



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CURSO DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

SOFIA FROTA ALBUQUERQUE

**O DIREITO INDÍGENA DE CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL:
UM ESTUDO DO CASO BELO MONTE**

FORTALEZA

2013

SOFIA FROTA ALBUQUERQUE

**O DIREITO INDÍGENA DE CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL: UM ESTUDO
DO CASO BELO MONTE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação de Atividades Complementares do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

FORTALEZA

2013

SOFIA FROTA ALBUQUERQUE

**O DIREITO INDÍGENA DE CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL: UM ESTUDO
DO CASO BELO MONTE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Ana Stela Vieira Mendes Câmara
Universidade Federal do Ceará - UFC

Thiago Arruda Queiroz Lima
Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

À Deusa, fonte de vida, amor, esperança e sentido.

À toda a minha família, pelo amor e apoio incondicional, o cuidado e a dedicação, com quem tenho aprendido as mais valiosas lições nessa vida terrena.

À minha irmã Sara, fiel companheira, pelo carinho e cuidado permanentes.

Ao Marcelo, meu amor, pela paciência, o companheirismo e as contribuições positivas ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

À família Bezerra, pelo sincero acolhimento, pelo exemplo de amor e união.

Ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária – CAJU, de todas as gerações, pelo despertar de uma concepção crítica do Direito e da realidade, onde aprendi a manter viva a esperança nas transformações e na realização de sonhos, e onde pude encontrar verdadeir@s amig@s e companheir@s de caminhada.

Aos amig@s do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária – NAJUC, do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária – SAJU, da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares - RENAP e do Escritório Frei Tito de Alencar – EFTA, pelas amizades verdadeiras e pelo exemplo de militância.

Ao Povo Indígena Jenipapo Kanidé, com quem pude conhecer um pouco da beleza, do encanto e da força viva das comunidades indígenas do Ceará, por quem sou eternamente grata por ter compartilhado importantes experiências de luta e de união.

Aos amig@s da Defensoria Pública do Estado do Ceará, Dra. Amélia Rocha, Dr. Fonteles, Sandra e Samara; e da Procuradoria da República, Guilherme, Isafas, Aparecida, Ticiano, Cristiano, com quem pude compartilhar consideráveis aprendizados para o Direito e para toda a vida.

Aos amig@s Bárbara, Clara, Dillyane, Julian, Elaine, Priscylla Joca, Lia (s), Lourdes Vieira, Luciana Nóbrega, Paulo, Renatinha, Robson, Sérgio Brissac, Sinara, Talita, Tico e Vlândia, que, de alguma forma, estiveram presentes e contribuíram verdadeiramente para a concretização desta pesquisa.

À Professora Tarin Mont'Alverne, por acompanhar a construção desta monografia com atenção e cuidado. Aos membros da minha Banca de Defesa, Ana Stela Vieira e ao Thiago Arruda, amigos com quem tive a alegria de compartilhar os frutos desta pesquisa, pela disponibilidade e pelas preciosas contribuições.

Aos Povos Indígenas do Brasil, pelo exemplo de resistência, coragem e força na luta!

Isto sabemos.
Todas as coisas estão ligadas
Como o sangue
Que une uma família...

Tudo o que acontece com a Terra,
acontece com os filhos e filhas da Terra.
O homem não tece a teia da vida;
Ele é apenas um fio.
Tudo o que faz à teia,
Ele faz a si mesmo.

(Ted Perry, inspirado no Chefe Seattle)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 representa importante marco para a tutela dos direitos indígenas, pois, rompendo com o paradigma da integração, destinou um capítulo específico para tratar dos direitos e garantias indígenas. Dessa forma, inaugurou novos fundamentos para os direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais, pautados na proteção à diversidade étnica e cultural da sociedade brasileira. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no mesmo sentido do texto constitucional, consagraram o direito de consulta prévia das comunidades indígenas atingidas por intervenções estatais ou não estatais, como a exploração de recursos naturais existentes em suas terras. Tal garantia, compreendida hoje como pontos mais sensíveis da questão indígena, objetiva assegurar a essas coletividades o direito de participar e de poder influenciar na tomada de decisões acerca de suas prioridades de desenvolvimento social, cultural, político e econômico. No entanto, no ano de 2005, o Congresso Nacional brasileiro autorizou a implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, antes mesmo de realizar a oitiva dos povos indígenas que serão afetados pelo empreendimento, gerando intensa mobilização nacional que culminou com a judicialização da matéria por meio de ação movida pelo Ministério Público Federal. Dessa forma, o presente trabalho buscará, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, examinar a compatibilidade das decisões judiciais proferidas no caso com o espectro de direitos e garantias fundamentais outorgadas aos povos indígenas brasileiros.

Palavras-chave: Direitos territoriais indígenas, Autodeterminação, Consulta prévia.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution represents an important milestone for the protection of indigenous rights, therefore breaking the paradigm of integration, earmarked for a specific chapter dealing with indigenous rights and guarantees. This way, opened new grounds for the original indigenous rights on their traditional lands, guided by the protection of ethnic and cultural diversity of Brazilian society. The Convention 169 of OIT and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, in the direction of the Constitution, enshrined the right to prior consultation of indigenous communities affected by state or non-state interventions, such as the exploitation of natural resources existing on their lands. Such a guarantee, understood today as the most sensitive points of the indigenous rights, aims to ensure these communities the right to participate and to influence decision-making about their priorities for social, cultural, political and economic development. However, in 2005, Brazilian National Congress authorized the deployment of hydroelectric power plant of Belo Monte, in Pará State, even before performing the hearsay of indigenous peoples who will be affected by the project, generating intense national mobilization that culminated in the judicialization of matter through lawsuit filed by federal prosecutors. Thus, this paper aims, through research literature and documents, examine the compatibility of judicial decisions in the case with the spectrum of fundamental rights and guarantees granted to Brazilians indigenous.

Keywords: Indigenous Territorial Rights, Self-determination, Prior consultation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO: CAMINHOS PERCORRIDOS DESDE O BRASIL COLÔNIA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
1.1 O “encontro” de culturas e de Direitos: a invasão portuguesa e a imposição da colonização	15
1.2 O Diretório Pombalino e a secularização dos aldeamentos: controle das aldeias pelo Estado.....	22
1.3 A formação do Estado Nacional brasileiro e as “conquistas do processo civilizatório”	24
1.4 A Lei de Terras de 1850: a territorialidade indígena e regulamentação do direito de propriedade privada.....	26
1.5 O Brasil republicano e o regime tutelar: a criação de órgãos indigenistas e a constitucionalização dos direitos indígenas.....	30
2. NOVO PARADIGMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS	
2.1 Mobilizações indígenas na Assembleia Nacional Constituinte	38
2.2 A Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da diversidade étnica e cultural: o direito à diferença.....	40
2.3 A compreensão do território como elemento imanente à identidade étnica e cultural.....	45
2.4 Estatuto jurídico-constitucional das terras indígenas.....	47
2.5 A Convenção 169 da OIT e o direito de consulta livre, prévia e informada.....	53
2.5.1 Histórico da ratificação da Convenção 169 pelo Brasil.....	54
2.5.2 O critério da autoidentificação e a ampliação do direito ao território.....	56
2.5.3 O princípio da participação dos povos interessados e o direito de consulta prévia.....	59
2.6 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.....	64
3. A IMPLANTAÇÃO DA UHE DE BELO MONTE E A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA: O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NOS TRIBUNAIS	

3.1 Panorama histórico do projeto de implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.....	68
3.2 Localização e características do empreendimento.....	74
3.3 Povos Indígenas do Xingu.....	78
3.4 Impactos socioambientais do empreendimento.....	83
3.5 Licenciamento ambiental e realização de audiências públicas.....	86
3.6 Delineamentos da interpretação e aplicação judicial do direito de consulta prévia.....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

A história dos povos indígenas no Brasil, desde a chegada dos colonizadores portugueses, é marcada por intensos processos de luta e resistência. A imposição de regimes jurídicos alheios à dinâmica social indígena foi a principal medida utilizada no método de subjugação das populações autóctones pelos europeus, servindo como instrumental de legitimação de um processo de genocídio transcorrido dissimulada e dolorosamente sob o manto da Religião e da Civilização, a partir da perspectiva arbitrária da cultura do dominador.

