que recepcionou a norma do art.14, parágrafo primeiro da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, já contemplava a responsabilidade objetiva ambiental.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, e como ressalta Milaré “ basta a prova da ocorrência do dano e do vínculo causal deste com o desenvolvimento – ou mesmo a mera existência – de uma determinada atividade humana”. Assim, nesse seu posicionamento já notório, Milaré descarta qualquer possibilidade de que a responsabilidade civil ambiental seja nivelada sobre outro prisma, bastando para tanto a constatação de um evento danoso e do nexo de causalidade. Pois a “ação, da qual a teoria da culpa faz depender a responsabilidade pelo resultado, é substituída, aqui, pela assunção do risco em provocá-lo. (MILARÉ, 2011, p. 1.249).

A adoção de tal posicionamento encontra-se fundada ao fato de que qualquer dano ambiental possui natureza difusa. Esse seria também uma das razões para o constituinte de 1988 ter se preocupado em constitucionalizar a responsabilidade civil ambiental. Além da natureza difusa, existe a dificuldade da comprovação de culpa pelos atos lesivos perpetrados contra o meio ambiente. A soma desses fatores levou a adoção de um posicionamento claramente preventivo. Assim, a responsabilidade objetiva surge como a mais adequada para sanar os desafios que são particulares do Direito Ambiental.

Como já dito, tal posicionamento já era visto antes mesmo do surgimento da Constituição de 1988. A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, já previa em seu artigo 14, §1º que, “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981). Ou seja, a ideia de imputar a responsabilidade objetiva para matéria ambiental encontra antecedentes pré-Constituição de 1988 revelando uma solução que prossegue até os dias atuais como sendo a melhor.

3 - DA CAPACIDADE CIVIL INDÍGENA E CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

O processo de expansão territorial por parte do colonizador, no Brasil, resultou em expulsão sucessiva dos índios de suas terras, processo que se estende até os dias atuais. A disputa pela posse da terra e as riquezas a ela inerentes é o núcleo fundamental da questão indígena.

Em razão dessas disputas por terras e suas riquezas, que por vezes acontecem entre uma coletividade que se auto declara indígena e que está de posse da terra, a ocorrência de danos é frequente. Ocorre danos de toda sorte, inclusive e notadamente ambientais.

Se o dano ambiental tem como agente um cidadão dito “integrado” à civilização, a responsabilidade ambiental é objetiva e serão aplicadas as regras decorrentes de tal instituto.

O dano ambiental pode ser causado por um indígena, mas, neste caso, quem responde pelo prejuízo? Ou seja, há previsão de responsabilidade ambiental indígena no Brasil? É necessário tratamento diferenciado?

A complexidade do tema, nos leva a ter que discorrer sobre a capacidade civil do índio no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 DA CAPACIDADE CIVIL INDÍGENA

O artigo 4º do Código Civil de 2002, em seu parágrafo único prevê que “a capacidade indígena será regulada por legislação especial”. (BRASIL, 2002) A lei especial referida é o Estatuto do Índio, que prevê no art. 7º:

Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos 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 ao silvícola. (BRASIL, 2002)

É importante salientar o fato de que este artigo, bem como os artigos subsequentes deste capítulo, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que assegura no art. 231, caput, o reconhecimento da organização cultural, línguas, crenças, tradições e direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e no art. 232 o direito de acesso à justiça das populações indígenas para proteção de seus interesses.

Portanto, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos antes da CF/88. Ou seja, ao reconhecer a capacidade postulatória dos indígenas no art. 232 e, por consequência, a capacidade civil, restou extinto o instituto da tutela sobre os povos indígenas.

Afirmamos que a capacidade postulatória é corolário lógico da capacidade civil, porque se extrai do Código de Processo Civil, que toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos, tem capacidade para estar em juízo. Não há nenhum impedimento e se houvesse violaria os direitos fundamentais, como por exemplo, da interposição de uma ação de alimentos por uma mulher indígena em face de um homem indígena.

