

**AVALIAÇÃO JURÍDICA SOBRE DIREITOS
INDÍGENAS**

**(Subsídio aos Projetos Demonstrativos para Populações
Indígenas/PDI, no âmbito do “Programa Integrado de Proteção às
Terras e Populações Indígenas da Amazônia Legal”- PPTAL)**

**Juliana Santilli
Advogada
OAB (DF) 10.123**

Versão definitiva- 23/06/98

ÍNDICE

1. **Direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais. Natureza jurídica das terras indígenas. Efeitos jurídicos do processo de demarcação.**
2. **Direitos de posse permanente e usufruto exclusivo. Conceitos jurídicos. Exploração de riquezas do solo e do subsolo. Garimpagem pelos próprios índios e por terceiros. Exploração de recursos florestais. Utilização de recursos hídricos, caça, pesca e atividades extrativistas.**
3. **Caracterização sintética e avaliação das experiências Waiãpi e Kaiapó para subsidiar a indicação de recomendações para a prevenção de dificuldades jurídicas na implantação do PDI.**
4. **Utilização dos recursos hídricos (pelos próprios índios).**
5. **Caça, pesca, coleta de frutos, atividades agropecuárias e extrativas.**
6. **Acesso e exploração de recursos biológicos e genéticos existentes em terras indígenas. Conhecimentos tradicionais indígenas associados à biodiversidade.**
7. **Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas.**
8. **Exceções previstas pela Constituição Federal ao usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais de suas terras. Pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de recursos hídricos por terceiros.**

9. Os direitos indígenas e o papel da tutela exercida pelo órgão indigenista. A Constituição Federal e o rompimento da ideologia integracionista do Código Civil e do Estatuto do Índio.

Capacidade civil e capacidade processual. Recomendações práticas para a constituição de associações indígenas.

10. Conceito jurídico de patrimônio indígena.

11. Atribuições e responsabilidades institucionais da Funai, do Incra, do Ibama, do Dnpm e da Polícia Federal em relação à defesa das terras indígenas e de seus recursos naturais, antes e depois da demarcação.

Competências estabelecidas para as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas pelo Decreto 1.141/94, com alterações introduzidas pelo Decreto 1.479/95.

12. Responsabilidade administrativa, civil e criminal por condutas ilícitas lesivas aos direitos indígenas e por danos causados aos seus bens. Instituições para encaminhamento de denúncias.

13. Resumo das Conclusões e Recomendações ao PDI.

1.1. Direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais. Natureza jurídica das terras indígenas. Efeitos jurídicos do processo de demarcação.

Os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais são assegurados constitucionalmente. A Constituição Federal, em seu art. 231, *caput*, garante às comunidades indígenas os “direitos originários” sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, e incumbe a União de “demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Ao reconhecer aos índios “direitos originários” sobre suas terras, a Constituição admitiu que estes direitos são anteriores à própria criação do Estado brasileiro e que, portanto, independem de legitimação ou qualquer reconhecimento formal por parte do próprio Estado. São direitos congênitos, legítimos por si, que não se confundem com direitos adquiridos.

O texto constitucional consagrou o *indigenato*, instituto jurídico de tradição luso-brasileira, de origem colonial, segundo o qual os índios são os primeiros e naturais senhores de suas terras.

As terras indígenas são bens públicos federais, de domínio da União Federal (art. 20, XI, da CF). São inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis (art.231, par.4º). As terras indígenas são bens públicos que a Administração não pode alienar ou destinar a qualquer outra finalidade que não seja o seu uso e fruição exclusivos pelas comunidades indígenas, por serem terras públicas com finalidades especiais.

As garantias asseguradas às terras indígenas são fundamentais à preservação cultural das comunidades que nelas vivem, e a Constituição estabeleceu um conceito abrangente das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, incluindo: - 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; - as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Isto significa que o Poder Público, ao promover atos demarcatórios oficiais, deve se limitar a reconhecer a incidência de tais elementos integrantes da definição de terra indígena. As demarcações eventualmente realizadas com a exclusão de qualquer dos quatro elementos que compõem a definição constitucional de terra indígena são nulas.

De acordo com o art.231, par.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. *Dos conceitos de posse permanente e usufruto exclusivo se falará mais adiante.*

1.2. Efeitos jurídicos do processo de demarcação de terras indígenas.

Os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais não estão vinculados aos atos de reconhecimento formal do Poder Público. Basta haver ocupação tradicional para que a terra seja indígena (independentemente de estar ou não oficialmente demarcada).

Os atos de reconhecimento oficial das terras indígenas têm natureza meramente declaratória. Uma determinada terra não adquire o caráter indígena em função de um ato estatal reconhecendo-a como tal. A terra é indígena desde sempre, originariamente.

Conforme afirma o jurista Fernando da Costa Tourinho Neto¹, juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região:

“A demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas”.

O objetivo do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é precisar a real extensão da terra indígena para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la. Carlos Frederico Marés de Souza Filho², jurista especializado em Direito Indígena, também ensina que:

“As terras (índigenas), por força do dispositivo constitucional, não dependem do reconhecimento do Poder Público para serem terras indígenas, inalienáveis e indisponíveis, de tal forma que o ato que as reconhece nada mais faz do que dar uma declaração do caráter indígena, para conhecimento de

¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. “Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Conseqüências Jurídicas”, em “Os Direitos Indígenas e a Constituição”. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor.

² MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. “O Processo de Demarcação de Terras Indígenas: o Poder Público Federal deve aplicar o artigo 231 da Constituição”, em “Terras Indígenas no Brasil”. CEDI/Museu Nacional.

todos, sem outra consequência jurídica que ilidir presunção de boa-fé em eventuais agressões àquelas terras por particulares.

Sendo assim, o ato de reconhecimento e demarcação física é secundário e vinculado à definição constitucional. Isto é, o Poder Público não pode deixar de reconhecer ou deixar de demarcar uma terra ou parte de uma terra que se enquadre na definição constitucional, ao seu alvedrio.”

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já era pacífico o entendimento jurídico de que o exercício dos direitos territoriais indígenas independe dos atos demarcatórios oficiais, pois o próprio Estatuto do Índio em vigor estabelece que:

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

Saliente-se que, embora não seja condição para o exercício dos direitos indígenas, a demarcação é obrigação constitucional da União. A Constituição obriga o Poder Público a promover tal reconhecimento formal das terras indígenas. Sempre que uma comunidade indígena ocupar determinada área, atendendo aos critérios do artigo 231 da Constituição, a Administração terá que identificá-la, delimitá-la e fazer a demarcação física de seus limites territoriais. De acordo com a Constituição, compete à União demarcar as terras indígenas, protegê-las e fazer respeitar todos os bens indígenas³⁴⁵.

³ Atualmente, o Decreto nº 1.775, de 08/01/96, dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. A Portaria nº 14, de 09/01/96, estabelece regras para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

⁴ O projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas - em tramitação na Câmara dos Deputados - pretende regulamentar em lei os procedimentos para a demarcação de terras indígenas, que são tradicionalmente normatizados por portarias do Poder Executivo. Os procedimentos administrativos

Conclusão e Recomendações ao PDI: Os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais e sobre os recursos naturais nelas existentes não estão condicionados a quaisquer atos de reconhecimento oficial do Poder Público, embora seja obrigação constitucional da União promover a demarcação das terras indígenas.

Portanto, a concessão de créditos a projetos de comunidades indígenas não deve estar condicionada à prévia demarcação oficial de suas terras, e o estágio de reconhecimento oficial em que se encontrem (identificação, delimitação, demarcação física, homologação, registro, etc.⁶) não deve servir como critério para aprovação ou não dos projetos indígenas.

1.2. Direitos de posse permanente e usufruto exclusivo. Conceitos jurídicos. Exploração de riquezas do solo e do subsolo. Garimpagem pelos próprios índios e por terceiros. Exploração de recursos florestais. Utilização de recursos hídricos, caça, pesca e atividades extrativistas.

Posse permanente. A Constituição Federal assegura ainda aos índios os direitos de posse permanente sobre suas terras tradicionais e usufruto exclusivo sobre os recursos naturais nelas existentes, nestes termos:

“art. 231, par.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.”

A posse indígena tem natureza *sui generis*, especial, e não se confunde com a posse civil, regulada pelo Código Civil. Os padrões de ocupação indígena se definem de acordo com a sua própria cultura, tendo a

para a demarcação das terras indígenas estão previstos no referido projeto de lei, desde a etapa da identificação dos limites até a sua homologação.

⁵ O Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei nº 2.057/91) já foi aprovado por Comissão Especial da Câmara dos Deputados, na forma de um Substitutivo apresentado pelo seu relator, deputado Luciano Pizzato (PLF, PR). Entretanto, o deputado Arthur da Távola (PSDB, RJ) apresentou recurso pedindo a votação do mesmo pelo Plenário, o que paralisou a sua tramitação. Após a sua aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto segue para o Senado.

⁶ Atualmente, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é regulado pelo Decreto nº 1.775, de 08/01/96. A Portaria nº 14, de 09/01/96, do Ministério da Justiça, estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

Constituição Federal bem traduzido a idéia da posse indígena, ao estabelecer que as terras dos índios não são apenas aquelas por eles habitadas em caráter permanente, mas também aquelas 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, tudo segundo os usos, costumes e tradições indígenas.

Não se pode entender a posse indígena de forma restritiva, no seu sentido meramente civilista, sob pena de desrespeito à letra e ao espírito da Constituição. A posse indígena não está limitada à mera ocupação ou exploração econômica da terra. Ela inclui o uso da terra não só para a sobrevivência física do grupo, mas também para a sua sobrevivência cultural. Nas palavras de José Afonso da Silva⁷:

“Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. **Sua posse extrapola da órbita puramente privada, por que não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana.** Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado.”

Usufruto exclusivo das riquezas naturais. Indissociavelmente ligado ao conceito de posse permanente, está o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre os recursos naturais existentes em suas terras tradicionais, incluídas as riquezas do solo, dos rios e dos lagos. *(As exceções ao usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre os recursos naturais de suas terras estão previstas constitucionalmente, e delas se falará em capítulo específico, mais adiante)*

O conceito jurídico de usufruto exclusivo é fundamental à compreensão da legislação que regula a exploração dos recursos naturais das terras indígenas. Segundo o Código Civil, art. 713, o usufruto é o “direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”, e o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acrescidos (art. 716). De acordo com o art. 718 do Código Civil, “o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”.

⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores.

Já o Estatuto do Índio em vigor (Lei 6.001/73) estabelece a seguinte definição do usufruto indígena:

“art. 24 – O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas e utilidades.

par.1º - Incluem-se no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

par.2º - É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.”

Vê-se que o direito de usufruto assegura aos índios a utilização de todos os bens e recursos naturais existentes em suas terras, bem como a possibilidade de explorarem comercialmente tais recursos. Assim, os índios podem usar e fruir de suas riquezas naturais, tanto para seu próprio consumo quanto para suprir as necessidades de consumo de bens de que não dispõem. Podem plantar, criar gado, caçar, pescar, navegar, extrair castanhas e outros alimentos, coletar, fazer roças e aldeias, bem como extrair madeiras e garimpar. Quando tais atividades se destinarem a fins comerciais, entretanto, estarão sujeitos às normas legais específicas, inclusive de natureza ambiental.

O usufruto exclusivo dos índios sobre as riquezas naturais de suas terras deve ser sempre entendido como um benefício aos índios, uma proteção especial, e não como uma restrição às suas atividades produtivas. O direito de usufruto exclusivo se destina a assegurar aos índios meios para a sua subsistência, para que possam se reproduzir, física e culturalmente, e não tolher as suas iniciativas e projetos de auto-sustentação econômica.

O direito de usufruto exclusivo, assegurado constitucionalmente aos índios, implica que estes podem tirar dos recursos naturais de suas terras todos os frutos, utilidades e rendimentos possíveis, desde que não lhe alterem a substância ou comprometam a sua sustentabilidade, para usufruto das futuras gerações. Os índios não podem, entretanto, alienar a terceiros o seu direito de usufruto. Isto não significa, entretanto, que estejam obrigados a gozar direta e imediatamente de seus bens, ou que não possam fazer parcerias ou ser assessorados por terceiros em projetos que visem a exploração de seus recursos naturais.

Os índios não podem, definitivamente, se envolver em projetos que impliquem a perda da posse de suas terras, ou que comprometam a sustentabilidade de seus recursos ambientais, pois estes devem ser preservados para as próximas gerações, por se tratar de direitos coletivos.

A terra indígena, enquanto base do **habitat** de um povo, e a sustentabilidade das riquezas naturais que delas são extraídas, asseguram a reprodução física e cultural das comunidades indígenas. E foi justamente por reconhecer a dependência das comunidades indígenas de seu **habitat** natural, que a Constituição impôs ao Poder Público a obrigação de defender e preservar não só as terras habitadas pelos índios, como também as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art.231, caput).

O jurista Roberto A O Santos⁸, em detalhado parecer sobre a matéria, explica que:

“Deve-se notar que não se pode interpretar a Constituição como se ela tratasse seus destinatários de modo irônico ou desleal, dando, por exemplo, às populações indígenas um presente de grego: outorgar-lhes o usufruto, por um lado, e, por outro, interditar-lhes o gozo das riquezas da terra. O chamado usufruto exclusivo corresponde a modalidade algo distinta na doutrina civil tradicional, mas, no conjunto, suas bases conceituais são idênticas. E, como veremos, esse usufruto não priva o usufrutuário de usar a terra de forma normal. ...

..... É da natureza do instituto a fruição de resultados pela aplicação da coisa – proibida apenas, no caso do índio, a transferência da posse dos bens gravados pelo usufruto. Nada, na história do Direito, faz crer que algum dia se tenha pensado no usufruto como o poder de o usufrutuário gozar direta e imediata, pessoalmente, dos objetos. Na Roma antiga, na Prússia, na França do séc. XIX ou no Brasil de Clóvis Beviláqua, jamais se imaginou o usufrutuário adstrito a pescar ele mesmo nos lagos e consumir em pessoa o pescado, comer ele mesmo as frutas e servir em pessoa ao seu gado o capim das pastagens...

⁸ SANTOS, Roberto A O . “A Parceria Pecuária em Terras Indígenas”. Artigo publicado na coletânea “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, organizado por Juliana Santilli e publicado pelo Núcleo de Direitos Indígenas/Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

O que a Constituição tem em vista, seguramente, é não coonestar nenhum tipo de desenvolvimento do usufruto que implique perda da posse por parte dos índios. Os dois institutos, o usufruto exclusivo e a posse permanente, completam-se e se apoiam reciprocamente. A posse é necessária e deve ser permanentemente afirmada. Mas ela, só, não basta às comunidades indígenas, que precisam empregar as riquezas possuídas na sua própria manutenção, no seu lazer, no desfrute de seus valores culturais e, se o quiserem, na absorção da cultura chamada branca. Por seu turno, o usufruto não é um usufruto qualquer, mas uma variante que preserva todo tempo a posse da terra, base da segurança econômica e do futuro biocultural da sociedade indígena.”

Vê-se, portanto, que o direito de usufruto exclusivo indígena não pode impedir os índios de desenvolver suas próprias atividades produtivas, ainda que com finalidades comerciais. Fundamental é a preservação dos recursos ambientais existentes nas terras indígenas, de forma a assegurar a sobrevivência das próximas gerações, bem como a manutenção da posse e do controle das comunidades indígenas sobre as atividades e projetos desenvolvidos em suas terras, posto que estes devem promover a sua auto-sustentação econômica e ambiental, e não a sua dependência em relação a terceiros. Saliente-se que, em qualquer hipótese, o próprio Estatuto do Índio, em seu art. 8º, parágrafo único, estabelece a nulidade dos atos negociais praticados entre índios e terceiros que lhe sejam prejudiciais, ou cujos efeitos nocivos sejam desconhecidos pelos índios, devido às suas diferenças culturais.

Conforme já dito acima, a Constituição veda a transferência da posse da terra indígena a terceiros, e o art. 24, também já transcrito acima, deve ser entendido em sintonia com o art.18 do Estatuto:

“art. 18 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Par.1º - Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.”

Dentro do conceito de usufruto exclusivo, entretanto, há que se fazer distinções entre o uso de recursos naturais para o atendimento de necessidades internas de uma comunidade indígena, segundo seus usos, costumes e tradições, e a produção de excedentes para comercialização, ainda que vise a sua própria subsistência. Sobre esta distinção, leciona Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁹ que:

“ O usufruto de suas terras (indígenas), segundo seus usos, costumes e tradições, implica na possibilidade de, sem restrições, utilizar os bens e recursos da área. Portanto, os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei, implicariam em inconstitucionalidade.

Por outro lado, as populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental nacional, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis. Assim, a caça somente está permitida para seu consumo interno, se pretenderem vender carne de caça, devem ter criadouros inscritos e autorizados; somente podem vender madeira ou minerais extraídos conforme as normas específicas para tal fim, mas podem fazer roças e aldeias mesmo nas áreas consideradas de preservação permanente”.

Em outras palavras: as atividades tradicionais das comunidades indígenas, voltadas para a sua subsistência ou consumo interno, não estão sujeitas a qualquer restrição ou condicionadas por qualquer autorização do Poder Público. Já as atividades de exploração comercial de recursos naturais dependem do cumprimento das exigências e normas legais específicas, inclusive das normas ambientais aplicáveis.

O conceito de usufruto exclusivo tem implicações jurídicas diretas em relação a atividades garimpeiras e madeireiras em terras indígenas, conforme se verá mais adiante.

Conclusão e recomendações ao PDI - A Constituição assegura às comunidades indígenas os direitos de posse permanente sobre suas terras tradicionais e usufruto exclusivo sobre os recursos naturais nelas existentes.

⁹ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Tese de doutorado. Curitiba, 1997.

O direito de usufruto exclusivo, entretanto, deve ser entendido como um benefício concedido aos índios, para que possam desenvolver suas atividades produtivas utilizando-se de suas riquezas naturais, e não como um empecilho legal ao desenvolvimento de projetos que promovam a sua auto-sustentação econômica e ambiental. As atividades econômicas voltadas para a comercialização, que venham a ser desenvolvidas pelas comunidades indígenas, dependem, entretanto, do cumprimento das exigências e normas legais específicas, sobretudo das leis ambientais.

O usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais de suas terras não impede que os índios realizem parcerias ou sejam assessorados por terceiros na elaboração e desenvolvimento de projetos econômicos em suas terras, desde que não transfiram a posse das mesmas e nem alienem definitivamente o uso ou fruição de suas riquezas naturais.

Garimpagem pelos próprios índios - A garimpagem pelos próprios índios é expressamente permitida pelo Estatuto do Índio:

“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 referidas áreas**”.

A Constituição Federal promulgada em 1988 manteve o usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre os recursos do solo, conforme já explicitado, e, portanto, o art. 44 do Estatuto do Índio foi por ela recepcionado e mantido. É evidente a distinção entre o tratamento constitucional conferido à mineração e ao garimpo. A Constituição trata as duas atividades de forma diferenciada, referindo-se às mesmas em dispositivos diferentes. A mineração é regulada pelo art. 231, par.3º, da Constituição, ao passo que o dispositivo que se refere ao garimpo é o par.7º, que exclui a possibilidade de garimpagem por terceiros em terras indígenas. Portanto, as normas constitucionais que estabelecem condições específicas para a mineração em terras indígenas - necessidade de autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades afetadas e sua participação nos resultados da lavra - obviamente não se aplicam à garimpagem pelos índios.

O Estatuto das Sociedades Indígenas, em tramitação no Congresso Nacional, mantém a mesma orientação, estabelecendo que: “art. 14 - Integram o patrimônio indígena: II - o usufruto exclusivo de todas as riquezas

naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, incluídos os acessórios e os acrescidos e o exercício de caça, pesca, coleta, **garimpagem, faiscação e cata.**”

Já o projeto de lei nº 1.610-A, de 1996, de autoria do senador Romero Jucá, aprovado no Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados¹⁰, que regulamenta a exploração de recursos minerais em terras indígenas dispõe, em seu art. 3º, parágrafo único, que:

“O aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de garimpagem é privativo dos índios, e poderá ocorrer nas áreas delimitadas para este fim por Portaria conjunta do órgão indigenista federal, do órgão gestor dos recursos minerais e do órgão responsável pelo meio ambiente, dispensada a edição da permissão de lavra garimpeira prevista na Lei 7.805, de 18 de julho de 1989”.

A Lei 7.805/89, ao regulamentar o regime de permissão de lavra garimpeira, dispõe expressamente, em seu art. 23, que: “A permissão de lavra garimpeira de que trata esta lei: a) não se aplica a terras indígenas.”

Portanto, não se aplicando às terras indígenas as regras gerais que disciplinam a permissão de lavra garimpeira, normas específicas regulamentando as condições para o exercício de atividades garimpeiras pelos próprios índios devem ser editadas pelo Poder Público. Por outro lado, os índios não podem ser impedidos de exercer um direito (ao usufruto exclusivo de seus recursos naturais, e à própria garimpagem, faiscação e cata, atividades permitidas pela Constituição e pelo atual Estatuto do Índio) devido à ausência de regulamentação legal. As leis em vigor que regulamentam as atividades minerárias simplesmente não dispõem sobre o procedimento e as exigências que as comunidades indígenas devem cumprir para requerer autorização do Poder Público para garimpar em suas terras.

O projeto de lei citado acima, embora reitere expressamente a possibilidade legal de garimpagem pelos próprios índios, e só por eles, delega a competência para sua regulamentação aos órgãos administrativos técnicos: Funai, Dnpm e Ibama deverão editar ato administrativo conjunto, estabelecendo as regras e os procedimentos a serem observados pelas comunidades indígenas interessadas em garimpar em suas próprias terras.

¹⁰ O requerimento para tramitação em regime de urgência deste projeto de lei, até 05/05/98, não havia sido votado pela Câmara dos Deputados.

Conclusão e Recomendações ao PDI - As atividades de faiscação, cata e garimpagem, desenvolvidas pelos próprios índios, são permitidas pelo atual Estatuto do Índio e pela Constituição Federal, que assegura aos índios o direito de usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais do solo de suas terras. Entretanto, inexistem, até agora, regulamentação legal das normas e procedimentos a serem observados pelas comunidades indígenas interessadas em garimpar em suas terras, e a forma como deverão solicitar a autorização do Poder Público (quando se tratar de garimpagem comercial).

Até que exista uma regulamentação legal específica para a garimpagem em terras indígenas, pelos próprios índios, os projetos experimentais de garimpo em terras indígenas devem ser objeto de autorizações *ad hoc*, concedidas pelo DNPM, caso a caso, que deverá ouvir o órgão ambiental, nos termos da legislação pertinente, e que poderá consultar o órgão indigenista sobre os possíveis impactos do projeto de garimpagem sobre a comunidade indígena. A Lei nº 8.876/94, que instituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, estabelece a sua responsabilidade pela autorização de quaisquer atividades minerárias no país, e é ele o órgão encarregado de avaliar tecnicamente os projetos minerários. O órgão indigenista, entretanto, poderá ser ouvido sobre os impactos do projeto sobre a comunidade indígena, emitindo parecer favorável ou desfavorável à sua aprovação, ao qual o órgão mineral não está vinculado.

O DNPM, o IBAMA e a FUNAI poderão ainda designar servidores encarregados de monitorar a execução dos referidos projetos, realizando avaliações e auditorias dos mesmos, de forma a verificar o cumprimento da legislação ambiental, aplicável a qualquer atividade mineral desenvolvida no país. Técnicos independentes de outras instituições poderão também ser contratados para efetuar avaliações e recomendações técnicas específicas, em quaisquer casos em que seja necessário ou útil, e principalmente quando não houver, nos quadros dos referidos órgãos administrativos, técnicos com determinada formação/capacitação, ou quando houver divergência técnica.

Recomenda-se ainda que, os projetos PDI que visam a exploração de recursos minerais garimpáveis sejam objeto de pareceres jurídicos específicos, através de consultores *ad hoc*, que avaliem a observância das normas legais de proteção às comunidades indígenas e aos recursos naturais de suas terras tradicionais, bem como a observância da legislação ambiental. Desta forma, estar-se-á evitando quaisquer dúvidas sobre a sua legalidade, e diminuindo as chances de questionamentos judiciais em torno do projeto.

Garimpagem por terceiros - A Constituição Federal e a legislação ordinária são absolutamente claras em relação à proibição da garimpagem por terceiros dentro de terras indígenas. Nenhuma das disposições constitucionais que procuraram legitimar o garimpo organizado se aplicam às terras indígenas, por expressa ressalva constitucional (art.231, par.7º).

O art. 21, XXV, da Constituição, estabelece que “compete à União estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa”. Já o art. 174, par.3º, estabelece que 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. Em seu par.4º, o artigo 174 estabelece que as cooperativas de garimpeiros 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, da Constituição Federal.

Ocorre que as terras indígenas foram expressamente excepcionadas e excluídas da incidência das normas constitucionais que procuraram legitimar as atividades das cooperativas de garimpeiros. O art. 231, par.7º, da Constituição Federal, estatui que: “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, pars. 3º e 4º”.

A Constituição estabeleceu uma clara distinção no tratamento jurídico dado à mineração e ao garimpo em terras indígenas. Se, por um lado, a mineração por terceiros está sujeita às condições específicas (*de que falaremos em capítulo específico*), por outro lado, o garimpo em terra indígena por terceiros é absolutamente proibido.

Atendendo às normas constitucionais, a Lei nº 7.805/89, ao criar o regime de permissão de lavra garimpeira, dispôs expressamente que:

“art. 23 – A permissão de lavra garimpeira de que trata esta lei: não se aplica a terras indígenas.”

Conclusão e recomendação ao PDI - A realização de atividades garimpeiras por terceiros em terras indígenas é legalmente proibida, e não pode ser autorizada pelo Poder Público, razão pela qual quaisquer projetos visando a implantação de garimpos explorados e controlados por terceiros dentro de territórios indígenas são ilegais.

Da Exploração Florestal Madeireira -

Conforme já salientado anteriormente, a Constituição Federal, em seu art. 231, par.3º, assegura aos índios a posse permanente de suas terras e o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Portanto, a utilização das riquezas do solo de suas terras tradicionais é expressamente permitida aos índios, e, de acordo com o Código Civil, art. 43, I, são bens imóveis: “o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, **compreendendo as árvores e frutos pendentes**”. Não resta dúvida, portanto, que os recursos florestais existentes nas terras indígenas estão entre as riquezas naturais que são objeto do usufruto exclusivo assegurado constitucionalmente aos índios.