Pode-se afirmar que todo o relacionamento entre o colonizador e os povos indígenas orientou-se no sentido de satisfazer as conveniências políticas e econômicas da metrópole. Possibilitada em grande parte pela catequese indígena, tais relações foram intensamente marcadas pelo interesse na utilização da mão de obra e na usurpação de terras, em evidente desrespeito à organização social e às relações de territorialidade tecidas pelos grupos indígenas.

Embora seja reiterada a legislação colonial portuguesa proibindo a escravidão dos índios, ao mesmo tempo, buscaram-se fórmulas mágicas, principalmente normativas, de submetê-los e adequá-los ao trabalho produtivo segundo os parâmetros da colonização – e a serviço do colonizador.

Assim, o Estado colonial brasileiro abriu o caminho para a política de integração e assimilação das coletividades indígenas, orientação que foi reforçada ao longo da consolidação do Estado Nacional Brasileiro e da instituição de órgãos indigenistas fundados no marco da tutela, citando-se o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, criado em 1910, e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em 1967, até o final do século XX, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se a Lei nº 6.001/1973 – Estatuto do Índio – como exemplo emblemático da persistência do paradigma integracionista no regime jurídico dedicado pelo Estado brasileiro aos povos indígenas, oferecendo-lhes como única alternativa a oportunidade de ser colonizado - segundo o padrão cultural e econômico ocidental-capitalista do “conquistador”.

Paralelamente, demonstrando formas próprias de organização territorial, social, política, econômica e cultural, os diversos povos indígenas brasileiros vêm desenvolvendo estratégias também variadas de defesa e de disputa pelo reconhecimento

e pela concretização de seus direitos, que podem ser concebidos como uma teia de relações que encontra na realização do direito à terra, sustentáculo da identidade étnica, da qual emergem todos os outros direitos.

Nessa perspectiva, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco no reconhecimento dos direitos indígenas e na afirmação do Brasil como um Estado pluriétnico e multicultural, inaugurando uma nova ordem jurídica fundada na proteção da diversidade e na garantia da existência física e cultural desses povos. A Lei Maior rompeu com o paradigma integracionista até então hegemônico, reconhecendo aos povos indígenas direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, destinando-as a sua posse permanente e ao usufruto exclusivo.

Assim, a Constituição estabeleceu as bases para a consagração de direitos socioambientais e para a interpretação sistêmica dos direitos ambientais, sociais e culturais, atribuindo aos povos indígenas papel primordial na gestão de seu território, assegurando a participação dessa coletividade na tomada de decisões que afetem sua esfera de direitos já consagrados.

Também os sistemas jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos, pautados pelo pressuposto da autodeterminação – princípio fundamental do ordenamento jurídico internacional contemporâneo; também se desenvolvem no sentido de reconhecer direitos territoriais específicos (entre outros direitos) inerentes à condição cultural diferenciada dos povos indígenas.

Destacam-se como importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos indígenas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tais documentos estabelecem o direito à consulta prévia como elemento inter-relacionado com a própria concepção do direito territorial indígena, compreendendo a garantia de que os grupos indígenas possam protagonizar as tomadas de decisões sobre o seu próprio modelo de desenvolvimento.

Na esteira da constitucionalização, por inúmeros países latinoamericanos, de direitos indígenas coletivamente considerados, como à autodeterminação e ao território, o direito de consulta prévia firma-se atualmente como importante dimensão do princípio democrático de participação. Consubstancia, assim, o direito de os povos indígenas formularem autônoma e proativamente suas prioridades de desenvolvimento,

participando e influenciando a tomada de decisões estatais que possam afetar deus destinos e, por consequência, violar a esfera de proteção jurídica consagrada. Por isso, a concretização do direito de consulta se mostra como um desafio, necessário e permanente, que se impõe aos Estados que se apresentam como democráticos, multiculturais e pluriétnicos.

Com a positivação de um amplo espectro de direitos indígenas no ordenamento jurídico pátrio, o papel do Poder Judiciário mostra-se imprescindível para a garantia e a concretização dos fins propugnados pela Constituição e confirmados nos tratados internacionais de direitos humanos. Nessa perspectiva, a relevância da atuação judicial ganha maior dimensão em face da não regulamentação do direito de consulta prévia no Brasil, o que exige do aplicador do direito sensibilidade e atenção à coerência sistêmica do rol de direitos consagrados aos grupos indígenas.

No entanto, na contramão do percurso de conquista histórica dos direitos indígenas, preponderou no Supremo Tribunal Federal brasileiro compreensão extremamente restritiva do direito indígena de consulta prévia, no caso da implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. No caso, entendeu-se que o Congresso Nacional poderia autorizar a realização do empreendimento em terras indígenas antes mesmo de proceder à consulta das comunidades atingidas pela referida medida, podendo delegar ao órgão ambiental a oitiva indígena.

Privilegiando o “interesse público” nacional genericamente motivado, o Estado brasileiro não procedeu à oitiva das comunidades conforme o regramento da CF/88, da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU. Em consequência, a interpretação judicial reducionista dos limites e requisitos da consulta indígena, que culminou com a autorização para a continuação das obras, vem ocasionando um estado de permanentes conflitos e de ameaça real à sobrevivência física e cultural dessas coletividades.

Dessa forma, diante da intensa presença indígena no país e da previsão de execução, nos próximos anos, de inúmeros projetos que se apresentam como de “desenvolvimento nacional” em terras indígenas, é importante perceber o potencial de reverberação que a orientação do Poder Judiciário no caso terá em relação a processos similares, figurando como precedente judicial que poderá delimitar as balizas para abordagem do direito de consulta prévia no Brasil.

Portanto, o presente trabalho busca questionar a compatibilidade entre os posicionamentos do Poder Judiciário e os ditames da Constituição Federal e dos tratados internacionais a respeito da efetivação do direito indígena de consulta prévia, bem como do regime normativo contemporâneo dos direitos territoriais indígenas, buscando averiguar se a interpretação judicial predominante representa ameaça à sobrevivência dos Povos Indígenas do Xingu.

Para o desenvolvimento da temática proposta, a pesquisa consistiu, basicamente, do exame bibliográfico – livros, artigos, teses, dissertações e periódicos – e das legislações sobre a matéria. Ainda, a partir do estudo do caso Belo Monte, foi utilizada a pesquisa documental, mediante análise do processo judicial relacionado à matéria.

Dessa forma, o primeiro capítulo objetiva apresentar, de forma sintética, as normatizações lusitanas e brasileiras que constituíram o estatuto jurídico dos povos indígenas, descrevendo as ideais fundamentais da política indigenista e da formação dos institutos fundadores dos direitos indígenas originários, desde o início da colonização até o período que antecede à Constituição de 1988.

O segundo capítulo se destina a sistematizar as principais conquistas trazidas na Constituição Federal, explicitadas na mudança do paradigma antropológico que reorientou a compreensão jurídica relativa aos povos indígenas e seus direitos fundamentais. Assim, aborda-se o reconhecimento da diversidade étnica como elemento essencial ao conteúdo das territorialidades indígenas, traçando, ainda, o estatuto jurídico das terras indígenas e das garantias a elas inerentes. Ao final, serão expostas as inovações enunciadas pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas e Tribais, centrando-se no direito de consulta prévia, seus elementos caracterizadores e suas consequências jurídicas.

O terceiro capítulo apresenta uma contextualização histórica do projeto de aproveitamento hidrelétrico do Rio Xingu, descrevendo a região de incidência do projeto e as comunidades indígenas atingidas. Com o objetivo de oferecer elementos para a melhor compreensão da magnitude dos riscos potenciais e reais à sobrevivência dos povos indígenas do entorno, procedeu-se à caracterização sucinta do empreendimento e dos impactos socioambientais por ele ocasionados. Por fim, elaborou-se relato do percurso processual da discussão acerca do direito de consulta

prévia, buscando sistematizar e compreender criticamente a interpretação do Poder Judiciário que preponderou relativamente ao conceito e dos limites da garantia em exame.

1 DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO: CAMINHOS PERCORRIDOS DESDE O BRASIL COLÔNIA ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde a colonização portuguesa, inúmeras normatizações vêm sendo impostas aos povos indígenas, no sentido de regular a vida e a organização territorial dessas coletividades, de forma arbitrária e desrespeitosa às cosmovisões e aos próprios sistemas jurídicos por elas tecidos, ameaçando a sobrevivência física e cultural de diversos grupos étnicos, muitas vezes, de forma fatal. Durante séculos, a inadequação dos povos indígenas ao ordenamento jurídico positivo estatal e à cultura hegemônica, enquanto coletividades étnica e culturalmente diferenciadas, redundou em um estado permanente de conflitos e de lutas por condições dignas de existência, que se perpetua até os dias atuais.