Este é o entendimento majoritário da doutrina, dentre eles VITORELLI, que utiliza o mesmo raciocínio para reconhecer a capacidade civil indígena:

Se, com o advento da Constituição de 1988, é conferida ao indígena, de modo expresso, a capacidade processual (art. 232), a qual é um atributo da personalidade, é possível concluir, por interpretação, que a norma também lhes concedeu a plena capacidade civil, uma vez que a capacidade processual decorre da possibilidade de contrair direitos e assumir obrigações na ordem jurídica. Nas precisas lições de Humberto Theodoro Júnior, a capacidade processual ‘consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio. Em regra, a capacidade que se exige da parte para o processo é a mesma que reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material’. Não haveria sentido, portanto, em se atribuir aos índios capacidade processual e lhes negar a capacidade civil. (VITORELLI, 2016, p. 81)

Em sentido contrário, MARÉS defende que o instituto da tutela prevista no Estatuto do Índio continua em vigor, no entanto, ressalta que houve deturpação do uso pelo Estado.

A análise de toda a história do Direito brasileiro em relação à tutela dos direitos indígenas oferece-nos um triste espetáculo de como o Direito, o legislador e o jurista imaginam, criam, inventam soluções de proteção e o Estado, pelo Poder Executivo ou Judiciário, é capaz de minar, corroer e deformar a ponto de transformar um instituto tão altruísta, tão profundamente humano como a tutela, substituta do pai, que deveria estar carregada de amor, em instrumento de opressão, porque longe de assistir o tutelado como se fosse um filho, o usurpa, como se fosse um inimigo derrotado. (MARÉS, 2012, p.108/109)

A jurisprudência admite a capacidade processual dos índios em diversos julgados, como exemplo rotineiro, para pleitear judicialmente a concessão de benefício previdenciário.

3.2 DA RESPONSABILIDADE

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reconhece a capacidade e responsabilidade civil indígena expressamente. Esta trouxe uma mudança de paradigma no reconhecimento dos direitos indígenas. Sem dúvida é o acordo internacional mais conhecido no mundo sobre o tema e um avanço fundamental, pois tem como palavra de ordem a autodeterminação dos povos. Como ressalta Vitorelli “ser índio é uma identidade cultural a ser mantida. Isso não significa que o índio, para merecer essa designação, deva permanecer vivendo como vivia há cinco séculos atrás”. (VITORELLI, 2016, p. 26)

No entanto, percebe-se na sociedade que a visão integracionista gerou uma consciência coletiva de que o indígena só poderia (e ainda só poderá) se beneficiar da estrutura estatal se o mesmo abdicar de suas origens tradicionais. Vale dizer, só terá direitos fundamentais quando deixar de ser índio. E não é assim, definitivamente. Edson Damas da Silveira ressalta que nessa toada se revela também incontestável “que o mais importante para a causa é reconhecer que o direito fundamental dos povos indígenas é o direito de existir como povo” (SILVEIRA, 2010, p. 51).

E continua o autor:

Nesta situação, multiculturalismo não como se alinhar com os escopos de unidade e universalidade, restando a essas minorias étnicas o consolo da marginalidade, ou seja, marginais como fora dos centros de decisão e proteção, ao lado do estado; e marginais no sentido pejorativo mesmo, tratados como criminosos do sistema. (SILVEIRA, 2010. P. 33)

Outrossim, o índio tem a liberdade de escolher se beneficiar dos artifícios tecnológicos da vida moderna, praticar atividades comerciais, sem deixar de ser membro de uma gama rica de cultura, tradições e conhecimentos que o identifica como indígena.

Em contrapartida, quando estiver exercendo atividades econômicas, por exemplo, assumirá a responsabilidade correspondente. É o que prevê o art. 8º da Convenção 169 da OIT:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes (OIT, 1989).

Dito de outra forma, a Convenção 169 da OIT corrobora em seu artigo 8º que a comunidade indígena pode optar pela exploração dos recursos naturais do local onde vive. Entretanto, a própria convenção deixa evidente que uma vez adotada tal opção pela comunidade a mesma deverá assumir as obrigações correspondentes.