Assim, os índios podem usar livremente os recursos florestais de suas terras em atividades tradicionais, voltadas para a subsistência ou consumo interno, podendo cortar árvores para construir casas, fazer utensílios domésticos, móveis, instrumentos de trabalho, cercas, canoas e barcos, e usar seus recursos florestais para quaisquer outros fins que visem proporcionar bem estar à comunidade indígena. No desenvolvimento de suas atividades tradicionais, as comunidades indígenas não estão sujeitas a quaisquer limitações legais, pois a Constituição Federal lhes assegura o reconhecimento de sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” e direitos “originários” sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*). Ao conceituar as terras indígenas, a Constituição lhes assegura ainda não só a habitação de suas terras em caráter permanente como também a sua utilização em atividades produtivas, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, par.1º).

Portanto, não incidem sobre as atividades tradicionais desenvolvidas pelas comunidades indígenas as limitações gerais estabelecidas pelo Código Florestal. O art. 3º do Código Florestal, por exemplo, considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas no topo de morros, montes, montanhas e serras, nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues e em altitudes superiores a 1.800 metros, além de muitas outras florestas de preservação permanente instituídas em seu art.2º ou previstas em seu art.3º. Também a Lei 7.754/89 estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios, proibindo qualquer derrubada de árvores ou desmatamento na área que denomina de “paralelograma de cobertura florestal”. Tais restrições ao corte de florestas, entretanto, não se aplicarão às terras indígenas quando se trate de atividades tradicionais desenvolvidas pelos índios de acordo com seus

usos, costumes e tradições. Assim, podem fazer roças e aldeias mesmo nas áreas de preservação permanente estabelecidas pelo Código Florestal.

Saliente-se, entretanto, medidas suasórias e persuasivas de proteção ambiental (inclusive dos recursos florestais existentes nas terras indígenas) podem e devem ser aplicadas, tendo o Decreto ~~227~~-----regulado a articulação de áreas governamentais visando desenvolver ações de proteção ambiental em terras indígenas. O próprio art. 3º deste decreto salienta, entretanto, que tais ações de proteção ambiental “fundamentar-se-ão no reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições das comunidades indígenas”. Ou seja: as medidas de proteção ambiental às terras indígenas devem respeitar sempre os padrões culturais das comunidades indígenas que nelas vivem, sendo vedada a imposição coercitiva de medidas e sanções administrativas contra práticas tradicionais indígenas.

Diversas são, entretanto, as condições jurídicas para a exploração de recursos florestais de terras indígenas visando a sua comercialização. Tais atividades madeireiras comerciais devem se submeter à legislação ambiental aplicável. Assim, estarão sujeitas a todas as restrições impostas pelo Código Florestal, pela Lei 7.754/89, já citada acima, e pela legislação que regula a exploração de recursos florestais sob a forma de manejo florestal sustentável e proíbe o corte e a comercialização de determinadas espécies.

Antes de falar de tais normas, entretanto, vejamos o que dispõe o Código Florestal a respeito:

“art.3º, par.2º - As florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta lei.”

par.1º - A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.”

Ou seja: a norma do Código Florestal é de que as florestas que estão sujeitas ao regime de preservação permanente só poderão ser cortadas com autorização do Poder Executivo Federal, para a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social. Sem o cumprimento de tais exigências legais, o corte de madeira será ilegal.

Entretanto, a matéria é também tratada no Estatuto do Índio, lei posterior e específica e que, portanto, prevalece sobre o Código Florestal

naquilo que contradiz suas disposições. Vejamos o que diz o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73):

“art. 46 - O corte de madeira nas florestas indígenas consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra g e par.2º do art. 3º do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.”

Vê-se que o Estatuto do Índio prevê a possibilidade de corte de madeira para aproveitamento das terras na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento, sem prever a autoridade responsável pela aprovação de tais projetos (que, de acordo com o Código Florestal, é o “Poder Executivo Federal”), seus requisitos e condições de admissibilidade.

Certo é, entretanto, que: o aproveitamento dos recursos madeireiros em projetos de auto-sustentação econômica desenvolvidos pelas próprias comunidades indígenas é legalmente possível, devido ao direito de usufruto exclusivo que têm sobre os recursos naturais do solo de suas terras. As normas do Estatuto do Índio e do Código Florestal devem ser lidas e interpretadas à luz dos novos princípios consagrados na Constituição.

As atividades madeireiras destinadas à comercialização, entretanto, terão que ser desenvolvidas de acordo com as normas ambientais aplicáveis.

Assim, a exploração florestal em terras indígenas deverá respeitar as áreas de preservação permanente e outras restrições previstas no Código Florestal e em leis esparsas. A exploração das florestas primitivas e demais formas de vegetação arbórea na Amazônia, por exemplo, somente será permitida sob a forma de manejo florestal sustentável, disciplinado pelo Decreto nº 1.282, de 19/10/94, que estabelece, em seu art.1º, par.2º, a seguinte definição:

“Entende-se por manejo florestal sustentável a administração da floresta para obtenção de benefícios econômicos e sociais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo”.

O art. 2º deste decreto estabelece os princípios gerais e fundamentos técnicos que o plano de manejo florestal sustentável deverá seguir:

“I - princípios gerais:

- a) conservação dos recursos naturais;
- b) conservação da estrutura da floresta e de suas funções;
- c) manutenção da diversidade biológica;
- d) desenvolvimento sócio-econômico da região.

II - fundamentos técnicos:

- a) levantamento criterioso dos recursos disponíveis a fim de assegurar a confiabilidade das informações pertinentes;
- b) caracterização da estrutura e do sítio florestal;
- c) identificação, análise e controle dos impactos ambientais, atendendo à legislação pertinente;
- d) viabilidade técnico-econômica e análise das consequências sociais;
- e) procedimentos de exploração florestal que minimizem os danos sobre o ecossistema;
- f) existência de estoque remanescente do recurso que garanta a produção sustentada da floresta;
- g) adoção de sistema silvicultural adequado;
- h) uso de técnicas apropriadas de plantio, sempre que necessário”.

O parágrafo único do artigo citado acima exige que o plano de manejo florestal sustentável seja aprovado pelo Ibama, e dispensa a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, para projetos com área inferior a 2.000 há. É proibido o corte e a comercialização da castanheira *Bertholetia excelsa* e da seringueira *Hevea spp* em florestas nativas, primitivas ou regeneradas, ressalvados os casos de projetos para a realização de obras de relevante interesse público, de acordo com o art.4º. Já o art. 7º estabelece que somente será permitida a exploração a corte raso da floresta e demais formas de vegetação arbórea da bacia amazônica em *áreas selecionadas pelo zoneamento ecológico-econômico para uso alternativo do solo*, entendendo-se como tais aquelas destinadas à implantação de projetos de colonização, de assentamento de população, agropecuários, industriais, florestais, de geração e transmissão de energia, de mineração e de transporte. Já a exploração a corte raso somente será permitida mediante a emissão de autorização de desmatamento, e o art.9º obriga à reposição florestal a pessoa física ou jurídica que explore, utilize, transforme ou consuma matéria-prima florestal.

O governo federal editou também uma medida provisória (reeditada sucessivas vezes em 97) modificando o art.44 do Código Florestal, que exigia

que 50% da superfície das propriedades rurais da região Norte e da parte norte da região Centro-Oeste fossem preservados. Pela medida, “nas propriedades onde a cobertura arbórea se constitui de fitofisionomias florestais, não será admitido o corte raso em pelo menos 80% dessas tipologias florestais”. O pacote amazônico do governo FHC incluiu também a suspensão de novas autorizações para o corte de mogno e virola por 2 anos.

Portanto, os empreendimentos florestais em terras indígenas que visem a comercialização deverão respeitar todas essas disposições aplicáveis da legislação florestal.

Saliente-se que o projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas, em tramitação no Congresso Nacional, dedica um capítulo específico à regulamentação da exploração florestal madeireira, assim disciplinando a matéria:

“art. 104 - O aproveitamento dos recursos naturais florestais para exploração madeireira em terras indígenas somente poderá ser realizado através do manejo florestal em regime de rendimento sustentado, por empreendimentos integralmente coordenados e implementados por comunidades indígenas, nas respectivas áreas que ocupam, ou por suas organizações, desde que atendidas as seguintes condições:

I - estar a terra indígena com os limites oficialmente declarados e livre de turbação;

II - realização de prévio zoneamento ecológico integral da terra indígena, especificando a parte a ser explorada, definindo as áreas por eles habitadas em caráter permanente, as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar, e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições;

III - limitação da área objeto da exploração a no máximo 20% (vinte por cento) do total da terra indígena;

IV - elaboração e fiel cumprimento de um plano de manejo que contemple a conservação dos recursos naturais e inclua a caracterização da estrutura e do sítio florestal, o levantamento dos recursos existentes, o estoque remanescente do recurso de forma a garantir a produção sustentada e a definição de sistemas silviculturais adequados e de técnica de exploração que minimizem os danos sobre a floresta residual;

V - apresentação do sistema de exploração ou plano de aproveitamento florestal com micro-zoneamento da área de exploração, contendo inventário total a 100%, número e localização das árvores, estimativa exata de volume,

configuração do terreno, natureza do solo, planimetria, planificação de vias de acesso, detalhamento da infra-estrutura e operações de corte que comporão o plano de aproveitamento;

VI - aprovação do zoneamento, do plano de manejo e do plano de exploração de que tratam os incisos II, IV e V, respectivamente, por comissão formada por representantes e constituída em ato conjunto dos órgãos indigenista e de proteção ambiental da União;

VII - anotação de responsabilidade técnica junto ao CREA do responsável pela elaboração e execução do plano de manejo e do plano de aproveitamento;

VIII - apresentação do laudo antropológico especificando as implicações sócio-econômicas e culturais para as comunidades envolvidas e as medidas para seu monitoramento e redução ou afastamento de efeitos negativos;

IX - fiscalização regular e periódica da execução do plano de manejo por ação conjunta dos órgãos indigenista federal e de proteção ambiental da União;

X - utilização dos recursos obtidos na comercialização dos produtos florestais explorados em projetos de interesse de toda a comunidade indígena ocupante da área.

Par.1º - As atividades de que trata este artigo não comprometerão a existência e utilização futura dos recursos naturais, bem como as demais atividades produtivas desenvolvidas pelas comunidades indígenas.

Par.2º - O zoneamento previsto no inciso II deverá conter informações sobre a estratificação vegetal, hidrografia, banhados, solo, topografia, rede viária, área a ser manejada, localização das unidades amostrais e outras informações científicas pertinentes.

Par.3º - O plano de manejo previsto no inciso IV especificará os objetivos e justificativas sociais, técnicas e econômicas do manejo florestal, caracterização do meio físico, biológico e sócio-econômico, inventário florestal com indicação das parcelas, estudo de regeneração, índice de biodiversidade e modelo de monitoramento, avaliação e análise dos tratamentos silviculturais aplicados.

Par.4º - O descumprimento do plano de manejo e do plano de exploração previstos nos incisos IV e V implicará na imediata interdição do empreendimento, por ato administrativo ou judicial, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal pelos danos eventualmente causados.

Par.5º - O Ministério Público Federal poderá determinar, a qualquer tempo, a realização de perícias para atestar o cumprimento das condições estabelecidas para as atividades previstas neste artigo.

Par.6º - Os órgãos públicos e seus dirigentes, responsáveis pela fiscalização de que trata o inciso IX, responderão cível e criminalmente em caso de omissão.

Par.7º - Os representantes de organizações ou comunidades indígenas responsáveis pelos empreendimentos previstos neste artigo responderão pelo cumprimento do disposto no inciso X e deverão ressarcir a comunidade indígena em caso de danos ou prejuízos deles decorrentes.

Par.8º - Não se aplica o previsto neste artigo à utilização de madeira para consumo próprio ou subsistência das comunidades.

art. 105 - O aproveitamento comercial de florestas plantadas, não vinculadas à reposição florestal, em áreas indígenas, estará sujeito aos procedimentos estabelecidos pelo órgão de proteção ambiental da União para todo território nacional.

Art. 106 - A comercialização de madeira desvitalizada existente em áreas indígenas estará condicionada a perícia técnica efetuada pelos órgãos indigenista federal e de proteção ambiental da União, que atestarão que sua desvitalização não foi intencional.

Par.1º - Comprovada em perícia a prática de atos intencionais que resultem na desvitalização da madeira, esta deverá ser leiloada em hasta pública, sendo os recursos revertidos aos cofres públicos.

Par.2º - Os casos que não se aplicam ao disposto no parágrafo anterior, terão sua comercialização sujeita aos procedimentos estabelecidos pelo órgão de proteção ambiental da União para todo território nacional.

Par.3º - Os recursos provenientes do aproveitamento da madeira desvitalizada deverão ser revertidos em benefício de toda a comunidade, através de um plano de aplicação.

Par.4º - O plano de aplicação a que se refere o parágrafo anterior deverá ser acompanhado pelo órgão indigenista federal.”

Vê-se que a matéria encontra-se detalhadamente regulada no projeto de lei e que este, uma vez aprovado pelo Congresso e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se lei, sanará boa parte das lacunas legais atualmente existentes. Enquanto tal regulamentação legal é omissa,

entretanto, recomenda-se a expedição de autorizações *ad hoc*, para cada caso concreto, pelo órgão ambiental federal (Ibama), que deverá ser responsável pelo monitoramento, avaliação e fiscalização do cumprimento da legislação florestal pertinente. As comunidades indígenas não poderão ser privadas de exercer o direito ao usufruto exclusivo de suas riquezas naturais, e de desenvolver projetos próprios de auto-sustentação econômica devido à ausência de uma regulamentação legal do procedimento a ser observado para a emissão de autorização do Poder Público Federal para seus empreendimentos florestais. Assim, a autorização para exploração florestal deve ser emitida pelo Ibama (devido às suas competências institucionais estabelecidas em lei), caso a caso, após uma avaliação técnica do plano de manejo florestal.

Saliente-se, finalmente, que a exploração florestal realizada por terceiros em áreas indígenas viola flagrantemente o direito de usufruto exclusivo assegurado constitucionalmente às comunidades indígenas. Tal conduta ilegal é passível de ser responsabilizada tanto no plano administrativo (através de multas, apreensões e outras sanções administrativas impostas pelo Ibama¹¹), quanto no plano cível (pagamento de indenizações às comunidades indígenas¹²) e no plano criminal (condenação pelos crimes de furto, roubo, extorsão, etc. conforme o caso). Não se confunda, entretanto, a exploração madeireira realizada por terceiros com os empreendimentos florestais realizados e coordenados pelos próprios índios, em que estes são assessorados tecnicamente por terceiros, ou contratam serviços que não têm condições de realizar pessoalmente, plenamente legais.

Já os contratos de madeira assinados por índios com terceiros, permitindo-lhes o ingresso e a retirada indiscriminada e predatória de

¹¹ Conforme salientado em capítulo próprio sobre a matéria, com a edição da nova lei de crimes ambientais, o Ibama passou a dispor de sólida base legal para punir os infratores da legislação ambiental, inclusive florestal, aplicando multas e outras sanções administrativas.

¹² A Comunidade Indígena Nambiquara logrou vitória judicial em duas ações indenizatórias, movidas com a assessoria dos advogados do Núcleo de Direitos Indígenas, contra madeireiros invasores de suas terras (Anilton Pompermayer e Marco Antônio Bogaski), situadas no Mato Grosso. A Justiça Federal julgou, em sentenças definitivas, procedentes os pedidos formulados pelos índios, condenando os madeireiros a indenizar os índios pelos prejuízos que lhes foram causados pela exploração madeireira ilegal em suas terras e a arcar com todos os custos necessários à elaboração e execução de projetos de reflorestamento das áreas desmatadas pelos madeireiros. Em outra iniciativa judicial do Núcleo de Direitos Indígenas, que moveu uma ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente contra três madeireiras do Pará (Perachi, Maginco e Impar), a Justiça Federal determinou a suspensão de todas as atividades madeireiras ilegais em terras indígenas, bem como a interdição das estradas e ramais clandestinos e pistas de pouso abertas ilegalmente dentro das mesmas.

Para informações mais detalhadas sobre tais casos submetidos ao Judiciário, consulte: "A Defesa dos Direitos Indígenas e o Poder Judiciário - Ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas", coletânea de peças processuais organizada por Ana Valéria Araújo e publicada pelo Instituto Socioambiental. 1995.

madeira, em troca de alguns bens, serviços ou pagamento irrisório, com evidentes prejuízos econômicos, são também ilegais, pois violam o direito de posse permanente dos índios sobre suas terras e de usufruto exclusivo de seus recursos naturais, já que, na sua implementação, o uso e fruição destes é transferido a terceiros, sem qualquer controle efetivo pelas comunidades indígenas. Além disso, tais contratos são inconstitucionais porque comprometem a existência e utilização futura dos recursos ambientais das terras indígenas, bem como o desenvolvimento de outras atividades produtivas pelas comunidades indígenas.

À luz do Estatuto do Índio, art. 8º, parágrafo único, tais contratos são nulos, e não produzem consequências jurídicas, quando os índios que os assinam não tenham consciência da extensão de seus efeitos, ou quando simplesmente lhes sejam prejudiciais, como é o caso da esmagadora maioria de tais negócios. À luz do Direito Civil e dos princípios gerais de Direito, tais contratos são, via de regra, flagrantemente leoninos, pois os madeireiros levam todas as vantagens, ou a maioria delas, em detrimento da comunidade indígena envolvida, o que caracteriza, por si só, a sua ilegalidade.

À luz da legislação ambiental, a exploração de recursos florestais sem a necessária aprovação, pelo Ibama, de plano de manejo florestal sustentável, e de Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto Ambiental (quando se tratar de áreas superiores a 2.000 hectares), e sem o atendimento das demais exigências da legislação florestal, é também absolutamente ilegal.

O Poder Judiciário também já se pronunciou sobre a ilegalidade de contratos firmados por administrações passadas da Funai que autorizavam madeireiras de Mato Grosso e Rondônia a retirar milhares de metros cúbicos de madeira de lei de terras indígenas em troca de bens (tratores, veículos, etc.) e de serviços (construção de escolas, estradas, postos de enfermagem, etc.), serviços estes que são de responsabilidade do próprio Poder Público. Tais contratos, antes mesmo de serem declarados nulos pelo Poder Judiciário, foram administrativamente rescindidos.

Conclusão e recomendações ao PDI - Os recursos florestais existentes nas terras indígenas são de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que nelas vivem, e que podem utilizá-los livremente para suas práticas e atividades tradicionais voltadas para a subsistência ou consumo interno. Quando a exploração florestal visar a comercialização, entretanto, deve se submeter às normas da legislação florestal e ambiental em vigor. Como o procedimento a serem observado pelas comunidades indígenas interessadas em desenvolver projetos de exploração florestal não encontra-se

legalmente regulamentado (havendo proposta neste sentido no projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas), recomenda-se que tais projetos sejam objeto de autorizações *ad hoc*, concedidas em cada caso concreto pelo órgão ambiental federal (Ibama), que deverá fazer uma avaliação técnica do plano de manejo florestal apresentado e poderá consultar o órgão indigenista sobre o impacto do projeto sobre a comunidade indígena, pedindo-lhe que emita um parecer sobre o mesmo, ao qual o órgão ambiental não está legalmente vinculado.

Recomenda-se ainda que o PDI tenha, em seu quadro de consultores, técnicos da área jurídica com condições de avaliar o cumprimento da legislação ambiental aplicável pelos projetos a serem financiados.

Caracterização sintética e avaliação das experiências Waiãpi e Kaiapó para subsidiar a indicação de recomendações para a prevenção de dificuldades jurídicas na implantação do PDI.

1. Kaiapó

Breve Histórico

O caso do índios Kaiapó é bastante indicativo das situações em que a natureza das relações de contato resultaram em processos crônicos de exploração predatória de recursos naturais, com o envolvimento direto dos índios. Interessa enfocar aqui, especialmente, a trajetória dos Gorotire, principal sub-grupo Kaiapó, que ocupam a bacia do Rio Fresco, afluente do Xingu, situada no sudeste do estado do Pará, próxima à cidade de Redenção.

Os Kaiapó se auto-denominam Mbemgokrê (gente) e há denominações específicas de vários subgrupos, resultantes de processos de ruptura historicamente distintos, como os Txucarramãe, os Kubenkokre, os Kararaô e os Xikrin, assim como foi distinta a forma de contato e a trajetória específica de cada sub-grupo. Os primeiros registros de conflitos entre os Kaiapó e grupos de expansão da sociedade envolvente se registraram na região do Araguaia, o que indica que, historicamente, ocupavam uma vasta região do Planalto Central que incluía regiões de cerrado a leste do Xingu.

Os Kaiapó são guerreiros temidos, tanto pelos demais povos indígenas como pelas frentes de colonização que com eles mantiveram contatos diretos. E, assim, as primeiras relações de contato foram marcadas pela guerra. Os Gorotire, especificamente, só foram pacificados na virada para os anos 80,

ainda na vigência plena do regime militar que governou o Brasil de 64 a 85. Os Gorotire haviam atacado a Fazenda Espadilha e o Garimpo de Maria Bonita, pontas de lança de ocupação colonial sobre o seu território. Dispondo de contingente militar relativamente pequeno, expulsaram cerca de dez mil garimpeiros de Maria Bonita. O conflito mobilizou o governo militar, sertanistas da Funai foram acionados e o SNI, Serviço Nacional de Informações, coordenou o processo de contato com os Gorotire, que resultou numa espécie de acordo de paz, não assumido explicitamente como tal. Por ele, os Gorotire aceitariam a presença de garimpeiros (e, a seguir, madeireiros) nas suas terras, receberiam royalties pela exploração dos recursos naturais e teriam suas terras oficialmente reconhecidas e demarcadas pelo governo.

Esse acordo gerou um programa oficial de governo, denominado Projeto Cumaru, fisicamente instalado pouco além dos limites reconhecidos para a Terra Indígena Kaiapó (uma das que atualmente compõem o polígono contíguo de terras Kaiapó), e que hoje constitui uma cidade, sede do recém criado município de Cumaru do Norte. Ali foram instaladas representações do DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral, da PF - Polícia Federal, da CEF - Caixa Econômica Federal, de modo que toda a movimentação de pessoas e de dinheiro envolvendo a exploração dos recursos naturais da terra indígena se fazia de forma oficial, em flagrante violação ao direito de usufruto exclusivo dos índios a estes recursos, já reconhecidos pela Constituição brasileira. Neste contexto foram realizados os primeiros contratos de exploração do mogno, promovidos pela Funai.

A seguir, enquanto chegava ao fim o regime militar, o Projeto Cumaru também foi se desmoronando, com a retirada estratégica do governo federal frente à progressiva degradação das áreas de garimpo. Havia conflitos crescentes entre os índios e os representantes oficiais, por conta do financiamento do aparato governamental com os recursos dos royalties dos índios. Os índios passaram, então, a assumir diretamente os contratos com madeireiros e garimpeiros. Nos primeiros dias do governo Sarney, foi homologada a Terra Indígena Kaiapó, com mais de 4 milhões de hectares, a maior conquista territorial indígena até então, correspondente ao pagamento dos militares relativo ao acordo de paz com os Gorotire.

Não é o caso de aprofundar aqui a análise do modelo que, a seguir, vai se espalhar por quase todos os demais sub-grupos Kaiapó, assim como por outros grupos indígenas da região e de outras regiões do Brasil. O que vale registrar é o seu caráter eminentemente oficial que, após a Constituição de 88, será considerado ilegal, embora já o fosse desde a sua implantação.

Também não é o caso de detalhar, mas apenas registrar, que o modelo teve impactos violentíssimos sobre a sociedade Kaiapó e sobre as condições ambientais e sanitárias das suas terras.

No entanto, a polêmica a respeito da exploração predatória dos recursos naturais dos Kaiapó é muito mais recente, e surge na grande mídia como se fosse novidade, em contraponto à associação entre a questão indígena e a defesa do meio ambiente, associação simbólica que havia se fortalecido após a realização do Encontro de Altamira, reunião convocada pelos Kaiapó contra a construção de hidrelétricas em seus territórios, e após a campanha de denúncias contra a invasão garimpeira da Terra Indígena Yanomami, ainda no final dos anos 80, e a seguir, na conjuntura nebulosa pós-eleição de Collor e pré-realização da UNCED-92 no Rio de Janeiro.

É também só depois da promulgação da Constituição de 88 que o Ministério Público Federal, fortalecido nas suas competências relativas à defesa dos direitos indígenas, e algumas ONGs, como o NDI -Núcleo de Direitos Indígenas¹³, passaram a questionar judicialmente os contratos ilegais de exploração de minérios e de madeiras em terras indígenas. Foi após a posse de Sydney Possuelo na Presidência da Funai, em junho de 91, que o órgão passa a reconhecer a ilegalidade e a lesividade dos contratos de exploração de recursos naturais que havia promovido nos anos anteriores. Foi após a Rio 92 que as ONGs se articularam em campanhas internacionais para a denúncia da exploração predatória do mogno na Amazônia brasileira. A reação ao modelo implantado entre os Kaiapó dá-se mais de uma década após, quando ele próprio já dava claros sinais de decadência, mas quando já estava fortemente cristalizado entre os índios, tendo disseminando entre eles relações de dependência de inúmeros bens de consumo da nossa sociedade.

Durante a implantação do modelo oficial predatório, os governos militares e o governo Sarney editaram portarias e se valeram de formulações constantes da legislação para lhe darem respaldo. Esses atos estabeleciam, na verdade, cláusulas inconstitucionais de exceção ao direito de usufruto exclusivo já reconhecido aos índios pela Constituição de 69. Com a abertura democrática e a Constituição de 88, essas portarias passaram a ser questionadas judicial e administrativamente, demonstrando a ilegalidade do modelo predatório, até então ignorado pelo grande público dentro e fora do país. Os dispositivos legais, tais como os constantes do Estatuto do Índio e do

¹³ Em abril de 94, o Núcleo de Direitos Indígenas - NDI- se fundiu com o Programa Povos Indígenas no Brasil, do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI), e, com a agregação de outros profissionais com formação e experiência na luta por direitos sociais e ambientais, foi fundado o Instituto Socioambiental -ISA.