Sucedem que, para a compreensão do atual regramento relativo aos direitos indígenas, demonstra-se imprescindível a investigação histórica dos constantes processos de negação e de luta pelo reconhecimento de seus direitos originários, assim como a análise das consequências jurídicas da concretização de tais demandas por meio da positivação no ordenamento pátrio como no plano internacional de normas que tutelam os direitos indígenas de forma inequívoca e definitiva.

Dessa forma, o presente capítulo tem por objetivo apresentar, de forma sintética, as normatizações lusitanas e brasileiras que constituíram o estatuto jurídico dos povos indígenas, descrevendo as ideais fundamentais da política indigenista e da formação dos institutos fundadores dos direitos indígenas originários, desde o início da colonização até o período que antecede à Constituição de 1988.

1.1 O “encontro” de culturas e de Direitos: a invasão portuguesa e a imposição da colonização

Os europeus chegaram ao continente americano como se estivessem praticando a expansão de suas fronteiras agrícolas, extraindo riquezas naturais, desprezando e desrespeitando as dinâmicas de produção da vida e de organização sociocultural pré-existentes. “Antes de se batizarem os gentios, batizou-se a terra encontrada. De certa maneira, desta forma o Brasil foi simbolicamente criado. Assim,

apenas nomeando-o, se tomou posse dele, como se fora virgem¹”, a despeito da presença de uma pluralidade de populações autóctones que (con-)viviavam há, aproximadamente, 10 mil anos no território que viria a ser chamado de Brasil.

Conhecendo a História dos povos indígenas brasileiros, é possível perceber a riqueza e a diversidade étnica e cultural desenvolvidas por esses grupos, o que pode ser minimamente apreendido a partir dos estudos arqueológicos e antropológicos que evidenciam os diversos modos de vida e de elaboração cultural, econômica, política, normativa e religiosa tecidos com o meio natural, anteriormente ao encontro com o colonizador europeu². Nas palavras de Carlos Frederico Marés:

Acompanhar a História de cada um destes povos após o contato é escrever uma saga épica que nos leva a reflexões muito profundas sobre a própria humanidade e sua trajetória na terra. Cada povo neste pedaço de mundo que veio a se chamar Brasil tem uma história peculiar que começa muito antes da chegada dos europeus e é fortemente alterada por ela. É preciso conhecer, entender e respeitar a história, os mitos e a concepção de mundo de cada povo para concluir hoje sobre os seus direitos³.

Nesse sentido, a presença (e a permanência) indígena no Brasil desde o primeiro contato com colonizador português é marcada por intensos processos de luta e resistência face às inúmeras formas de opressão e subjugação manipuladas não só ao longo do período colonial, mas que passam por processos de atualização até o momento presente. Além das epidemias, destacam-se as guerras de conquista e a desestruturação social como os principais fatores responsáveis pela catástrofe demográfica ocorrida, de forma mais intensa, durante o período colonial.

Segundo Manuela Carneiro da Cunha:

Povos e povos indígenas desapareceram da face da terra como consequência do que hoje se chama, num eufemismo envergonhado,

¹ CUNHA, Manuela Carneiro. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro (Org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/Fapesp, 1992. 2ª Ed., 2009, p. 09.

² As populações locais viviam do que aqui tinham, comiam milho ou mandioca, produziam beiju, ricas carnes de animais nativos, aves ou peixes. Aos poucos foram introduzidas novas comidas, cabras, carneiros, queijos e novas plantas, cana-de-açúcar, café e beterraba, a introdução de novas essências não poupou nem mesmo árvores e frutos, a tal ponto que se pode dizer que a natureza foi substituída. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 33.

³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 50.

“o encontro” de sociedades do Antigo e do Novo Mundo. Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e microorganismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil. Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram o resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos poucos 200 mil índios que hoje habitam o Brasil⁴.

A estimativa da população aborígine ainda é questão de grande controvérsia⁵ científica, variando entre 1 a 8,5 milhões de habitantes para as terras baixas da América do Sul⁶. Prevaecem os estudos que apontam para a maior densidade populacional do continente americano⁷. De todo modo, tais números indicam a violência que resultou no aniquilamento físico das populações indígenas e, ao mesmo tempo, a força com que tais grupos culturalmente diferenciados resistem à opressão e a assimilação compulsória até o momento atual⁸.

Motivada por interesses tipicamente político-econômicos, durante a expansão do capitalismo mercantil, a invasão lusitana buscou legitimar-se por meio da imposição de um aparato jurídico-normativo arbitrário e unilateral, pautado por referenciais científicos ocidentais alheios às cosmovisões e aos próprios sistemas normativos indígenas. Dissimuladamente, “aos poucos se foi cobrindo as ‘vergonhas’ dos índios, retirando suas armas, branqueando a cor de sua pele e o sentimento de sua religiosidade. A natural nudez virou vergonha, a Religião crença, a Língua dialeto, o Direito costume⁹”.

Nessa perspectiva, a justificação filosófica da sujeição dos povos nativos variou conforme os interesses preponderantes dos agentes da colonização, variando

⁴ CUNHA, Manuela Carneiro. Introdução a uma história indígena. *In*: CUNHA, op. cit., 2009, p. 12.

⁵ É praticamente impossível avaliar quantos habitantes teria a América por volta de 1500 porque muitas populações foram dizimadas totalmente; outras, apesar de sobreviverem, diminuíram drasticamente. Também é muito difícil, a partir de exemplos isolados, chegar ao número total dos habitantes porque cada povo indígena, e não são poucos, reagiu de formas e em momento diferentes à conquista. Os próprios conquistadores foram muito díspares em seus métodos e interesses imediatos. SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 35.

⁶ CUNHA, Manuela Carneiro. Introdução a uma história indígena. *In*: CUNHA, op. cit., 2009, p. 14.

⁷ Ver o mapa Etno-Histórico de Curt Nimuendajú editado pelo IBGE, em colaboração com a Fundação Nacional Pró-Memória/Secretaria de Planejamento da Presidência da República, em 1981.

⁸ Segundo dados divulgados pelo Instituto Socioambiental – ISA, referentes ao Censo IBGE de 2010, a população indígena no Brasil soma 896.917 pessoas, pertencentes a 283 povos indígenas. Do total, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais, o que corresponde aproximadamente a 0,47% da população total do país. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

⁹ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 33.

entre a correspondência dos povos indígenas com a figura do “bom selvagem”, enquanto seres dóceis, belos e ingênuos, tornando-se facilmente passíveis de conversão cristã¹⁰; e a ideia de seres demoníacos e degradados, despidos da natureza humana, o que justificava, portanto, a escravização e a subjugação.

Apesar de substancialmente distintas, as diversas concepções formuladas acerca dos povos indígenas derivavam de visões de mundo que davam um sentido humanitário e religioso ao empreendimento colonial¹¹, impondo-se, de uma forma ou de outra, a necessidade de conversão e salvação das almas das populações autóctones.

Não obstante a formulação de inúmeras teorias com intuito de legitimar o domínio sobre as terras encontradas e a consequente subjugação das populações autóctones, firmou-se em Portugal e na Espanha a doutrina que afirmava a plena soberania original das nações indígenas, e que negava o poder temporal do Papa sobre os infiéis e a jurisdição europeia nas terras recém-descobertas. Tal pensamento foi sustentado por Frei Francisco de Vitória¹² e por Frei Bartolomé de las Casas¹³.

