XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ECONÔMICO E DA ENERGIA

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito econômico e da energia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenador: Everton Das Neves Gonçalves – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-104-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Energia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ECONÔMICO E DA ENERGIA

Apresentação

Apresentação do GT: DIREITO ECONÔMICO E ENERGIA I (XXIV Congresso Nacional do CONPEDI Belo Horizonte, MG).

E, nas Minas Gerais, nos reencontramos; todos nós, do CONPEDI, do Direito, dos estudos acadêmicos, do Direito Econômico e, especialmente, nós, do Direito Econômico da Energia.

Entendemos que o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, em Belo Horizonte, Minas Gerais, foi evento memorável em que; se não bastasse a recepção calorosa do povo mineiro e a grandiosidade dos números que envolvem o CONPEDI (53 Grupos de Trabalho e 1.732 artigos aprovados para apresentação em três Instituições de reconhecido prestígio mineiro e nacional como a UFMG, a FUMEC e a Dom Helder Câmara) seria bastante e suficiente, para a sua pujança, verificar o alto nível em que se encontra o Direito Brasileiro destacando-se, na grande área do conhecimento voltada para as Ciências Sociais Aplicadas. Destarte, orgulha-nos, como acadêmicos e, evidentemente, como professor que somos; verificar a construção, nestes últimos vinte e cinco anos, do conhecimento jurídico que, inevitavelmente, faz por, indelevelmente, influenciar as novas e vindouras gerações de juristas e operadores do Direito que haverão de contribuir para o desenvolvimento de nosso amado Brasil.

É incontestável que, nesse papel de construção do Direito Nacional, o CONPEDI oportunizou o tratamento sério e adequado para as questões da pós-graduação, bem como, o necessário espaço acadêmico para a divulgação de expressiva produção científica que vem, a cada ano, consolidando-se e, inclusive, internacionalizando-se. È dever, pois, creditar honra aos pioneiros do CONPEDI, lá no distante ano de 1989, como José Alfredo de Oliveira Baracho, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Antonio Carlos Wolkmer e Horácio Wanderlei Rodrigues, dentre outros. Surgia, assim, em 17 de outubro de 1989, o CONPEDI, já com inspiração para a vanguarda como, aliás, não poderia deixar de ser, já que, naquele mesmo ano, em 09 de novembro de 1989, caia o Muro de Berlim.

Não é por outro motivo que nos orgulha participar, hoje, do CONPEDI, que não a satisfação de ver árvore tão frondosa lançando seus frutos. Nossa primeira participação pessoal no IV Encontro Preparatório do CONPEDI ocorreu em 03 e 04 de maio de 1995, ainda como aluno do, então Centro de Pós-Graduação em Direito (CPGD) da Universidade Federal de Santa

Catarina (UFSC) que, hoje, é o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) no qual somos Sub Coordenador.

Particularmente, ter coordenado, a exemplo de anos anteriores em que atuamos em Grupos de Trabalho (GT´s) ligados ao Direito Econômico ou ao Direito e Economia; o GT de Direito Econômico e da Energia nos propiciou experiência inenarrável uma vez que pudemos; assim, rever amigos importantes na nossa história pessoal, respirar os ares de vanguarda da Academia Mineira de Direito Econômico, rever as salas de doutorado e o Salão, sempre, inspirado em Afonso Pena, para as defesas de teses da UFMG, onde fizemos os créditos doutorais, em 1997, e defendemos nossa primeira Tese Doutoral, em 2001. Registre-se nossa absoluta e profunda gratidão aos inesquecíveis Mestres Mineiros. Como não lembrar o pioneirismo do Prof. Washington Peluso Albino de Souza que tanto impulsionou o Direito Econômico no Brasil? E; ainda, como é possível esquecer as dadivosas aulas de Direito Econômico, ministradas pelos Professores do Doutorado, João Bosco Leopoldino da Fonseca e Isabel Vaz? Como deixar de referir ao Professor Osmar Brina e suas preleções no Direito Comercial e Empresarial; sem falar no grande filósofo Arthur Diniz (que afirmava: Everton. Não existe escassez, o que existe é egoísmo)? E, ainda, se tem de festejar, Roberto Luiz Silva e sua internacionalidade, o tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, e o grande constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho, dentre outros! São tantos mestres que nos iluminaram com suas existências (...). Que plêiade de notáveis professores mineiros nos conduziram e, ainda hoje, nos conduzem na senda do Direito Econômico, mesmo pelos seus escritos ou pela ação de tantos ex-alunos, hoje, professores atuantes, como Giovani Clark, Amanda Flávio de Oliveira, Fabiano Teodoro Rezende Lara e Neide Teresinha Malard (os três últimos contemporâneos ao tempo do nosso doutoramento na pulsante BH).

Em que pese nosso testemunho pessoal e saudosista, honrou-nos, pois, o convite para a coordenação do GT Direito Econômico e da Energia que dirigimos no dia 13 de novembro de 2015; com o empenho de registrar os esforços acadêmicos daqueles que pugnam pela ação sustentável voltada ao desenvolvimento, segundo usos energéticos adequados e dirigidos ao atendimento das necessidades tão prementes da economia sem, contudo, descuidar da não menos ausente imposição da busca de soluções para o mantenimento da saúde do Planeta Terra e da humanidade.

Entendeu-se, assim, que, a tomada de decisão jurídico-econômica, para além da solução de problemas energéticos atuais, deve levar em consideração o indelével reflexo econômico-socio-ambiental para as futuras gerações. A opção por uma fonte energética deve ser sopesada em meio a outras políticas públicas de forma a que, minimamente, sejam possíveis, da análise de custo e benefício, as mais amplas variáveis capazes de perpetuar, com

excelência, a vida na Terra. Destarte, tem-se consciência que opções energéticas feitas no passado, inevitavelmente, demonstram, hoje, custos ambientais e sócio-econômicos que diretamente refletem no bem estar das presentes e futuras gerações.

A importância dos temas abordados no GT Direito Econômico e da Energia pode ser verificada a partir da análise de casos emblemáticos quanto ao uso inadequado da água como a exploração do Rio Colorado nos Estados Unidos da América e do Mar Aral na Ásia Central. No primeiro caso, tem-se que noventa por cento das águas do Rio Colorado são retiradas de seu leito, para irrigação, nos Estados Unidos da América e os outros dez por cento são utilizadas em solo mexicano; de forma que o Rio não alcança mais o Oceano, minguando a cento e sessenta quilômetros do mar. No caso do Mar de Aral, o mau uso das águas para irrigação de algodão, levaram a uma excessiva salinização e desertificação da região.

Da mesma forma, a necessária importância deve ser dada aos usos alternativos de energia hidráulica, eólica e de biomassa; como de outras a serem disciplinadas pelo Direito. Todo Direito tem um custo; portanto, se tem de verificar os tradeoffs existentes entre as diversas políticas energéticas de forma a que se inclua, no cálculo econométrico, o maior número de variáveis possível para a tomada de decisão como, já, se defendeu através do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)

Ainda é de enfatizar que as crises energéticas porventura existentes, hoje, se dão em virtude da equivocada tomada de decisão no passado e que não podem perdurar no futuro. Evidente, pois, a importância dos estudos jurídicos para a adequada tomada de decisão jurídico-econômica no campo energético. Há, assim, verdadeiro campo para pesquisa seja pelo estudo do Direito Econômico ou seja pela Análise Econômica do Direito com vistas à consecução de adequadas soluções de política econômica, normativa e judicial, segundo promissor e eficiente uso da energia para o bem da população brasileira.