Como se pode perceber a Convenção 169 da OIT prevê expressamente a responsabilidade civil indígena. No entanto, reforça que o Estado brasileiro deverá agir para viabilizar, de fato, tanto a escolha indígena, de exercer ou não atividade além de suas tradições, e como se dará o ressarcimento, caso ocorra dano em razão de uma atividade econômica eleita por um indígena ou toda comunidade. Para que isso ocorra, definitivamente, deverá haver legislação específica sobre o tema, pois no nosso entendimento, o tratamento deverá ser diferenciado em razão da forma como os índios lidam com a terra, água e animais.

A omissão do Estado em relação a questões indígenas, os coloca numa situação de maior vulnerabilidade, no entanto ocorrerá, quer o Estado queira ou não, a opção do índio em explorar suas riquezas de maneira distinta que explorava há cinco séculos. E tal escolha não flexibiliza o fato de ser índio. Muito menos o fato de uma comunidade exercer atividade econômica desvincula de seus usos, costumes e tradições. Como ressalta Souza Filho:

Os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais, porque sua existência depende da coletividade como a cultura, o idioma, e religião e o território.

Outro aspecto desta apropriação individual é que cada povo dispõe de formas e limites para a aquisição e manutenção de bens, como a propriedade da roça, da bordura, do cocar ou da caça. Tudo isto está estabelecido internamente na comunidade e são respeitados com muita segurança, independentemente do que possa dispor o direito nacional. (SOUZA FILHO,2012, p.172)

Reconhece-se que é mais simples e lógico aplicar as normas ambientais e a responsabilidade civil por dano ambiental nos casos em que haja a efetiva exploração das riquezas sobre as quais as comunidades indígenas tem o usufruto da terra.

Contudo, aplicar automaticamente a legislação ambiental aos índios, é uma forma, mais uma vez, de desrespeitar a forma de vida dos mesmos. Os índios não buscam a integração com a cultura dita branca. Os índios buscam liberdade para escolher e manter seus usos, costumes e tradições. É um fato: a forma do índio lidar com o meio ambiente é distinta. Ademais, é indispensável reconhecer a peculiaridade das centenas de comunidades indígenas no país, como apregoa Souza Filho “ a propriedade do produto de uma roca ou de uma caça difere também, em função da cultura de cada povo. O Direito nacional, ou constitucional, não reconhece esses direitos e essas fontes, desconsiderando-os. São não-direitos” (SOUZA FILHO, 2012. P. 172)

A realidade é que o Estado aguarda passivamente a extinção dos índios no Brasil ao não fazer nenhum esforço para manutenção e respeito às tradições e costumes dos mesmos. E como a finalidade é a extinção do índio, é mais fácil e realmente mais eficaz dentro dessa perspectiva, que não haja regulamentação específica sobre a exploração das terras indígenas pelos mesmos, o comércio e também como se daria a responsabilidade de uma comunidade indígena que venha causar dano ambiental.

Nos Tribunais percebe-se que a questão ainda não está pacificada, pois há diversas decisões distintas sobre o assunto, ora responsabilizando a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por danos causados por indígenas, ora responsabilizando os próprios índios, porque não há legislação específica sobre o tema.