No contexto da colonização do Brasil, é possível identificar dois grandes grupos de atores sociais: jesuítas e colonos, os quais eram agentes de permanentes disputas pela força de trabalho indígena e pelo domínio das terras para a exploração, conforme esclarece Oliveira & Freire:

¹⁰ Tal imagem foi motivada, em grande medida, pelo conteúdo dos relatos dos primeiros cronistas, como Pero Vaz de Caminha, que enviou as primeiras cartas ao Rei D. Manuel. Destaca-se o seguinte trecho: “Parece-me gente de tal inocência que, se homem os entendesse e eles a nós, seriam logo cristãos (...) se os degradados, que aqui não de ficar aprenderem bem a sua fala e os entenderem, não duvido que eles, segundo a santa intenção de Vossa Alteza, se não de fazer cristãos e crer em nossa santa fé, à qual preza a Nosso Senhor que os traga, porque, certo, esta gente é boa e de boa simplicidade. E imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho, que lhes quiserem dar. E pois Nosso Senhor, que lhes deu bons corpos e bons rostos, como a bons homens, por aqui nos trouxe, creio que não foi sem causa”. (CAMINHA, Pero Vaz de. Carta a El-rei dom Manuel sobre o achamento do Brasil. Introdução, atualização do texto e notas de M. Viegas Guerreiro. Lisboa. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1974, p. 34-35).

¹¹ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 28.

¹² Frei Francisco de Vitória, conhecido como fundador do Direito Internacional, afirmava que “a infidelidade (a heresia) ou qualquer outro pecado mortal não impede que os bárbaros sejam verdadeiros donos e senhores, tanto pública quanto privadamente, e não podem os cristãos tomar-lhes seus bens por esse motivo”. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro. **Os Direitos dos Índios**: Ensaio e documentos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 55.

¹³ Destaca-se também a atuação de Frei Bartolomé de las Casas, principal representante de uma corrente de pensamento chamada criticista ou indigenista, no século XVI, formulou doutrina cuja ideia universal era baseada em um direito natural, preexistente ao homem e de inspiração divina, mas tão amplo e tão profundo que mesmo os infiéis, isto é aqueles que desconheciam a divindade inspiradora, eram por ele regidos. Esta verdade universal de Las Casas não encontra paralelo teórico senão em momentos muitos recentes, quando se afirma que grupos sociais muito diversos regem-se por suas próprias leis e cujo primado está na liberdade de auto reger-se, segundo seus usos, costumes e tradições, isto é, segundo seus Direitos.

A superioridade cristã diante dos nativos “degenerados” justificava a conquista: para mudar costumes e valores era necessário integrar os nativos ao trabalho colonial. No Brasil, os diferentes tipos de trabalho compulsório dos índios junto aos aldeamentos expressavam os conflitos entre os projetos coloniais dos missionários e os dos colonos, pois envolviam tanto distintas visões sobre os índios, quanto a disputa sobre a posse do trabalho indígena, com a conseqüente consolidação desses respectivos projetos¹⁴.

Contudo, não obstante a existência de conflitos¹⁵ no plano ideológico, aponta-se como ponto de consenso entre tais grupos a necessidade de “civilização” e de cristianização dos indígenas, com o objetivo de viabilizar o projeto de colonização, interesse partilhado por ambos. Em suma, o êxito do empreendimento colonial condicionava-se à harmonização dos interesses de tais grupos e das funções que cada um exerceria no processo de dominação física e espiritual das populações nativas¹⁶.

Em análise sistemática da legislação¹⁷ indigenista colonial, caracterizada por Beatriz Perrone-Moisés como “contraditória, oscilante, hipócrita¹⁸”, percebe-se que a discussão acerca da liberdade dos índios ocupa um lugar central, expressando a duplicidade de regimes jurídicos estabelecidos pela Coroa. O projeto colonial português envolveu uma política indigenista que fragmentava a população autóctone em dois grupos polarizados: aos índios aldeados e “aliados” dos portugueses era reconhecida a soberania e a “liberdade”; enquanto contra os índios “inimigos” ou “gentios bravios”,

¹⁴ OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 30.

¹⁵ Em todas as ocasiões, o ponto da discórdia sempre foi o controle do trabalho indígena nos aldeamentos, e as disputas centravam-se tanto na legislação quanto nos postos-chaves cobiçados: a direção das aldeias e a autoridade para repartir os índios para o trabalho fora dos aldeamentos. CUNHA, Manuela Carneiro. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, op. cit., 2009, p. 16.

¹⁶ Segundo Queiroz, “essas representações sociais relativas ao indígena, sem dúvida alguma, influenciaram na elaboração de normas pela Coroa portuguesa. Através da legislação colonial, conseguiu-se conciliar os interesses aparentemente destoantes dos colonos e dos jesuítas, servindo um de justificativa para o outro; a força militar portuguesa subjugava os indígenas inimigos, dispondo-os à ação dos missionários, ao passo que o processo de catequese disponibilizava mão-de-obra à empresa colonial. Toda a violência empregada contra os indígenas resistentes legitimava-se no aparato normativo de Portugal, que a justificava no caráter ético e religioso da cristianização do mundo pagão”. (QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **Teoria do fato indígena: Novos paradigmas interpretativos para a (in) aplicação do direito originário dos índios sobre suas terras.** Fortaleza, UFC, 2010. 108p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2010, p.17).

¹⁷ Não existiu um direito colonial brasileiro independente do direito português. O Brasil era regido basicamente pelas mesmas leis que a metrópole (compiladas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas), acrescidas de legislação específica para questões locais. Na colônia, o principal documento legal eram os Regimentos dos governadores gerais. O rei os assinava, assim como às Cartas Régias, Lei, Alvarás em forma de lei e Provisões Régias, auxiliado por corpos consultivos dedicados a questões coloniais.

¹⁸ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, op. cit., 2009, p. 116.

que, espalhados pelos “sertões”, opunham-se à subjugação e à catequização, declarava-se guerra justa, escravizando-os despojando-os de suas terras.

O destino inexorável dos índios inimigos era a escravidão, objeto de inúmeros documentos normativos coloniais, como, por exemplo, as Leis de 1609, 1680 e 1755, as quais estabelecem as “justas razões de direito” para a escravização das populações indígenas: a guerra justa¹⁹²⁰ e o resgate. As populações nativas que se negassem a servir aos interesses expansionistas e comerciais lusitanos caracterizavam-se como inimigas, e, logo, passíveis de sujeição ao trabalho compulsório, ou até mesmo à aniquilação física, por meio de guerras justas.

De outro modo, os índios aliados eram aqueles trazidos de suas aldeias no interior (“sertão”) através dos “descimentos”, que se constituíam em deslocamentos compulsórios das populações indígenas, contando com a presença obrigatória dos missionários junto às tropas²¹, com o objetivo da criação de aldeamentos próximos às povoações coloniais. Em seguida, os índios “mansos” eram catequizados e civilizados, tornando autênticos “vassalos úteis” d’El Rei, como expressavam os documentos do século XVIII²².

As missões, compostas predominantemente pela ordem jesuíta, constituíam-se não apenas como empreendimento religioso, mas também econômico, político e militar. Ao longo dos séculos XVI e XVIII, prepararam a mão de obra formalmente livre e controlaram a sua distribuição entre os colonos. Por seu turno, os colonos contrapunham-se ao projeto missionário sustentando a completa escravização dos indígenas. Em verdade, a vassalagem dos povos indígenas era vantajosa ao Estado como condição prévia de uma mão de obra domesticada e politicamente eficaz na constituição da sociedade colonial em formação, garantindo a Portugal o domínio sobre os territórios conquistados²³.

¹⁹ A guerra justa advém da doutrina medieval, e busca fundamento na obrigação que tinham os reis cristãos, com base nas escrituras sagradas, de retirar os povos indígenas de um estado de idolatria.

²⁰ Manuela Carneiro da Cunha esclarece que, “paradoxalmente, a soberania das nações indígenas foi reconhecida no contexto das discussões sobre a escravização dos índios. Um dos títulos legítimos para escravizá-los era aprisioná-los em guerra justa. Ora, a guerra supunha em presença nações soberanas”. (CUNHA, op. cit., 1987, p. 59 e 60).

²¹ Conforme estabelecem as Leis de 24/02/1587 e de 1611.

²² O sustento dos moradores das povoações coloniais dependia da força de trabalho dos “índios mansos”, que compunham o principal contingente dos novos descimentos e das tropas de guerra contra inimigos, tanto indígenas, “o gentio bravio”, quanto europeus.

²³ CUNHA, op. cit., 1987, p. 104.

No que concerne aos direitos territoriais indígenas, há amplas provas de que a colônia reconheceu, tanto na doutrina quanto na legislação, a soberania das nações indígenas, assim como direitos territoriais a elas intrínsecos. Destaca-se o Alvará Régio de 1ª de abril de 1680, que representa importante formalização do direito originário dos índios sobre suas terras, o que consistiu no instituto do “indigenato”:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que **senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia.** E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e **não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas**¹⁸. (Sem destaques no original).