Sabemos que não é tarefa fácil coadunar objetivos ambientais com metas energéticas e que, invariavelmente, na falta de inovação e criatividade, incorre-se em custos e externalidades nefastos para a humanidade segundo tomada de decisão ineficiente do ponto de vista econômico-social (PEES); porem; resta ao operador do Direito sopesar, na faina jurídico-normativa os valores sócio-econômicos que, para além da satisfação das necessidades energéticas, ofereça condições de perenidade existencial com qualidade de vida. É o que se intenta defender nos treze trabalhos apresentados e organizados em três blocos, a saber: energia e sustentabilidade; Ordem Constitucional Econômica e sustentabilidade energética e Políticas Públicas Econômicas.

Destacamos, pois, os treze trabalhos submetidos e apresentados aos pares na Academia Mineira, para discussão junto ao respeitável público leitor que haverá; espera-se, de encontrar, nestes textos, opções reais e adequadas para o entendimento da realidade econômico-jurídico-energética brasileira.

Desejamos, destarte, para todos, adequada inspiração para a multiplicação dos dizeres que se apresentam em vista de instigar verdadeira mudança de comportamento e de ação para a sustentabilidade, para o desenvolvimento e para a perpetuação da qualidade de vida com a necessária excelência quanto aos recursos energéticos dadivosamente disponibilizados pela mãe natureza.

Assim sendo, no campo da ENERGIA E SUSTENTABILIDADE, Maraluce Maria Custodio e Carolina Carneiro Lima apresentaram um (1) BREVE ESTUDO SOBRE ENERGIA EÓLICA COMO ENERGIA RENOVÁVEL: HISTÓRIA, SUSTENTABILIDADE E IMPACTOS; Sérgio Alexandre De Moraes Braga Junior e Victor Hugo Gurgel Costa perceberam (2) CONFLUÊNCIAS E COLISÕES ENTRE ECONOMIA, MEIO AMBIENTE E ENERGIA PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA ENERGÉTICA: A CONTRIBUIÇÃO DAS FONTES EÓLICA E BIOMASSA; Wilson Antonio Steinmetz e Renan Zenato Tronco pugnaram pela (3) DIVERSIFICAÇÃO DA MATRIZ ENERGÉTICA E CONVERGÊNCIA ENTRE PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O CASO DA USINA SOLAR DO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO; Grace Ladeira Garbaccio e Eduardo Coral Viegas trabalharam sobre a (4) PRODUÇÃO DE ENERGIA BRASILEIRA: CRITICIDADE JURÍDICA E SISTEMATIZAÇÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS, bem como; Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos e José Rodolpho Régis Queiroz defenderam a necessidade de (5) RENOVAÇÃO DA POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA, ENQUANTO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO, ATRAVÉS DA MAIOR EXPLORAÇÃO DE ENERGIA EÓLICA.

Quanto à ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA E A SUSTENTABILIDADE ENERGÉTICA; Laura Taddei Alves Pereira Pinto Berquó tratou do (6) PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA DE 1988: A VALORIZAÇÃO DOS FATORES MÃO-DE-OBRA E EMPRESARIEDADE; Diogo Guagliardo Neves e Lidia Cunha Schramm de Souza apresentaram seu entendimento sobre (7) CONSTITUIÇÃO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E PERIFERIA: O CASO DO MARANHÃO e; Leonardo Alves Correa chamou a atenção para o (8)

DESENVOLVIMENTO, MODERNIDADE E DIREITO ECONÔMICO: NOTAS SOBRE A TENSÃO CONSTITUTIVA ENTRE OS PARADIGMAS EURO-MODERNISTA E O MODERNISMO-COLONIZADOR;

Referentemente às POLÍTICAS PÚBLICAS ECONÔMICAS; Carla Cristina Alves Torquato e Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho detectaram a (9) ESPOLIAÇÃO URBANA: A DISTRIBUIÇÃO DISCRIMINATÓRIA DA ÁGUA NA CIDADE DE MANAUS; Monike Valent Silva Borges e Bruna Pereira Rosa defenderam a necessidade de (10) GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL; Juliane Holder da Câmara Silva Feijó analisou a (11) A CONSTITUCIONALIDADE DA MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS; Sirlei de Sá Moura e Giovani Clark trataram da (12) POLÍTICA ECONÔMICA E ANÁLISE DO DISCURSO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS PLANOS PLURIANUAIS DOS PRESIDENTES FERNANDO HENRIQUE CARDOSO E LUIS INÁCIO LULA DA SILVA e; finalmente, Alex Assis de Mendonça e Emerson Affonso da Costa Moura encerraram as apresentações com o tratamento da (13) POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO, DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO.

Espera-se, assim, ter-se contribuído para o repensar do uso das riquezas naturais em meio à premente necessidade de geração de energia a ser implementada segundo normas de Direito Econômico que, longe de implementar a destruição, devem estimular o bem estar social.

Belo Horizonte, MG, 13 de novembro de 2015.

Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves UFSC

Coordenador do Grupo de Trabalho Direito Econômico e da Energia

A CONSTITUCIONALIDADE DA MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

THE CONSTITUTIONALITY OF THE MINING IN INDIGENOUS LANDS

Julianne Holder Da Câmara Silva Feijó

Resumo

Muito embora a Carta Política não tenha se mostrado alheia ao panorama da questão indígena no País, estipulando uma série de direitos e garantias em prol de sua reprodução física e cultural, possibilitou a exploração minerária em suas terras, desde que obedecidos rígidos requisitos, dentre os quais a necessidade de uma legislação específica que regule a matéria, ainda não editada. Nesse contexto, o presente ensaio se debruçará sobre a delicada questão da mineração em terras indígenas, expondo os requisitos constitucionais que deveriam ser atendidos, demonstrando a necessidade de afastar a incidência do Código de Mineração, bem como a competência do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), relatando os imbróglios dessa regulamentação, a situação das terras indígenas brasileiras afetadas pela especulação minerária além de trabalhar a questão do direito de consulta previsto na convenção 169 da OIT, incorporada pelo Brasil e sistematicamente negligenciado pelo Governo Brasileiro.

Palavras-chave: Mineração, Terras indígenas, Código de mineração, Competência, Procedimento de consulta

Abstract/Resumen/Résumé

Although the Charter Policy has not been shown to be oblivious to the panorama of indigenous issues in the country, stipulating a number of rights and guarantees in favor of their physical and cultural reproduction, it enabled the mining exploration on their land provided that obeyed strict requirements, among which the need for specific legislation regulating the matter, not yet published. In this context, this paper will look at the delicate issue of mining on indigenous lands, exposing the constitutional requirements that should be met, demonstrating the need for rejecting the levy of the Mining Code and the competence of the National Department of Mineral Production (DNPM), reporting the imbroglios such legislation, the situation of Brazilian indigenous lands affected by the mining speculation in addition to working the issue of consultation foreseen by law the Convention 169 of the OIT, incorporated in Brazil and systematically neglected by the Brazilian Government.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mining, Indigenous lands, Mining code, Competence, Consultation procedure

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o Brasil enfrenta o problema das invasões garimpeiras em terras indígenas, desavenças envolvendo índios e garimpeiros são o principal foco da problemática, genocídio e extermínio são praticados por índios e contra índios que, no afã de defender suas terras e sua gente das atividades predatórias dos garimpos ilegais, acabam por praticar violências e retaliações desmedidas que chocam a população brasileira, alheia à realidade dos rincões do País e inerte na tomada de qualquer providência. O genocídio de *haximu*[1], contra a etnia *Yanomami*, bem como dos Panarás (os índios gigantes), por volta da década de 80, mantém acesa as lembranças dos massacres. A presença ilegal de garimpeiros em território índio indica que o problema ainda não fora contornado, longe disso, parece esquecido.