Código Florestal, passaram a ser interpretados nos termos da Constituição promulgada em 1988.

No entanto, até o momento não se estruturaram novos paradigmas jurídicos capazes de disciplinar, com a necessária clareza, as condições constitucionalmente válidas para a exploração de recursos naturais em terras indígenas, especialmente quanto à exploração de madeiras e minérios pelos próprios índios, no exercício do seu legítimo direito de usufruto exclusivo.

Assim, a exploração predatória dos recursos naturais nas terras Kaiapó prossegue, bem como em muitas outras terras indígenas, em situação de ilegalidade, apesar da eventual repressão dos órgãos públicos, como o Ibama e a Funai. Dada a flagrante ineficácia da fiscalização e da impossibilidade, mesmo, de resolver a questão exclusivamente na lógica do exercício do poder de polícia, a tendência é que prossiga até que alguma alternativa ambiental e legalmente viável se estabeleça, ou até que os recursos objeto da exploração estejam definitivamente exauridos. A necessidade de geração de excedentes econômicos para os índios é irreversível.

É preciso considerar que a partir do primeiro contato que, aliás, se dá pela oferta de bens de consumo como facões, panelas e outros utensílios sabidamente desconhecidos e úteis aos índios isolados, e até por conta da introdução de novas necessidades impositivas, como assistência contra novas doenças, instauram-se, efetivamente, novas necessidades que não podem ser resolvidas no contexto das suas economias pré-contato, por maior que seja a extensão do seu território e mesmo que ele esteja adequadamente demarcado. Ou essa demanda é atendida pelo Estado, ou os próprios índios terão que buscar alternativas econômicas próprias.

Na medida em que as relações de contato se aprofundam, seja em relação a cada grupo indígena, seja em relação ao crescente conjunto de povos e grupos existentes e em contato com o estado-sociedade nacional, essa demanda vai crescendo de forma exponencial. Paralelamente, também se aprofunda a crise do Estado, e não há horizonte à vista para a sua solução. Assim, a incapacidade do Estado de atender a essas novas e crescentes necessidades dos índios tornou-se crônica, restando aos índios seguir adiante na associação ilícita ao modelo predatório ou buscar novas alternativas. Esse é o impasse que atualmente caracteriza a situação dos Kaiapó e de vários outros povos indígenas, que foram prolongadamente envolvidos no modelo predatório de exploração de recursos naturais de suas terras.

Assim como foi uma política deliberada de governo que implantou o referido modelo predatório, é de se supor que somente uma outra política de governo poderá ter a amplitude necessária para superar o impasse. No

entanto, essa política, bem como uma nova legislação, ainda não estão consolidadas. E até que estejam consolidadas, resta aos índios que estejam interessados em perseguir soluções legal e ambientalmente viáveis, a busca de procedimentos *ad-hoc* que permitam um reconhecimento formal jurídico-administrativo, essencial para a estabilidade de qualquer empreendimento econômico.

2. A experiência do manejo florestal sustentável na Terra Indígena Xikrin do Cateté

Uma primeira experiência de manejo florestal está sendo realizada pelos índios Xikrin do Cateté, sub-grupo Kaiapó que ocupa território próprio situado mais ao norte que o polígono de terras contíguas Kaiapó. Da mesma forma que seus demais parentes, os Xikrin sofreram o processo de esbulho dos seus recursos naturais durante vários anos, mas decidiram se associar a ongs e outras instituições para acionar judicialmente as empresas madeireiras que atuavam na área e para formular projetos próprios de gestão econômica dos seus recursos naturais, inclusive madeireiros.

Foram assessorados pelo ISA, Instituto Socioambiental, para a formulação e viabilização desse plano, e reuniram em torno dele o apoio de diversas outras instituições públicas e privadas, como o Banco Mundial e a Companhia Vale do Rio Doce.

A partir de maio de 96, um Plano de Manejo dos Recursos Florestais da Terra Indígena Xikrin do Cateté foi submetido pela Associação Bép-Nói, representativa da comunidade Xikrin, a procedimento autorizativo *ad-hoc* junto ao Ibama, à Funai e aos respectivos ministérios a que esses órgãos estão subordinados. Muitas polêmicas cercaram a tramitação desse projeto na burocracia federal, devido à inexistência de procedimentos legais e administrativos que orientem o exercício do usufruto exclusivo pelos índios. Em 17/04/96, os presidentes da Funai e do Ibama assinaram uma portaria conjunta (de nº 574) dos dois órgãos autorizando, em caráter piloto e experimental, a execução desse Plano de Manejo. Nomearam, ainda, uma comissão presidida pelo Chefe do Departamento de Recursos Florestais da Diretoria de Recursos Naturais Renováveis do Ibama e formada por representantes dos dois órgãos e de duas outras instituições (o Instituto do Homem e do Meio Ambiente-IMAZON e a Associação Brasileira de

Antropologia-ABA), encarregados de acompanhar a execução do plano. O manejo florestal da terra Xikrin começou a ser executado em abril de 98.

No entanto, esse caso específico está longe de se converter em solução para o problema da exploração predatória de madeira. Grupos indígenas sem assessoria especializada não teriam condições de superar as dificuldades de acompanhamento burocrático das soluções *ad-hoc*. Eles necessitam de aportes externos e assessoria jurídica para poderem viabilizar os seus projetos. O custo adicional técnico, político e financeiro imposto pelas soluções *ad-hoc* dificultaria a sua reprodução. A disseminação em escala dos êxitos que venham a ser observados nessa experiência dependerá do estabelecimento de normas claras, objetivas, acessíveis e não onerosas para que outros grupos indígenas possam empreender autonomamente outras experiências similares, no exercício pleno dos seus direitos legalmente reconhecidos de usufruto dos recursos florestais de seus territórios.

Conclusão e Recomendação ao PDI - Enquanto não houver normas legais e administrativas claras regulamentando o procedimento de autorização do Ibama para atividades de exploração madeireira em terras indígenas, os projetos desta natureza necessitarão de autorizações *ad hoc*, que demandam tramitação complexa e assessoria especializada, inclusive jurídica, que deve ser provida pelo PDI.

2. Waiãpi

Em relação à exploração de minérios - ao garimpo indígena - o projeto mais polêmico e inovador é o que envolve os índios Waiãpi, do estado do Amapá.

O povo Waiãpi vive no centro-oeste do estado do Amapá e teve o seu território tradicional demarcado por eles próprios em parceria com o CTI - Centro de Trabalho Indigenista, com recursos da cooperação internacional. A Terra Indígena Waiãpi foi homologada em 96 por decreto presidencial.

No final dos anos 80, contemporaneamente às invasões da Terra Indígena Yanomami, o território Waiãpi também foi invadido por milhares de garimpeiros. As atividades ilegais de extração de ouro se instalaram e permaneceram no território indígena sem que houvesse, nesse caso, o mesmo nível de envolvimento dos índios que ocorrera em relação aos Kaiapó. Índios de contato mais recente, os Waiãpi sofreram duras perdas com a invasão

garimpeira e se insurgiram contra ela. No início dos anos 90, conseguiram expulsar os garimpeiros das suas terras.

A partir da experiência da invasão e das vivas repercussões da expulsão dos garimpeiros - que reivindicavam fora da área o direito de retornarem a ela - os Waiãpi avaliaram que se não assumissem diretamente a exploração do ouro existente no seu território, fatalmente, mais cedo ou mais tarde, esse ouro voltaria a ser explorado por terceiros, no contexto de futuras invasões. Ocuparam, então, os barrancos abandonados pelos garimpeiros expulsos e passaram a praticar uma espécie de garimpagem sazonal, de baixo impacto, sem o uso do mercúrio, que vem produzindo alguma quantidade de ouro, utilizado pelos Waiãpi como moeda para aquisição de bens de consumo básico na região.

São claras as referências legais que atribuem aos grupos indígenas ocupantes o direito exclusivo à cata, à faiscação e à garimpagem em suas terras, constantes do Estatuto do Índio e do Código de Mineração¹⁴. Mas não são claros os procedimentos administrativos pertinentes, já que a Lei 7.805/89, que cria o regime de permissão de lavra garimpeira, expressamente não se aplica às terras indígenas.

Na ausência de definição sobre os procedimentos legais pertinentes, e querendo assumir legalmente o seu intento, os Waiãpi requereram direitos de pesquisa mineral junto ao DNPM com o intuito de expressar disposição de disputar esses direitos frente a outros requerentes. Para superar obstáculos burocráticos para a concessão administrativa desses direitos, os quais já não subsistem na legislação atual, juntaram documentos que se prestaram a questionamentos judiciais.

Enquanto isso, prosseguiram as atividades de garimpagem informal. E solicitaram, através da assessoria do CTI, a formulação de projeto paralelo pelo qual se pudesse captar recursos para viabilizar um garimpo de caráter diferenciado, através da recuperação de áreas anteriormente degradadas pelos garimpeiros, na medida em que o resto do ouro ia sendo aproveitado pelos índios. Esse projeto foi formalmente apresentado ao PDA, componente do PP-G7 que financia projetos demonstrativos comunitários. O projeto foi aprovado no âmbito do PDA, mas teve a sua execução suspensa por liminar da Justiça Federal do Amapá. Os questionamentos se referem ao fato de que o projeto de recuperação de áreas degradadas teriam como sub-produtos o mercúrio e o ouro desperdiçados pelos garimpeiros, o que caracterizaria

¹⁴ Sobre tais dispositivos legais, já falamos em capítulo próprio sobre a Garimpagem em Terras Indígenas pelos próprios índios

produção mineral *strictu-sensu*, o que pressuporia procedimento administrativo de autorização, não havido (e nem definido normativamente).

A situação atual é de impasse. O garimpo informal Waiãpi prossegue. O projeto de recuperação de áreas degradadas está judicialmente paralisado, e os Waiãpi continuam impedidos de exercer plena e formalmente um direito que a lei expressamente lhes reconhece (o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais do solo, existentes em suas terras).

Vale lembrar que há registro de, pelo menos, uma dezena de outros garimpos indígenas informais em outras partes do país. Evidentemente, é mais do que necessário definir os procedimentos administrativos pertinentes para que os índios possam desenvolver as atividades de exploração dos recursos minerais garimpáveis existentes em suas terras com a certeza de sua regularidade formal e administrativa, com a assessoria dos parceiros que escolherem para tanto.

Conclusão e recomendação ao PDI - Até que esteja regulamentado o procedimento legal para a concessão, pelo Poder Público, de autorização administrativa para a garimpagem em terras indígenas, os projetos do PDI que busquem realizar atividades desta natureza devem requerer autorizações *ad hoc*, e necessitarão de assessoria técnica especializada, inclusive jurídica.

Utilização dos recursos hídricos (pelos próprios índios) - Pacífica é a possibilidade legal de utilização dos recursos hídricos existentes nas terras indígenas, pelos próprios índios e comunidades indígenas, que podem não só navegar e pescar, atividades tradicionais, como também desenvolver projetos visando explorá-los economicamente, como a piscicultura comercial (desde que cumpridas as exigências legais específicas, e a legislação ambiental aplicável, conforme já salientado anteriormente).

O direito de usufruto exclusivo assegurado às comunidades indígenas pela Constituição abarca as **riquezas dos rios e dos lagos** existentes nas terras indígenas, conforme o art.231, par.2º, já citado. Já o Estatuto do Índio estabelece a seguinte definição do usufruto indígena sobre as suas águas:

“art. 24 – O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas e utilidades.

Par.1º - Incluem-se no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.”

Saliente-se, entretanto, que entre as exceções ao usufruto indígena previstas no art.231, par.3º da Constituição, estão, além da mineração por terceiros, o “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos”. *(Sobre tais exceções, entretanto, se falará em capítulo específico, mais adiante).*

Conclusão e recomendação ao PDI - O direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre os recursos naturais de suas terras inclui o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais que atravessam as terras indígenas, que podem utilizá-los para suas atividades tradicionais ou para desenvolver projetos econômicos; na segunda hipótese, tais projetos devem cumprir a legislação aplicável, inclusive de natureza ambiental.

Caça, pesca, coleta de frutos, atividades agropecuárias e extrativas -

De acordo com o art. 24 do Estatuto do Índio, já transcrito anteriormente, é garantido aos índios o exclusivo exercício da caça e da pesca nas suas terras tradicionais. Os recursos da caça e da pesca estão também compreendidos no conceito de usufruto exclusivo, e portanto, podem ser explorados pelas comunidades indígenas. Tal dispositivo é complementado pelo art. 18 do Estatuto do Índio, que assim dispõe:

“art. 18 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Par.1º - Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.”

Saliente-se que os índios, no desenvolvimento de tais atividades, podem se beneficiar de incentivos estabelecidos pela política agrícola nacional, como o crédito rural. É o que estatui expressamente a Lei nº 8.171/91, que dispõe sobre a política agrícola:

“art. 49 - O crédito rural terá como beneficiários produtores rurais extrativistas não predatórios e **indígenas**, assistidos por instituições competentes, pessoas físicas ou jurídicas que, embora não conceituadas como produtores rurais, se dediquem às seguintes atividades vinculadas ao setor:

I - produção de mudas ou sementes básicas, fiscalizadas ou certificadas;

II - produção de sêmen para inseminação artificial e embriões;

III - atividades de pesca artesanal e aquicultura para fins comerciais;

IV - atividades florestais e pesqueiras”.

Conclusão e recomendações ao PDI: Não resta qualquer dúvida quanto à possibilidade jurídica de os índios caçarem, pescarem, coletarem frutos ou desenvolverem atividade agropecuária ou extrativa em suas terras. Entretanto, se pretenderem vender carne de caça, por exemplo, devem ter criadouros inscritos e autorizados, e o mesmo se diga em relação à piscicultura comercial. Suas atividades comerciais devem atender as exigências legais específicas. Os projetos econômicos financiados pelo PDI devem estar atentos ao cumprimento da legislação ambiental aplicável, e recomenda-se a contratação de consultores jurídicos **ad-hoc** para emitir pareceres sobre a legalidade de tais atividades em cada caso concreto, naqueles em que haja aspectos jurídicos controversos.

Os projetos financiados pelo PDI podem prever a possibilidade de os índios se associarem a terceiros para o desenvolvimento de tais atividades, inclusive através de parcerias, bem como contratar empregados e técnicos especializados, devendo-se entender como “pessoa estranha” às comunidades indígenas aquela que não está por ela autorizada. Conforme salienta Roberto Santos¹⁵, já citado, “o usufruto não obriga o índio a lavrar com suas mãos a terra e cuidar com seus braços do gado”, e “o assalariamento de terceiros pelo índio não oferece dificuldade nenhuma”.

Importante é, entretanto, que tais atividades não restrinjam o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena, e que esta continue permanentemente com os índios. Por esta razão, são legalmente proibidos o arrendamento e a locação de terras indígenas.

¹⁵ SANTOS, Roberto A. O. “A Parceria Pecuária em Terras Indígenas”, na coletânea “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, organizada por Juliana Santilli e publicada pelo Núcleo de Direitos Indígenas/Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

Acesso e exploração de recursos biológicos e genéticos existentes em terras indígenas. Conhecimentos tradicionais indígenas associados à biodiversidade.

Antes de entrar na abordagem jurídica do tema, é importante destacar alguns dados que dimensionam as potencialidades estratégicas de exploração do patrimônio biogenético brasileiro, e da importância dos conhecimentos tradicionais indígenas como porta de acesso a este.

O Brasil é um dos países da chamada megadiversidade, abrigando formações naturais como cerrado, pantanal, caatinga, campos e mais de 3,5 milhões de km² de florestas tropicais (30% das existentes no mundo), na Amazônia e na Mata Atlântica, onde estão concentradas mais de 50% de espécies (da fauna e da flora). Associada à sua rica biodiversidade, está o seu extenso patrimônio sociocultural. Existem no território brasileiro 206 povos indígenas, sendo a sua maior parte formada por microssociedades (34% destes povos têm uma população de até 200 indivíduos), falando cerca de 170 línguas diferentes. Além disso, 98% da extensão das terras indígenas está situada na Amazônia, onde vive cerca de 60% da população indígena¹⁶.

Dos 120 componentes ativos isolados de plantas e amplamente utilizados pela medicina atualmente, 74% apresentam uma correlação positiva entre o seu uso terapêutico moderno e o uso tradicional da planta da qual foram extraídos. Segundo pesquisas realizadas pelo Jardim Botânico de Nova York, a utilização de conhecimentos tradicionais (indígenas e de outras comunidades tradicionais) aumenta a eficiência do processo de seleção e investigação (o chamado “screening”) de plantas em busca de suas propriedades medicinais em mais de 400%.

Tais dados mostram que é fundamental assegurar aos povos indígenas uma compensação justa e equitativa pelos benefícios econômicos e não-econômicos gerados pela exploração do patrimônio biogenético brasileiro com a utilização de conhecimentos tradicionais indígenas.

Tanto a bio quanto a sociodiversidade brasileiras estão protegidas constitucionalmente. O art. 225, par.1º, II, determina a preservação da “diversidade e da integridade do patrimônio genético do país”. Já o art. 215, par.1º, da Constituição, protege as manifestações das culturas populares,

¹⁶ Dados extraídos do texto “A Sociodiversidade Nativa Contemporânea no Brasil”, do antropólogo Carlos Alberto Ricardo, publicado em “Povos Indígenas no Brasil”- 1991/1995, Instituto Socioambiental.

indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. O “patrimônio cultural” brasileiro, composto de bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, também é protegido no art.216.

O Brasil é também signatário da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que entrou em vigência no país a partir de sua ratificação pelo Congresso Nacional, em maio de 1994. Portanto, é esse o principal instrumento legal para a proteção da biodiversidade no país. Já em seu preâmbulo, a Convenção sobre a Diversidade Biológica reconhece a “estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”, e em seu art. 8 (j) estabelece que as partes contratantes devem “*respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica*”, bem como “*incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas*”, e “*encorajar a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas*”.

A execução e implementação práticas da Convenção sobre a Diversidade Biológica, entretanto, ainda dependem de regulamentação por lei nacional, e a principal iniciativa nesta direção é o Projeto de Lei nº 306/95, de autoria da senadora Marina Silva (PT-Acre), que dispõe sobre o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados. Já foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado um Substitutivo apresentado pelo senador Osmar Dias (PSDB-PR), que encontra-se atualmente na Comissão de Educação, para que, caso seja aprovado, siga para a Câmara dos Deputados. Na Comissão de Educação, a relatoria do projeto foi distribuída ao senador Leomar Quintanilha (PPB-TO).

A atual versão do projeto (Substitutivo) dispõe, em seu art.1º, que pretender regular “direitos e obrigações relativos ao acesso a recursos genéticos, material genético e produtos derivados, em condições *ex situ* ou *in situ*, existentes no território nacional ou dos quais o Brasil é país de origem, a conhecimentos tradicionais das populações indígenas e comunidades locais associados a recursos genéticos ou produtos derivados e a cultivos agrícolas domesticados e semi-domesticados no Brasil”.

O projeto de lei define recursos genéticos como “material genético de valor real ou potencial, incluindo a variabilidade genética de espécies de plantas, animais e microorganismos integrantes da biodiversidade, de

interesse sócio-econômico atual ou potencial, para utilização imediata ou no melhoramento genético, na biotecnológica, em outras ciências ou em empreendimentos afins”. O acesso a recursos genéticos é a obtenção e utilização destes com fins de “pesquisa, bioprospecção, conservação, aplicação industrial ou aproveitamento comercial, entre outros”.

O projeto estabelece as condições para autorização de acesso a recursos genéticos nacionais, a serem concedidas pelo Executivo, e determina a criação de uma Comissão de Recursos Genéticos, composta por representantes do governo, da comunidade científica, de comunidades locais e indígenas, de organizações não-governamentais e empresas privadas, com a função de referendar as decisões do Executivo relativas à política nacional de recursos genéticos. Segundo o projeto, o acesso depende de contrato entre autoridade competente designada pelo Executivo e a pessoa interessada, e estabelece as partes e as condições para a assinatura do contrato.

O projeto dedica um capítulo (arts. 44, 45 e 46 e seus diversos parágrafos) à “Proteção do Conhecimento Tradicional Associado a Recursos Genéticos”, onde estabelece que o “Poder Público reconhece e protege os direitos das comunidades locais e populações indígenas de se beneficiarem coletivamente por seus conhecimentos tradicionais e a serem compensadas pela conservação dos recursos genéticos, mediante remunerações monetárias, bens, serviços, direitos de propriedade intelectual ou outros mecanismos”. Determina a criação de um cadastro nacional onde serão depositados registros de conhecimentos associados a recursos genéticos pelas comunidades locais e indígenas, e estabelece que as comunidades locais e indígenas detêm os direitos exclusivos sobre seus conhecimentos tradicionais, somente elas podendo cedê-los, por meio de contratos. Dispõe ainda que a proposta de contrato de acesso a recursos genéticos (quando situados em terras indígenas) “somente será aceita se for precedida do consentimento prévio fundamentado da comunidade local ou população indígena, obtido segundo as normas claras e precisas que serão definidas para esse procedimento pela autoridade competente” (arts. 44 e 45).

De acordo com o art.46 do projeto, “fica assegurado às comunidades locais e populações indígenas o direito aos benefícios advindos do acesso a recursos genéticos realizado nas áreas que detêm, definido na forma de contrato conexo previsto nesta lei e após consentimento prévio fundamentado”. De acordo com o parágrafo único deste artigo, “as comunidades locais e populações indígenas poderão solicitar à autoridade competente que não permita o acesso a recursos genéticos nas áreas que

detêm, quando julgarem que estas atividades ameaçam a integridade de seu patrimônio natural ou cultural”. Basicamente, são estas as normas do projeto.

É de se salientar que a Constituição Federal, conforme já dito várias vezes, assegura às comunidades indígenas o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes em suas terras. Entendemos que as comunidades indígenas são também “usufrutuárias exclusivas” dos recursos genéticos existentes em seus territórios - estando ou não associados a conhecimentos tradicionais. Ou seja: a simples ocorrência de um determinado recurso genético em uma terra indígena dá à comunidade a condição de “usufrutuária exclusiva” do mesmo, e o acesso a este dependerá do seu prévio e informado consentimento, em termos mutuamente acordados.

Finalmente, o art. 116 do projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas dispõe que: “O acesso e a utilização, por terceiros, de recursos biogenéticos existentes nas terras indígenas, respeitará o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal”. Já o art. 157 deste projeto de lei considera crime “fazer uso, comercial ou industrial, de recursos genéticos ou biológicos existentes nas terras indígenas para o desenvolvimento de processos ou produtos biotecnológicos, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente”. Tal crime está sujeito à pena de multa igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Conclusão e Recomendação ao PDI - O acesso a recursos genéticos e a justa compensação às comunidades indígenas pela utilização de seus conhecimentos tradicionais em atividades de pesquisa, bioprospecção, conservação, aplicação industrial ou aproveitamento comercial de recursos genéticos ainda não encontram-se devidamente regulamentados pela lei brasileira, embora o país seja signatário da Convenção sobre a Diversidade Biológica, que estabelece princípios de proteção aos conhecimentos de comunidades indígenas e tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

Recomenda-se que os projetos financiados pelo PDI prevejam a participação das comunidades indígenas, na condição de partes, em quaisquer contratos ou atos negociais que tenham como objeto o acesso a recursos genéticos situados em seus territórios, para que possam estabelecer suas próprias condições e restrições, exigir garantias e a devida compensação, mediante a cobrança de uma determinada taxa de prospecção (para a simples

coleta) e de um percentual sobre quaisquer lucros/benefícios gerados por processos ou produtos desenvolvidos com base em recursos genéticos coletados em seus territórios, ou com a utilização de seus conhecimentos tradicionais, ou ambos. Além dos benefícios econômicos, às comunidades indígenas devem ser assegurados mecanismos de controle sobre utilizações futuras de recursos genéticos coletados em suas terras ou de conhecimentos tradicionais a eles associados, bem como transferência de tecnologias que lhes sejam úteis e não gerem dependências tecnológicas, e a possibilidade de participação em atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação ambiental com terras indígenas.

Já se disse anteriormente que, no desenvolvimento de suas atividades tradicionais, voltadas para a subsistência ou consumo interno, as comunidades indígenas não estão sujeitas às restrições legais de natureza ambiental, pois a Constituição Federal lhes assegura o reconhecimento de sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” e direitos “originários” sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*). Ao conceituar as terras indígenas, a Constituição lhes assegura não só a habitação de suas terras em caráter permanente como também a sua utilização em atividades produtivas, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, par.1º). A Constituição assegura a preservação da identidade cultural e das práticas tradicionais indígenas, e quaisquer limitações a estas são inconstitucionais.

Portanto, não incidem sobre as atividades tradicionais desenvolvidas pelas comunidades indígenas as limitações gerais estabelecidas pela legislação ambiental, de que são exemplos as áreas de preservação permanente instituídas pelo Código Florestal, as restrições à pesca e a caça previstas nas leis específicas, etc. Os órgãos de proteção ambiental não poderão impor, de forma coercitiva, medidas e sanções administrativas contra práticas tradicionais indígenas, sob pena de inconstitucionalidade. Poderão, entretanto, desenvolver, medidas suasórias e persuasivas de proteção ambiental das terras indígenas. O próprio Decreto ???? prevê... regulamenta... regulado a articulação de áreas governamentais visando desenvolver ações de proteção ambiental em terras indígenas. O próprio art. 3º deste decreto

salienta, entretanto, que tais ações de proteção ambiental “fundamentar-se-ão no reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições das comunidades indígenas”.

Saliente-se, entretanto, que, se por um lado, as atividades tradicionais das comunidades indígenas, desenvolvidas segundo seus usos, costumes e tradições, visando a sua subsistência e consumo interno, não estão sujeitas às restrições previstas na legislação ambiental, o mesmo não ocorre com a exploração de recursos naturais visando a produção de excedente e a sua comercialização, que deverá observar a legislação ambiental aplicável a cada caso concreto, conforme já salientado.

Diversa, entretanto, é a situação jurídica em relação à criação de unidades de conservação ambiental incidentes sobre os limites de terras indígenas.