Em 1718, a Coroa Portuguesa renovou²⁴ os termos do Alvará de 1680, ao declarar explicitamente que os índios “são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles se não agradarão (...)”²⁵

Conforme acrescenta Manuela Carneira da Cunha:

Nas leis portuguesas para o Brasil, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupam é frequentemente reconhecida: trata-se, como se sabe, de um reconhecimento de *jure* que mil estratégias tentam contornar na prática; mas tal reconhecimento legal mostra pelo menos a consciência e a má consciência da Coroa acerca dos direitos indígenas²⁶.

Percebe-se, assim, que a legislação colonial é pendular, variando de acordo com os interesses envolvidos, demonstrando duas linhas de política indigenista

²⁴ Não obstante o reconhecimento formal do direito territorial originário dos índios, o esbulho das terras indígenas, tanto nos territórios originais quanto nos aldeamentos permanecia a tal ponto que em 20 de dezembro de 1741 uma Breve “Immensa Pastotum Principis” do Papa Bento XIV aos arcebispos e bispos do Brasil proibiu, sob de excomunhão – de que só poderia ser absolvido pelo papa – que se escravizassem os índios, se despojassem de seus bens e propriedades e se os levassem para fora de suas terras. Cf. CUNHA, op. cit., 1987, p. 62.

²⁵ PORTUGAL. Carta Régia de 1718. Disponível em: <http://iulusitaniae.fcsh.unl.pt/index.php>. Acesso em: 19 de agosto de 2012.

²⁶ CUNHA, op. cit., 1987, p. 59.

especialmente delineadas, na qual se determinava bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese, e, àqueles que se mostrassem inimigos, declarava-se guerra justa, e a escravização para o trabalho compulsório a serviço dos colonos e dos aldeamentos, buscando sempre resguardar o êxito do empreendimento colonial.

Da mesma forma, reconhecia-se a existência de direitos territoriais originários indígenas que, no entanto, deveriam estar a serviço diretamente dos interesses políticos e econômicos da empresa colonial. Declarava-se a soberania das nações indígenas como forma de legitimar a declaração de guerra por parte da Coroa, principal fonte de esbulho e escravização do gentio.

1.2 O Diretório Pombalino e a secularização dos aldeamentos: controle das aldeias pelo Estado

A partir da metade do século XVIII, a Coroa Portuguesa passou a demonstrar preocupação com a reforma e o aperfeiçoamento do aparelho estatal e administrativo nas colônias. Com a nomeação de Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, como primeiro ministro (1750 a 1757) do rei D. José I, modificaram-se as relações entre a Coroa portuguesa e as populações nativas do Brasil.

O Marquês de Pombal, representante do despotismo esclarecido de Portugal, buscou fortalecer o domínio econômico e político sobre as colônias portuguesas, restaurando o monopólio comercial pela metrópole e iniciando uma política de rigorosa laicização do Estado, tendo em vista a crescente concentração de poder pela Igreja, especialmente, pelos jesuítas. Em 1759, os jesuítas foram expulsos do Brasil, além de terem confiscados as terras e os bens eclesiásticos sob sua jurisdição²⁷.

Como reverberação da política pombalina nas colônias, destaca-se a Lei de 6 de junho de 1755, que restabeleceu a proibição, sem exceções, da escravidão dos índios no Estado do Grão-Pará e Maranhão, bem como reafirmou as disposições do parágrafo 44 do

²⁷ A política pombalina logo atingiu outras ordens religiosas: no final da década de 1760, os mercedários, instalados no baixo Amazonas, tiveram seus bens confiscados, tendo voltado para Portugal. Uma série de outras iniciativas, entre as quais a imposição de empréstimos às ordens religiosas ricas e o controle do acesso de noviços aos mosteiros, levou ao enfraquecimento e à decadência das ordens religiosas no final do séc. XVIII. Cf. OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 80.

alvará de 1º de abril de 1680 (indigenato)²⁸; e o Alvará de 7 de junho de 1755²⁹, que retirou o poder temporal das companhias religiosas sobre as referidas aldeias de catequese e civilização.

Implantado inicialmente nas povoações dos índios do Pará e Maranhão, em 1757, o Diretório dos Índios foi estendido ao restante da Colônia por meio de um decreto real em 1758, que instituiu o cargo de Diretor de Índios³⁰, desempenhado por pessoa não indígena e desvinculado da Igreja, a quem se transferiu a competência de administração das aldeias, sob a premissa de que os indígenas seriam incapazes de se autogovernarem.

O Diretório promoveu a reorganização da economia e da administração dos aldeamentos, iniciando um processo de transição do trabalho indígena servil para o assalariado. Dessa forma, a política pombalina buscou assimilar definitivamente os índios aldeados, incentivando a presença de brancos nas aldeias. Destaca-se, ainda, a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa na instrução e na comunicação entre os indígenas, permitindo-se também a utilização da língua geral³¹, além de incentivos à miscigenação, por meio, principalmente, da atribuição de sobrenomes, como em Portugal, e dos casamentos interétnicos³².

Como bem descreve Oliveira & Freire:

A “civilização” dos índios seria realizada em escolas públicas, onde lhes seriam ensinados ofícios domésticos e para a subsistência. “Índios civilizados” não mais deveriam ser chamados de “negros” (“negros da

²⁸ A lei pombalina de 6 de julho de 1755 presegue: “os índios no inteiro domínio e pacífica posse de suas terras... para gozarem delas per si e todos seus herdeiros”, renovando e citando por extenso o Alvará de 1º de abril de 1680.

²⁹ Alvará de 7 de junho de 1755. “[...] as Aldêas independentes das ditas Villas sejam governadas pelos seus respectivos principaes, tendo estes por subalternos os Sargentos Móres, Capitães, Alferes, e Meirinhos das suas Nações, que forão instituidos para os governarem [...]” (PORTUGAL. Alvará de 7 de junho de 1755 Acerca do Governo e Administração das índias. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fch.unl.pt>>. Acesso em 24/06/12.

³⁰ Com explícita natureza tutelar, os Diretores de Índios deveriam proteger os bens e interesses dos índios como se fossem seus Tutores, enquanto se conservam na bárbara e incivil rusticidade. Cf. LACERDA, op. cit., p., 104.

³¹ Foi desenvolvida uma língua geral, de base tupi e guarani, chamada nheengatu (do tupi nheenga'tu, que quer dizer língua boa), que era utilizada e ensinada a todos os indígenas que entravam em contato, era a língua da catequese e da evangelização. Cf. SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 73.

³² Destaca-se trecho do Alvará de 1775: “Eu El-Rei, sou servido declarar que os meus vassallos deste reino e da América que se casarem com as índias dela não ficam com infâmia alguma, antes se farão dignos de real atenção. Outrossim, proíbo que os ditos meus vassallos casados com índias ou seus descendentes sejam tratados com o nome de caboclos ou outro semelhante que possa ser injurioso. O mesmo se praticará com portuguesas que se casarem com índios”. (SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 55.)

terra”), mas sim ganhar sobrenomes como em Portugal. As famílias indígenas viveriam separadas, em casas próprias, os índios vestidos e sem o vício do alcoolismo. As atividades mais virtuosas eram o comércio e a agricultura, para as quais os índios seriam dirigidos pelos diretores, sempre com a ambição de produzirem muito para obterem maiores privilégios e honrarias³³.

A Carta Régia de 12 de maio de 1798 extinguiu o Diretório dos Índios³⁴, no contexto da Regência de D. Maria I, “A Louca” (1734-1816). O documento buscou corrigir a ausência de previsão para o fim da tutela, visando chegar “ao ponto de se confundirem as duas castas de índios e brancos em uma só de vassalos úteis ao Estado e filhos da Igreja³⁵”, atribuindo aos índios um status de igualdade formal perante os demais vassalos livres da Coroa. Estava aberto o caminho da política integracionista³⁶ praticada até nossos dias, rompida muito recentemente com a promulgação da Constituição de 1988.

1.3 A formação do Estado Nacional brasileiro e as “conquistas do processo civilizatório”

Em 1824, o processo de independência do Brasil culminou com a criação do Estado Nacional brasileiro “à imagem e semelhança dos colonizadores: Estado único e Direito único³⁷”, permanecendo por ignorar a presença viva das nações indígenas que e resistiam às inúmeras fórmulas de assimilação e integração à sociedade nacional que se formava.