O quadro é ainda pior ao se constatar a inércia estatal em resolver a questão. Desde a Assembléia Constituinte que o problema da mineração ilegal em terras indígenas foi trazido à baila. Lideranças indígenas lograram êxito junto aos constituintes em obter um capítulo constitucional voltado à proteção das terras e dos interesses das comunidades indígenas, o qual contemplou a possibilidade de exploração minerária em suas terras desde que observados requisitos específicos elencados pela própria Constituição Federal, tais como autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades impactadas e participação dos autóctones[2] no resultado da lavra, tudo de modo a garantir seu bem estar e reprodução física e cultural.

Dentre esses requisitos destaca-se a exigência de Lei específica para disciplinar a matéria. Passado mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, o descaso do parlamento em regular a mineração em terras indígenas é uma verdadeira vergonha nacional, que assiste impassível às invasões das terras indígenas, à poluição ambiental decorrente do garimpo predatório e ao extermínio de brasileiros que se envolvem nesses conflitos (sejam índios, garimpeiros ou mesmo a população do entorno).

Projetos de Lei voltados para a disciplina da mineração em território indígena tramitam no Congresso por décadas, sem a devida aprovação. A exploração e produção de petróleo e gás natural em terras indígenas se quer fora contemplada com um projeto de regulamentação, restando inviabilizado até os dias de hoje, muito embora se aproxime

---

[1] O caso ocorreu na região fronteiriça entre Brasil e Venezuela, ficando conhecido como o genocídio *Haximu*, onde um grupo de garimpeiros, se aproveitando da ausência dos homens da tribo (que se encontravam numa festa em outro local) atacou uma comunidade *yanomami*, matando todos aqueles que não conseguiram fugir, entre mulheres, velhos e crianças. Quem conta detalhes do massacre *haximu* é BARRETO, 2008, P. 113.

[2] Sem negligenciar as diferenças conceituais entre os termos *índios*, *silvícolas*, *aborígenes*, *autóctones*, *íncolas* dentre outras formas utilizadas para designar o indígena, utilizaremos todas essas expressões como sinônimas, apenas para fins didáticos.

demasiadamente das comunidades silvícolas como demonstra a décima rodada de licitação promovida em 2008.

Paralelamente o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) distribui inconstitucionalmente títulos de pesquisa e lavra de minérios em terras indígenas ao arrepio das exigências constitucionais para tanto, enquanto o Brasil descumpre seus compromissos internacionais assumidos no bojo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativo aos direitos fundamentais das comunidades indígenas, sofrendo, inclusive, retaliação por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) nesse sentido.

Dentro desse contexto o presente trabalho enfrentará a questão da mineração em terras indígenas, incluindo aqui a exploração de petróleo e gás, sob a perspectiva constitucional de proteção à reprodução física e cultural dos índios, resgatando o histórico de tentativas frustradas em regular a matéria bem como analisará os principais aspectos do atual projeto de lei que tramita no Parlamento, levando em consideração o disposto na Convenção 169 da OIT, único instrumento vigente (já que incorporada com status de Lei ordinária) que deveria ser chamado à incidir na espécie, muito embora seja sistematicamente negligenciado.

2 OS IBRÓGLIOS DA REGULAMENTAÇÃO

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

Em princípio, a proposta ofertada pelo deputado José Carlos Sabóia mostrava-se sensível à questão indigenista, preocupando-se com os impactos da mineração sobre os povos indígenas, incluindo a mineração no bojo do usufruto exclusivo dos silvícolas, isto é, garantindo-lhes o direito de explorar com exclusividade as riquezas minerais contidas em seus territórios.

Paralelamente ao projeto Sabóia, surgia o Conselho de Segurança Nacional[3] (CSN), defendendo posição diametralmente oposta, no sentido de liberar sem entraves a exploração

[3] Correspondente ao atual Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

mineraria e o garimpo em terras indígenas, fundamentado no paradigma da aculturação[4] e integração do aborígine à comunhão nacional como forma de garantir a segurança nacional.

Surgiu, então, uma proposta mais moderada, englobando as aspirações das anteriores, permitindo a exploração mineraria em terras indígenas, desde que obedecidas rígidas exigências que salvaguardassem os interesses de uma minoria historicamente reprimida, restando, pois, vitoriosa. Dessa forma, a redação do § 3º, do artigo 231 da Constituição de 88, exige a aprovação do Congresso Nacional, a oitiva das comunidades afetadas, bem como a sua participação nos resultados da lavra, deixando a regulação do tema para o legislador infraconstitucional (art. 176, §1º), que deverá estabelecer condições específicas necessárias a adequada exploração minerária em terras silvícolas.

A primeira tentativa em se regular a exploração mineraria em áreas de tradicional ocupação indígena, surgiu um ano após a promulgação da nova Carta da República, pela iniciativa do senador Severo Gomes. A proposta chegou a ser aprovada no Senado Federal, muito embora tenha sido arquivada na Câmara dos Deputados, em face de norma regimental, posto que decorreram duas legislaturas sem a devida votação do Projeto de Lei (PL).

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

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

[4] Desde a época do Brasil colonial, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 vigorava no País o que a doutrina chama de paradigma da aculturação ou assimilação onde se compreendia que o modo de vida assumido pelos indígenas era primitivo e pouco evoluído cujo caminho natural seria a civilização. Acreditava-se sinceramente que o melhor para o índio era se civilizar, tornando-se um verdadeiro cidadão brasileiro em abandono de suas tradições e cultura secular, acreditando inconciliável o *staus* de índio com o *status* de cidadão (FEIJÓ, 2014, A.2. *passim*).

contraproposta substitutiva, encabeçada pelo seu relator, o Deputado Eduardo Valverde, que será o objeto de análise do presente ensaio.

Passadas duas décadas da promulgação da atual Constituição da República, a demora do Parlamento em regulamentar a exploração de minérios em terras indígenas é uma verdadeira vergonha brasileira, que vê dia após dia os territórios indígenas serem invadidos clandestinamente por ambiciosos que tencionam se apoderar de suas riquezas naturais, culminando em terríveis e infindáveis conflitos entre índios e garimpeiros, deixando um rastro histórico de massacres, mortes e destruição.

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

2.1 Da inaplicabilidade do Código de Mineração e o problema dos subsolos 'loteados'

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

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

Em qualquer outro lugar do País, que não terras indígenas, possui o direito de prosseguir com o procedimento administrativo, que culminará na concessão de exploração

minerária, aquele que primeiro protocolou o pedido, em virtude do direito de prioridade; sabiamente o substitutivo Valverde afasta tal artifício que poderia comprometer em muito o direto dos índios à posse plena de suas terras frente a grande especulação gerada pelas empresas mineradoras, que enxergam no direito de prioridade uma verdadeira "reserva de mercado".

É o caso da mineradora Silvana Indústria e Comércio Ltda., que possui 966 processos protocolados no Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) referentes à Amazônia, donde 744 são requerimentos de pesquisa em áreas de ocupação silvícola. Dos 966 processos apenas sete são autorizações de pesquisa e um requerimento de lavra, o resto é só "interesse", protocolados apenas para garantir sua prioridade no mercado. Dados fornecidos pelo Instituto Socioambiental (ISA) (FANY, 1999, pag. 80) revelam que, dentre os seus 966 requerimentos a referida empresa possui 284 apenas na terra indígena (TI) *Menkragnoti*, 144 na TI *Uru-Eu-Wau-Wau*, 141 na TI *Baú* e 112 na TI *Kayapó*, só para citar os casos mais alarmantes.