Considerando o caráter originário dos direitos das comunidades indígenas sobre suas terras tradicionais e o seu direito de usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais nelas existentes, é inafastável a conclusão de que **são nulos os atos oficiais que criam unidades de conservação ambiental sobre terras indígenas, total ou parcialmente incidentes sobre seus limites**, principalmente tendo em vista o disposto expressamente no art. 231, par.6º, da Constituição Federal:

“art. 231, par.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 (as terras indígenas), 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.”

Vê-se que o art. 231, par.6º da Constituição, expressamente declara a nulidade dos atos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse, a ocupação ou exploração de recursos naturais de terras indígenas por terceiros. Ademais, a criação de unidades de conservação ambiental incidentes sobre os limites de terras indígenas, sem qualquer consulta ou compensação às comunidades indígenas, viola o direito de usufruto exclusivo que lhes é assegurado pela Constituição. É juridicamente inadmissível que uma lei federal ou estadual, ou um ato administrativo, crie restrições à posse

permanente dos índios sobre suas terras e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas existentes, por violar a letra e o espírito da Constituição.

Os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras são originários, e estas são inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis, não passíveis de desapropriação (até por que já são bens públicos) ou de oneração, a qualquer título ou pretexto. Além disso, os direitos dos índios sobre suas terras são imprescritíveis. Portanto, quaisquer atos jurídicos posteriores que ignorem a natureza jurídica e o caráter especialíssimo (*sui-generis*) das terras indígenas, criando normas incompatíveis com o indigenato, são nulos, e não produzem quaisquer efeitos jurídicos.

Apesar de ilegal, tem sido frequente a edição de atos oficiais criando unidades de conservação ambiental incidentes sobre os limites de terras indígenas, total ou parcialmente. Levantamento realizado pelo Instituto Socioambiental indica que:

- Do total das 65 Unidades de Conservação Estaduais na Amazônia Legal, 13 têm sobreposição em suas superfícies, de 1.757.176 ha. de 14 terras indígenas, representando 17,14% do total das superfícies dessas 13 unidades de conservação.

- Do total de 69 Unidades de Conservação Federais na Amazônia Legal, 26 têm sobreposição de 11.536.736 ha. de 16 terras indígenas, em suas superfícies, representando um total de 72,45% de suas extensões.

Saliente-se que há significativas diferenças entre as várias modalidades de unidades de conservação ambiental. Nas reservas biológicas, por exemplo, está proibida a exploração de qualquer de seus recursos naturais, ou qualquer modificação do meio ambiente. A única atividade permitida, desde que autorizada, é a científica. Já os parques (nacionais, estaduais ou municipais), por exemplo, são unidades destinadas ao uso comum do povo, e têm um zoneamento, que os divide em partes ou zonas, onde são regulamentadas as atividades humanas que podem ocorrer. Qualquer modalidade de unidade de conservação ambiental, entretanto, depende do consentimento prévio das comunidades indígenas para que sejam criadas em terras indígenas, sob pena de violação aos seus direitos de posse permanente e usufruto exclusivo.

Finalmente, o projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas (em seu art. 114 e seguintes) condiciona a criação de unidades de conservação ambiental em terras indígenas “à iniciativa das comunidades

indígenas que as ocupam”, através da formalização de “ato firmado entre elas e a instância do Poder Público interessada”. Estabelece ainda que este ato deverá “prever as formas de compensação às comunidades indígenas pelas restrições decorrentes do estabelecimento destas áreas e a eventual participação em receitas”. Além disso, o projeto estatui que a compensação (às comunidades indígenas) se fará preferencialmente através da viabilização de programas visando a auto-sustentação econômica das comunidades indígenas, e que o estabelecimento de áreas destinadas à preservação ambiental em nenhuma hipótese prejudicará o livre trânsito dos índios em suas terras tradicionais. O projeto estabelece ainda que as unidades de conservação ambiental já existentes, parcial ou totalmente incidentes em terras indígenas, deverão submeter-se ao procedimento já citado (acordo e compensação aos índios) - dentro do prazo de um ano após a promulgação da lei - sendo que a impossibilidade de negociação ou autorização das comunidades indígenas implicará na retificação dos respectivos limites, excluindo-se a parte incidente sobre as terras por elas ocupadas (art.115).

O Instituto Socioambiental também formulou proposta para inclusão no projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que visa instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, relatado pelo deputado Fernando Gabeira (PV-RJ). A proposta chegou a ser incluída em seu relatório, mas foi posteriormente retirada. São estes os seus termos:

“Reserva Indígena de Recursos Naturais¹⁷”

Art. - A Reserva Indígena de Recursos Naturais (RIRN) é uma unidade de conservação federal que se destina à proteção dos recursos ambientais existentes em terras indígenas.

Par. 1º - A RIRN será criada por decreto presidencial, por solicitação da (s) comunidade (s) indígena (s) que detém direitos de ocupação sobre a área específica a ser protegida, situada em determinada terra indígena, desde que aprovada pelo órgão ambiental federal com fundamentação da sua relevância ambiental.

Par. 2º - A criação da RIRN não prejudicará o exercício das competências legais do órgão indigenista federal sobre a sua área de abrangência.

¹⁷ SANTILLI, Márcio. “As Terras Indígenas e as Unidades de Conservação: a Proposta de RIRN é Direito e Vantagem para os Índios”. Série “Documentos do ISA-Instituto Socioambiental” nº 03: Terras Indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim. Junho, 1997.

Par.3º - O plano de manejo da RIRN será formulado e executado em conjunto pela comunidade indígena e pelos órgãos indigenista e ambiental que poderão, quando for o caso, convocar outras instituições públicas ou privadas com reconhecida atuação na área.

Par.4º - O plano de manejo deverá especificar:

a) as atividades de fiscalização, de manejo de recursos naturais, de pesquisa ou de visitação que poderão ou deverão nela realizar-se.

b) as eventuais restrições de uso a que a(s) comunidade (s) indígena (s) ocupantes se disporá.

c) as competências do órgão ambiental federal em relação à sua área de abrangência.

Par.5º - A RIRN será gerida pela comunidade indígena ocupante, que poderá requisitar o apoio do órgão indigenista e do órgão ambiental para a realização dos atos de proteção e fiscalização da unidade.

Par.6º - Na RIRN não serão realizadas obras não previstas no seu plano de manejo, bem como atividades que impliquem em desmatamento, exploração de madeira e de minérios.

Par.7º - As comunidades indígenas que ocupem terras nas quais foram criadas RIRN terão acesso, em caráter preferencial, a linhas de crédito e outros incentivos fiscais para o desenvolvimento de atividades de auto-sustentação econômica e defesa do patrimônio ambiental.

Art. - Nos casos em que as unidades de conservação já criadas incidam total ou parcialmente sobre terras indígenas, o Poder Público Federal deverá, no prazo de dois anos da promulgação desta lei, sob pena da nulidade dos atos que as criaram, instituir grupos de trabalho específicos compostos por representantes da comunidade indígena ocupante, do órgão indigenista e ambiental e, quando for o caso, de outras instituições públicas ou privadas com reconhecida atuação na área, para analisar caso a caso as sobreposições e propor medidas que compatibilizem a coexistência da unidade de conservação com a terra indígena sobre a qual incide.

Par. 1º - Nos casos em que os grupos de trabalho concluírem pela incompatibilidade da coexistência da unidade de conservação com a terra indígena sobre a qual incide, o Poder Público Federal deverá, no prazo de um ano:

I - reclassificar a área incidente como Reserva Indígena de Recursos Naturais;

II - retificar os limites da unidade de conservação de modo a subtrair a área incidente sobre terra indígena, observando-se, sempre que possível, o disposto no par.6º do art.59.

III - revogar o ato de criação da unidade de conservação, quando sua área original for totalmente incidente sobre terra indígena e se comprovar a impossibilidade de compatibilização ou a reclassificação, nos termos do previsto neste artigo.

Par.2º - Não se aplicam aos casos mencionados no parágrafo anterior o disposto nos parágrafos 3º, 4º, 7º e 8º do art.59.

Art. - Nos casos de reclassificação ou compatibilização da coexistência de unidades de conservação com terras indígenas, deverão ser previstas formas de compensação às comunidades indígenas pelas restrições decorrentes do estabelecimento destas medidas.

Par.1º - A compensação se fará preferencialmente através da viabilização de programas visando a auto-sustentação econômica das comunidades indígenas.

Par.2º - O estabelecimento das medidas indicadas no *caput* não prejudicará em nenhuma hipótese o livre trânsito dos índios em suas terras.”

Vê-se que a proposta de inclusão da Reserva Indígena de Recursos Naturais no Sistema Nacional de Unidades de Conservação guarda muitos pontos de semelhança com os dispositivos do projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas. Basicamente, tais propostas legais consideram que a instituição unilateral, pelo Poder Público, de unidades de conservação ambiental em terras indígenas viola o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas e é ineficaz, do ponto de vista da conservação ambiental. Entretanto, a instituição de reservas de recursos naturais em terras indígenas, quando tenham o apoio dos próprios índios na sua criação e a sua participação na gestão ambiental, é plenamente legal, pois é a própria Constituição que, ao conceituar as terras indígenas, em seu art. 231, par.1º, prevê a “preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar” das comunidades indígenas.

Conclusão e Recomendação ao PDI - A criação de unidades de conservação ambiental incidentes, total ou parcialmente, sobre os limites de terras indígenas, por ato unilateral do Poder Público e sem o consentimento

prévio das comunidades indígenas, é ilegal, pois viola o direito de usufruto exclusivo assegurado constitucionalmente a estas. Tais atos são nulos.

O Poder Público pode e deve, entretanto, apoiar e estimular as iniciativas dos próprios índios visando conservar os recursos naturais de suas terras ou criar unidades de conservação ambiental em seus territórios, desde que estes participem de sua gestão e sejam compensados, de alguma forma. Para tanto, podem, por exemplo, realizar zoneamentos de seu território para definir áreas de preservação permanente (onde se eximem de praticar qualquer atividade potencialmente modificadora do meio ambiente) e áreas de exploração (sustentável) de seus recursos naturais. Podem ainda reservar áreas para pesquisa científica, para visitação pública ou estabelecer restrições ao uso que farão dos recursos naturais de determinadas áreas. Não há dúvidas legais de que os índios podem associar-se, por diversas formas e iniciativas concretas, ao Estado brasileiro, para promover a conservação dos recursos naturais existentes em suas terras. Recomenda-se que o PDI apóie projetos e iniciativas concretas desta natureza.

Exceções previstas pela Constituição Federal ao usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais de suas terras. Pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de recursos hídricos por terceiros.

É a própria Constituição Federal que estabelece as ressalvas ao usufruto pleno e exclusivo dos índios sobre os recursos naturais existentes em suas terras, ao prever a possibilidade de que terceiros explorem recursos minerais e hídricos, desde que mediante autorização do Congresso Nacional, audiência às comunidades indígenas afetadas e sua participação nos resultados da lavra. Assim dispõe a Constituição Federal:

“art.231, par.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.”

Assim, não poderá a lei ordinária criar restrições ao usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais de suas terras que não estejam previstas na Constituição. Saliente-se, entretanto, que o art.231, par.6º, da

Constituição, prevê outras possíveis ressalvas ao usufruto indígena, a serem estabelecidas em lei **complementar**¹⁸:

“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.”

A eficácia de tal ressalva, entretanto, depende de regulamentação por lei complementar. Por enquanto, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de lei complementar nº 260/90¹⁹, que dispõe sobre as hipóteses de “relevante interesse público da União” para os fins previstos no art. 231, par.6º. De acordo com o projeto²⁰, serão considerados de relevante interesse público da União “aqueles atos ligados à defesa do território nacional e os indispensáveis ao desenvolvimento do país”, assim declarados caso a caso em decreto do Presidente da República. O projeto prevê as condições para a declaração de relevante interesse público da União, como a programação detalhada do ato proposto, indicação de área contígua à terra indígena, com a mesma superfície e de qualidade ecológica equivalente à área indígena afetada, destinada a compensar a perda territorial das comunidades indígenas afetadas e avaliação dos danos sofridos por estas, com indicação dos órgãos responsáveis pela respectiva indenização e pelo custeio das medidas indicadas para minimizar os impactos sobre os índios, estudo prévio de impacto ambiental e laudo antropológico. O projeto prevê ainda a necessidade de parecer do Ministério Público Federal e veda a declaração de relevante interesse público da União em atos que incidam sobre terras indígenas que não estejam demarcadas e registradas e na plena posse das comunidades indígenas que as ocupam.

¹⁸ A diferença entre as leis ordinárias e complementares é relativa ao quórum parlamentar para sua aprovação, pois as leis complementares exigem maioria absoluta, e as leis ordinárias maioria simples.

¹⁹ A Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados já aprovou o parecer favorável da relatora, deputada Raquel Capiberibe, que apresentou Substitutivo à versão original do projeto. O projeto deverá agora ser apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação.

²⁰ Na versão do Substitutivo apresentado pela Relatora.

Pesquisa e lavra de recursos minerais por terceiros -

É evidente a distinção entre o tratamento constitucional conferido à mineração e ao garimpo em terras indígenas. Já se disse que a garimpagem realizada por terceiros é legalmente proibida, e que o desenvolvimento de atividades garimpeiras pelos próprios índios enquadra-se no conceito de usufruto exclusivo sobre os recursos naturais do solo, assegurado constitucionalmente aos índios.

A própria Constituição Federal tratou a garimpagem e a mineração em terras indígenas de forma diferenciada, regulando tais atividades em dispositivos diversos (art. 231, pars.3º e 7º). O Estatuto do Índio também já fazia tal distinção, referindo-se, no art.44, à exploração das “riquezas do solo”, que somente pelos índios podem ser exploradas, “cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, fiação e cata” nas terras indígenas. Já o art. 45 regulava a exploração das “riquezas do subsolo”, tendo sido, entretanto, revogado pelo art. 231, par.3º, da Constituição, que passou a exigir o cumprimento de três condições específicas para a mineração em terras indígenas por terceiros: autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades indígenas afetadas e participação nos resultados da lavra. A forma e o procedimento legais visando o atendimento de tais condições, entretanto, depende de regulamentação por lei ordinária.

Antes de se falar das exigências específicas para a mineração em terras indígenas, convém destacar que a Constituição estabeleceu exigências gerais para o desenvolvimento de atividades minerárias, em qualquer ponto do território nacional, e que se aplicam às terras indígenas.

De acordo com o seu art. 20, XI, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União. O art. 176 da CF, por sua vez, estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União. O mesmo artigo garante ao concessionário a propriedade do produto da lavra e estabelece, em seu par.1º, que a pesquisa e a lavra de recursos minerais só podem ser realizados por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras, e que tenha sua sede e administração no país, no interesse nacional, mediante autorização ou concessão da União.

Além disso, a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente

(art. 176, par.3º). Atualmente, o órgão responsável pelas autorizações minerais é o DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral.

A regulamentação da exploração mineral em terras indígenas é objeto de capítulo específico do projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas e do Projeto de Lei nº 1610-A, de 1996, apresentado pelo senador Romero Jucá, que já foi aprovado no Senado Federal e tramita atualmente na Câmara dos Deputados²¹.

São estas algumas das principais diferenças entre os dois projetos de lei: O projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas só permite a mineração em terras indígenas já delimitadas (com limites oficiais reconhecidos pelo Poder Público), e o projeto de Lei nº 1610-A, de autoria do senador Romero Jucá, não estabelece esta exigência; este projeto (Jucá) estabelece também que as receitas provenientes da participação da comunidade indígena nos resultados da lavra serão depositadas em caderneta de poupança específica, mas a comunidade indígena só poderá movimentar “os rendimentos reais decorrentes” e que a “utilização do capital principal da poupança estará condicionada à aplicação em projetos específicos de interesse da comunidade e dependerá de prévia autorização do órgão indigenista federal, e da anuência do Ministério Público Federal”, e o outro projeto (do Estatuto) estabelece que “caberá à comunidade indígena administrar as receitas, podendo assessorar-se livremente para a elaboração e a execução do plano de aplicação, cuja implementação será acompanhada pelo órgão indigenista federal”. O projeto do Estatuto estabelece ainda que as receitas provenientes da participação da comunidade indígena nos resultados da lavra serão depositadas em conta bancária específica e aplicadas em fundos seguros e rentáveis, preferencialmente em caderneta de poupança, em favor da própria comunidade, que poderá movimentar livremente os rendimentos reais decorrentes, e que a utilização do capital principal estará condicionada a plano de aplicação. **(A Tabela Comparativa entre os dois projetos, a seguir, mostra as demais diferenças).**

Conclusão e recomendação ao PDI - A Constituição Federal, em seus arts. 176, par.1º e 231, par.3º, estabelece três condições específicas para a mineração por terceiros em terras indígenas: autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades indígenas afetadas e participação nos

²¹ O requerimento para tramitação em regime de urgência deste projeto, até 06/05/98, não havia sido julgado pela Câmara dos Deputados.

resultados da lavra. A forma e o procedimento legais a serem cumpridos pelos interessados em minerar em terras indígenas, entretanto, depende de regulamentação por lei ordinária específica, ainda não aprovada pelo Congresso Nacional, embora já existam projetos de lei em tramitação. Como o PDI pretende financiar projetos de auto-sustentação econômica das próprias comunidades indígenas, e não de terceiros, tal lacuna legal não afetará diretamente suas atividades.

Aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos.

O aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas, por terceiros, também depende de regulamentação por lei ordinária específica. O Projeto de Lei nº 2.057/91, que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas, contém um capítulo regulamentando a exploração dos recursos hídricos em terras indígenas. Dispõe o referido projeto que o aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas deverá ser precedido de autorização do Congresso Nacional, observadas as mesmas condições e o procedimento estabelecidos para a mineração em terras indígenas, através dos órgãos federais responsáveis, especialmente no tocante à elaboração de laudo antropológico e relatório de impacto ambiental, ao processo licitatório e sua subordinação a contrato escrito entre a empresa interessada, pública ou privada, e a comunidade indígena (art.101). De acordo com o art. 102 do projeto, o pagamento de comissão às comunidades indígenas pelo aproveitamento dos recursos hídricos ou seus potenciais energéticos deverá obedecer o disposto nos arts. 84 e 85 do mesmo projeto de lei (que regula o pagamento de renda pela ocupação do solo e a participação das comunidades indígenas correspondente a, no mínimo, 2% do faturamento bruto das atividades minerárias desenvolvidas em suas terras).

Já o art. 103 do projeto estabelece que, quando o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas implicar a perda da ocupação, do domínio ou posse da terra pelas comunidades indígenas, o Poder Público é obrigado a ressarcir-las com novas terras de igual tamanho, qualidade e valor ecológico, e a indenizá-las pelos impactos sofridos. Quando a perda for de parte da área indígena, a reposição deverá ser em terras contíguas às remanescentes. Lembre-se que o atual Estatuto do Índio já prevê, em seu art.20, par.3º, que, nos casos de “remoção de grupo tribal” de suas terras

tradicionais, deverá ser destinada à comunidade indígena removida “área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas”.

O art. 231, par.5º da Constituição estabelece que: “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

Até agora, o único caso concreto em que o Congresso Nacional autorizou a implantação de uma hidroelétrica em terra indígena é o de Serra da Mesa, localizada em trecho do rio Tocantins e seus afluentes, no Estado de Goiás, através do Decreto Legislativo nº 103/96. De acordo com o referido Decreto, FURNAS, subsidiária da Eletrobrás responsável pela hidroelétrica, fica obrigada a creditar mensalmente, ao grupo indígena Avá-Canoeiro, o equivalente a 2% do valor a ser distribuído a título de royalties aos municípios inundados pelo reservatório da usina. O Decreto também estabelece a obrigação de FURNAS compensar a comunidade indígena com área equivalente àquela inundada, sob pena de suspensão da concessão. Ademais, obriga todos os concessionários da usina hidrelétrica de Serra da Mesa, tanto os atuais quanto os que vierem a sucedê-los, a “manter e cumprir integralmente os convênios, ajustes e termos de cooperação celebrados com a Fundação Nacional do Índio-Funai, relacionados a este empreendimento e que visam a proteção e compensação da nação indígena Avá-Canoeiro”.

É de se salientar que a Constituição Federal, ao se referir ao “aproveitamento de recursos hídricos”, pretende impor condições específicas não só para a exploração de “potenciais energéticos”, como usinas hidrelétricas, linhas de transmissão e barragens de captação de água (que são citados exemplificativamente), como também para outros empreendimentos hídricos, como as hidrovias.

Hidrovias - Em relação às hidrovias, já há decisões judiciais estabelecendo a necessidade legal de prévia autorização do Congresso Nacional, quando afetar terras indígenas. Vejamos os casos concretos já submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Em 16/06/97, a Justiça Federal de Mato Grosso determinou a suspensão de qualquer obra de implantação da Hidrovia Araguaia-Tocantins, fixando multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o caso de descumprimento da ordem judicial. O juiz federal Jeferson Schneider acolheu, na íntegra, o pedido de liminar formulado pela Comunidade Indígena

Xavante, em ação judicial movida com a assessoria dos advogados do Instituto Socioambiental (ISA), contra a Companhia Docas do Pará (a que está subordinada a AHITAR – Administração das Hidrovias do Tocantins e Araguais), o Ibama e a União Federal. Na decisão, o juiz determinou a suspensão de qualquer obra de implantação da hidrovia até a autorização do Congresso Nacional. A União e a Companhia Docas recorreram desta decisão, e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília, em 09/12/97, confirmou o entendimento de que há necessidade de autorização do Congresso Nacional e de aprovação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) pelo Ibama, para o início de qualquer obra da hidrovia.

Em 23/10/97, a Justiça Federal de Santarém (PA) determinou a suspensão da implantação da implantação de outra hidrovia: a Teles Pires-Tapajós, reconhecendo a necessidade de prévia autorização do Congresso Nacional, devido ao seu impacto sobre os índios Munduruku. A União Federal mais uma vez recorreu, e o juiz relator Catão Alves, do Tribunal Regional Federal-1ª Região, confirmou a decisão de 1ª instância, com base no art.231, parágrafo 3º, da Constituição Federal. A terceira hidrovia suspensa por ordem judicial – da Justiça Federal de Cuiabá- foi a Paraguai-Paraná, devido ao seu impacto sobre os índios Guató. Mais uma vez, a Justiça entendeu que o empreendimento não poderia ser implantado sem autorização do Congresso. Tal decisão foi, entretanto, revertida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, em Brasília, que, ao julgar o recurso interposto pela União, entendeu que a competência para julgar o processo seria da competência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul, onde se situam as terras dos índios Guató, e não da Justiça Federal de Cuiabá, onde a ação foi proposta. O Ministério Público, entretanto, recorreu desta decisão, e ainda não há julgamento definitivo deste recurso.

Portanto, trata-se de questão em que o Judiciário já firmou o entendimento majoritário de que a implantação de hidrovias que têm impacto sobre terras indígenas deve ser precedida de autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades indígenas afetadas e assegurada sua compensação.

Conclusão e recomendação ao PDI - O aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas também depende de regulamentação por lei ordinária específica, conforme o art.231, par.3º, da Constituição. Tal lei regulamentará não só a exploração de “potenciais energéticos”, como usinas hidrelétricas, linhas de transmissão e barragens de captação de água, como

também obras como hidrovias e aquedutos. Até agora, o único caso concreto já autorizado pelo Congresso Nacional é o da Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa, que afeta os índios Avá-Canoeiro. O Poder Judiciário já firmou entendimento no sentido de que a implantação de hidrovias também depende de autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades indígenas afetadas e compensação por eventuais danos sofridos. Como o PDI pretende financiar projetos desenvolvidos pelas próprias comunidades indígenas, e não projetos desenvolvidos pelo Poder Público ou por particulares que impactam as suas terras, tais conclusões servem apenas como informações para esclarecer e orientar as suas atividades.

Política Nacional de Recursos Hídricos e as comunidades indígenas -

Em relação ao aproveitamento de recursos hídricos, cabe destacar ainda que a recente Lei 9.433/97 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Entre os princípios consagrados pela nova lei, está o de que a bacia hidrográfica é a unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento das águas. Embora a Lei 9.433/97 não tenha estabelecido um conceito de bacia hidrográfica, é bem aceita a sua definição como a área total de drenagem que alimenta uma determinada rede hidrográfica.

Outro princípio consagrado pela nova lei é de que **a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades**. Ela procura criar alguns mecanismos institucionais de participação dos cidadãos e comunidades usuárias de recursos hídricos, incluindo seus representantes no Conselho Nacional de Recursos Hídricos e nos Comitês de Bacia Hidrográfica, que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A participação de órgãos públicos nestes colegiados é legalmente limitada à metade do total de representantes, de forma a proporcionar uma representação equitativa de Estado e sociedade.

O art. 39, par.3º, da Lei 9.433/97, estabelece que, nos Comitês de Bacias Hidrográficas de bacias cujos territórios abranjam terras indígenas devem ser incluídos representantes: - da Funai, como parte da representação da União; - **das comunidades indígenas ali residentes ou com interesses na bacia**. Portanto, trata-se de um importante espaço institucional conquistado pelas comunidades indígenas, que participarão das decisões relativas à aprovação do Plano de Recursos Hídricos da bacia, ao

acompanhamento da execução deste plano e sugestão de providências necessárias ao cumprimento de suas metas, estabelecimento de mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugestão dos valores a serem cobrados, entre outras atribuições previstas legalmente.

Conclusão e recomendação ao PDI - Com a edição da Lei 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, as comunidades indígenas adquiriram o direito de integrar os Comitês de Bacias Hidrográficas cujos territórios abranjam suas terras, o que significa um importante espaço de influência e participação nas decisões relativas à gestão dos recursos hídricos. Recomenda-se que o PDI estimule e apóie, no desenvolvimento de projetos de comunidades indígenas que envolvam o uso de recursos hídricos, iniciativas concretas para a criação ou participação efetiva das comunidades indígenas nos Comitês de Bacias Hidrográficas, responsáveis pelo planejamento e gerenciamento de recursos hídricos das bacias hidrográficas.

Os direitos indígenas e o papel da tutela exercida pelo órgão indigenista. A Constituição Federal e o rompimento da ideologia integracionista do Código Civil e do Estatuto do Índio.

Capacidade civil e capacidade processual. Recomendações práticas para a constituição de associações indígenas.