³³ OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 72.

³⁴ Não obstante haver sido abolido em 1798, as leis do Diretório Pombalino continuaram como referência para as decisões político-administrativas sobre os índios até a promulgação da Constituição de 1824. Cf. Valle, Carlos Guilherme Octaviano do. Aldeamentos indígenas no Ceará do Século XIX: revendo argumentos históricos sobre desaparecimento étnico. In: PALIOT, Estêvão Martins (Org.). **Na Mata do Sabiá: Contribuições sobre a presença indígena no Ceará**. Fortaleza: Secult/ Museu do Ceará/IMOPEC, 2009, p. 110.

³⁵ LACERDA, op. cit., 2009, p. 106.

³⁶ É importante destacar a diferenciação formulada por Manuela Carneiro da Cunha acerca dos conceitos de “integração” e “assimilação”. Segundo a autora, a integração refere-se a uma articulação das sociedades indígenas com a sociedade nacional, manifestando-se nos vários planos da vida social, citando como exemplo, “a produção da mandioca para o mercado regional e a extração da borracha para o mercado internacional são formas de articulação econômica de grupos indígenas”. Essa articulação não pressuporia assimilação, diluição na sociedade envolvente, pois a mesma permaneceria com sua identidade étnica distinta. (CUNHA, Manuela Carneiro. **Os índios no direito brasileiro hoje**. São Paulo, 1997. Comissão Pró-Índio de São Paulo, p. 7).

³⁷ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 63.

Para Manuela Carneiro da Cunha, “o Brasil independente marca um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas: no mesmo período em que o índio se torna símbolo da nova nação, nega-se-lhe tanto a soberania quanto a cidadania³⁸”. Isso porque o reconhecimento da soberania das populações indígenas, outrora utilizado pelo Coroa Portuguesa como pressuposto filosófico para a escravização e para a consequente espoliação de suas terras, passou a figurar como obstáculo para a consolidação do Estado Nacional brasileiro, ao qual deveria corresponder nação una.

Nas palavras de Carlos Frederico Marés:

A cultura de Estado, e o direito que com ela foi gerado, encarnava a concepção burguesa clássica de que não há estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, acabando com as corporações, coletivos, grupos homogêneos, etc. É a cultura do individualismo e da vontade individual. O Estado, ele mesmo passou a ser concebido como um indivíduo, uma pessoa de natureza especial, mas singular, mesmo que encarnasse ou tentasse encarnar a vontade de todos.

Nesta concepção, não se podia conceber enclaves de grupos humanos com direitos próprios de coletividade, não reconhecidos nem integrados no sistema do Direito estatal. Os povos indígenas deveriam ser esquecidos, para dar lugar a cidadãos livres, sempre individuais, sempre com vontade individual, sempre pessoa. Sendo pessoa, o Estado ou o indivíduo indígena, seria titular de direitos e os teria garantidos. O índio, não seu grupo, sua comunidade, sua tribo, seu povo³⁹.

Destaque-se que a Carta Outorgada de 1824 não contém qualquer referência aos povos indígenas, a despeito de haver sido formada uma “Comissão de Colonização e Cathechização⁴⁰” na Constituinte de 1823 com o objetivo de discutir sobre a situação desses grupos no novo contexto político.

A compreensão de que os indígenas representavam estratos transitórios que logo estariam perfeitamente convertidos em cidadãos permeou toda a formulação normativa do período imperial, traduzindo-se no que ficou conhecido como política assimilacionista ou integracionista, que pregava a necessidade de incorporação dos povos culturalmente diferenciados à comunhão nacional. “Esta integração, que do ponto

³⁸ CUNHA, op. cit., 1987, p. 63.

³⁹ SOUZA FILHO, op. cit. 2010, p. 63.

⁴⁰ No entanto, fora formada na Constituinte de 1823 uma “Comissão de Colonização e Cathechização” que, em 17 de junho, receberia o projeto de José Bonifácio – “Apontamentos para Civilização dos Índios Bárbaros do Império do Brazil” [...] e decidiria que o publicassem para discussão na Assembléia e para instrução da nação. CUNHA, op. cit., 1987, p. 65.

de vistas dos dominantes era o oferecimento de conquistas do processo civilizatório, sempre foi vista pelos dominados como política de submissão dos vencidos”⁴¹.

1.4 A Lei de Terras de 1850: a territorialidade indígena e a regulamentação do direito de propriedade privada

A colonização lusitana do território brasileiro foi operacionalizada por meio do Instituto das Sesmarias⁴², que consistia em concessões de porções de terras conquistadas pela Coroa Portuguesa a particulares para fins de exploração e ocupação. Tal instrumento foi aplicado na colonização do Brasil sem as devidas adaptações à realidade local, tendo em vista que sua modalidade original objetivava disponibilizar terras cultiváveis aos trabalhadores livres de Portugal, o que não representava a realidade brasileira. Aqui as concessões de terras eram realizadas de forma indiscriminada, desconsiderando a presença das populações indígenas em terras brasileiras.

Em 1822, o regime sesmarial foi extinto, gerando um vácuo legislativo quanto à aquisição originária de terras de tal forma que o sistema jurídico então vigente não previa a transferência de terras públicas desocupadas para particulares. Tal limbo jurídico, que ficou conhecido como “regime de posse⁴³”, perdurou até 1850, com a promulgação da Lei nº 601 (18.09.1850), a Lei de Terras, apontada como a primeira lei brasileira que regulamentou a propriedade privada no território nacional. A Lei de Terras se prestou a disciplinar o regime fundiário brasileiro, estabelecendo a compra⁴⁴

⁴¹ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 63.

⁴² Enquanto em Portugal, as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos e desenvolvimento para a população, no Brasil foi instrumento de conquista, mas também de garantia aos capitais mercantilistas de que sua mão de obra, escrava ou livre, não viria a ser proprietária de terras vagas. Se as terras estivessem à disposição de quem as ocupasse e tornasse produtivas, ficariam sem trabalhadores livres, porque todos iriam buscar um pedaço de chão para viver. Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 57.

⁴³ Esse período ficou conhecido como “regime de posse”, pois somente havia posse nas terras ainda não apropriadas individualmente pela confirmação das sesmarias, e demorou o tempo que a elite precisou para encontrar os caminhos a serem traçados para ocupação territorial brasileira sob o Estado Nacional. Foram 28 anos de profunda discussão acerca do que fazer para evitar, de um lado a livre ocupação, e de outro respeitar os direitos à livre aquisição da propriedade. Cf. SOUZA FILHO, op. cit., 2003. p. 67.

⁴⁴ Assim, dispôs o art. 1º da lei de terras (1850): “Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”. (BRASIL. **Lei n. 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012).

como modalidade legal de novas aquisições territoriais; e regulou as terras possuídas, as devolutas e as reservadas.

Dessa forma, o contrato passou a prevalecer como título aquisitivo do domínio da terra, tratando-se as demais formas de aquisição como exceções, e, portanto, modalidades menos legítimas e de difícil reconhecimento e comprovação, tal como a posse indígena, cujo título (indigenato) se legitimava na simples ocupação indígena.

Consoante o art. 3º da Lei n. 601 de 1850, as terras devolutas compreendiam:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei. (Sem destaques no original)

Excepcionando-se as terras sujeitas a uso público, as de domínio particular com fundamento em título legítimo (§2º), as concedidas em sesmarias (§3º) e aquelas que, não possuindo título legal, foram legitimadas pela própria Lei de Terras (§4º), passaram a ser classificadas como terras devolutas⁴⁵.

Compreende-se, assim, que as terras indígenas não poderiam ser consideradas devolutas, mesmo sem registro de domínio, em razão de se encontrarem legitimadas pelo indigenato, instituto legal estabelecido pelo Alvará de abril de 1680 e confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755. Segundo João Mendes Jr., a Lei de Terras

⁴⁵ As terras devolutas eram de domínio público, distintamente daquelas de uso, porque poderiam ser vendidas. Dessa forma, a lei não enterrou a ideia de concessão, isto é, de um poder discricionário do Estado, apenas estabeleceu um preço para esta concessão (...) Deve ficar claro que o instrumento jurídico da concessão e a discricionariedade do Poder Público no século XIX e quase todo o século XX esteve subordinado diretamente aos interesses dos poderes oligárquicos. Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 73.

preservou o reconhecimento da propriedade indígena dos territórios ocupados que não necessitam de legitimação de posse, já que seu título legítimo é o indigenato⁴⁶:

Em qualquer hipótese, suas terras (dos índios) lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado. (...) As terras de índios congenitamente apropriadas não podem ser consideradas como res nullius, nem como res delictae; não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário. (...) terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originalmente reservadas, nas formas do Alvará de 1º de abril de 1680, e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º do Decreto de 1854⁴⁷.