Da mesma forma, a Vale do rio doce (atual Vale) e suas subsidiárias possuem 590 requerimentos em terras silvícolas, sendo apenas 19 autorizações de pesquisa e 2 concessões de lavra, o restante fora protocolado com o fito de garantir sua prioridade em explorar a região. Desses 590 requerimentos 70 localizam-se só na TI *Mundurucu*, 45 na TI *Wai-Wai*, 35 na TI *Xikrin do Cateté*, e 170 na TI *Trombetas/Mapuera*. A terceira empresa que mais possui títulos e requerimentos de interesse minerário em terras indígenas é a Mineração Itamaracá Ltda., com seus 452 processos no DNPM, onde 89 concentram-se na TI *Aripuanã*, 38 na TI *Roosevelt* e 85 na TI *Trincheira/Bacajá*.[5]

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

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

[5] Dentre os minérios mais procurados em subsolo aborígene destacam-se: o ouro em primeiro lugar disparado, com cerca de 4.468 processos, totalizando cerca de 62% dos requerimentos protcolados em TI, em segundo lugar está o cobre, com 425 processos, representando 5,9% dos requerimentos e títulos incidentes em TI, seguido pela prata, alumínio, titânio, platina, linhito, diamante, granito e carvão (FANY, 1999, Pág. 79).

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

Narra o citado parecer exarado pelo ISA que existem 44 terras indígenas com mais da metade de seus subsolos objeto de requerimentos de exploração mineral, dentre as quais, em 22 casos, tais requerimentos totalizam mais de 90% do subsolo indígena, são os casos das TI *Arara*, *Baú*, *Kwazá do Rio São Pedro*, *Pequizal*, *Roosevelt*, *Xikrin do Cateté* e *Cajueiro* (FANY; ROLLA, 2005. Pág. 126.). Números alarmantes que evidenciam a urgente necessidade em impor um limite espacial para a outorga de autorização de pesquisa e lavra minerária em subsolo indígena, a fim de que uma dada comunidade silvícola não veja a sua terra completamente tomada por empresas mineradoras.

Felizmente, foi o que fez, em partes, o substitutivo Valverde em seu artigo 66, proibindo a incidência de mais de uma atividade de pesquisa e lavra em uma mesma terra indígena, a não ser que seja expressamente recomendado pelo laudo de compatibilidade sócio-cultural. No procedimento regulado pelo projeto de lei todas as empresas interessadas em explorar dada área de ocupação silvícola se submeterão a uma concorrência pública, saindo vitoriosa a empresa que ofertar a melhor proposta. Entretanto o projeto peca pela ausência de determinação do percentual máximo da terra que poderá ser ocupado pela mineradora, a fim de evitar que um único empreendimento se estenda demasiadamente pela terra indígena, acabando por comprometer o espaço físico indispensável ao bom desenvolvimento das atividades da tribo.

No quadro especulativo pintado pelas empresas mineradoras na Amazônia legal[6] brasileira, a disposição do substitutivo Valverde em retirar as terras indígenas do regime de prioridade do Código de Mineração é algo a salutar. O projeto Jucá e o do Estatuto das Sociedades Indígenas não tiveram a mesma preocupação, neles o Código de Mineração e seu vetusto direito de prioridade são chamados a disciplinar a exploração mineraria em áreas de ocupação tradicional indígena.

A aprovação dos referidos projetos pelo Parlamento acarretaria conseqüências desastrosas para as comunidades tribais impactadas, a especulação do mercado minerário reproduziria um panorama ainda pior do que o atualmente vislumbrado quanto ao loteamento dos subsolos silvícolas. O melhor caminho para a outorga da concessão de pesquisa e lavra

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

minerária em subsolo índio consiste no trilhado pelo substitutivo, com a realização de um procedimento licitatório, na modalidade de concorrência pública, onde a empresa que ofertar a melhor proposta firmará contrato de concessão com o Poder Público.

O Projeto Valverde, ainda, declara nulo, não produzindo qualquer efeito jurídico, não só os requerimentos protocolados após a promulgação da Carta da República, como também os registrados e não analisados antes de sua entrada em vigor, ainda pendentes de apreciação pelo DNPM. O argumento para tanto seria de que a Constituição Federal exige a edição de lei especifica que discipline a mineração em terras indígenas (art. 231, §3º e art. 176, §1º), não sendo lícito ao órgão minerário sair outorgando títulos e mais títulos de pesquisa e lavra em terras indígenas sob a desculpa da ausência de regulamentação para tanto, ou mesmo, como muito se ouviu, que as mineradoras possuíam direito adquirido, tese esta, inclusive, adotada no projeto Jucá a fim de validar os requerimentos de pesquisa e lavra minerária incidentes sobre as terras indígenas protocolados antes da atual Constituição[7].

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

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

Assim, conforme o projeto Valverde, os interesses minerários protocolados antes da regulamentação legal serão todos nulificados, já os títulos outorgados após a edição da

[7] O que corresponde a 1.988 pedidos, sendo 1.869 deles incidentes nas terras indígenas da Amazônia.

Constituição de 88 serão também nulos em virtude da falta de competência do DNPM para outorgá-los, uma vez que a nova Carta transferiu para o Congresso Nacional a competência para decidir acerca da exploração minerária em áreas de tradicional ocupação indígena. Por fim, sobre os títulos deferidos antes da Carta Suprema recai a norma constante no artigo 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que torna nulo todos os títulos minerários não exercidos ou inativos um ano após a edição da CF.

3 A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO INDÍGENA

Reconhecendo a necessidade de preservação de uma minoria étnica nacional, a Constituição Federal (CF) estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena, perfilhando em seu art. 231 e parágrafos[8], o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, além de resguardar os direitos originários[9] sobre as terras que tradicionalmente ocupam (indigenato[10]), assegurando-os o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

A Constituição de 88 define as terras de tradicional ocupação silvícola como aquelas por eles habitadas em caráter permanente e as utilizadas para suas atividades produtivas, bem como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e reprodução físico-cultural, conforme seus usos, costumes e tradições[11]. A Lei

---

[8] 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 (...).

[9] A expressão "Direitos originários sobre as terras que habitam" liga-se ao reconhecimento, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, da tradicional ocupação da terra pelos autóctones desde épocas imemoriais, que remontam à colonização do País, quando em 1° de abril de 1680 o Alvará Régio os outorgou tal legitimidade. De lá para cá, a tendência nacional foi a manutenção do reconhecimento de que o direito da posse indígena sobre suas terras é congênito, restando o Alvará de 1680 ainda em vigor, posto que nunca fora revogado, sendo constantemente invocado pela doutrina como legitimador do indigenato .

[10] O indigenato consiste no reconhecimento do direito congênito dos índios sobre suas terras, um direito anterior e histórico, preexistente ao próprio sistema jurídico português e brasileiro e que, portanto, prevalecerá sobre qualquer outro direito que se pretenda sobre esses territórios tradicionais. É com base no indigenato, reafirmado pelo ordenamento jurídico nacional desde a época colonial, que se justifica a nulidade de todos os títulos existentes sobre as terras indígenas e a conseqüente retirada dos não-índios da região após a demarcação. É também com base neste instituto que o ato da demarcação possui feição meramente declaratória, não constituindo o direito dos índios sobre suas terras, mas apenas o declarando a fim de delimitar seus "domínios" (FEIJÓ, 2014, A.3. pag. 476).

[11] Art. 231, § 1º supracitado.