Inicialmente, é de se salientar que os índios (individualmente considerados) são brasileiros natos, cidadãos, e a eles são legalmente assegurados todos os direitos civis, políticos, sociais e trabalhistas. Trata-se do princípio da igualdade perante a lei, universalmente consagrado.

São também asseguradas aos índios todas as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Aos índios é também assegurada a isonomia salarial em relação aos demais trabalhadores e a eles se estende o regime geral de previdência social.

Capacidade civil

Para uma melhor compreensão do regime tutelar estabelecido no Código Civil e no atual Estatuto do Índio (lei 6.001/73), torna-se necessária uma rápida explanação sobre o conceito de capacidade civil.

De acordo com o art.2º do Código Civil: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Com esta norma, a lei civil brasileira consagra o princípio de que todo ser humano é dotado de personalidade, ou seja, de aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. A personalidade é um atributo jurídico, reconhecido a todos os seres humanos, pouco importando suas condições pessoais. Tanto a criança como o louco têm a personalidade. Já houve tempos em que a personalidade não era reconhecida a todos, como aos escravos e aos estrangeiros²². Já a capacidade civil se divide em capacidade de direito e capacidade de fato.

A **capacidade de direito, ou de gozo**, se confunde com o próprio conceito de personalidade: é a aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, que não pode ser recusada a qualquer ser humano, como já vimos acima.

Já a **capacidade de fato ou de exercício** é a aptidão ou a possibilidade de adquirir, **por ato próprio**, direitos ou deveres. Em outras palavras: a **possibilidade de exercer por si os atos da vida civil, de forma direta e pessoal**²³. Para ter a capacidade de fato, é necessário ter a capacidade volitiva, a capacidade de querer, e de determinar-se de acordo com esta vontade.

No Direito brasileiro, a capacidade é a regra, e a incapacidade é exceção. Assim só são incapazes aqueles que a lei expressamente estabelece como tal: os menores de 16 anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz (de acordo com o art. 5º do Código Civil). Tais pessoas são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, e são representadas por pais, tutores ou curadores em todos os atos jurídicos²⁴.

Saliente-se que, em tais casos, os representantes legais **substituem** a vontade de seus representados, que não têm condições de agir em defesa de seus próprios interesses. Sua vontade é simplesmente desconsiderada, do ponto de vista jurídico, e os atos praticados por pessoas absolutamente incapazes são **nulos**, de acordo com o art.145, I, do Código Civil.

Diversa é a situação jurídica daqueles que o Código Civil considera “incapazes, **relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer**”

²² VIANA, Marco Aurélio S. Curso de Direito Civil. Editora Del Rey.

²³ Ob.cit. VIANA citando autores clássicos como Caio Mário da Silva Pereira, Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes.

²⁴ De acordo com o art.84 do Código Civil.

(art.6º). São eles: os maiores de 16 anos e menores de 21 anos, os pródigos (indivíduos que esbanjam o seu dinheiro, fazendo despesas excessivas) e os “silvícolas”²⁵. Em relação a tais indivíduos, os pais, curadores ou tutores têm a função de “assistência”, que não se confunde com a representação, já descrita acima. Isto significa que podem atuar na vida jurídica, desde que assistidos e orientados, e sua vontade é considerada pelo direito, sendo “anuláveis” os atos por eles praticados (art.147,I). O ato nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, ao passo que o ato anulável depende de arguição de vício pela parte interessada, caso contrário, é válido.

O Código Civil estabelece, entretanto, um regime tutelar especial, ou *sui generis*, para os índios, ou “silvícolas” (como prefere chamar), dispondo, no art. 6º, parágrafo único, que: “Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida em que se forem adaptando à civilização do país”.

Ou seja: o regime tutelar a que submete os índios tem regras especiais, estabelecidas na lei especial, que é atualmente o Estatuto do Índio. Assim dispõe o Estatuto do Índio a respeito:

“art. 7º - Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta lei.

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

Antes de mais nada, é importante destacar que a Constituição Federal promulgada em 88 rompeu definitivamente com a ideologia integracionista do Código Civil e do Estatuto do Índio, expressa nos dispositivos que se referem à “integração dos índios à comunhão nacional” e à sua “adaptação à civilização do país” como objetivos a serem atingidos. A Constituição assegurou aos índios o direito de permanecerem como tais, e de manterem a sua identidade cultural, enquanto povos etnicamente diferenciados.

²⁵ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico . Em sua tese de doutorado “O Renascer dos Povos para o Direito”, conta que o projeto primitivo do Código Civil, de autoria de Clóvis Bevilacqua, não incluía os índios entre os relativamente incapazes, e que foi o Senado, por emenda de Muniz Freire, que fez o acréscimo. Clóvia Bevilacqua era contrário à inclusão porque entendia que esta disposição deveria estar contida em legislação especial.

A diversidade cultural das comunidades indígenas se tornou reconhecida como um direito, constitucionalmente garantido. A sociedade brasileira é plural, étnica e socialmente, e o Estado brasileiro deve proteger e assegurar o respeito às manifestações culturais das comunidades indígenas, bem como de “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art.215, par.1º, da Constituição Federal - CF).

Nos dizeres de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

“A legislação deste século vinte sofreu evolução e paulatinamente as Constituições foram reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras, mas mantendo a idéia de transitoriedade, já que sempre se imaginou que com a integração as terras indígenas passariam a ser fazendas produtivas capitalistas. Ficou indefinido o domínio das terras indígenas até a Constituição de 1967: as terras indígenas passaram a integrar o patrimônio da União, sendo garantida a posse aos povos indígenas. Dentro desta concepção foi editada a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, chamada Estatuto do Índio.

Esta concepção integracionista informou o conjunto da legislação indigenista brasileira até a Constituição de 1988, que a abandonou para reconhecer o direito dos povos indígenas a sua própria cultura, sociedade, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A Constituição de 1988 inaugurou, assim, uma nova era nas relações entre os índios e o Estado brasileiro: antes toda política e legislação do Estado tinha o sentido da integração, hoje a direção da nova ordem jurídica é no sentido de reconhecer a existência de populações diferenciadas social e culturalmente e garantir-lhes a sobrevivência. A perspectiva do direito brasileiro a partir de 1988 é de que os povos indígenas se manterão indefinidamente como povos diferenciados da comunidade nacional, embora a integrem²⁶”.

²⁶ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação. Editora Universitária Champagnat.

É necessário acentuar que a perspectiva assimilacionista do Estatuto do Índio foi superada e ultrapassada pela Constituição de 1988, e, que portanto, as distinções que o Estatuto do Índio faz entre índios “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” se tornaram inconstitucionais. A Constituição não discrimina categorias diferentes de índios, para efeito de exercício de seus direitos, e a lei ordinária não pode fazê-lo. Ademais, a condição de índio deixou de ser transitória para ser permanente, já que o objetivo constitucional é assegurar a diversidade, e não a homogeneidade cultural e étnica.

Portanto, a tutela deve ser entendida sob esta nova perspectiva constitucional. A capacidade civil relativa e a tutela só podem ser entendidas como uma proteção aos índios, em especial àqueles que, devido ao pouco contato e relacionamento com a sociedade envolvente, não tenham condições de compreender os efeitos de atos celebrados com terceiros. A capacidade civil relativa não se justifica mais sob o argumento de que os índios têm um “desenvolvimento mental incompleto”, e, que portanto, devem ser tutelados.

A tutela e a assistência do órgão indigenista em atos negociais não podem ser encarados como uma restrição ao exercício dos direitos indígenas, mas como uma proteção especial. Vejamos o que diz o Estatuto do Índio:

Art. 8º - São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único - Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.”

Ou seja: os atos praticados entre índios e terceiros serão válidos, desde que os primeiros tenham consciência e conhecimento de seus efeitos, e não lhes sejam prejudiciais. Serão nulos os atos prejudiciais aos índios, em que estes não tenham condições de aferir as suas consequências, ou de aquilatar-lhes os efeitos. Este dispositivo do Estatuto do Índio deve ser compreendido e interpretado à luz dos novos parâmetros constitucionais, que rejeitam a concepção do índio enquanto incapaz, mas procuram protegê-lo devido às

suas diferenças culturais e conseqüentes incompreensões dos efeitos de atos praticados com terceiros, estranhos à comunidade indígena.

Portanto, os atos negociais celebrados entre índios e terceiros só perderão a sua eficácia jurídica quando demonstrado que os primeiros não tiveram consciência e conhecimento de suas conseqüências, práticas e jurídicas, à luz das normas culturais e jurídicas vigentes em nossa sociedade.

Destaque-se que o anteprojeto de lei que estabelece o novo Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional, inova em relação à capacidade civil dos índios. Contrariamente ao Código Civil em vigor - que estabelece a incapacidade civil relativa dos índios e o regime tutelar, o anteprojeto estatui, em seu art.4º, parágrafo único, que a capacidade civil dos índios será regulada por lei especial (Estatuto das Sociedades Indígenas) e não faz qualquer referência à tutela. O projeto de lei já foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado, tendo voltado à Câmara para votação das emendas aprovadas no Senado. Como o art.4º, parágrafo único (que trata dos índios) não foi objeto de qualquer emenda no Senado, não poderá mais ser modificado na Câmara dos Deputados. Aprovado o projeto na Câmara, seguirá para sanção presidencial.

O projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas inclui a revogação do dispositivo do Código Civil que aplica aos índios a tutela, deixando de considerá-los como “relativamente incapazes”, e substituindo a tutela por outros instrumentos de proteção especial da União. Assim, os atos e negócios praticados entre índios e terceiros passam a gozar de garantias legais especiais, estabelecendo o art. 42 do projeto que os mesmos serão “nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos”, quando “praticados com dano a índio, comunidade ou sociedade indígena”, podendo os índios, suas comunidades e organizações, bem como o Ministério Público Federal, ingressar em juízo para declarar nulos tais atos e negócios, e para obter a indenização devida.

Também estabelece o parágrafo 2º do referido artigo que a União responderá pelos danos causados a índio, comunidade ou sociedade indígena por atos ou negócios praticados com terceiros, “se houver concorrido por ação ou omissão relativas ao exercício das atribuições estabelecidas na lei, podendo cobrar regressivamente do terceiro causador”. O art. 43 do projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas estabelece ainda que: “não poderão ser objeto de atos ou negócios jurídicos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a posse permanente dessas terras e a das reservadas e o usufruto das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes”.

Vê-se claramente, portanto, que a tendência legislativa é superar a tutela e a relativa incapacidade civil dos índios, substituindo-as por mecanismos de proteção especial da União aos direitos indígenas.

Finalmente, há que se distinguir a capacidade civil da capacidade processual, freqüentemente confundidas.

Da capacidade civil, já se falou acima. A capacidade processual, na definição do processualista José Frederico Marques²⁷, é a “aptidão de uma pessoa para ser *parte*, isto é, sujeito de direitos e obrigações, faculdades e deveres, ônus e poderes, *na relação processual, como autor, réu, ou interveniente*”. Todo homem, por ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil (Código Civil, art.2º) tem a capacidade jurídica, e pode ser parte em processos judiciais. Entretanto, certas pessoas, especificamente determinadas na lei civil, (como os loucos e os menores de 16 anos) não podem praticar atos processuais válidos, e não podem ingressar em juízo para defesa de seus direitos e interesses sem os seus representantes legais. A esta capacidade de estar em juízo, ou seja, de praticar atos processuais válidos, se dá o nome de legitimação processual. Alguns autores preferem falar em capacidade processual plena, capacidade processual limitada ou relativa ou falta absoluta de capacidade processual²⁸.

Aos índios foi expressamente conferida a legitimação processual, ou a capacidade processual plena, ou seja, a capacidade para propor e contestar ações judiciais em defesa de seus direitos e interesses. É o que dispõe o art.232 da Constituição Federal:

“Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Vê-se que a Constituição não deixa margem a qualquer dúvida quanto à possibilidade de os índios ingressarem em juízo para defender os seus direitos e interesses, de forma autônoma e sem a necessidade de assistência do órgão indigenista para tanto. A Constituição assegura também a possibilidade de as comunidades indígenas e das organizações indígenas,

²⁷ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Editora Saraiva.

²⁸ Vide, a respeito, AMARAL SANTOS, Moacir. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Editora Saraiva.

enquanto tais, defenderem judicialmente os direitos indígenas, ampliando, portanto, o rol dos legitimados a fazer a defesa judicial dos direitos indígenas. Assim, os índios podem, enquanto indivíduos, defender os direitos coletivos de suas comunidades, sendo igual direito assegurado às organizações indígenas, que são associações, pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de acordo com a lei civil brasileira.

Saliente-se que as comunidades indígenas, desde a Constituição de 88, vêm constituindo seus advogados (através de instrumentos públicos de procuração, lavrados em cartórios) e já apresentaram inúmeras ações judiciais contra particulares (madeireiros, fazendeiros e outros invasores de suas terras) e contra o próprio Poder Público (Funai, Ibama, Incra, etc.) em defesa de seus direitos, constitucionalmente assegurados. Em nenhuma destas ações judiciais foi contestada a legitimação processual das comunidades indígenas, e a possibilidade de as mesmas ingressarem em juízo independentemente de assistência da Funai ou mesmo do Ministério Público. Pelo contrário, os índios já conquistaram importantes vitórias no Judiciário. A plena capacidade das comunidades indígenas para ingressar em juízo e praticar atos processuais válidos (a chamada capacidade processual plena, ou legitimação processual) é pacífica e unanimemente consagrada em decisões judiciais²⁹.

Conforme determina o art. 232 da Constituição, o Ministério Público deve ser ouvido nas ações judiciais movidas pelas comunidades indígenas, para que emita o seu parecer, tendo em vista a sua atribuição institucional, determinada pelo art. 129, V, de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”. Por outro lado, e independentemente das medidas judiciais de iniciativa das próprias comunidades indígenas, o Ministério Público Federal tem legitimidade para propor ações judiciais em defesa dos direitos indígenas, que vem sendo exercida em muitos casos.

A defesa judicial dos direitos indígenas é também atribuição institucional do órgão indigenista, estabelecendo o art.35 do atual Estatuto do Índio que: “Caberá ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”. Cabe também ao órgão indigenista prestar assessoria jurídica aos índios, quando solicitada pelos mesmos.

Saliente-se que o fato de a Constituição Federal ter expressamente assegurado o direito dos índios se defenderem judicialmente, constituindo

²⁹ Para maiores informações sobre ações judiciais propostas por comunidades indígenas, através de advogados por elas constituídos, e sobre as decisões judiciais proferidas em cada caso, sugiro a leitura do livro “A Defesa dos Direitos Indígenas no Judiciário- Ações Propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas”, organizado por Ana Valéria Araújo e editado pelo Instituto Socioambiental.

seus próprios advogados, propondo ações judiciais em defesa de seus direitos e interesses, independentemente de assistência da Funai ou mesmo do Ministério Público Federal (que, nas ações judiciais movidas pelos próprios índios, intervém apenas para emitir o seu parecer), é mais uma razão para se entender que a Constituição procurou dar aos índios autonomia para o exercício de seus direitos e defesa de seus interesses. Afinal de contas, se os índios podem até mesmo propor ações judiciais em nome próprio, por que não poderiam praticar atos negociais, celebrar contratos, transacionar, etc.?

O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, distingue a capacidade processual da capacidade civil, e a aquisição da capacidade processual plena não implica necessariamente a superação da relativa incapacidade civil e da tutela exercida pela União. Em geral, aqueles que têm capacidade civil igualmente têm plena capacidade processual, mas os índios estão em condições jurídicas atípicas: têm relativa incapacidade civil e capacidade processual plena. A capacidade processual plena, entretanto, reforça a concepção de que a tutela é uma proteção especial, e não uma restrição ao exercício dos direitos indígenas.

Tal concepção produz conseqüências jurídicas diretas sobre a administração do patrimônio indígena, bem como sobre a elaboração, apresentação e administração de projetos de auto-sustentação econômica pelos próprios índios.

Conclusão e recomendações ao PDI: De acordo com o Estatuto do Índio, os atos praticados entre índios e terceiros serão válidos, desde que os primeiros tenham consciência e conhecimento de seus efeitos, e não lhes sejam prejudiciais. Serão nulos os atos prejudiciais aos índios, em que estes não tenham condições de aferir as suas conseqüências, ou de aquilatar-lhes os efeitos. O Estatuto do Índio deve ser compreendido e interpretado à luz dos novos parâmetros constitucionais, que asseguram aos índios até mesmo o direito de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, constituindo seus próprios advogados, independentemente de assistência da Funai ou mesmo do Ministério Público Federal. Esta é mais uma razão para se entender que a Constituição procurou dar aos índios autonomia para o exercício de seus direitos e defesa de seus interesses.

Portanto, os índios estão legalmente habilitados a elaborar, apresentar e administrar os seus próprios projetos (eventualmente financiados pelo PDI), assessorando-se livremente para tanto. Podem solicitar a assessoria do órgão indigenista, se assim o desejarem, ou de outros parceiros, escolhidos segundo seus próprios critérios. O próprio fato de uma determinada comunidade

indígena ser capaz de formular e submeter seus projetos a órgãos financiadores afasta qualquer dúvida sobre a sua capacidade de compreensão dos efeitos de seus atos e de determinar-se segundo tal compreensão. E a obrigatoriedade legal de assistência do órgão indigenista só se dá em casos de comunidades indígenas isoladas ou que não tenham, devido ao seu pouco tempo de contato com a nossa sociedade, condições de aferir seus efeitos.

Os atos negociais e contratos que tais comunidades indígenas por ventura tiverem que celebrar com terceiros não dependem de ratificação ou aprovação do órgão indigenista, que, entretanto, poderá ser consultado e emitir o seu parecer a respeito dos mesmos. Os projetos que as comunidades e organizações indígenas submeterem ao PDI, em busca de financiamento, não dependem, do ponto de vista legal, da aprovação do órgão indigenista, para serem implementados e executados. O órgão indigenista poderá ser consultado, dadas as suas competências institucionais, mas seu parecer não poderá determinar a aprovação ou não de um projeto indígena.

Conceito jurídico de patrimônio indígena.

Conceito jurídico - De acordo com o art.39 do atual Estatuto do Índio, constituem bens do patrimônio indígena:

1)- “as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas” (que não se confundem com as terras indígenas de ocupação tradicional, de domínio da União). De acordo com o art.32 do Estatuto, as terras de domínio indígena são aquelas “havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil” (compra e venda, permuta, etc.);

2)- “o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas”;

3)- “os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título”.

O art. 41 estabelece que não integram o patrimônio indígena:

1)- “as terras de exclusiva posse ou domínio do índio ou silvícola, individualmente considerado, e o usufruto das respectivas riquezas naturais e utilidades”;

2)- “a habitação, os móveis e utensílios domésticos, os objetos de uso pessoal, os instrumentos de trabalho e os produtos da lavoura, caça, pesca e coleta ou do trabalho em geral dos silvícolas”.

Vê-se, portanto, que o Estatuto do Índio define o patrimônio indígena de natureza coletiva, excluindo os bens individuais dos índios, sujeitos às regras comuns do direito civil. O conceito de patrimônio indígena está indissociavelmente ligado à idéia de bens coletivos, compreendidas todas as riquezas naturais existentes nas terras tradicionais indígenas (à exceção da pesquisa e lavra de recursos minerais e do aproveitamento de recursos hídricos, conforme o art. 231, par.3º, da Constituição).

Já o art.40 estatui que são titulares do patrimônio indígena:

1)- “a população indígena do país, no tocante a bens ou rendas pertencentes ou destinadas aos silvícolas, sem discriminação de pessoas ou grupos tribais”;

2)- “o grupo tribal ou comunidade indígena determinada, quanto à posse e usufruto das terras por ele exclusivamente ocupadas, ou a eles reservadas”;

3)- “a comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis”.

O Estatuto do Índio é também bastante claro ao distinguir os bens coletivos pertencentes a determinadas comunidades indígenas, e aqueles genericamente pertencentes a toda a população indígena do país.

É importante destacar que os bens do patrimônio indígena, de qualquer natureza, gozam de plena isenção tributária, de acordo com o art.60 do Estatuto do Índio. Não estão sujeitos ao pagamento de tributos de qualquer natureza, federais, estaduais ou municipais³⁰. Ademais, o art. 61 estabelece que: “São extensivos aos interesses do patrimônio indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, ações especiais, prazos processuais, juros e custas.”

³⁰ Inicialmente, o projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas continha um artigo concedendo isenção tributária ao patrimônio indígena. Entretanto, de acordo com o art.150, par.6º da Constituição, somente lei federal específica poderá conceder isenção de tributos, razão pela qual o deputado Luciano Pizzatto, relator do referido Estatuto, apresentou um projeto de lei específico concedendo isenção de tributos federais aos rendimentos auferidos pelas comunidades indígenas em razão de atos negociais envolvendo seu patrimônio.

Do ponto de vista prático, assumem especial relevância os bens do patrimônio indígena, de natureza coletiva, pertencentes a determinadas comunidades indígenas, pois é sobre eles que em geral incidem os projetos de auto-sustentação econômica. É importante falar das normas legais que regem a administração do patrimônio indígena, à luz dos novos parâmetros constitucionais. Esclareça-se que quando nos referimos à “gestão” do patrimônio indígena, estamos falando não só de atos negociais praticados com terceiros, como também da gestão e utilização dos bens e recursos indígenas, incluídas as riquezas naturais de suas terras, pelos próprios índios, para prover a sua própria sobrevivência física ou cultural, e que devem atender aos usos, costumes e tradições indígenas.

Dispõe o atual Estatuto do Índio que:

“art. 42 - Cabe ao órgão de assistência a gestão do patrimônio indígena, propiciando-se, porém, a participação dos silvícolas e dos grupos tribais na administração dos próprios bens, **sendo-lhes totalmente confiado o encargo, quando demonstrem capacidade efetiva para o seu exercício.**”

Parágrafo único - O arrolamento dos bens do patrimônio indígena será permanentemente atualizado, procedendo-se à fiscalização rigorosa de sua gestão, mediante controle interno e externo, a fim de tornar efetiva a responsabilidade dos seus administradores.”

Ou seja: mais uma vez tal dispositivo legal deve ser encarado como uma proteção especial ao patrimônio indígena, e não como uma restrição ao direito das comunidades indígenas administrarem os seus próprios bens coletivos. O artigo é claro ao dizer que os índios poderão assumir diretamente o encargo de gerir o seu patrimônio, de acordo com os seus critérios e prioridades, se assim o desejarem e se estiverem capacitados para tanto.

Mais uma vez, a capacidade deve ser entendida do ponto de vista de compreensão dos efeitos de seus atos à luz das normas legais e culturais vigentes na sociedade envolvente, distintas das normas indígenas.

Logicamente, as comunidades indígenas poderão solicitar a assessoria do órgão indigenista ou de outros técnicos especializados para melhor gerir o seu patrimônio. Entretanto, não há base ou justificativa legal para que sejam impedidos de gerir os seus bens quando capacitados para tanto. O órgão indigenista deve assumir a gestão do patrimônio de comunidades indígenas que assim o desejarem ou que, pelo pequeno grau de contato com a nossa sociedade, não estejam em condições de fazê-lo, como os índios isolados.

Em qualquer hipótese, entretanto, o órgão indigenista está legalmente obrigado a manter permanentemente atualizado o arrolamento dos bens do patrimônio indígena. Além disso, estabelece o art.5º, parágrafo único, da Lei 5.371/67, que autorizou a instituição da Funai, que: “Responderá a Fundação pelos danos que os seus empregados causarem ao patrimônio indígena, cabendo-lhes ação regressiva contra o empregado responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Deve-se salientar que o projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas, em tramitação no Congresso Nacional, adota, de forma ainda mais explícita, tal orientação, estatuinto, em seu art.16, que: “cabe à comunidade ou sociedade titular do patrimônio indígena a administração dos bens que o constituem”. No parágrafo único deste artigo, dispõe que o órgão indigenista federal administrará os bens pertencentes à população indígena do país, e que não se destinam a comunidades indígenas determinadas. Estabelece ainda que o órgão indigenista também poderá administrar os bens pertencentes a comunidades indígenas determinadas, por expressa delegação das mesmas. Reforçando a autonomia indígena, o art. 17 do projeto estabelece que: “cabe ao órgão indigenista federal habilitar e oferecer meios para que a comunidade indígena exerça a administração efetiva do seu patrimônio”.

Conclusão e recomendações ao PDI: Os índios poderão assumir diretamente o encargo de gerir o seu patrimônio, de acordo com os seus critérios e prioridades, se assim o desejarem. Não há justificativa legal para que sejam impedidos de administrar os seus bens quando assim o desejarem e estejam capacitados para tanto. O próprio fato de uma determinada comunidade indígena ser capaz de formular e submeter seus projetos à consideração de financiadores demonstra a sua capacidade de compreensão dos efeitos de seus atos e de relacionamento com a sociedade envolvente. Portanto, os índios poderão assumir diretamente a administração de seus projetos financiados pelo PDI, e dos bens e recursos eventualmente gerados com o desenvolvimento de atividades produtivas financiadas pelo PDI, ou de seu próprio patrimônio, sem que haja qualquer empecilho jurídico.

Constituição de associações indígenas- Recomendações e orientações práticas.

As associações indígenas são pessoas jurídicas de direito privado, e se regem pelas normas legais do Código Civil, comuns a todas as associações sem fins lucrativos. A maior parte das organizações indígenas se constitui sob a forma jurídica de associação (ou sociedade civil). A liberdade de associação constitui garantia fundamental consagrada pela Constituição, que, em seu art.5º, XVII, XVIII e XIX e XX, estabelece que: - a criação de associações e cooperativas independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Como todas as pessoas jurídicas, as associações têm existência legal distinta da dos seus membros, e esta começa com a inscrição de seus atos constitutivos e estatutos no registro público competente (Registro Civil de Pessoas Jurídicas). A partir de seu registro, a associação adquire personalidade jurídica própria, e passa a ser titular de direitos e obrigações próprias, distintas das de seus membros.

A constituição de associações indígenas visa formar uma pessoa jurídica distinta dos indivíduos membros de comunidades indígenas. Entendemos que as comunidades indígenas têm personalidade jurídica própria, enquanto entes coletivos, e o projeto de lei que estabelece o novo Estatuto das Sociedades Indígenas é explícito a este respeito, dispondo que as “comunidades indígenas têm personalidade jurídica de direito público interno, e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público” (art.8º).