Abaixo temos um posicionamento que ressalta a capacidade civil deferida aos indígenas, mas que vai além. Os indígenas possuiriam capacidade civil, entretanto, ao realizarem violações de natureza ambiental, seus efeitos civis já não seriam mais direcionados à FUNAI. Isso porque admite-se a capacidade postulatória dos indígenas, de maneira que os mesmos possuem capacidade civil gozando de proteção especial por parte do estado. Estaria perfeita a fundamentação e o raciocínio jurídico se existisse legislação sobre como responsabilizar uma comunidade indígena. Pois de fato, como já demonstramos, o índio possui capacidade e responsabilidade civil, mas não há legislação específica para fixar a forma que se daria tal responsabilidade.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE OCUPAÇÃO PERPETRADA POR ÍNDIOS EM IMÓVEIS SITUADOS EM ÁREA SUPOSTAMENTE INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FUNAI SOBRE OS FATOS OCORRIDOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA DOS SILVÍCOLAS RECONHECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação indenizatória ajuizada contra a FUNAI pela proprietária de área de terras no município de Itaiópolis-SC, por ela utilizada para implantação de projetos de reflorestamento de vegetação exótica, com vistas ao recebimento de indenização pelos danos decorrentes da invasão dos imóveis de sua propriedade por indígenas, nos anos de 1998 e 2001. Não prospera a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porque o ordenamento jurídico brasileiro possibilita o manejo de ação indenizatória para se obter a reparação de danos morais e materiais causados por terceiros ou pela Administração Pública Direta ou Indireta. Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). Desde o reconhecimento constitucional da diversidade cultural (arts. 215, § 10 e 216) e da capacidade civil e postulatória dos índios e de suas comunidades (art. 232 c/c art. 7º do CPC) - o que lhes confere o direito ao acesso a todas as garantias

constitucionais de forma autônoma -, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante à FUNAI por força do disposto no artigo 6º, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7º do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em "isolados", "em vias de integração" e "integrados", prevista no artigo 4º do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. Sendo os silvícolas pessoas dotadas de capacidade para todos os atos da vida civil, segundo a ordem constitucional vigente, não há que se falar em culpa administrativa da FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatória. Provimento do apelo da FUNAI, para o fim de reconhecer a ausência de responsabilidade do referido ente sobre os fatos que ensejaram a reparação material pretendida. TRF 4ª Região -APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.72.01.004308-0/SC RELATOR : Des. Federal EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR

Admitir tal posicionamento, é lidar com um impasse, já que a legislação especial no trato com os indígenas não avançou o suficiente para se adequar à nova realidade. Mostra-se necessário refletir até onde vai tal proteção especial por parte do estado às comunidades indígenas, pois, segundo o nosso entendimento, ela não deverá ser interpretada como restrição às suas atividades produtivas.

Sugere-se que a responsabilidade civil indígena, por ora, seja analisada no caso concreto e que o judiciário se valha de laudos de antropólogos e sociólogos para esclarecer, por exemplo, se a prática de atividade econômica que resultou o dano visa o lucro ou manutenção da comunidade indígena.

Vitorelli ressalta a importância do laudo, afirmando que “o antropólogo é um tradutor cultural, que buscará demonstrar como a situação problemática se apresenta aos olhos da cultura da minoria”. (VITORELLI, 2016, p. 329)

Continua o autor:

O trabalho antropológico tem como objetivo orientar o membro do Ministério Público e o juiz na formação da convicção acerca do papel desempenhado pelas especificidades culturais em determinada situação que, no contexto penal, é o cometimento do delito. Os que defendem a obrigatoriedade da confecção do laudo antropológico afirmam que, para levar em consideração, de modo adequado, os costumes dos povos indígenas, é necessário que o juiz se apoie em instrumento técnico capaz de aferir, por meio de pesquisa da organização social, as instituições e as peculiaridades da respectiva etnia. (VITORELLI, 2016, p. 331)

Por outro lado, sempre responsabilizar a FUNAI por danos causados por indígenas, não nos parece técnico, e pode chegar a situações realmente esdrúxulas. Como o fato da FUNAI ter sido responsabilizada em razão de homicídio praticado por indígena.

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)

Não precisa de muito esforço acadêmico para chegar à conclusão que a FUNAI não estará presente em todos os atos da vida civil de um indígena, tampouco foi instituída para tanto. Por isso, a insistência no argumento da necessidade de se analisar o caso concreto para melhor solução técnica, enquanto a legislação não é alterada para especificar com maior clareza a responsabilidade civil indígena, e a forma como se dará o ressarcimento do dano.

Ao se analisar o caso de invasão, pelos índios Kaiapós, de uma fazenda, que acarretou a destruição de bens, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manifestou no sentido de que a responsabilidade pela indenização deveria recair sobre a FUNAI:

Ementa: ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. INVASÃO DE FAZENDA PELOS ÍNDIOS KAIAPÓS. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. PARCELAS INDENIZATÓRIAS.