6.001/1973 (Estatuto do Índio) ainda complementa as disposições constitucionais, assegurando o direito originário dos índios sobre as terras que ocupam independente de demarcação administrativa[12].

Percebe-se que a Constituição assegura aos aborígines não só as terras que o grupo efetivamente ocupa, mas também aquelas indispensáveis a sua sobrevivência conforme os seus hábitos tradicionais, tanto uma como outra denominam-se terras de ocupação tradicional[13]. Frisando que não se pode conceber a terra indígena apenas como aquela em que o grupo está fixado atualmente, posto que existem determinadas culturas aborígines que caracterizam-se pelo nomadismo, sendo indispensável considerar toda a porção de terra na qual a comunidade periodicamente se desloca[14]. De fato, foi esse o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no caso do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol[15], tendo a Corte concluído pela demarcação contínua da área, em virtude das características socioculturais dos *Yanomamis*.

Ao certificar o caráter originário da posse indígena sobre as terras que habitam a CF ainda admitiu a ancestralidade desse vínculo entre o índio e a terra, o que justifica a necessária proteção casada da terra e da cultura silvícola. Um direito originário, saliente-se, precede a qualquer outra forma de ocupação territorial, o que a CF avalizou mais adiante, no §6º do art. 231[16], ao declarar que são nulos, não produzindo qualquer efeito jurídico, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas.

---

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

[13] Não confundir as terras de tradicional ocupação indígena, previstas na Constituição Federal, com as Reservas indígenas previstas no Estatuto do Índio. Com efeito, as terras de ocupação tradicional são aquelas de ocupação histórica pelo grupo tribal, onde a comunidade estabeleceu, através de gerações, seus laços culturais e tradicionais, são as terras cuja posse lhes pertence em caráter originário, fruto do indigenato mencionado alhures. Já as Reservas indígenas são qualquer porção do Território Nacional que a União destina aos indígenas, para que lá vivam e reproduzam seus costumes sem, contudo, possuir uma ocupação tradicional e imemorial.

[14] É o caso da etnia *yanomami*, grupo indígena de tradicional ocupação da região montanhosa e de floresta na fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Devido a pobreza do solo possuem grande mobilidade espacial e dispersão populacional uma vez que tendem a viver com baixa densidade demográfica em um mesmo local. Em geral, cada comunidade da etnia *yanomami* varia num percentual entre 50 à 80 habitantes que mantém intensa vida intercomunitária. Mas informações vide BARRETO, 2008. Pág. 113.

[15] STF. Tribunal Pleno. Pet. 3388/RR. Rel. Min. Carlos Brito.

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

Dessa originalidade decorre o caráter meramente declaratório da demarcação das terras indígenas, não constituindo o direito dos aborígenes sobre suas terras, mas apenas declarando um direito preexistente, acarretando a extrusão de qualquer indivíduo não índio de seus territórios, sem qualquer indenização, a não ser pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (art. 231, §6º).

Com efeito, na oportunidade do julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do sol, em 2009, a Suprema Corte decidiu pela demarcação contínua da área, reconhecendo que a terra para os indígenas ostenta um caráter de ancestralidade e resgate histórico das tradições e simbolismos da comunidade, reconhecendo, ainda, a originalidade dos direitos aborígenes sobre suas terras, prevalecendo sobre qualquer outro título, inclusive sobre os pretensos direitos adquiridos de não-índios, reafirmando o caráter meramente declaratório da demarcação, revelando a sensibilidade com que a Corte se debruçou sobre a questão[17].

O direito ao usufruto exclusivo compreende não só o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras, como ainda proporciona o produto da exploração econômica de tais riquezas naturais[18], sendo privativo dos indígenas as atividades de coleta, caça e pesca[19]. Vale dizer, então, que é proibido a qualquer indivíduo não-índio a exploração das riquezas naturais em terras indígenas, muito embora seja perfeitamente possível aos aborígines à exploração desses recursos naturais, ainda que com fins ao desenvolvimento de uma atividade economicamente útil, e não só para a mera subsistência.

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

Por outro lado, se a Constituição destina aos autóctones a posse plena das terras por eles habitadas e o usufruto de suas riquezas naturais, a propriedade dessas terras permanece

---

[17]STF. Tribunal Pleno. Ministro relator, Carlos Britto . Pet. 3388/RR.
[18] Art. 23 e 24, *caput*, do EI.
[19] Art. 18, § 1º c/c art. 24, § 2º do EI. Ainda o STF, neste sentido, na Pet. 3388/RR.

com a União (art. 20, XI), nu proprietária, num regime *suigeneris* de posse e propriedade, cabendo às TI o papel de um bem público afetado permanentemente à uma finalidade pública: a habitação indígena e reprodução de sua cultura, sendo, inalienável e indisponível, inclusive pelos próprios índios (CF, Art. 231, § 4º).

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

Explica Carlos Frederico Marés (2008. Pág. 138) que a separação de domínio entre o solo e as riquezas do subsolo tem causado grande perplexidade entre os aborígines; afinal, como podem compreender que sejam senhores de suas terras, mas não do que está abaixo delas? Como é possível que os homens prospectem o petróleo que está no subterrâneo sem passar pela superfície? Perguntava incrédulo um cacique amazônico ante a possibilidade de a estatal francesa, Elf Aquitaine, explorar combustíveis fósseis em seu território.

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

3.1 Mineração em terras indígenas

Quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos, energéticos e das riquezas minerais em terras indígenas, a Constituição[20] condicionou sua efetivação à autorização do Congresso Nacional, à oitiva das comunidades impactadas e à sua participação nos resultados da lavra, tudo na forma da lei. Registre-se, aliás, que tal participação nos resultados da lavra constituirá

[20] Art. 231, § 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

fonte de renda indígena e será sempre coletiva, posto que visa compensar a limitação dos direitos constitucionalmente assegurados, sofrida por todos os membros da tribo.

Por oportuno, lembre-se que tal dispositivo corresponde a uma norma constitucional de eficácia limitada, utilizando a cediça classificação estruturada por José Afonso da Silva (2008, *passim*)[21], dependente de uma norma ulterior que complete sua eficácia e aplicabilidade sem a qual resta inviabilizada em face da inexistência de regulação da matéria.

As riquezas minerais e os potenciais de energia hidráulica, segundo a disciplina constitucional dos artigos 176, *caput* [22], e 20, VIII e IX [23], constituem, para fins de exploração e aproveitamento, propriedade distinta da do solo, pertencendo a União, que poderá explorá-los mediante a outorga de concessão[24] ou autorização para empresas brasileiras ou constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, devendo a lei estipular condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou em terras indígenas[25].

Todavia, a referida lei ainda não existe, havendo, apenas, alguns projetos em tramitação no Congresso Nacional, restando inviabilizada qualquer tentativa de se explorar os recursos hidrelétricos e o minério existente em terras indígenas. Qualquer tentativa em contrário significará flagrante inconstitucionalidade. Ressalte-se que a Constituição não fez qualquer exigência quanto a espécie legal que deveria regular a atividade minerária em território índio, presumindo-se, por óbvio, que basta uma lei ordinária para satisfazer a vindicação constitucional.

Percebe-se que a Constituição, através da leitura dos artigos 231, §3º e 176, §1º, exige um regime diferenciado para a exploração minerária em terras indígenas, segundo requisitos preestabelecidos e exigindo lei que regule a matéria, afastando, pois, a incidência

---

[21] José Afonso estrutura as normas constitucionais, segundo seu grau de eficácia, em três grupos: As normas de eficácia plena (aptas a produzir a plenitude de seus efeitos de imediato); as normas de eficácia contida (normas que, apesar de nascerem aptas a produzir seus efeitos de imediato, podem ter seu alcance restringido através de legislação ulterior); e as normas de eficácia limitada (normas que somente terão sua eficácia completa a partir de uma regulação legal posterior, exigida pela Constituição).