As associações terão sempre instâncias de deliberação coletiva, como as assembléias e reuniões de associados, para decidir sobre a administração, as prioridades e finalidades de projetos econômicos que pretendam beneficiar as comunidades indígenas, ou algumas de suas aldeias.

A sede da associação pode ser na própria aldeia indígena em que vivam os membros da comunidade beneficiária do projeto. A associação pode representar toda uma comunidade indígena, ou apenas algumas de suas aldeias, mas será sempre um ente de representação coletiva, com órgãos colegiados de discussão e deliberação coletiva.

Recomenda-se que as associações indígenas procurem incorporar, nos seus atos constitutivos, estatutos, e em suas normas internas de funcionamento e deliberação, mecanismos apropriados à organização social, usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, para que reproduzam

as suas próprias estruturas internas de divisão de trabalho e poder. Exemplificativamente, a Diretoria e Conselho Fiscal poderão ser integrados por chefes, caciques ou velhos de cada aldeia, encarregados de avaliar periodicamente o desempenho das atividades desenvolvidas pela associação indígena.

Do ponto de vista prático, a constituição legal de associações indígenas (com o devido registro em cartório e inscrição no CGC) possibilita a abertura de contas bancárias em nome da associação, evitando, assim, a abertura de contas bancárias em nome de indivíduos índios, para movimentar recursos de projetos que pretendem beneficiar uma comunidade indígena. O controle sobre a movimentação dos recursos recebidos pela associação para o desenvolvimento de projetos econômicos deve ser exercido por órgãos colegiados, que atuem e decidam de forma coletiva.

Conclusão e recomendações ao PDI: Apesar de terem personalidade jurídica própria, as comunidades indígenas podem organizar-se em associações formalmente constituídas, quando entenderem que tal forma organizacional favorece de alguma forma a gestão de seus projetos, facilitando o acesso a fontes de financiamento, o estabelecimento de parcerias, a transparência e o controle sobre operações bancárias, o controle contábil de seus projetos, etc. Recomenda-se que o PDI apóie tanto projetos de comunidades quanto de organizações indígenas, devendo ainda apoiar a constituição formal de associações indígenas quando os índios o desejarem.

COMO CONSTITUIR E REGISTRAR UMA ASSOCIAÇÃO - ORIENTAÇÕES PRÁTICAS.

1. Elabora-se uma minuta do estatuto da associação, considerando-se que o art.19 do Código Civil e o art. 120 da Lei 6.015, de 31/12/73, que regula os registros públicos no país, estabelecem que do estatuto devem constar:

- a denominação (que pode ser ou não em língua indígena), os fins e a sede da associação, bem como o tempo de sua duração (que pode ser por prazo indeterminado);

- o modo por que se administra e representa a associação, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

- se o estatuto é reformável, no tocante à administração, e de que modo (qual o quórum mínimo de associados necessário para tanto);

- se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais da associação; (no caso das associações indígenas, recomendamos que os membros não respondam subsidiariamente);

- as condições de extinção da associação, e, nesse caso, o destino do seu patrimônio³¹;

- os nomes dos fundadores da associação e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil, profissão e endereço de cada um.

(Recomenda-se ainda que o estatuto indique as atribuições dos membros da diretoria, a previsão de uma assembléia-geral que reúna todos os membros da associação, e de quanto em quanto tempo seria convocada, se será competente para eleger a diretoria, aprovar as contas da associação, como será formado e administrado o patrimônio da associação, etc.)

2. Realiza-se a reunião de fundação:

a) no início desta reunião forma-se uma comissão para dirigir os trabalhos;

b) discute-se a minuta do estatuto, e as finalidades da associação;

c) aprova-se o estatuto da associação;

d) elege-se a Diretoria e o Conselho Fiscal (provisórios ou definitivos).

3. Elabora-se a ata de fundação da associação, que deverá ser assinada por todos os membros da Diretoria, do Conselho Fiscal e demais sócios (junto aos nomes de cada um, indicar a nacionalidade, estado civil, profissão e endereço)

4. O Presidente da Associação deverá ir até o Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas com os seguintes documentos:

1) Comprovante de pagamento da taxa de registro;

³¹ De acordo com o art. 22 do Código Civil, se o estatuto da associação não dispor sobre o destino de seus bens no caso de extinção, e se os associados não deliberarem de forma eficaz a respeito, os bens da associação serão entregues a um "estabelecimento municipal, estadual ou federal", de "fins idênticos ou semelhantes". No caso de não haver no município ou no Estado, em que a associação teve sua sede, um estabelecimento em tais condições, os bens da associação são entregues à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

2) Requerimento dirigido ao oficial do cartório, solicitando o registro da associação; sendo que a firma (assinatura) do presidente deve estar reconhecida em cartório;

3) Ata da reunião de fundação da associação;

4) Duas vias do estatuto da associação, com o visto de um advogado em cada página.

Observação: A Lei 9.042/95 alterou o art.121 da Lei 6.015/73, que regula os registros públicos, e **não** é mais necessária a publicação do estatuto da associação na imprensa oficial, como era exigido anteriormente.

5. Apresentados tais documentos ao cartório, o oficial fará o registro da associação, lançando, nas duas vias do estatuto, a certidão de registro, com o respectivo número de ordem, livro e folha. Uma das vias será entregue ao representante da associação e a outra arquivada em cartório, rubricando o oficial as folhas em que estiver impresso o estatuto.

6. Para inscrição da associação no CGC (Cadastro Geral de Contribuintes), devem ser apresentados os seguintes documentos:

1) Ficha de inscrição do estabelecimento-sede - nº 01, em 3 vias, preenchidas a máquina;

2) Cópia do estatuto (já registrado em cartório);

3) Cópia da ata de eleição da Diretoria da associação (também já registrada em cartório);

4) Cópia dos CPFs dos membros da Diretoria;

5) Cópia do comprovante de residência do responsável legal (presidente, em geral).

6. A partir daí, pode-se abrir uma conta bancária em nome da associação, cujos responsáveis serão, em geral, o presidente e o tesoureiro.

Atribuições e responsabilidades institucionais da Funai, do Inbra, do Ibama, do Dnpm e da Polícia Federal em relação à defesa das terras indígenas e de seus recursos naturais, antes e depois da demarcação. Competências estabelecidas para as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas das comunidades indígenas pelo Decreto 1.141/94, com alterações introduzidas pelo Decreto 1.479/95.

A Funai, de acordo com a própria lei que autorizou a sua instituição (Lei 5.371/67, art. 1º, I, b e VII) tem, entre as suas funções, a de garantir aos índios a posse permanente das terras que habitam e o usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes nelas existentes e exercitar o poder de polícia nas áreas indígenas. Portanto, constitui obrigação legal da Funai promover a defesa, judicial e extra-judicial, das terras indígenas, podendo, para tanto, requisitar o auxílio da Polícia Federal e até mesmo das Forças Armadas. (Já se falou, acima, das competências da Funai em relação à administração do patrimônio indígena, assistência em atos negociais e assessoria jurídica às comunidades indígenas e desenvolvimento de ações de proteção ambiental e apoio a atividades produtivas, sendo, portanto, desnecessário, repetir).

Também já se falou da natureza originária dos direitos indígenas sobre suas terras, e que o próprio Estatuto do Índio estabelece, em seu art.25, que o reconhecimento dos direitos indígenas sobre suas terras tradicionais **“independentemente de sua demarcação”**, e deverá ser assegurado pelo órgão indigenista, **“sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República”**. Portanto, não resta qualquer dúvida legal de que as obrigações e responsabilidades institucionais da Funai (e dos demais órgãos públicos) em relação à defesa das terras indígenas e de seus recursos naturais independem de quaisquer atos de reconhecimento formal de seus limites. A Funai e os demais órgãos públicos com atribuições afetas à questão indígena deverão tomar medidas concretas de proteção às terras indígenas independentemente de estarem demarcadas ou não. Assim determina o Estatuto do Índio, já citado, e a Constituição, que obriga a União Federal (através de seus órgãos) a proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas, incluindo suas terras e recursos.

Já o Ibama tem os deveres legais de punir os infratores da legislação ambiental e garantir a observância dos princípios norteadores da Política Nacional de Meio Ambiente, sendo o órgão executor da política ambiental do país e incumbindo-lhe a fiscalização e controle da exploração dos recursos

naturais (Lei nº 6.938/81 e Decreto nº 97.946/89). Cabe ao Ibama, e a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA- punir os infratores da legislação ambiental de todo o território nacional, inclusive das terras indígenas, sendo que tais órgãos passaram a dispor de sólida base legal para a sua ação fiscalizadora depois da edição da nova lei de crimes ambientais.

Saliente-se que, de acordo com o Decreto 1.141/94³², as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas das comunidades indígenas “dar-se-ão mediante programas nacionais e projetos específicos, de forma integrada entre si e em relação às demais ações desenvolvidas em terras indígenas, elaborados e executados pelos Ministérios da Justiça, da Saúde, da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, da Cultura e das Relações Exteriores, ou por seus órgãos vinculados e entidades supervisionadas, em suas respectivas áreas de competência legal”. De acordo com o par. único do art. 2º, na elaboração de tais programas e projetos, será garantida a participação de representantes da Funai e da comunidade indígena envolvida, e os mesmos “fundamentar-se-ão no reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições das comunidades indígenas” (art. 3º).

O referido decreto, em seu art. 5º, constitui uma Comissão Intersetorial, com as seguintes competências: - definir, para cada exercício, os objetivos gerais que nortearão os programas e projetos a serem executados; - analisar e aprovar os programas e projetos propostos por órgãos governamentais e não-governamentais, examinando-os nos seus aspectos de adequação às diretrizes da política indigenista e de integração com as demais ações setoriais; - estabelecer prioridade para otimizar o uso dos recursos financeiros, materiais e humanos existentes. Tal Comissão Setorial é constituída por um representante do Ministério da Justiça (Presidente da Funai), que a preside, um representante do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, um representante do Ministério da Saúde, um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, um representante do Ministério da Cultura, um do Ministério das Relações Exteriores, um da Funai, e dois representantes da sociedade civil, vinculados a entidades de defesa dos interesses das comunidades indígenas.

De acordo com o art. 9º, as ações voltadas para a proteção ambiental das terras indígenas e seu entorno destinam-se a garantir a manutenção do

³² Cujos arts. 2º e 6º foram alterados pelo Decreto nº 1.479/95.

equilíbrio necessário à sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, contemplando: diagnóstico ambiental, acompanhamento e controle de áreas degradadas, controle ambiental de atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, educação ambiental e identificação e difusão de tecnologias indígenas e não indígenas, apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico.

Já o art.10º estabelece que as ações voltadas para o apoio às atividades produtivas das comunidades indígenas dar-se-ão somente quando estiver ameaçada a sua auto-sustentação ou houver interesse manifesto dos índios, evitando-se a geração de dependência tecnológica e econômica. Tais ações contemplarão: utilização racional dos recursos naturais das terras indígenas, incentivo ao uso de tecnologias indígenas e não indígenas, apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico, viabilização de meios para produção, beneficiamento, escoamento e comercialização, assistência técnica e extensão rural e apoio às iniciativas associativistas das comunidades.

O DNPM -Departamento Nacional de Produção Mineral- é responsável não só pela autorização de pesquisa e concessão de lavra mineral em todo o território nacional, como também pela “fiscalização direta” de “todas as atividades concernentes à mineração, ao comércio e à industrialização de matérias-primas minerais” (art. 88 do Decreto-Lei nº 227/67). O DNPM deve exercer tais atividades de fiscalização também em relação às terras indígenas.

De acordo com o art. 21 da Lei 7.805/89, a realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a penas de reclusão de 3 meses a 3 anos e multa. Entretanto, sem prejuízo da responsabilidade criminal do infrator da legislação minerária (que deve ser apurada pelo Poder Judiciário), a extração mineral realizada sem a competente permissão, concessão ou licença acarretará a apreensão do produto mineral, das máquinas, veículos e equipamentos utilizados, os quais, após transitada e julgado a sentença que condenar o infrator, serão vendidos em hasta pública.

O DNPM também dispõe de sólida base legal para reprimir atividades minerárias ilegais em terras indígenas, podendo – e devendo- aplicar sanções administrativas quando flagra atividades minerais ilegais em terras indígenas.

A Lei nº 8.876/94, que instituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, estabelece, em seu art. 3º, entre as suas finalidades, “controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional”, competindo-lhe “fiscalizar a pesquisa, a lavra, o

beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, podendo realizar vistorias, autuar infratores e impor as sanções cabíveis”.

A Polícia Federal, por sua vez, tem a obrigação legal de prestar toda a assistência necessária ao órgão indigenista (e aos demais órgãos públicos) no cumprimento de suas atribuições institucionais. De acordo com o art. 34 do atual Estatuto do Índio: “O órgão federal de assistência ao índio poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas”.

O Decreto nº 73.332/73, que define as competências do Departamento de Polícia Federal, também prevê a obrigação de “prevenir e reprimir crimes contra a vida, o patrimônio e a comunidade silvícola” (art. 1º, IV, “F”). Ademais, a própria Constituição Federal-CF atribui à Polícia Federal a incumbência de apurar infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União (art. 144, par.1º, I), lembrando-se que as terras indígenas são bens de domínio da União (CF, art.20, XI) e que os recursos do subsolo também lhe pertencem. O controle externo das atividades da Polícia Federal compete ao Ministério Público Federal, de acordo com o art. 129, VII, da CF.

O INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária³³-tem, entre suas finalidades institucionais, promover e executar a reforma agrária, visando corrigir a estrutura fundiária do país; promover, coordenar, controlar e executar a colonização e promover as medidas necessárias à discriminação das terras devolutas e à destinação das terras públicas da União, visando sua incorporação à produção e ao desenvolvimento econômico e social do país. Em relação às terras indígenas, o Decreto nº 1.775, de 08/01/96, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, estabelece que: “Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente” (art.4º). O levantamento fundiário constitui etapa necessária do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas. O decreto citado estabelece a obrigação do Incra de dar prioridade, para efeito de reassentamento, a estes ocupantes não índios de terras indígenas.

Saliente-se que a realização, pelo Incra, de projetos de assentamento ou colonização incidentes sobre terras indígenas é claramente ilegal, posto

³³ O INCRA foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.110/70, alterado pela Lei nº 7.231/84, e sua estrutura regimental é regulada pelo Decreto nº 966/93.

que as terras indígenas são constitucionalmente destinadas à posse permanente e usufruto exclusivo das comunidades indígenas que nelas vivem. As terras indígenas são bens públicos federais que a Administração não pode destinar a qualquer outra finalidade que não seja o seu uso e fruição exclusivos pelas comunidades indígenas, por serem terras públicas com finalidades especiais, de regime jurídico *sui-generis*.

Conclusão e Recomendação ao PDI - As responsabilidades legais e institucionais dos órgãos públicos federais, no tocante à proteção das terras indígenas e de seus recursos naturais, independem de estarem estas demarcadas ou não. Constitui obrigação legal da Funai promover a defesa, judicial e extra-judicial, das terras indígenas, podendo, para tanto, requisitar o auxílio da Polícia Federal. Cabe ao Ibama, e a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA- , punir os infratores da legislação ambiental, inclusive nas terras indígenas. O DNPM é o órgão responsável pela fiscalização das atividades minerais. O Incra tem a obrigação de dar prioridade, para efeito de reassentamento, a ocupantes não índios de terras indígenas sob demarcação, sendo ilegal a realização de assentamentos em terras indígenas. Os projetos financiados pelo PDI devem considerar tais atribuições institucionais, ao delimitar as responsabilidades e funções a serem desempenhadas por tais órgãos públicos federais.

Responsabilidade administrativa, civil e criminal por condutas ilícitas lesivas aos direitos indígenas e por danos causados aos seus bens.

Antes de mais nada, é importante distinguir as três modalidades de sanções (penalidades) que podem ser aplicadas pelo Poder Público aos infratores da legislação que protege os direitos indígenas, seus bens, sua cultura e os recursos ambientais existentes em suas terras. As sanções são de três ordens: administrativas, civis e penais. Deve-se salientar que as três esferas de responsabilidade são independentes, e a imposição de uma sanção de natureza civil não impede a cumulação com outra de natureza penal ou administrativa, e vice-versa. As sanções podem - e devem- ser cumuladas.

As sanções administrativas são impostas pela própria Administração Pública, e são decorrentes de seu “poder de polícia”. Poder de polícia é a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e

restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, se pode dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual”. Não se confunda a polícia administrativa (de que estamos falando) com a polícia judiciária e a polícia de manutenção da ordem pública, pois a primeira incide sobre bens, direitos e atividades, e as duas outras sobre as pessoas, e são privativas de determinados órgãos (polícias civis) ou corporações (polícias militares), ao passo que a polícia administrativa se difunde por toda a Administração Pública³⁴.

De acordo com o art. 1º, VII, a Lei 5.371/67, que autorizou a instituição da Funai, o exercício do poder de polícia nas áreas indígenas compete ao órgão indigenista. Este está legalmente obrigado a tomar as medidas administrativas necessárias a garantir aos índios a posse permanente das terras que ocupam e o usufruto exclusivo sobre seus recursos naturais.

Ocorre que o poder de polícia da Funai, e as sanções administrativas (multas, interdições, apreensões de bens e instrumentos, etc) que concretamente pode aplicar aos infratores da legislação indigenista, não encontram-se devidamente regulamentadas em lei. O entendimento do Poder Judiciário, reiterado em várias decisões³⁵, é de que só a lei em sentido formal -emanada do Congresso Nacional- pode estabelecer sanções e penalidades, sendo ilegal o estabelecimento das mesmas através de atos administrativos como portarias. Portanto, só com base em lei poderá a Funai aplicar sanções e penalidades administrativas.

O projeto de lei que estabelece o novo Estatuto das Sociedades Indígenas, entretanto, procura suprir esta omissão legislativa, estabelecendo, em seu art.51, que: “Compete ao órgão indigenista federal exercer o poder de polícia dentro dos limites das terras indígenas, na defesa e proteção dos índios, suas comunidades, terras e patrimônio, podendo: - interditar, por prazo determinado, prorrogável uma vez, as terras indígenas para resguardo do território e das comunidades ali ocupantes; - proibir a entrada de terceiros e estranhos nas terras indígenas, se houver evidência de prejuízo ou risco para as comunidades indígenas ali ocupantes, às quais se dará ciência; -

³⁴ Esta é a definição jurídica clássica, de Hely Lopes Meirelles, em “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 18ª edição.

³⁵ Vide, a respeito, Apelação Cível nº 96.01.20591-8/MG, relator: juiz Fernando Gonçalves, apelante: Ibama; apelada: MGS - Minas Gerais Siderurgia Ltda. Acórdão publicado no D.J. de 23/09/96. Outra decisão judicial em que tal entendimento é explicitado consta do Acórdão proferido na Apelação Cível nº 1997.01.00.005518-1/MG, relator: juiz Tourinho Neto, apelante: Ibama; apelada: Siderúrgica São Sebastião do Itatiaiuçu S/A, publicado no D.J. de 11/04/97.

apreender veículos, bens e objetos de pessoas que estejam explorando o patrimônio indígena sem a devida autorização legal; - aplicar multas e penalidades”. Os veículos, bens e objetos apreendidos dentro de áreas indígenas ficarão sujeitos à pena de perdimento por dano ao patrimônio público, serão vendidos em hasta pública e o produto da venda será depositado em conta específica do órgão indigenista, para ser aplicado em benefício das comunidades indígenas. O projeto prevê ainda a obrigação do órgão indigenista de propor, no prazo de 60 dias, regulamentação do poder de polícia e procedimentos de fixação e aplicação de multas e penalidades.

É de se salientar entretanto, que os demais órgãos administrativos, como o Ibama, cujo poder de polícia ambiental encontra-se devidamente regulamentado em lei, devem exercê-lo em relação às terras indígenas, no limite de suas competências institucionais. O Ibama, por exemplo, está legalmente obrigado a aplicar sanções e penalidades administrativas a infratores da legislação ambiental em todo o território nacional, incluindo áreas públicas e privadas, urbanas ou rurais, pertencentes ou geridas por outros órgãos públicos, assentamentos do Incra, áreas militares e terras indígenas. Se os agentes do Ibama flagram, por exemplo, terceiros cortando madeira de lei dentro de uma área indígena, em desacordo com as normas legais, ou extraindo, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer outra espécie de mineral, de uma área indígena (para citar apenas dois exemplos de infrações ambientais), devem lavrar os respectivos autos de infração ambiental e instaurar processos administrativos contra os infratores.

Convém lembrar que o Ibama, com a recente edição da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) passou a dispor de instrumentos bastante eficazes para coibir práticas e condutas lesivas ao meio ambiente, e deve exercer o seu poder de polícia ambiental também em relação às terras indígenas. De acordo com o art. 70, pars.3º e 4º da Lei de Crimes Ambientais, a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é “obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade”, e as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório.

Estabelece ainda o par. 2º do mesmo artigo que “qualquer pessoa”, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental, para efeito do exercício do seu poder de polícia ambiental. São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente -

SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

As sanções administrativas decorrentes do exercício do poder de polícia ambiental pelo Ibama são enumeradas no art.72: advertência, multas, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, suspensão parcial ou total das atividades e restrição de direitos (perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até 3 anos).

Responsabilidade civil e penal

Já as sanções de natureza civil e penal só podem ser impostas pelo Poder Judiciário. Ou seja, só através do ajuizamento da ação judicial competente (civil ou penal), e da comprovação em juízo da responsabilidade dos infratores da legislação de proteção aos direitos indígenas, ou da legislação ambiental, são aplicadas as sanções civis e penais, ao contrário das sanções administrativas, impostas diretamente pelos órgãos administrativos.

São sanções civis a condenação em dinheiro ou multa para obrigar ao cumprimento da obrigação de fazer e/ou de não fazer. Um instrumento processual muito usado na defesa de bens sociais e ambientais é a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, sendo também comumente utilizada a ação popular, regida pela Lei 4.717/65. As ações civis de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente podem ser propostas por cidadãos (no caso da ação popular) ou por associações dedicadas à defesa do meio ambiente, pelo Ministério Público ou órgãos públicos (no caso da ação civil pública). Quando há condenação em dinheiro em ações desta natureza, os recursos são destinados a um Fundo (federal ou estadual) de reconstituição de bens ambientais.

As comunidades indígenas, entretanto, dispõem de outros instrumentos processuais para a defesa de seus direitos e interesses em juízo, tendo sido utilizada a ação declaratória para a obtenção de uma declaração judicial do caráter indígena de uma determinada área, quando o Poder Público não promove a sua demarcação, ou visando o reconhecimento judicial de parte de terras tradicionais excluída dos limites oficiais demarcados, ação indenizatória para reparação de danos morais e patrimoniais sofridos em decorrência da conduta ilegal de órgãos públicos ou particulares, ação condenatória de obrigação de não fazer, para impedir a realização de obras de

impacto sobre suas terras sem o cumprimento das exigências legais, ações possessórias (ou condenatórias de obrigação de não fazer) para remover garimpeiros ou fazendeiros dos limites de suas terras, e a própria ação civil pública de responsabilidade por danos causados por empresas madeireiras que exploram ilegalmente mogno dentro de suas terras. São alguns exemplos.

As sanções penais estão previstas no Código Penal e nas leis penais esparsas que definem crimes e estabelecem penalidades. Podem ser (art.32 do CP): - privativas de liberdade (reclusão e detenção), -restritivas de direitos (como interdição de atividade controlada pelo Poder Público); -multa penal. Só o Ministério Público (Federal ou Estadual, dependendo da natureza do bem agredido) pode instaurar o processo penal, através do oferecimento de denúncia (salvo nos casos excepcionais de crimes de ação penal privada, em que o processo penal é instaurado através de queixa do interessado - o que é raro em se tratando de direitos indígenas, porque os bens coletivos indígenas são de natureza pública, e os crimes cometidos contra os mesmos são de ação penal pública, o que significa que só o Ministério Público pode oferecer a denúncia criminal).

De acordo com o art. 58 do atual Estatuto do Índio, constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

- escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

- utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

- propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcóolicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos;

- Tais penas são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão indigenista.

Dispõe ainda o art. 59 que, nos crimes (previstos no Código Penal) contra a pessoa (exemplos: homicídio, aborto, lesões corporais) o patrimônio (furto, roubo, etc.) ou os costumes (estupro, atentado violento ao pudor, etc), em que o ofendido seja “índio não integrado ou comunidade indígena”, a pena será agravada de um terço.

A Lei 2.889/56 define e pune o crime de genocídio, estabelecendo que:

“art. 1º - Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

com as penas do art. 121, par.2º, do Código Penal, no caso da letra *a* (reclusão, de 12 a 30 anos);

com as penas do art. 129, par.2º, no caso da letra *b* (reclusão, de 2 a 8 anos);

com as penas do art. 270, no caso da letra *c* (reclusão, de 10 a 15 anos);

com as penas do art. 125, no caso da letra *d* (reclusão, de 3 a 10 anos);

com as penas do art. 148, no caso da letra *e* (reclusão, de 2 a 8 anos).

Dispõem ainda os arts. 2º a 6º da referida lei que: - quando associarem-se mais de 3 pessoas para a prática dos crimes descritos acima, será aplicada metade da pena cominada aos crimes ali previstos; - quando alguém incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer de tais crimes, também será aplicada metade das penas ali cominadas, sendo que a pena pelo crime de incitação será a mesma do crime incitado, se este se consumar, e a pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa.

As penas cominadas aos crimes previstos no art.1º, transcrito acima, bem como aquelas cominadas aos crimes de associação de mais de 3 pessoas e de incitação ao crime, serão agravadas de um terço quando cometidos por governante ou funcionário público. Também será punida com dois terços das respectivas penas a tentativa de prática dos referidos crimes. Finalmente, dispõe a lei que os crimes de genocídio são considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

Saliente-se que a Lei 8.072/90, expressamente incluiu os crimes de genocídio, tentados ou consumados, entre os crimes considerados

“hediondos”, e que, portanto, são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, fiança e liberdade provisória.

Os crimes de genocídio são, evidentemente, crimes praticados contra as comunidades indígenas, e violam os seus direitos coletivos, enquanto povos cultural e etnicamente diferenciados.