1. A FUNAI deve suportar indenização pelos danos causados por índios sob sua tutela, que invadem fazenda de propriedade particular e destroem casa, cerca e pastagem, e matam animais.
2. A indenização deve se limitar aos bens cujo dano foi comprovado nos autos.
3. Remessa provida em parte. TRF-1 - REMESSA EX OFFICIO REO 50803 PA 1998.01.00.050803-8 (TRF-1)

No atual quadro legislativo, concordamos, em parte, com a decisão acima. No entanto, mais uma vez, há um impasse, pois decisões como essa se valem da fundamentação que os índios são tutelados pelo Estado. E como já demonstrado, o índio possui capacidade civil. Decisões semelhantes à do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não tem o devido aprofundamento requerido pela complexidade do tema. Observa-se na decisão a utilização de termos ultrapassados e com carga pejorativa em desfavor dos indígenas são usados normalmente para responsabilizar a FUNAI:

Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e desconhecerem todo o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3.ª REGIÃO, 2005).

Há um agravante. Quando se responsabiliza a FUNAI por danos causados por indígenas, reforça-se o estigma na sociedade que índios são “marginais”, pois em tese, querem se beneficiar, mas não são responsabilizados por suas condutas. E ressaltarmos: a responsabilidade da Funai decorre da omissão do Estado em legislar sobre o assunto, pois é imprescindível a consolidação de um aparato legislativo eficaz na proteção indígena.

Responsabilizar a FUNAI por danos ambientais causados por indígenas, pode ser a solução mais coerente no caso concreto, especialmente num quadro de total omissão do Estado de implementar direitos fundamentais básicos, demarcar as terras indígenas e legislar de forma específica de como se daria o ressarcimento por dano causado por comunidades indígenas.

Ressalta-se, mais uma vez, que não há uma resposta exata, e que cada caso deve ser analisado em consonância com suas particularidades, haja vista a diversidade de comunidades indígenas e, conseqüentemente, diversos modos de se interagir com o meio ambiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de povos indígenas é reflexo de sua resiliência, bem como da crescente e grata conscientização de seus direitos, tanto no nível nacional quanto internacional, ainda que, lamentavelmente, verifica-se, por vezes, que o Estado, no âmbito de sua discricionariedade administrativa, não valoriza a diversidade cultural tão consagrada pelos mais esclarecidos.

Para que se possa estudar a Responsabilidade Ambiental Indígena, necessário um recorte legal, vale dizer, aceitar a premissa da capacidade civil indígena preceituada na Constituição Federal de 1988, bem como, a adesão do Brasil à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No entanto, percebe-se a falta de adaptação da legislação interna aos paradigmas constitucionais e internacionais e a inadequação dos institutos para a efetiva responsabilização indígena por dano ao meio ambiente, que em tese, deveria ter pressuposto lógico da capacidade civil.

Este trabalho enalteceu o processo de construção de soluções subjetivas, ressaltando, pois, o respeito às profundas diferenças culturais dos povos indígenas em relação aos ditos “civilizados”.

Sustentar a tese que a FUNAI possui responsabilidade em todos os casos de dano causado por indígenas poder-se-ia chegar a situações esdrúxulas, como no caso citado no texto em que a indigitada Fundação fora responsabilizada por homicídio praticado por um indígena.

Por outro lado, aplicar automaticamente a legislação ambiental aos índios, olvidando de suas particularidades subjetivas, poderá acarretar, não obstante, o desrespeito e a infeliz desconsideração de sua forma de viver. Afinal, é fato: a forma do índio lidar com o meio ambiente é distinta dos “civilizados” e a legislação pátria deve ser reflexo desta premissa.

A melhor tese, que assim sustentamos no texto, é a análise do caso concreto para eleger uma solução com robusta técnica jurídica sem olvidar de aspectos antropológicos e sociais, enquanto a legislação brasileira não é alterada para especificar em quais situações o índio deva ser responsabilizado por dano ambiental e a forma como se dará o ressarcimento do dano.