[22] 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.

[23] Art. 20. São bens da União: (...)VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (...).

[24] Saliente-se que a Portaria nº 281, de 20/04/2000, da Presidência da FUNAI, proíbe a exploração de qualquer atividade econômica ou comercial em terras ocupadas por índios isolados (aqueles sem qualquer contato, ou com pouco contato, para com a comunhão nacional).

[25] Art. 176, § 1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

do Código de Mineração, voltado para a regulamentação da atividade minerária de maneira geral. Dentro deste modelo *sui generis* de exploração destaque-se que o único órgão competente para outorgar a pesquisa e a lavra minerária em terras indígenas é o Congresso Nacional, tornando o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), ou qualquer outro órgão, absolutamente incompetente para a referida atribuição.

Por oportuno, cabe introduzir o questionamento quanto a possibilidade, ou não, de os próprios índios poderem extrair as riquezas minerais de suas terras, o chamado "garimpo indígena". A doutrina e alguns julgados já haviam se posicionado no sentido de diferenciar o garimpo indígena, técnica artesanal e de baixo impacto ambiental, da mineração industrial, incluindo a primeira como integrante do usufruto exclusivo destinado aos índios pela Constituição, com respaldo, ainda, no art. 44 do Estatuto do Índio[26] que garante ao silvícola o direito exclusivo de exercer a garimpagem, a cata e a faiscação em suas terras.

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

Saliente-se também que a oitiva das comunidades impactadas pelo empreendimento minerário é condição *sine qua non* de validade da concessão de exploração mineral ou petrolífera, em território tapuio, haja vista que a Constituição Federal ao viabilizar a exploração mineraria nessas áreas de vulnerabilidade socioambiental assim o determinou. Qualquer burla à consulta das comunidades significa violação insanável da Constituição, viciando por completo a legitimidade da concessão deferida. A temática da consulta às comunidades impactadas pela mineração, de tão relevante merece uma análise mais detalhada, que passamos a realizar no item que se segue.

Por fim, saliente-se que a Constituição, em seu art. 174, §3º e §4º[27] determina que o Estado deverá estimular a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a promoção econômica-social dos garimpeiros, tendo essas cooperativas prioridade na

---

[26] Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas.

[27] Art. 231 (...)

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando.

Entretanto, em se tratando de mineração em terras indígenas, a própria Carta, expressamente (Art. 231, §7º), exclui a incidência desse dispositivo, ou seja, não deverá o Estado estimular a organização garimpeira em cooperativas voltadas à atuação em terras indígenas, nem outorgará prioridade para a obtenção de autorização ou concessão às cooperativas garimpeiras.

3.1.1 O procedimento de Consulta à luz da Convenção 169 da OIT e da Agenda 21 da ONU

Neste contexto, merece destaque a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - Convenção sobre povos indígenas e tribais em Países independentes – firmada em Genebra, 1989, que dentre outras coisas disciplina o direito de consulta às comunidades indígenas ante a possibilidade de qualquer fato que possa lhes afetar diretamente, desde medidas legislativas até à presença de empreendimentos econômicos em suas terras[28]. Tendo sido devidamente ratificada (Decreto Legislativo 143/2002) e incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto 5.051 de 2004, a Convenção 169/OIT deve ser observada e cumprida pelo Estado brasileiro que a vem negligenciando sistematicamente, já tendo inclusive sofrido repreensão da Organização das Nações Unidas (ONU) por sua displicência quanto aos direitos indígenas[29].

A Consulta consubstancia um instrumento de intermediação política entre os Estados independentes e as comunidades indígenas neles existentes, representando uma importante ferramenta da efetivação dos seus direitos fundamentais, garantindo o direito da comunidade de se autodeterminar, escolhendo o seu destino, resguardando a posse plena dos autóctones sobre suas terras e sobre a exploração exclusiva dos recursos naturais existentes, bem como satisfaz o direito à preservação de sua cultura, crenças e tradições a partir do momento que

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

[29] Em setembro de 2010, a ONU emitiu um relatório chamando à atenção do Brasil pelo desrespeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, sobretudo, pela inobservância do direito de consulta dos povos afetados pelo Complexo hidrelétrico de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará (FEIJÓ, 2014, A.1. pag. 67).

propicia aos indígenas a escolha de querer, ou não, que seu modo de vida seja devassado e misturado ao *modus vivendi* "civilizado".

Esse foi o raciocínio que norteou a Conferência das Nações Unidas para o Meio-Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, e que deu origem à Agenda 21 da ONU[30] cujo item 26.3, prevê a necessidade dos Governos e Organizações intergovernamentais reconhecerem que as terras das comunidades indígenas devem ser protegidas contra atividades ambientalmente insalubres ou consideradas inadequadas social e culturalmente pela comunidade indígena, consagrando o direito dos grupos tribais em se autodeterminar, escolhendo suas prioridades, em perfeita sintonia com o estabelecido no artigo 7, item 1, da Convenção 169/OIT[31].

Assim, a Convenção 169/OIT, como Instrumento Internacional assinado pelo Brasil e posteriormente incorporado ao seu Ordenamento Jurídico, através do Decreto 5.051/2004, juntamente com o programa contido na Agenda 21 da ONU, obriga o País a respeitar os direitos que se comprometeu a preservar.

Por conseguinte, a consulta prévia é inafastável de qualquer procedimento que vise conceder a exploração e produção hidrelétrica, energética, mineraria, inclusive de petróleo e gás natural, em terras indígenas, sob o risco de macular a referida concessão com o vício da inconstitucionalidade, posto que, a própria Carta Fundamental prevê a oitiva das comunidades impactadas como requisito para a realização dessas atividades em suas terras, e o faz no intuito de assegurar o direito dos indígenas à continuidade física e cultural, a exclusividade do uso de suas terras e dos recursos naturais indispensáveis à sua sobrevivência.

Portanto, inegável que o exercício do direito de consulta gera o direito das comunidades indígenas a dizer "não". O importante é permitir à tribo que descida o seu próprio destino, fazendo valer suas garantias constitucionalmente asseguradas, do contrário, o direito à consulta, previsto na Convenção 169 da OIT e em nossa Carta Constitucional, cairia

---

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

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

no vazio, seria uma mera formalidade a ser cumprida sem, contudo, alcançar a finalidade de permitir que a comunidade índia participe dos atos decisórios que lhes afetam.

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

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

Quanto ao primeiro item, não podemos olvidar que a obrigatoriedade da realização da consulta atinge inclusive a atividade legislativa, estando o próprio projeto de lei da mineração em terras indígenas sujeito à consultar as comunidades indígenas do País, visto que a elas interessa sobremaneira. Deve ser realizada previamente à promulgação da lei, uma vez que a intenção da Convenção é consagrar a consulta como um instrumento de participação dos silvícolas nas decisões mais importantes que afetam os seus interesses.

Neste particular, o Tribunal Constitucional Colombiano se manifestou por diversas vezes pela inconstitucionalidade do Decreto que regula o procedimento de consulta por não ter ele realizado previamente uma consulta sobre o seu próprio conteúdo (FEIJÓ, 2012, A.1. pag. 62). A Colômbia é o País que possui a mais vasta jurisprudência relacionada a efetivação da clausula geral de consulta prevista no Convenção 169/OIT, principalmente quanto a necessidade de sua observância na ceara legislativa (ISA, 2010).