Os atos discriminatórios contra indivíduos indígenas são punidos pela Lei nº 7.716/89, que define os “crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Tal lei deu eficácia concreta ao art.5º, XLII, da Constituição, que estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão”. De acordo com a referida lei, são as seguintes as condutas criminosas:

- Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da administração direta ou indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Pena - reclusão, de 2 a 5 anos.

- Negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena - reclusão, de 2 a 5 anos.

- Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena - reclusão, de 3 a 5 anos. Se o crime for praticado contra menor de 18 anos, a pena é agravada de um terço.

- Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar. Pena - reclusão, de 3 a 5 anos.

- Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido. Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

- Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas. Pena - reclusão, de 2 a 4 anos.

- Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena - reclusão, de 2 a 4 anos.”

De acordo com o art.16 da lei, constitui efeito da condenação pela prática de tais crimes a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 meses. Tais efeitos, entretanto, não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, segundo o art.17.

Segundo o art.20, está sujeito à pena de reclusão, de 2 a 5 anos, quem “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”. Em tais casos, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. Depois que a condenação criminal transita em julgado (e não há mais recursos pendentes), o material apreendido é destruído.

Saliente-se que o anteprojeto de Código Penal, elaborado por uma Comissão de Juristas criada pelo Ministério da Justiça³⁶, cria um capítulo especificamente dedicado aos “crimes contra comunidades indígenas” (o que inexistia no atual Código Penal, que não descreve nenhum crime específico contra índios; estes constam, entretanto, das leis específicas citadas acima). De acordo com o anteprojeto, são criados os seguintes crimes: - invasão de terras indígenas, sujeito a pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa, além da pena correspondente à violência; - lavra ou pesquisa de recursos minerais em terras indígenas, sem autorização, sujeito a reclusão de 2 a 5 anos, e multa, incorrendo na mesma pena “quem explora, por qualquer meio ou recurso, as riquezas do solo, rios ou lagos” de terras indígenas, ou “induz seus habitantes a explorá-las ou negociá-las”; - ultraje aos costumes, sujeito a pena de detenção, de um a nove meses, ou multa, sendo a pena aumentada da sexta

³⁶ O anteprojeto de Código Penal elaborado por esta Comissão foi publicado no D.O de 25/03/98, a fim de receber críticas e sugestões dos “diversos segmentos da sociedade brasileira”, e a partir das mesmas, ser redigida uma proposta definitiva, a ser encaminhada ao Presidente da República.

parte, “se o fato é cometido através dos meios de comunicação ao público”; - corrupção de costumes (indução ou instigação de índios ao consumo de bebida alcoólica), sujeito a reclusão de 1 a 4 anos. As penas para todos estes crimes são aumentadas de um terço, se o agente exerce atividade, pública ou privada, de assistência ao índio.

Competência para julgamento de ilícitos civis e criminais praticados contra índios e comunidades indígenas.

A competência para o julgamento de “disputas sobre direitos indígenas” é da Justiça Federal, de acordo com o art. 109, XI, da Constituição Federal. Quando se trata de disputas judiciais sobre direitos coletivos indígenas (como, por exemplo, direitos territoriais e sobre recursos naturais de suas terras tradicionais), é pacífico o entendimento do Judiciário no sentido de que a competência para processar e julgar tais causas é dos juízes federais e dos Tribunais Regionais Federais³⁷: Neste sentido, já se pronunciou o próprio Supremo Tribunal Federal, assim decidindo:

“Disputa sobre direitos **indígenas**. Área demarcada pela Funai. Demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República.

A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de **competência**, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar “a disputa sobre direitos indígenas”(CF, art.109, XI) Essa regra de competência jurisdicional - que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas”.³⁸

Saliente-se que, de acordo com o art. 109, IV, da Constituição, a Justiça Federal é competente para processar e julgar as “infrações penais

³⁷ Há no país cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), cuja jurisdição é dividida por regiões geográficas. Assim, o TRF da 1ª Região tem sede em Brasília e jurisdição no DF, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O TRF da 2ª Região tem sede no Rio de Janeiro e jurisdição no RJ e no Espírito Santo. O TRF da 3ª Região tem sede em São Paulo e jurisdição em SP e no Mato Grosso do Sul. O TRF da 4ª Região tem sede em Porto Alegre e jurisdição no Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. O TRF da 5ª Região tem sede em Recife e jurisdição em Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas.

³⁸ RE-183188/MS, acórdão publicado no DJ de 14/02/97, pp.01988, relator: ministro Celso de Mello.

praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União”, e que, em sendo as terras indígenas bens da União (de acordo com o art.20, XI), a competência da Justiça Federal para julgar causas relativas a terras indígenas é determinada também por este dispositivo constitucional.

Por outro lado, também o art. 109, I, do texto constitucional, estabelece a competência da Justiça Federal para julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. Portanto, as disputas envolvendo direitos indígenas em que figurem na relação processual a União ou órgãos como a Funai e o Ibama, também serão, necessariamente, processadas e julgadas pela Justiça Federal.

As decisões judiciais se dividem, entretanto, quando se trata de disputas envolvendo direitos de índios individualmente considerados. O entendimento do Judiciário, entretanto, tem se firmado no sentido de que, quando se trata de crimes praticados contra índios envolvendo conflitos pela posse de terras, ou mesmo crimes praticados contra índios dentro dos limites de uma terra indígena, há o interesse da União, e, portanto, a competência é da Justiça Federal³⁹. O mesmo não ocorre em relação a crimes praticados por ou contra índios envolvendo conflitos de natureza individual, fora das terras indígenas, em que o entendimento predominante é de que a competência é da Justiça Estadual, por não haver “disputa sobre direitos indígenas”. O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar uma Súmula (nº 140), com o seguinte teor: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima⁴⁰”. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem revertido este entendimento, decidindo recentemente que:

“Habeas corpus. Homicídio. Índio. Justiça estadual. Incompetência. Artigo 109-XI da Constituição Federal.

Caso em que se disputam direitos **indígenas**. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal.

³⁹ Fonteles, Cláudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela Justiça Estadual. Em: “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, coletânea organizada por Juliana Santilli e publicada pelo Núcleo de Direitos Indígenas/Sérgio Antônio Fabris Editor.

⁴⁰ As Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores traduzem a orientação que o Tribunal segue em relação a determinada matéria, depois de decidir no mesmo sentido em vários casos assemelhados. Não têm, entretanto, força vinculante e podem ser alteradas a qualquer tempo.

Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.”⁴¹

“Competência. **Genocídio.** Indígenas. A competência para julgar a ação penal em que é imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, é da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, a própria vida.”⁴²

No plano civil, as disputas judiciais envolvendo direitos de comunidades indígenas sobre a posse permanente de suas terras e usufruto exclusivo sobre seus recursos naturais são inquestionavelmente de competência da Justiça Federal. Já as disputas judiciais de natureza individual (ex. divórcio, ação de alimentos, ações relativas a atos negociais praticados por índios envolvendo bens individuais, etc.) são de competência da Justiça Estadual. Esta é, atualmente, a orientação judicial majoritária.

O projeto de lei que institui o Estatuto das Sociedades Indígenas, entretanto, pretende ampliar a competência da Justiça Federal, estabelecendo, em seu art.56, que: “Aos juízes federais compete processar e julgar: - a disputa sobre direitos indígenas; - os crimes praticados contra os índios, suas comunidades, suas terras e seus bens; - os crimes praticados por índios”. Desta forma, seriam também julgados pela Justiça Federal os crimes praticados por ou contra índios envolvendo disputas individuais. Por trás desta orientação legislativa, está o conhecimento do fato de que a Justiça Federal tende a julgar os processos envolvendo direitos indígenas com maior imparcialidade e distanciamento, ao passo que a Justiça Estadual tende a absorver mais os preconceitos existentes nas sociedades locais e regionais contra os índios, o que se reflete em suas decisões. Logicamente, trata-se de tendência que se observa de uma forma geral, ocorrendo exceções.

Instituições para encaminhamento de denúncias de violação de direitos indígenas.

⁴¹ HC-71835/MS, acórdão publicado no DJ de 22/11/96, pp.45687, relator: ministro Francisco Rezek.

⁴² RE-179485/AM, acórdão publicado no DJ de 10/11/95, pp.38326, relator: ministro Marco Aurélio.

1) **Ministério Público Federal** - De acordo com o art. 129, V, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”. O Ministério Público é uma instituição permanente, com independência funcional e administrativa em relação ao Poder Judiciário e a qualquer outro Poder da República. Os membros do Ministério Público atuam junto ao Judiciário, propondo medidas judiciais, em posição análoga à dos advogados contratados por particulares, porém, defendem os interesses públicos e sociais (como minorias étnicas - populações indígenas e remanescentes de comunidades de quilombos - meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público, etc.). Os membros do Ministério Público não têm qualquer vinculação hierárquica com os juízes, e são independentes no exercício de tais funções.

A defesa judicial dos direitos indígenas é de competência do Ministério Público Federal (cujos membros são os procuradores da República), por se tratar de disputas processadas e julgadas pela Justiça Federal (*conforme já vimos acima*). Os membros do Ministério Público Estadual são os promotores de Justiça e curadores, que atuam perante a Justiça Estadual.

Os procuradores da República não apenas propõem medidas judiciais em defesa dos direitos indígenas, como também são chamados a apresentar parecer em todos os processos que envolvam disputas desta natureza, devido ao disposto no art. 232 da CF: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, **intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo**”.

Além de ter a função institucional de defender judicialmente os direitos indígenas, cabe ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, da CF). Ou seja, é também função do Ministério Público promover a defesa judicial do meio ambiente, patrimônio público e social, etc. conforme já destacado.

Outra função tradicional do Ministério Público é promover (de forma privativa) a ação penal pública, ou seja, processar criminalmente os autores de crimes que, de acordo com o Código Penal, não dependem de queixa ou representação do ofendido. Trata-se da maioria esmagadora dos crimes, pois a regra geral é de que todos os crimes são apurados e processados através da ação penal pública, movida pelo Ministério Público, a não ser quando a lei expressamente declare que a ação penal é privativa do ofendido (como nos crimes contra a honra: calúnia, injúria, difamação, etc.). O Ministério Público tem ainda a função de exercer o “controle externo da atividade policial”.

São estas as funções institucionais do Ministério Público que dizem respeito aos direitos indígenas, e sobre as demais, elencadas no art. 129 da Constituição, não nos compete falar aqui.

Devido às suas competências institucionais, o Ministério Público Federal é a instituição a quem devem ser encaminhadas denúncias de violações de direitos indígenas, tanto no que se refere a crimes praticados contra comunidades indígenas, quanto a ilícitos civis, como invasões de terras indígenas por garimpeiros, fazendeiros, madeireiros, omissão dos Poderes Públicos na obrigação constitucional de proteger as suas terras e bens, bem como de demarcá-las, etc.

O Ministério Público Federal divide atualmente as suas áreas temáticas de atuação em Câmaras de Coordenação e Revisão, sendo que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão trabalha com Comunidades Indígenas e Minorias, e a 4ª Câmara com Meio Ambiente e Patrimônio Cultural.

Saliente-se, entretanto, que a legitimidade do Ministério Público para agir judicialmente em defesa dos direitos indígenas não impede a iniciativa dos próprios índios e de suas comunidades, que podem constituir seus próprios advogados e ingressar em juízo com ações judiciais próprias, conforme já explicitado no item sobre **Capacidade Processual**.

(Vide - em anexo - endereços e telefones das representações do Ministério Público Federal nos Estados)

Ministério Público Estadual - Considerando que o entendimento majoritário do Judiciário é no sentido de que os crimes praticados por índios ou contra índios, individualmente considerados - quando não envolvam conflitos sobre posse de terras indígenas, e não tenham ocorrido dentro das terras indígenas - são de competência da Justiça Estadual, compete ao Ministério Público Estadual agir judicialmente em tais casos. Quando - e se - for aprovado no Congresso Nacional o Estatuto das Sociedades Indígenas, tornando-se lei, todos os crimes praticados por ou contra índios se tornarão de competência da Justiça Federal, e portanto, só o Ministério Público Federal poderá atuar.

Conforme já dito acima, o Ministério Público Federal atua em relação a crimes federais, e o Ministério Público Estadual em relação a crimes de competência da Justiça Estadual. Assim, cabe aos promotores de Justiça oferecer a denúncia criminal (processando criminalmente) os autores de crimes contra os índios enquanto indivíduos (exemplos: homicídios, lesões corporais, ou quaisquer outros descritos no Código Penal, contra a liberdade individual, contra o patrimônio, contra a liberdade sexual, etc).

Tanto o Ministério Público Federal quanto o Ministério Público Estadual, na esfera de suas competências, têm poderes, legalmente assegurados (pelo art.5º do Código de Processo Penal) para requisitar a instauração de inquérito policial para apurar crimes e sua autoria, estando a autoridade policial obrigada a atender tal requisição.

Portanto, mesmo nos casos em que não haja provas materiais dos crimes cometidos contra os índios e suas comunidades, ou de seus autores, os índios podem - e devem - representar ao Ministério Público, para que este requirite a instauração do inquérito, que tem justamente a finalidade de investigar e colher provas e indícios, fazer exames de corpo de delito e outras perícias, acareações, apreender instrumentos e objetos, etc.

Além do Ministério Público, o Código de Processo Penal estabelece que o próprio ofendido (pela prática do crime) pode requerer diretamente à autoridade policial a instauração do inquérito policial. A autoridade policial não estará, entretanto, obrigada a atendê-lo. Do despacho da autoridade policial que negar o pedido de abertura de inquérito policial, entretanto, cabe recurso para o chefe de Polícia (em geral, o Secretário de Segurança Pública).

O art.5º, par.3º do Código de Processo Penal é bastante claro ao dispor que: “Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

Não se pode deixar de recomendar, entretanto, que nos casos de violações de direitos indígenas, e considerando-as as notórias dificuldades que os índios, e as populações de baixa renda em geral, enfrentam para ter acesso às instâncias formais de encaminhamento de denúncias, mais eficaz será a apresentação do caso e a formulação da denúncia diretamente ao representante do Ministério Público mais próximo.

Os índios devem, entretanto, ter a informação de que, nos casos de surpreenderem quaisquer criminosos em flagrante delito (exemplos: retirando ilegalmente madeira ou minérios de suas terras, invadindo os limites de seu território tradicional, ou praticando quaisquer outros crimes contra os seus direitos coletivos ou contra indivíduos índios: homicídio, lesão corporal, etc.) podem prendê-lo, e encaminhá-lo imediatamente à autoridade policial. Trata-se da prisão em flagrante, regulada pelo art.301 e seguintes do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Qualquer pessoa do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

De acordo com o art.302, considera-se em flagrante delito quem: - está cometendo a infração penal; - acaba de cometê-la; - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração; - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Assim, apresentado o preso à autoridade policial, está ouvindo a pessoa que o prendeu e as testemunham que o acompanharam, interrogará o preso e lavrará o auto de prisão em flagrante.

2) **Funai** - Já foi dito anteriormente que a defesa judicial dos direitos indígenas é também atribuição institucional do órgão indigenista, estabelecendo o art.35 do atual Estatuto do Índio que: “Caberá ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”. Ou seja, a Funai está legalmente obrigada a defender judicial e extrajudicialmente os direitos dos índios individualmente considerados e das comunidades indígenas. O órgão dispõe de uma Procuradoria Jurídica encarregada do desempenho de tal atribuição.

Cabe também ao órgão indigenista prestar assessoria jurídica aos índios, inclusive para a defesa de seus direitos individuais, quando solicitada pelos mesmos. A necessidade de uma assessoria específica para os índios, ainda quando se trate de orientações relativas à defesa de seus direitos individuais, se justifica em função de suas especificidades culturais.

No âmbito da Funai, funciona a CDDI – Coordenação Geral de Defesa dos Direitos Indígenas -, com a atribuição de registrar denúncias de violações dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas. Endereço: SRTVS Bloco A-Ed.Lex, 3º andar, Brasília, DF, cep 70.340-904. Tel: (061) 226-82-11 (geral)

3) **Ministério da Justiça** - No plano da defesa de direitos humanos, principalmente de natureza individual, foi criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a **Secretaria de Direitos Humanos**, com as seguintes competências: - promover e defender os direitos da cidadania, da criança, do adolescente, da mulher e das **minorias**; - promover e defender os direitos humanos e encaminhar providências em casos de violações; - desenvolver estudos e

encaminhar providências referentes às liberdades públicas; - atuar junto às instituições que representam os direitos da cidadania, na comunidade; - adotar medidas de defesa dos interesses difusos em articulação com o Ministério Público; - formular, normatizar e coordenar, em todo o território nacional, a política de defesa dos direitos da criança e do adolescente, bem como prestar assistência técnica a órgãos e entidades que executam esta política; - defender os direitos da pessoas portadoras de deficiência e promover sua integração à vida comunitária; - fazer cumprir o Estatuto da Criança e do Adolescente; - prestar os serviços de secretaria-executiva dos Conselhos não providos destes serviços por outras unidades do Ministério da Justiça. A **Secretaria de Direitos Humanos** se divide no **Departamento dos Direitos Humanos, Departamento da Criança e do Adolescente e Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**. Junto a ela funcionam o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e o Ouvidor-Geral da República.

O Decreto nº 1.904, de 13/05/96, instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, contendo diagnóstico da situação desses direitos no país e medidas para a sua defesa e promoção, com vista à redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação e, conseqüentemente, a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente em seu art.5º.

Para contactar a Secretaria de Direitos Humanos: direitoshumanos@mj.gov.br. Endereço: Ministério da Justiça, Esplanada dos Ministérios, Ed. Sede, Bloco T - 4º andar, s.420, Brasília, DF, 70064-900. Tels: (061) 218-3142/3454

4) Ministério do Meio Ambiente - Ibama:

Denúncias sobre agressões ao meio ambiente podem ser feitas através da Linha Verde, um serviço da Ouvidoria do Ibama. A ligação é gratuita, de qualquer ponto do país, para o número: 0800-61-80-80, ou através da Internet, via homepage do Ibama, cujo endereço eletrônico é: <http://www.ibama.gov.br>, ou pessoalmente, na sede do Ibama, cujo endereço é: SAIN - Av. L4 Norte - Ed.Sede, Brasília, DF. Tel: (061) 316-1451/321-0039.

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL -
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**
(<http://www.pgr.mpf.gov.br>
E-mail: adm@pgr.mpf.gov.br)

Representações nos Estados:

1. Acre

Rua Epaminondas Jácome, 346 - Centro
Rio Branco - AC - cep 69.908-420
Telefones: 068-224-0321/4781/ Fax: 224-0673/5195

2. Alagoas

Praça Visconde de Sinimbu, 105 - Centro
Maceió - AL - cep 57.020-720
Telefones: 082-326-3668/223-5623/223-5020/221-1306 Fax: 221-7781
Telefax: 082-326-3648
E-mail: pral@sap2.fapeal.br

3. Amapá

Rua Jovino Dinoá, 468 - Bairro Jesus de Nazaré
Macapá - AP - cep 68.908-110
Telefones: 096- 223-2251 Fax: 222-0945
e-mail: prap@premio.tvsom.com.br

4. Amazonas

Rua André Araújo, 358 - Bairro Aleixo
Manaus- AM - cep 69.060-000
Telefones: 092-611-4214/1379/4230/663-5598 Fax: 611-3783/1055
Pabx: 611-3180

5. Bahia

Av. Sete de Setembro nº 2.365, Corredor da Vitória
Salvador - BA - cep 40.080-002
Telefones: 071-336-5781/2026/2027 Telefax: 336-5687
(<http://www.e-net.com.br/prba> E-mail: cpdprba@ufba.br)

Rua Marquês de Paranaguá, 191
Ed. Paranaguá-Térreo - Centro
Ilhéus-BA - cep 45.660-000
Telefone/Fax: 073-231-6902

6. Ceará

Rua João Brígido, 1.260 - Joaquim Távora
Fortaleza - CE - cep 60.135-080
Telefones: 085-266-7300 (pabx) 266-7301/7302 Fax: 266-7303
E-mail: prce@br.homeshopping.com.br

7. Distrito Federal

SGAS Quadra 603, Bloco A, Lote 23⁴³
Brasília - DF - cep 70.200-901
Telefones: 061 - 313-5115 Telex 61-2066/1144 Fax: 313-5319/317-4625
E-mail: suporte@prdf.mpf.gov.br

Procuradoria Regional da República - 1ª Região⁴⁴

SAS Quadra 05 - Lote 08 - Bloco E- Ed. MPF
Brasília - DF cep 70.070-910
Telefone: 061- 317-4500 (pabx)/317-4802/4624 Fax: 317-4623/4504
(<http://www.prr1.mpf.gov.br>)

Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

SGAS Quadra 603, Bloco A, Lote 23⁴⁵
Brasília - DF - cep 70.200-901
Telefone: 061-313-5438/5111 Fax: 313-5444
E-mail: pfdc@cr-df.mp.br

8. Espírito Santo

Av. Jerônimo Monteiro, 625 - Centro
Vitória - ES - cep 29.010-003
Telefones: 027-222-6488 (pabx)- 223-8709/222-6742/6098
Telex 27.3847 Fax: 223-1871

⁴³ Endereço onde estão localizados os gabinetes dos Subprocuradores-Gerais da República

⁴⁴ Procuradores que atuam junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Brasília, DF, e à Justiça Federal de 1ª Instância, também em Brasília-DF.

⁴⁵ Endereço onde estão localizados os gabinetes dos Subprocuradores-Gerais da República

E-mail: Geral: pres@interlink.com.br Informática: presinf@interlink.com.br

9. Goiás

Av. Universitária, 644 Setor Leste Universitário

Goiânia - GO - cep 74.605-010

Telefones: 062-212-4445/8222 - Telex 62.2619 Fax: 212-4001

E-mail: prgo@mail.cultura.com.br

10. Maranhão

Rua das Hortas, 223 - Centro

São Luís - MA - cep 65.020-270

Telefones: 098-232-1555/3229 - 222-0211/4233/4299

Telex 98.2588 Fax: 222-0211/232-0044

E-mail: prma@hcgsun.hcgnet.com.br

Rua "E", s/nº - Bairro São Salvador

Imperatriz-MA - cep 65.900-000

Telefone e Fax: 098-722-3088/3475

11. Mato Grosso

Av. Isaac Póvoas, 1.331

Ed. Milão, salas 31 a 34

Cuiabá - MT - cep 78.005-7200

Telefones: 065-623-7410 Fax: 623-7138

E-mail: prmt@nutecnet.com.br

12. Mato Grosso do Sul

Rua da Paz, 780 - Jardim dos Estados

Campo Grande - MS - cep 79.020-250

Telefones: 067- 384-5657/5753/5846/724-4675

Telex 67.2557 Fax: 721-4558

E-mail: prms@alanet.com.br

13. Minas Gerais

Avenida Afonso Pena, 1500 - 6º andar - Ed.Banco da Lavoura

Belo Horizonte - MG - cep 30.130-005

Telefones: 031- 236-5777/5609/5600/5650/5641

Telex 31.2940 Fax: 236-5602

(<http://www.gcsnet.com.br/~prmg>
E-mail: prmg@gcsnet.com.br)

Av. Cesário Alvim, 3.390, subsolo- Bairro Brasil- Prédio da Justiça Federal
Uberlândia - MG - cep 38.406-048
Telefone/Fax: 034-212-3751

Av. Gabriela Castro Cunha, 577- Vila Olímpica
Uberaba-MG - cep 38.066-000
Telefax: 034-312-1999/7294

Rua Santo Antônio, 990 - sala 809 - Centro
Juiz de Fora - MG - cep 36.016-210
Telefax: 032-216-217111

14. Pará

Travessa Domingos Marreiros, 690 - Umarizal
Belém - PA - cep 66.055-210
Telefones: 091-224-9803 (pabx)- 242-1057/242-0140/242-9096 Telex
91.2774 Fax: 222-1543 Telefax: 222-1291
E-mail: prpa@marajo.secom.ufpa.br

Av. Marechal Rondon, 908 - Centro
Santarém - PA - cep 68.005-120
Telefone e Fax: 091-523-2651/2653

Av. Tocantins, 678 - Novo Horizonte - Agrópolis Amapá
Marabá - PA - cep 68.503-660
Telefone e Fax: 091-324-1077/1028

15. Paraíba

Avenida Getúlio Vargas, 277 - Centro
João Pessoa- PB - cep 58.013-240
Telefones: 083-241-7094/6953/6956/6959/6967 (pabx)
Telex 83.2380 Fax: 241-7155
(<http://www.netwaybbs.com.br/clientes/prjp>
E-mail: Geral: prjp@netwaybbs.com.br) Coordenadoria de Administração:
caprjp@jampa.com.br
Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão: prdcpr@jampa.com.br

Procuradoria Regional Eleitoral: prepb@jampa.com.br

Praça Félix de Araújo, 13/A - Bairro Monte Santo

Campina Grande-PB - cep 58.102-113

Telefones: 083-341-6096/341-5008 Fax: 341-4109

E-mail: prmcg@cgnet.com.br

16. Paraná

Rua XV de Novembro, 608 - 3º andar

Ed. Sul América - Centro

Curitiba- PR - cep 80.020-310

Telefones: 041-322-0266/234-7253 Telex 41.2322 Fax: 222-3746/225-4833

E-mail: prpr@netpar.com.br

Rua Paraná, 2.607-1º andar

Cascavel - PR - cep 85.802-840

Telefone: 045-223-2130 Fax: 223-2953

Av. do Café, 543 - Bairro Aeroporto

Londrina - PR - cep 86.038-000

Telefones: 043-325-7233/337-3871 Fax: 339-6373

Av. Pedro Basso, 170 - Jardim Pólo Centro

Foz do Iguaçu-PR - cep 85.852-500

Telefax: 045-522-6157/4614

Rua Padre Chagas, 3.245 - salas 15/17

Guarapuava - PR - cep 85.010-020

Telefone: 042-722-3673 Fax: 723-6195

Rua XV de Novembro, 734- Ed. Nagib Nami - 1º andar

Maringá-PR - cep 87.013-230

Telefax: 044-222-7533

Praça da Bíblia, 3.336 - sala 901

Umuarama-PR - cep 87.501-670

Telefone: 044-622-1818 Fax: 623-3188

17. Pernambuco

Avenida Dantas Barreto, 1090
Ed. San Miguel, 1º/6º andar - Bairro São José
Recife - PE - cep 50.020-000
Telefones: 081-424-8844 Fax: 424-8830/8680
E-mail: pr-pe@pop-pe.rnp.br