Concluimos, pois, que os direitos e deveres indígenas consagrados no âmbito constitucional brasileiro e internacional, carecem de um processo de internalização no sistema jurídico pátrio que busque o equilíbrio entre a igualdade e o respeito à diferença, sempre em busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado que jamais esqueça da dignidade dos humanos que nele se insere.

REFERÊNCIAS

BRAGA E SILVA, Larissa Gabrielle. REZENDE, Élcio Nacur. **Responsabilidade Civil Ambiental no Direito Constitucional Brasileiro: uma análise da evolução histórica**. Revista do Direito Público. Londrina, v.11, n.1, p.205-226, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n1p205. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/24595/18829> . Acesso em 20 mar.2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 fev. 2017.

BRASIL. Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. Brasília: Senado, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 16 fev. 2017.

BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. Brasília: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Lei 9.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 13 fev. 2017.

BRUZACA, Ruan Didier; SOUSA, Mônica Teresa Costa, Conflitos socioambientais no contexto desenvolvimentista da Amazônia brasileira: proteção de direitos de comunidades quilombolas frente à duplicação da estrada de ferro Carajás no Maranhão. Editorial. **Revista Veredas do Direito**; Belo Horizonte, vol.12, n. 24, p. 147/173, Jul/dez.2 015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. nº 5.

DOTTI, René Ariel. **A liberdade e o direito à intimidade**. Senado Federal, Revista de informação legislativa. Ano 17, n. 66. Brasília, 1980.

DUAILIBE, Erika Pereira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Pós-modernidade e estado de direito ambiental: desafios e perspectivas do direito ambiental. **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 1544-1556, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3194.pdf> p. 1546.>. Acesso em: 16 jul. 2017.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa e Heline Sivini Ferreira, **A dimensão socioambiental do estado de direito**. Editorial. Revista Veredas do Direito; Belo Horizonte, vol.14, nº28, p. 329/359, 2017.

JÚNIOR, Direly da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. Salvador: Juspooldivm, 2015

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. NAVES, Bruno torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de biodireito**. Del Rey, Belo Horizonte, 2011.

LEITE, Flávia Piva Almeida; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Sustentabilidade no meio ambiente cultural – o exercício da liberdade de expressão na sociedade da informação. **Revista Veredas do Direito**, v.13, n.26, p.337-360, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/858>>. Acesso em 17 jul. 2017.

MATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis: uma sociologia do dilema brasileiro**. 6ª ed – Rio de Janeiro: Rocco 1997

NOLAN, Michael Mary; HILGERT; Caroline Dias; MORAES; Bruno M. Moraes. Índios Urbanos: Caso Doriel Pankararé invisibilidade do indígena urbano. Exclusão de Direitos.

Constituição Federal. In: FAGGIANO, Daniel; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (Orgs.) **A questão indígena**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Revista Digital de la Maestria em Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica**, Nº 2, 2010, p. 170.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 169 Da Organização Internacional Do Trabalho De 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2017.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio tratamento jurídico penal**. Curitiba : Juruá, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do brasil**. 3ª ed. – São Paulo: Global, 2015.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 0090.10.000302-0. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/juris/>>. Acesso em 20 fev. 2017.

REZENDE, Elcio Nacur, Emillien Vilas Boas Reis. **Panorama da responsabilidade civil por danos ambientais no Japão. Uma análise jurídico-filosófica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f942c03b0954ea15>> Acesso em 21.jun.2017

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa social**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Lira Willian de. **Atribuição do Ministério Público Estadual na Questão Indígena: a interação como meio de resolução de conflitos culturais**. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/WillianLira.pdf> >. Acesso: 27. nov. 2017.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013.

VITORELLI, Edson. **Estatuto do Índio**. Salvador: JusPodivm, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes. M. Orgs. **Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina**. Florianópolis: **Cenejus**, 2015. Disponível em: <<http://www.folhamax.com.br/policia/justica-manda-pf-apreender-crianca-indigena-que-necessita-de-tratamento/54384>>. Acesso em: 29 nov. 2016.