Dentre as maiores conquistas das comunidades tradicionais obtidas junto a Corte Constitucional do país estão a interpretação da Convenção 169 como parte do bloco de constitucionalidade, segundo uma lógica da materialidade constitucional, e o reconhecimento de que o direito de consulta consubstancia um direito fundamental das comunidades indígenas e tribais.

Já no Equador, as comunidades indígenas consideram tão lesiva a legislação interna, também promulgada sem observar o devido processo de consulta, que se negam, inclusive a

participar de processo consultivo por ela regulado, estando, atualmente, questionando a sua legitimidade junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[32].

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

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

Importante salientar que a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) não possui essa prerrogativa, pois que se trata de instituição integrante da estrutura indireta da administração pública, não possuindo legitimidade para intervir no processo de consulta em nome de qualquer comunidade indígena, a não ser a fim de elaborar parecer ou facilitar a aproximação entre o Governo e os índios.

Outrossim, conforme o abalizado entendimento do Tribunal Regional Federal da primeira região (muito embora não seja o posicionamento assumido pela Suprema Corte no caso da hidrelétrica de Belo Monte[33]), o único competente para a realização da consulta prévia é o Congresso Nacional, haja vista que a Constituição lhe deferiu a atribuição de autorizar a exploração minerária e o aproveitamento dos recursos hídricos e energéticos em terras indígenas, não sendo, sequer, possível a sua delegação[34]. Além do mais a consulta prévia consubstancia um dever da Casa Legislativa, e não uma mera faculdade, vez que, além de está

---

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

[33] A referida decisão daquele TRF fora derrubada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da então Presidente Ministra Ellen Gracie, que além de permitir a realização da consulta pelo IBAMA, ainda reconheceu a validade do Decreto 788/2005 que autorizou a construção do complexo hidrelétrico Belo Monte sem consultar as comunidades impactadas.(FEIJÓ, 2014, A.1. pag. 67).

[34] TRF 1ª Região AG 2006.01.00.017736-8/PA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma,DJ p.147 de 05/02/2007.

determinada na CF como requisito para a exploração minerária em território aborígene, também integra o leque de direitos fundamentais dessa gente.

O Instituto Socioambiental (ISA, 2010) ainda alerta que se na decisão final não estiverem refletidas as opiniões debatidas nas reuniões, estas não poderão ser consideradas como um processo de consulta, vez que não cumpriu sua finalidade institucional. Neste aspecto, narra o ISA que a legislação boliviana é a única empenhada em tornar o processo de consulta um verdadeiro instrumento de negociação, condicionando seu produto final ao consenso dos envolvidos no processo consultivo, diferentemente do que faz seus vizinhos latinos que entendem que a palavra final consiste em ato unilateral do Governo, reduzindo o direito fundamental dos índios à consulta em uma mera formalidade a ser cumprida.

Por fim, as legislações dos países latinos divergem quanto ao responsável pelo custeio do procedimento consultivo, havendo diferentes versões, como a equatoriana, que atribui aos povos interessados o dever de arcar com os custos econômicos necessários a sua participação no processo, o que é um verdadeiro absurdo, ou a colombiana, que nada menciona a respeito, e a boliviana, que deixa a cargo do Poder Executivo responsável por autorizar o projeto, obra ou atividade econômica em terra indígena.

Neste particular, compreendemos que a melhor opção seria atribuir à empresa interessada em estabelecer o empreendimento na região o ônus financeiro da consulta, como já ocorre com o procedimento de licenciamento ambiental.

3.1.2 A questão do petróleo

Inicialmente, registre-se que a atividade de exploração petrolífera e gaseifica insere-se no conceito lato de extrativismo mineral, no entanto, correspondendo ao segmento minerário que requer métodos sofisticados e tecnologias avançadas no desempenho da prospecção. Consultando o dicionário, teremos a seguinte definição de petróleo:

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

Ressaltamos este entendimento tendo em vista a completa ausência de regulamentação da atividade petrolífera em terras indígenas, existindo apenas projetos de lei, ainda em trâmite pelas Casas Legislativas, que disciplinam a atividade minerária *lato sensu*

em território índio. De início, o PL 1.610/96 indicava sua aplicação à regulação da exploração de petróleo e gás natural em terras indígenas em face da inexistência de regra específica[35]. Entretanto, alterações posteriores no referido projeto excluiu de sua incidência a atividade petrolífera em terras indígenas que, indiscutivelmente, exige uma disciplina própria em virtude de suas especificidades e peculiaridades.

Dessa forma, não temos legislação nem projetos de leis tramitando que objetivem regular a exploração de petróleo e gás em território indígena, o que acaba por inviabilizar sua realização dado a exigência constitucional de lei específica (e se a lei específica da mineração em terras indígenas se auto exclui da regulação petrolífera em TI, não temos uma legislação especial que discipline a pesquisa e a lavra desse minério em território aborígene).

Felizmente, tem sido este um dos critérios de seleção utilizados pela Agência Nacional do petróleo, gás e bicombustíveis (ANP) no momento da escolha dos blocos destinados à concessão de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos a serem oferecidos em rodadas de licitação. Há muito que a Autarquia já havia se posicionado no sentido de que terras indígenas, unidades de conservação de proteção integral e suas zonas de amortecimento, reservas extrativistas (RESEX), florestas nacionais (FLONA) e outras áreas sensíveis são incompatíveis com a produção petrolífera[36], tendo, inclusive, excluído 32 blocos que seriam ofertados na décima rodada licitatória, realizada em 18 de dezembro de 2008, em virtude da sobreposição dos blocos em áreas vulneráveis. Foram retirados todos os vinte e oito blocos encartados nas bacias do Araripe (CE) e Pernambuco-Paraíba, além de quatro blocos inseridos na bacia do Paraná.

Entretanto, muito embora a política de seleção dos blocos a serem concedidos seja no sentido de excluir as terras indígenas da atuação das petroleiras, na última rodada, a Indústria de petróleo e gás natural (IPGN) delas se avizinhou demasiadamente. Os blocos PRC-T-121, PRC-T-122 e PRC-T-123, situados no alto do Xingu, Mato Grosso, arrematados pela Petrobrás na décima rodada, se encontram nos limites de terras indígenas (FEIJÓ, 2010, B.1. pag. 159). Não obstante tenha o órgão ambiental competente se manifestado pela viabilidade da concessão, há de se considerar que as atividades produtivas da indústria causarão impactos diretos nas comunidades em virtude da excessiva proximidade entre os blocos e os territórios tradicionais.

---

[35] Artigo 67 do PL 1610/1996.

[36] Informação obtida em palestra ministrada por TAVARES, João Carlos. **Atuação da ANP na gestão ambiental da indústria do petróleo**. *Rio Oil & Gás*. Rio de Janeiro, 07 out. 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/doc/palestras/JoaoTavares07-10-15h.pdf. Acesso em: 10 ago. 2010.

Na verdade, a Convenção 169 da OIT também cuida em exigir a realização da consulta prévia naqueles empreendimentos que, muito embora não estejam efetivamente inseridos em terras indígenas, nelas causarão impactos diretos, seja pela excessiva proximidade seja por qualquer outro motivo que produza implicações diretas na comunidade em decorrência de atividade econômica. Desta forma, conclui-se pela ilegitimidade da concessão dos blocos do Alto Xingu, realizados na décima rodada pela ANP, uma vez que não houve a consulta prévia às comunidades indígenas *Santana* e *Bakairí*.