Rua Aureliano Francisco Neto, 300 - Parque Bandeirante
Petrolina - PE - cep 56.300-000
Telefone: 081-861-5529 Fax: 861-5884

Procuradoria Regional da 5ª Região - PE

Praça Visconde de Mauá s/nº Ed. Rosa III -
Anexo à Estação Central do Metrô - Bairro São José
Recife - PE - cep 50.020-100
Telefones: 081-424-5300/224-7010/224-7082/224-7146/224-7227/224-7711
Fax: 424-5236/224-3638
E-mail: prr5r@ce-pe-itcp.br

18. Piauí

Praça Marechal Deodoro, s/n
Ed. Ministério da Fazenda - 3º andar/sala 302 - Centro
Teresina - PI - cep 64.000-160
Telefones: 086-221-5915/5934/5324
Telex: 86.2236 Telefax: 221-1449
E-mail: prpi@ranet.com.br

19. Rio Grande do Norte

Avenida Deodoro, nº 535- Centro
Natal - RN - cep 59.020-600
Telefones: 084-221-3814/221-3815/6270/2696/2019
Telex: 84.2328 Fax: 221-3816
E-mail: prrn@net2000.com.br (geral); prrngab@net2000.com.br (gabinete)

20. Rio Grande do Sul

Praça Ruy Barbosa, 57
Porto Alegre - RS - cep 90.030-100
Telefone: 051- 225-4555 (pabx)/224-1885 Telex: 51.1137 Fax: 227-5200

E-mail: prrs@pro.via-rs.com.br

Rua Quinze de Novembro, 885 - 8º andar - salas 82/83 - Ed. Hawai
Passo Fundo - RS - cep 99.010-091
 Telefax: 054-312-1247/1200

Rua Duque de Caxias, 1.739 - Ed. Però - sala 501
Uruguaiana-RS - cep 97.500-905
 Telefone e Fax: 055-412-4922

Rua Fernando Duprat da Silva, 113, 4º andar
Rio Grande-RS - cep 96.200-540
 Telefone: 0532-32-9466

Rua Riachuelo, 174, conj.201-Centro
Santa Maria-RS - cep 97.050-010
 Telefone: 055-222-8855 Fax: 222-8882

Rua dos Andradas, 129 - sala 12
Santana do Livramento - RS - cep 97.573-001
 Telefone: 055-242-3730

Rua Bento Gonçalves, 2.399 - sala 1.006
Novo Hamburgo - RS - cep 93.310-002
 Telefone: 051-593-5622

Rua Marechal Floriano Peixoto, 1642 - sl.02
Santo Ângelo - RS - cep 98.803-220
 Telefax: 055- 312-2011

Rua Bento Gonçalves 285 -salas 601/2 - Centro
Bagé- RS - cep 96.400-201
 Telefax: 0532-42-2699

Rua Borges de Medeiros, 814 - Centro
Caxias do Sul - RS - cep 95.020-310
 Telefax: 054 - 223-8488

Procuradoria Regional da República - RS (4ª Região)

Rua 07 de Setembro nº 1.133 - Centro

Porto Alegre - RS - cep 90.010-191

Telefones: 051-225-2311/2140/4555/2552 Fax: 225-5555/227-5200

E-mail: hruas@prrr4.gov.br

21. Rio de Janeiro

Rua México nº 158 - Centro

Rio de Janeiro - RJ - cep 20.031-143

Telefones: 021-297-2112 r.203-707 /262-9106/262-9632 Telex: 21.23.076

Fax: 297-2112, r.214/262-9632

E-mail: prrj@antares.com.br (geral); prrjgab@antares.com.br (gabinete)

Rua Maestro Felício Toledo, 513 - 4º andar - Centro

Niterói- RJ - cep 24.030-102

Telefone: 021-622-1673 Fax: 717-9612

Praça São Salvador, 62 - 4º andar - sala 411/416 - Centro

Campos dos Goitacazes-RJ - cep 28.010-000

Telefone: 0247-22-0422/0522 Fax: 22-3055

Rua 16 nº 186 - salas 14 e 16- Vila Santa Cecília

Volta Redonda - RJ - cep 27290-060

Telefones: 024-342-0824/0298/0032

Procuradoria Regional da República - RJ (2ª Região)

Rua Uruguaiana, 174, 14º andar - Centro

Rio de Janeiro - RJ - cep 20.050-900

Telefone: 021- 211-0700/0701 Fax: 211-0780/507-2372

(<http://www.info.lncc.br/prrr2r>

E-mail: prrj@omega.lncc.br)

22. Rondônia

Rua Almirante Barroso, 1.403

Porto Velho -RO cep 78.915-020

Telefones: 069-224-2087/3949/2091/3949/223-1332 Fax: 224-3897/3949

23. Roraima

Av. General Penha Brasil, 1511 - Bairro São Francisco

Boa Vista - RR cep 69.305-130

Telefones: 095-623-9642/9644/9264 Fax: 224-3997

24. Santa Catarina

Rua Bulcão Viana, 198 - Caixa Postal 367

Florianópolis - SC - cep 88.020-160

Telefones: 048-229-2400/2434 Telex: 48.1094 Fax: 224-0121

E-mail: prsc@prsc.gov.br

Av. Juscelino Kubitschek, 410 - Bloco B, sala 501/6

Centro Comercial Cidade de Joinville

Joinville-SC - cep 89.201-100

Telefone: 047-433-7855/5911 Fax: 433-5425

Rua Dr. Amadeus da Luz, 100 - sala 606 - Centro

Blumenau-SC - cep 89.010-160

Telefax: 047-322-3838

Rua Quintino Bocaiúva, 148-D

Chapecó-SC- cep 89.800-000

Telefone: 049-723-1447 Fax: 723-4711

Av. Centenário, 3.773 - Ed. Centro Executivo Iceberg - 7º andar

Criciúma-SC - cep 88.801-000

Telefone: 048-433-8165 Fax: 433-8753

Av. Rio Branco, 458-2º andar

Joaçaba-SC - cep 89.600-000

Telefax: 049-522-1913

25. São Paulo

1ª Instância - Área Criminal

Praça da República, 299 - Centro

São Paulo - SP - cep 01.045-001

Telefone: 011-222-4638 Fax: 222-7293

2ª Instância - Área Cível

Rua Peixoto Gomide, 762/768

São Paulo - SP - cep 01.409-904

Telefones: 011-269-5000/5047/5058 Fax: 287-0398/285-6712

E-mail: presp@na-sp.mmp.br

Procuradoria Regional da República - 3ª. Região (SP)

Rua Peixoto Gomide, 1038, Cerqueira César

São Paulo - SP - cep 01409-904

Telefones: 011-281-8800/8865 Fax: 281-8894/8893

(<http://www.ci-sp.mmp.br/~pr3r>

E-mail: pregreg@ci-sp.mmp.br)

Rua Diná Ferraz de Oliveira, 257 - Bairro Jardim Nova York

Araçatuba - SP - cep 16.065-000

Telefone: 018-624-3837 Fax: 622-1516

Rua Ponciano Ferreira Menezes 778 - Jardim Panorama

Bauru-SP - cep 17.044-120

Telefone: 014-234-6351 Fax: 227-2351

Rua Roberto Simonsen, 301 - Bairro Taquaral- Jardim Bela Vista

Campinas-SP - cep 13.090-160

Telefones: 019-251-8166 Fax: 251-8165

Rua Thomaz Gonzaga, 1640 - Centro

Franca-SP cep 14.400-540

Telefax: 016-721-3432

Av. Carlos Gomes, 416 - Centro

Marília-SP - cep 17.501-000

Telefone/Fax: 014-423-3319/1931

Rua Reverendo Coriolano, 1536- Centro

Presidente Prudente-SP - cep 19.015-070

Telefone/Fax: 018-222-0443/223-2337

E-mail: prmpp@prudenet.com.br

Praça Barão do Rio Branco, 30 - 3º andar - Bairro Centro
Santos-SP - cep 11.010-040
 Telefone: 013-232-8980/7680/7681/7831 Fax: 232-7680

Rua José Milton Espinha, 30 - Bairro Santos Dumont
São José do Rio Preto-SP - cep 15.020-200
 Telefone: 017- 235-1661/2771/2436 Telefax: 234-2028

Rua Saldanha Marinho, 740 - Jardim Europa
Piracicaba- SP - cep 13.416-320
 Telefone: 019-422-0677

Rua João Godoy, 586 - Bairro Jardim America
Ribeirão Preto-SP - cep 14.020-230
 Telefone: 016-620-0520 Fax: 620-0521

Praça Nossa Senhora de Fátima, 214 - Jardim Nova América
São José dos Campos-SP - cep 12.242-270
 Telefone: 012-341-4834 Fax: 341-6201

Rua Bráulio Guedes da Silva, 175 - Bairro Jardim Santa Rosália
Sorocaba-SP cep 18.090-010
 Telefax: 015-233-3435/6675

26. Sergipe

Avenida Beira Mar, 1064-Praia 13 de novembro
Aracaju - SE - cep 49.020-010
 Telefones: 079-211-6810/6821 Telex 79.1140 Fax: 224-8689
 E-mail: prse@infonet.com.br
 gabprse@infonet.com.br (gabinete da procuradora-chefe)

27. Tocantins

AANO 20, Conj.02 Lote 05-Ed.Sede
 Prédio da Justiça Federal
Palmas - TO - cep 77.010-010
 Telefone e Fax: 063-215-1849/215-1805

Resumo das Conclusões e Recomendações ao PDI

1. Os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras e sobre os recursos naturais nelas existentes não estão condicionados a quaisquer atos de reconhecimento oficial do Poder Público, embora seja obrigação constitucional da União promover a demarcação das terras indígenas.

Portanto, a concessão de créditos a projetos de comunidades indígenas não deve estar condicionada à prévia demarcação oficial de suas terras, e o estágio de reconhecimento oficial em que se encontrem (identificação, delimitação, demarcação física, homologação, registro, etc.¹) não deve servir como critério para aprovação ou não dos projetos indígenas.

2. A Constituição assegura às comunidades indígenas os direitos de posse permanente sobre suas terras tradicionais e usufruto exclusivo sobre os recursos naturais nelas existentes.

O direito de usufruto exclusivo, entretanto, deve ser entendido como um benefício concedido aos índios, para que possam desenvolver suas atividades produtivas utilizando-se de suas riquezas naturais, e não como um empecilho legal ao desenvolvimento de projetos que promovam a sua auto-sustentação econômica e ambiental. As atividades econômicas voltadas para a comercialização, que venham a ser desenvolvidas pelas comunidades indígenas, dependem, entretanto, do cumprimento das exigências e normas legais específicas, sobretudo das leis ambientais.

O usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais de suas terras não impede que os índios realizem parcerias ou sejam assessorados por terceiros na elaboração e desenvolvimento de projetos econômicos em suas terras, desde que não transfiram a posse das mesmas e nem alienem definitivamente o uso ou fruição de suas riquezas naturais.

¹ Atualmente, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é regulado pelo Decreto nº 1.775, de 08/01/96. A Portaria nº 14, de 09/01/96, do Ministério da Justiça, estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas.

3. As atividades de fiação, cata e garimpagem, desenvolvidas pelos próprios índios, são permitidas pelo atual Estatuto do Índio e pela Constituição Federal, que assegura aos índios o direito de usufruto exclusivo sobre as riquezas naturais do solo de suas terras.

Entretanto, inexistente, até agora, regulamentação legal das normas e procedimentos a serem observados pelas comunidades indígenas interessadas em garimpar em suas terras, e a forma como deverão solicitar a autorização do Poder Público (quando se tratar de garimpagem comercial).

Até que exista uma regulamentação legal específica para a garimpagem em terras indígenas, pelos próprios índios, os projetos experimentais de garimpo em terras indígenas devem ser objeto de autorizações *ad hoc*, concedidas pelo DNPM, caso a caso, que deverá ouvir o órgão ambiental, nos termos da legislação pertinente, e que poderá consultar o órgão indigenista sobre os impactos do projeto de garimpagem sobre a comunidade indígena. A Lei nº 8.876/94, que instituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, estabelece a sua responsabilidade pela autorização de quaisquer atividades minerárias no país, e é ele o órgão encarregado de avaliar tecnicamente os projetos minerários. O órgão indigenista, entretanto, poderá ser ouvido sobre os impactos do projeto sobre a comunidade indígena, emitindo parecer favorável ou desfavorável à sua aprovação, ao qual o órgão mineral não está vinculado.

O DNPM, o IBAMA e a FUNAI poderão ainda designar servidores encarregados de monitorar a execução dos referidos projetos, realizando avaliações e auditorias dos mesmos, de forma a verificar o cumprimento da legislação mineral e ambiental. Técnicos independentes de outras instituições poderão também ser contratados para efetuar avaliações e recomendações técnicas específicas, em quaisquer casos em que seja necessário ou útil, e principalmente quando não houver, nos quadros dos referidos órgãos administrativos, técnicos com determinada formação/capacitação, ou quando houver divergência técnica.

Recomenda-se ainda que, os projetos PDI que visam a exploração de recursos minerais garimpáveis sejam objeto de pareceres jurídicos específicos, através de consultores *ad hoc*, que avaliem a observância das normas legais de proteção às comunidades indígenas e aos recursos naturais de suas terras tradicionais, bem como a observância da legislação ambiental. Desta forma, estar-se-á evitando quaisquer dúvidas sobre a sua legalidade, e diminuindo as chances de questionamentos judiciais em torno do projeto.

4. A realização de atividades garimpeiras por terceiros em terras indígenas é legalmente proibida, e não pode ser autorizada pelo Poder Público, razão pela qual quaisquer projetos visando a implantação de garimpos explorados e controlados por terceiros dentro de territórios indígenas são ilegais.

5. Os recursos florestais existentes nas terras indígenas são de usufruto exclusivo das comunidades indígenas que nelas vivem, e que podem utilizá-los livremente para suas práticas e atividades tradicionais voltadas para a subsistência ou consumo interno. Quando a exploração florestal visar a comercialização, entretanto, deve se submeter às normas da legislação florestal e ambiental em vigor. Como o procedimento a serem observado pelas comunidades indígenas interessadas em desenvolver projetos de exploração florestal não encontra-se legalmente regulamentado (havendo proposta neste sentido no projeto de lei que institui o novo Estatuto das Sociedades Indígenas), recomenda-se que tais projetos sejam objeto de autorizações *ad hoc*, concedidas em cada caso concreto pelo órgão ambiental federal (Ibama), que deverá fazer uma avaliação técnica do plano de manejo florestal apresentado e poderá consultar o órgão indigenista sobre o impacto do projeto sobre a comunidade indígena, pedindo-lhe que emita um parecer sobre o mesmo, ao qual o órgão ambiental não está legalmente vinculado.

Recomenda-se ainda que o PDI tenha, em seu quadro de consultores, técnicos da área jurídica com condições de avaliar o cumprimento da legislação ambiental aplicável pelos projetos a serem financiados, dada a natureza jurídica controversa e complexa de tais atividades.

6. Da mesma forma, até que seja regulamentado o procedimento legal para a concessão, pelo Poder Público (através do DNPM, que é o órgão administrativo competente), de autorização administrativa para a **garimpagem** em terras indígenas, os projetos do PDI que busquem realizar tais atividades devem requerer autorizações *ad hoc*, e também necessitarão de assessoria jurídica especializada, que deve ser provida pelo PDI.

7. O direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas sobre os recursos naturais de suas terras inclui o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais que atravessam as terras indígenas, que podem utilizá-los para suas atividades tradicionais ou para desenvolver projetos econômicos; na segunda hipótese, tais projetos devem cumprir a legislação ambiental aplicável.

8. Não resta qualquer dúvida quanto à possibilidade jurídica de os índios caçarem, pescarem, coletarem frutos ou desenvolverem atividade agropecuária ou extrativa em suas terras. Entretanto, se pretenderem vender carne de caça, por exemplo, devem ter criadouros inscritos e autorizados, e o mesmo se diga em relação à piscicultura comercial. Suas atividades comerciais devem atender as exigências legais específicas. Os projetos econômicos financiados pelo PDI devem estar atentos ao cumprimento da legislação ambiental aplicável, e recomenda-se a contratação de consultores jurídicos *ad hoc* para emitir pareceres sobre a legalidade de tais atividades em cada caso concreto, quando houver aspectos jurídicos controversos.

Os projetos financiados pelo PDI podem prever a possibilidade de os índios se associarem a terceiros para o desenvolvimento de tais atividades, inclusive através de parcerias, bem como contratar empregados e técnicos especializados, devendo-se entender como “pessoa estranha” às comunidades indígenas aquela que não está por ela autorizada. Conforme salienta Roberto Santos², já citado, “o usufruto não obriga o índio a lavrar com suas mãos a terra e cuidar com seus braços do gado”, e “o assalariamento de terceiros pelo índio não oferece dificuldade nenhuma”.

Importante é, entretanto, que tais atividades não restrinjam o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena, e que esta continue permanentemente com os índios. Por esta razão, são legalmente proibidos o arrendamento e a locação de terras indígenas.

9. O acesso a recursos genéticos e a justa compensação às comunidades indígenas pela utilização de seus conhecimentos tradicionais em atividades de pesquisa, bioprospecção, conservação, aplicação industrial ou aproveitamento comercial de recursos genéticos ainda não encontram-se devidamente

² SANTOS, Roberto A. O. “A Parceria Pecuária em Terras Indígenas”, na coletânea “Os Direitos Indígenas e a Constituição”, organizada por Juliana Santilli e publicada pelo Núcleo de Direitos Indígenas/Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

regulamentados pela lei brasileira, embora o país seja signatário da Convenção sobre a Diversidade Biológica, que estabelece princípios de proteção aos conhecimentos de comunidades indígenas e tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

Recomenda-se que os projetos financiados pelo PDI prevejam a participação das comunidades indígenas, na condição de partes, em quaisquer contratos ou atos negociais que tenham como objeto o acesso a recursos genéticos situados em seus territórios, para que possam estabelecer suas próprias condições e restrições, exigir garantias e a devida compensação, mediante a cobrança de uma determinada taxa de prospecção (para a simples coleta) e de um percentual sobre quaisquer lucros/benefícios gerados por processos ou produtos desenvolvidos com base em recursos genéticos coletados em seus territórios, ou com a utilização de seus conhecimentos tradicionais, ou ambos. Além dos benefícios econômicos, às comunidades indígenas devem ser assegurados mecanismos de controle sobre utilizações futuras de recursos genéticos coletados em suas terras ou de conhecimentos tradicionais a eles associados, bem como transferência de tecnologias que lhes sejam úteis e não gerem dependências tecnológicas, e a possibilidade de participação em atividades de pesquisa e desenvolvimento.

10. A criação de unidades de conservação ambiental incidentes, total ou parcialmente, sobre os limites de terras indígenas, por ato unilateral do Poder Público e sem o consentimento prévio das comunidades indígenas, é ilegal, pois viola o direito de usufruto exclusivo assegurado constitucionalmente a estas. Tais atos são nulos.

O Poder Público pode e deve, entretanto, apoiar e estimular as iniciativas dos próprios índios visando conservar os recursos naturais de suas terras ou criar unidades de conservação ambiental em seus territórios, desde que estes participem de sua gestão e sejam compensados, de alguma forma. Para tanto, podem, por exemplo, realizar zoneamentos de seu território para definir áreas de preservação permanente (onde se eximem de praticar qualquer atividade potencialmente modificadora do meio ambiente) e áreas de exploração (sustentável) de seus recursos naturais. Podem ainda reservar áreas para pesquisa científica, para visitação pública ou estabelecer restrições ao uso que farão dos recursos naturais de determinadas áreas. Não há dúvidas legais de que os índios podem associar-se, por diversas formas e iniciativas concretas, ao Estado brasileiro, para promover a conservação dos recursos

naturais existentes em suas terras. Recomenda-se que o PDI apóie projetos e iniciativas concretas desta natureza.

11. A Constituição Federal, em seus arts. 176, par.1º e 231, par.3º, estabelece três condições específicas para a mineração por terceiros em terras indígenas: autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades indígenas afetadas e participação nos resultados da lavra. A forma e o procedimento legais a serem cumpridos pelos interessados em minerar em terras indígenas, entretanto, depende de regulamentação por lei ordinária específica, ainda não aprovada pelo Congresso Nacional, embora já existam projetos de lei em tramitação. Como o PDI pretende financiar projetos de auto-sustentação econômica das próprias comunidades indígenas, e não de terceiros, tal lacuna legal não afetará diretamente suas atividades.

12. O aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas também depende de regulamentação por lei ordinária específica, conforme o art.231, par.3º, da Constituição. Tal lei regulamentará não só a exploração de “potenciais energéticos”, como usinas hidrelétricas, linhas de transmissão e barragens de captação de água, como também obras como hidrovias e aquedutos. Até agora, o único caso concreto já autorizado pelo Congresso Nacional é o da Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa, que afeta os índios Avá-Canoeiro. O Poder Judiciário já firmou entendimento no sentido de que a implantação de hidrovias também depende de autorização do Congresso Nacional, consulta às comunidades indígenas afetadas e compensação por eventuais danos sofridos. Como o PDI pretende financiar projetos desenvolvidos pelas próprias comunidades indígenas, e não projetos desenvolvidos pelo Poder Público ou por particulares que impactam as suas terras, tais conclusões servem apenas como subsídios informativos.

13. Com a edição da Lei 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, as comunidades indígenas adquiriram o direito de integrar os Comitês de Bacias Hidrográficas cujos territórios abranjam suas terras, o que significa um importante espaço de influência e participação nas decisões relativas à gestão dos recursos hídricos.

Recomenda-se que o PDI estimule e apóie, no desenvolvimento de projetos de comunidades indígenas que envolvam o uso de recursos hídricos, iniciativas concretas para a criação ou participação efetiva das comunidades

indígenas nos Comitês de Bacias Hidrográficas, responsáveis pelo planejamento e gerenciamento de recursos hídricos das bacias hidrográficas.

14. De acordo com o Estatuto do Índio, os atos praticados entre índios e terceiros serão válidos, desde que os primeiros tenham consciência e conhecimento de seus efeitos, e não lhes sejam prejudiciais. Serão nulos os atos prejudiciais aos índios, em que estes não tenham condições de aferir as suas consequências, ou de aquilatar-lhes os efeitos. O Estatuto do Índio deve ser compreendido e interpretado à luz dos novos parâmetros constitucionais, que asseguram aos índios até mesmo o direito de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, constituindo seus próprios advogados, independentemente de assistência da Funai ou mesmo do Ministério Público Federal. Esta é mais uma razão para se entender que a Constituição procurou dar aos índios autonomia para o exercício de seus direitos e defesa de seus interesses.

Portanto, os índios estão legalmente habilitados a elaborar, apresentar e administrar os seus próprios projetos (eventualmente financiados pelo PDI), assessorando-se livremente para tanto. Podem solicitar a assessoria do órgão indigenista, se assim o desejarem, ou de outros parceiros, escolhidos segundo seus próprios critérios. O próprio fato de uma determinada comunidade indígena ser capaz de formular e submeter seus projetos a órgãos financiadores afasta qualquer dúvida sobre a sua capacidade de compreensão dos efeitos de seus atos e de determinar-se segundo tal compreensão. E a obrigatoriedade legal de assistência do órgão indigenista só se dá em casos de comunidades indígenas isoladas ou que não tenham, devido ao seu pouco tempo de contato com a nossa sociedade, condições de aferir seus efeitos.

Os atos negociais e contratos que tais comunidades indígenas por ventura tiverem que celebrar com terceiros não dependem de ratificação ou aprovação do órgão indigenista, que, entretanto, poderá ser consultado e emitir o seu parecer a respeito dos mesmos. Os projetos que as comunidades e organizações indígenas submeterem ao PDI, em busca de financiamento, não dependem, do ponto de vista legal, da aprovação do órgão indigenista, para serem implementados e executados. O órgão indigenista poderá ser consultado, dadas as suas competências institucionais, mas seu parecer não poderá determinar a aprovação ou não de um projeto indígena.

15. Os índios poderão assumir diretamente o encargo de gerir o seu patrimônio, de acordo com os seus critérios e prioridades, se assim o desejarem. Não há justificativa legal para que sejam impedidos de administrar os seus bens quando assim o desejarem e estejam capacitados para tanto. O próprio fato de uma determinada comunidade indígena ser capaz de formular e submeter seus projetos à consideração de financiadores demonstra a sua capacidade de compreensão dos efeitos de seus atos e de relacionamento com a sociedade envolvente. Portanto, os índios poderão assumir diretamente a administração de seus projetos financiados pelo PDI, e dos bens e recursos eventualmente gerados com o desenvolvimento de atividades produtivas financiadas pelo PDI, ou de seu próprio patrimônio, sem que haja qualquer empecilho jurídico.

16. Apesar de terem personalidade jurídica própria, as comunidades indígenas podem organizar-se em associações formalmente constituídas, quando entenderem que tal forma organizacional favorece de alguma forma a gestão de seus projetos, facilitando o acesso a fontes de financiamento, o estabelecimento de parcerias, a transparência e o controle sobre operações bancárias, o controle contábil de seus projetos, etc. Recomenda-se que o PDI apóie tanto projetos de comunidades quanto de organizações indígenas, devendo ainda apoiar a constituição formal de associações indígenas quando os índios o desejarem.

17. As responsabilidades legais e institucionais dos órgãos públicos federais, no tocante à proteção das terras indígenas e de seus recursos naturais, independem de estarem estas demarcadas ou não. Constitui obrigação legal da Funai promover a defesa, judicial e extra-judicial, das terras indígenas, podendo, para tanto, requisitar o auxílio da Polícia Federal. Cabe ao Ibama, e a todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA- , punir os infratores da legislação ambiental, inclusive nas terras indígenas. O DNPM é o órgão responsável pela fiscalização das atividades minerais. O Incra tem a obrigação de dar prioridade, para efeito de reassentamento, a ocupantes não índios de terras indígenas sob demarcação, sendo ilegal a realização de assentamentos em terras indígenas. Os projetos financiados pelo PDI devem considerar tais atribuições institucionais, ao delimitar as responsabilidades e funções a serem desempenhadas por tais órgãos públicos federais.