Não é por estar fora das terras indígenas que se evitariam os impactos produzidos aos índios, como se bastasse um 'muro' ou uma 'cerca' que marcasse os limites das terras, protegendo os silvícolas de vizinhos poluidores, como se estivessem em uma redoma de vidro. A proximidade exacerbada do campo petrolífero trará as mesmas mazelas como se nas terras aborígenes estivessem, afinal, vias de acesso hão de ser construídas, mão-de-obra há de migrar para a região, os testes sísmicos afugentarão a caça, eventuais desastres não ficarão contidos nos limites físicos dos blocos e sempre haverão conflitos de interesses entre índios e funcionários.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da mineração em terras indígenas se torna um dos maiores problemas socioambientais que assolam o País desde o século passado. Invasões garimpeiras, lavra predatória e ambientalmente irresponsável assim como confrontos violentos envolvendo índios e não-índios giram em torno do tema, que se vê sem uma solução satisfatória há décadas.

De fato, a nossa Constituição Federal, desde sua origem, permite a mineração em terras indígenas, mas, para tanto, exige o cumprimento de uma série de requisitos a fim de proteger os interesses de uma minoria já tão fragilizada por séculos de dominação, coadunando a exploração minerária com as garantias constitucionais de reprodução física e cultural dos indígenas, garantindo seu bem estar e perpetuidade étnica.

Dentre tais requisitos constitucionais desponta a necessidade de legislação específica para disciplinar a matéria, o que até então não fora providenciado pelo nosso moroso Congresso Nacional. Com efeito, em se tratando de uma norma constitucional de eficácia limitada, utilizando a classificação de José Afonso da Silva, cuja regulação infraconstitucional se faz imprescindível para a total aplicabilidade da norma constitucional, concluímos pela impossibilidade temporária da realização de empreendimentos minerários, inclusive

petrolíferos, em terras indígenas, restando inconstitucional qualquer outorga de títulos minerários sobre elas enquanto não editada a referida regulação.

Concluímos, ainda, pela necessidade de excluir a incidência do Código de Mineração, e o seu instituto da reserva por direito de prioridade, dos empreendimentos minerários realizados em terras indígenas, o que traria conseqüências desastrosas aos direitos constitucionais dos ameríndios. De fato, ao analisarmos os diversos projetos de lei dedicados à matéria, encontramos essa preocupação (bem como outras medidas voltadas à proteção dos direitos territoriais e ao usufruto exclusivos dos indígenas) apenas no PL 1610/96, revelando sua sintonia com as disposições constitucionais, o que não se observa em outros projetos de lei existentes.

Ademais, concluímos, ainda, pela total incompetência do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para conceder títulos minerários de pesquisa e lavra em terras indígenas, uma vez que a Constituição Federal expressamente indicou o Congresso Nacional como órgão responsável por autorizar tais atividades em território indígena.

É de se observar, por fim, que deverá ser observada a Convenção 169 da OIT, posto que devidamente incorporada ao nosso ordenamento com status de Lei ordinária, devendo o Brasil cumprir com os compromissos assumidos no cenário internacional. Dessa Convenção decorre o dever de o Estado Brasileiro realizar o procedimento de consulta prévia às comunidades impactadas por qualquer empreendimento em suas terras, inclusive antes de medidas legislativas de grande interesse das comunidades indígenas, devendo, pois, realizar a consulta em relação ao próprio projeto de Lei que regula a mineração em território aborígene.

REFERÊNCIAS

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

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

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

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Licenciamento ambiental entorno de terras indígenas**. 39° Parecer da Procuradoria Federal especializada. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em 20 ago. 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Pesquisa de Projeto de Lei**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/581963.pdf. Acesso em 10 ago. 2010.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Índios do Brasil**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/. Acesso em 10 ago. 2010.

FEIJÓ, Julianne Holder da C.S. Empreendimentos energéticos em terras indígenas: Uma análise constitucional à luz do multiculturalismo. In: **ARGUMENTUM - Revista de Direito** n. 15 - 2014 – UNIMAR. Marília/SP Pag. 64. A.1.

_____. A capacidade civil indígena. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça.** Vol. 8. nº 28. Jul/Set. 2014. Pag. 209-228. A.2.

_____. **O Direito Indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988.** *In:* Direitos, gênero e movimentos sociais II. Coordenadores: Juliana Teixeira Esteves; José Luciano Albino Barbosa; Pablo Ricardo de Lima Falcão. XXIII CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. Realizado em João Pessoa/PB, 05-08/11 de 2014. Pag. 471-500. A.3.

_____. Exploração de petróleo em terras indígenas: À procura de um marco legal. In: **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.5, n.9, p. 157-178, jul./dez. 2010. pag. 157-178. B.1.

_____. A casuística Latino-Americana de exploração de petróleo em terras indígenas: O desafio da concretização dos direitos humanos em prol das comunidades impactadas. In: **Revista Direito Energia**: Natal/RN, 2010. Disponível em <http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/4230/3466>. Acesso em: 28 março 2015. pag. 11. B.2.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT.** Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa. Acesso em: 10 ago. 2010.

LEITÃO, Sérgio. Mineração em terras indígenas: O imbróglio da regulamentação. In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira**. Doc. N°06 do Instituto Socioambiental. Jul. 1999. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf. Acesso em: 25/05/2008. p. 90-98.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em http://michaelis.uol.com.br/. Acesso em: 25 abril 2015.

MIRANDA, A. Gursen de. Coordenador. **O direito e o índio**. Belém: Editora Cejup, 1994.

NOBRE JÚNIOR. Edilson Pereira. Terras indígenas e aproveitamento de recursos hídricos para fins de exploração energética. *In*: XAVIER, Yanko Marcios de Alencar e outros (Org.). **Energia e Constituição**. Ceará: Konrad Adenauer, 2009. p. 83-109.

RICARDO, Fany (Org). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira**. Documento n° 6 do Instituto Socioambiental. São Paulo: Jul. 1999. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____ (Org.). Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: O desafio da sobreposição. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (Org). **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira**. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2005.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultura**l. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Márcio. Terras indígenas na Amazônia brasileira: Subsolo bloqueado por interesses minerários In: RICARDO, Fany (Org.). **Interesses minerários em terras indígenas na Amazônia legal brasileira**. Doc. N°06 do Instituto Socioambiental. Jul. 1999. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/14.pdf. Acesso em: 12 ago. 2010. p. 81-89.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá editora, 2006.

_____. Índios, Convenção n° 169 da OIT e o meio ambiente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1074, 10 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?ID=8499>. Acesso em 25 jan. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de *;* ARBOS, Kerlay Lizane. **Mineração em Terras indígenas, Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/30/24. Acesso em: 28 março. 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. Populações indígenas ou tradicionais. In: **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2006. P. 138/219.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 maio 2011.

TAVARES, João Carlos. **Atuação da ANP na gestão ambiental da indústria do petróleo**. *Rio Oil & Gás*. Rio de Janeiro, 07 out. 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/doc/palestras/JoaoTavares07-10-15h.pdf. Acesso em: 10 ago. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGÃO. **Pesquisa de jurisprudência** Disponível em: http://www.trf1.gov.br/default.htm. Acesso em: 13 ago. 2010.

VALLE, Raul Silva Telles do. **Mineração na Amazônia e terras indígenas**. Disponível em: http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1833. Acesso em 12 ago. 2010.

VALLE, Raul Silva Telles do; BATISTA, Fernando; PINHEIRO, Carolina Martins. **Parecer jurídico sobre o APL de mineração em terras indígenas**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/ParecerAPLMineracaoAbril.pdf. Acesso em: 12 ago. 2010.