Além disso, destaca-se o teor do art. 12⁴⁸ do referido diploma, que destinava terras devolutas para a “colonização dos indígenas”, que seriam reservadas pelo governo imperial a essa finalidade, corroborando com o caráter assimilacionista que permeou a política indigenista brasileira até bem pouco tempo.

A despeito de tais previsões legais, as terras indígenas permaneceram por ser objeto de intensos processos de esbulho ao longo século XIX. Embora desde o final do século XVII os aldeamentos coincidissem em muitos casos com os territórios originais dos agrupamentos, e, portanto, com o domínio legitimado pelo título do indigenato, as terras dos aldeamentos acabaram sendo tratadas a partir da Lei de Terras como apenas reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios. “É uma primeira expropriação a que se segue a extinção das aldeias e a liquidação de suas terras, sem que a doação se efetive”⁴⁹.

Conforme Manuela Carneiro da Cunha:

Começava-se por aldear “hordas selvagens” nos mais das vezes dentro de seu território original, mas reduzindo assim sua ocupação desse território. Aos poucos, tentava-se fazer passar essas terras originais

⁴⁶ Tourinho Neto considera que as terras indígenas, mesmo não dispendo de registro cartorial, não estavam sujeitas à legitimação, pois “se os índios eram os donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680 - não revogado -, as terras que não foram dadas por sesmarias nem as perdidas por força de guerra justa não poderiam ser consideradas devolutas. Achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação”. TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 12.

⁴⁷ MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição Fac-similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. APUD SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 126.

⁴⁸ Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonização dos indígenas [...]. Cf. Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850.

⁴⁹ CUNHA, op. cit., 1987, p. 71.

por terras de aldeamentos, como se fossem distintas das terras imemoriais e apenas reservadas nos termos da Lei de Terras (art. 12) e do Regulamento de 1854 (arts. 72 a 74). Ao mesmo tempo, arrendavam-se ou aforavam-se terras dentro dos aldeamentos, o que era permitido pelo Regulamento das Missões de 1845⁵⁰.

Acrescente-se a isso a superveniência da Decisão nº 92, de 21 de outubro de 1850, do Ministério dos Negócios do Império, que determinou a incorporação aos “próprios nacionais” das terras dos índios que já não viviam aldeados, “mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada”. Logo, os indígenas considerados integrados à comunhão nacional perderiam o status de indígena e o direito a suas terras, como consequência.

De fato, foram expedidas instruções que consideravam devolutas as terras de aldeamentos indígenas abandonados. Logo, os presidentes das províncias passaram a simplesmente atestar que terras indígenas haviam sido abandonadas pelos índios⁵¹, não obstante a presença desses grupos nos territórios objeto de aldeamento. “Tudo com vistas a facilitar o processo de titulação das terras para terceiros, agravando o quadro de esbulho aos direitos dos índios”⁵².

Posteriormente, o Decreto nº 1.318 de 1854 veio a regulamentar a Lei de Terras, determinando expressamente a sobreposição das terras reservadas àquelas de ocupação imemorial indígena, onde ainda existiam “hordas selvagens”, garantindo o usufruto exclusivo e a inalienabilidade das terras indígenas⁵³.

Por tais motivos, pode-se afirmar que, apesar de formalizarem juridicamente a ocupação indígena, a intenção de tais normatizações não foi efetivamente reconhecer direitos dos índios sobre suas terras originárias, mas impor ao Estado a obrigação de reservar porções de terras para a “civilização” destes grupos, a partir de uma concepção transitória de indianidade, desrespeitando as dinâmicas territoriais originárias, motivados pela necessidade de liberação de terras para o crescimento econômico e a

⁵⁰ Ibid., p. 69.

⁵¹ Destaque-se a existência Relatório Provincial 1863, que dava como extinta a população indígena do Estado do Ceará, contribuindo sobremaneira para a invisibilização dessas coletividades, com as consequentes violações sistemáticas de seus direitos indígenas fundamentais.

⁵² ARAÚJO, Ana Valéria et alii. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 26.

⁵³ Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos distritos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 75. As terras reservadas, para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinada ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

manipulação da mão de obra indígena para integração à sociedade nacional em formação.

Segundo Ana Valéria Araújo:

Começa nessa época uma prática que vai perdurar durante o Império e também por boa parte da nossa história republicana, cuja tônica estava em confinar os índios em pequenas extensões de terras, não raro limitadas ao entorno de suas aldeias, e com pouca preocupação com a manutenção das condições necessárias a sua reprodução sociocultural. Esta política, associada à praxe de transformar todos os demais espaços em terras devolutas sobre as quais se permitia a titulação a terceiros, vai gerar o caos fundiário, de fato e de direito, no qual os índios se viram envolvidos⁵⁴.

Percebe-se, portanto, que a legislação indigenista do século XIX, especialmente até 1845, é “oscilante e pontual, figurando como aparato normativo estatal a serviço de uma política de terras”⁵⁵, em que a qual a presença das comunidades indígenas já era representada como obstáculo ao desenvolvimento da nação que se formava. Dessa forma, a regulamentação territorial indígena se impunha como uma medida subsidiária à regulação fundiária nacional, e não como o efetivo reconhecimento de direitos originários e soberanos de titularidade dos povos indígenas.

1.5 O Brasil republicano e o regime tutelar: a criação de órgãos indigenistas e a constitucionalização dos direitos indígenas

Na esteira do processo de consolidação dos Estados Nacionais, a primeira Constituição Republicana do Brasil⁵⁶, promulgada em 1891, omitiu-se a respeito dos direitos indígenas, sequer mencionando os índios em seu texto. Importa destacar a existência de propostas de teor progressista prevendo a permanência dos povos indígenas soberanamente em seus territórios, os quais deveriam ser previamente demarcados.

⁵⁴ ARAÚJO, op. cit., 2006, p. 25.

⁵⁵ CUNHA, op. cit., 2009, p.138.

⁵⁶ No Brasil, o que chamamos hoje de “indigenismo” nasceu de uma prática de conhecimento e de ação político-administrativa chamada de “tradição sertanista”, que se constituiu no início do século XX, como parte da política republicana de integração nacional. Cf. VERDUM, Ricardo (org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Contudo, tais discussões não obtiveram influência no processo legislativo, não sendo contempladas na Carta Constitucional, não obstante os juristas da época haverem manifestado opiniões no sentido de que o sistema jurídico nacional deveria regulamentar as questões relativas aos indígenas⁵⁷.

Apesar da omissão em relação ao tema, a Constituição trouxe uma inovação que alterou diretamente as relações sociais e jurídicas relativas aos povos indígenas. Anteriormente, as províncias não dispunham de autonomia perante o poder central, ao qual estavam vinculadas todas as terras existentes no território brasileiro. O art. 64 da Constituição de 1891, contudo, transferiu aos estados federados as terras devolutas situadas em seus territórios. Logo, como uma grande parte das terras ocupadas pelos indígenas foi considerada como devoluta no período colonial e imperial, os estados passaram a ter ingerência sobre elas, acarretando uma disparada sem precedentes na grilagem das terras indígenas.

Conforme esclarece José Maria de Paula:

Passando ao domínio privado dos Estados as terras devolutas que recebêra do governo imperial, é claro, que somente transferiu a esse domínio as terras que realmente eram devolutas; subsistindo em toda a sua plenitude os direitos legalmente adquiridos ou definidos sobre a propriedade territorial, nos regimes anteriores. A incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, como terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, *ex-vi* da Constituição Federal de 1891, constitui clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação das terras dos índios, a fim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinha sido cedidas pela União, ao invés de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considera-las como suas e delas irem dispendo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações⁵⁸.

⁵⁷ Destacam-se os seguintes dispositivos contidos na proposta apresentada pelo Apostolado Positivista à Constituinte, que reconhecem explicitamente a soberania indígena:

Art. 1º - A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados federados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as fórmulas convenientes a cada casa, a saber:

I – Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provém da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine.

II – Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido.

⁵⁸ PAULA, J.M. de. **Terras dos índios. Boletim nº 1 do SPI**. Rio de Janeiro, 1944. *Apud*: CUNHA, op. cit., 1987, p. 77.

No sentido de suprir a omissão legislativa relativa ao tratamento da questão indígena, em 1906, determinou-se por lei a criação de um serviço público federal dos índios. Em consequência, em 1910, foi instituído o Serviço de Proteção aos Índios – SPI (denominado até 1918 de Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPILTAN), órgão estatal federal, figurando como primeira agência leiga do Estado brasileiro destinada a prestar assistência aos grupos indígenas, “civilizá-los” e transformá-los em trabalhadores nacionais.

Nessa perspectiva, a partir de 1910, inicia-se uma nova política de Estado para a relação com os povos indígenas, sob a influência do positivismo e dos ideais militaristas do sertanista Marechal Cândido Rondon, o qual foi nomeado para dirigir o SPI, ficando conhecido como desbravador e protetor dos povos indígenas. Assiste-se, assim, à transformação do órgão imperial em republicano e laico, alterando a forma da relação, mas mantendo em sua essência a integração dos povos indígenas e o controle geopolítico do território nacional.

O projeto do Serviço procurava afastar a Igreja Católica da catequese indígena, seguindo o preceito republicano de separação Igreja-Estado. Sua base era a idéia de que a condição de índio seria sempre transitória (Pacheco de Oliveira, 1985) e que assim a política indigenista teria por finalidade transformar o índio num trabalhador nacional. Para isso, seriam adotados métodos e técnicas educacionais que controlariam o processo, estabelecendo mecanismos de homogeneização e nacionalização dos povos indígenas⁵⁹.

A lógica tutelar do SPI concebia os índios como um estrato social transitório, os quais seriam futuramente incorporados à comunhão nacional na categoria de trabalhadores nacionais, a partir da “ação civilizatória” realizada pelo órgão. Assim, a configuração do controle estatal intensivo sobre os povos indígenas e suas terras resultava em uma atuação predatória do Serviço, criando terras e destruindo territorialidades histórica e culturalmente diferenciadas:

A civilização dos índios – assunção de valores básicos do conquistador pelos seus aliados nativos gerando (auto-) reconhecimento - dependeria apenas da presença de um Estado imaginado enquanto nacional: os passos básicos implícitos no ato de civilizar seriam tomar os nativos por mão-de-obra dentro de uma

⁵⁹ OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., 2006, p. 113.

economia de mercado e a incorporação (no sentido de fazer corpo) da língua, vestuário, religião e outros costumes do povo conquistador⁶⁰.

A gestão dos assuntos indígenas SPI logo demandou uma definição legal de “índio”, que veio a ser suprida pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto nº 5.484, de 1928. O diploma inclui os indígenas na condição de relativamente incapazes, remetendo à legislação especial o regime tutelar que deveria cessar na medida em que se fossem adaptando à civilização do país. De claríssimo viés integracionista, o Código Civil de 1916 formalizou um paradigma etnocêntrico e discriminatório de concepção do instituto jurídico da capacidade civil dos indígenas.

Além disso, a criação do SPI marca o surgimento de um instituto *sui generis* para o Direito brasileiro, o regime tutelar indígena, exercido pelo Estado brasileiro⁶¹, no qual um aparelho administrativo único passou a mediar as relações entre indígenas, Estado e sociedade nacional. Dessa forma, “as terras ocupadas por indígenas, bem como o seu próprio ritmo de vida, as formas admitidas de sociabilidade, os mecanismos de representação política e as suas relações com não-índios passaram a ser administradas por funcionários estatais⁶²”.

O regime tutelar indígena demonstrava uma contradição básica e estrutural, conhecida como “o paradoxo da tutela”, em que se manifestam as ambiguidades do real papel do Estado como representante dos interesses indígenas frente à sociedade, isto é, “o tutor existe para proteger o indígena da sociedade envolvente ou para defender os interesses mais amplos da sociedade junto aos indígenas?”⁶³ Desse modo, concebeu-se o regime tutelar estabelecido para as populações indígenas, representativo do paradigma integracionista que deu esteio à política indigenista brasileira e que foi hegemônico formalmente de 1910 até a Constituição de 1988.

A partir da década de 1950, o SPI enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, venda de “atestados de inexistência de índios” e gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas, ações que “possibilitavam o extermínio e legitimava a usurpação de terras, tornado-se um instrumento de opressão do Estado contra as populações

⁶⁰ LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 122.

⁶¹ O regime tutelar estabelecido incumbiu o exercício da tutela ao Estado – União – mantendo a pessoa jurídica de direito público como tutor legal.

⁶² OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 114.

⁶³ *Ibid.*, p. 115.

indígenas, exatamente o contrário dos objetivos para os quais fora criado⁶⁴”. Tais irregularidades culminaram com a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

Foi extinto em 1967, sendo criada, pela Lei nº 5.371 de 1967, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), como nova agência indigenista com competência para exercer o papel de tutor dos índios. Dentre outras funções do órgão, destaca-se a de “garantir a posse permanente” das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes. É possível afirmar que a FUNAI se ergueu sobre os escombros do SPI⁶⁵, utilizando sua estrutura material, recursos humanos, e demonstrando a mesma falta de habilidade funcional para o relacionamento com as coletividades indígenas.

Nesse sentido, esclarecem Oliveira & Freire:

Criada para continuar o exercício da tutela do Estado sobre os índios, a FUNAI tem os seus princípios de ação baseados no mesmo paradoxo fundador do SPI: o ‘respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais’ associado à ‘aculturação espontânea do índio’ e à promoção da ‘educação de base apropriada do índio visando sua progressiva integração na sociedade nacional’. Na prática, tal como o SPI, o respeito à cultura indígena está subordinado à necessidade de integração e o estímulo à mudança (aculturação) como política prevalece⁶⁶.

Diante das duras críticas decorrentes dos escândalos envolvendo o SPI e a política indigenista estatal, o governo federal se comprometeu a elaborar uma nova legislação para os índios, culminando com a edição da Lei nº 6.001/1973, o Estatuto do Índio.

Baseado numa concepção que em nada se diferenciava daquela que existia desde o início da colonização, o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no seu primeiro artigo: ‘integrar os índios à civilização brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva’. Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como ‘sujeitos em trânsito’, portadores, por isso mesmo, de direito temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa condição⁶⁷.

⁶⁴ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 90.

⁶⁵ ARAÚJO, op. cit., 2006, p. 36.

⁶⁶ OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 131.

⁶⁷ ARAÚJO, op. cit., 2006, p. 31.

O diploma regulamentou o regime tutelar previsto anteriormente no Código Civil. Considerando a identidade indígena como algo transitório, o Estatuto dividia os índios entre “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”. Enquanto não integrados, os indígenas eram submetidos ao regime tutelar exercido pela União por meio do órgão indigenista oficial.

É possível perceber que o Estatuto reforçou o caráter assimilacionista predominante na política indigenista até então, declarando expressamente seu objetivo: “integrar os índios sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva⁶⁸”. Por isso é considerado um “retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia de emancipação⁶⁹”.

A lei distingue os índios em integrados, em via de integração e isolados, nos termos do art. 4º:

Art.4º Os índios são considerados:

I - Isolados- Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados- Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Trouxe, ainda, dispositivo reconhecendo expressamente o direito de posse permanente das terras que habitam e de usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nela existentes⁷⁰.

Em relação à questão territorial, a lei também determina que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação da FUNAI, sejam administrativamente demarcadas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com processo estabelecido em decreto do Poder Executivo⁷¹. Tal dispositivo constituiu a base jurídica para a edição dos decretos que regulamentam a demarcação de

⁶⁸ O Estatuto do Índio estabelece em seu artigo 1º que “esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

⁶⁹ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 103.

⁷⁰ Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, art. 22.

⁷¹ Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, art. 19.

terras indígenas. Estabeleceu, ainda, que o reconhecimento do direito territorial de que trata o art. 198 (da Constituição de 1969, então vigente) independeria do processo de demarcação e seria assegurado pelo órgão federal de assistência ao índio⁷².

Além disso, o Estatuto regulamentou diversas modalidades de terras indígenas⁷³, a serem reservadas pela União, destinando-se aos grupos indígenas em conformidade com o seu grau de integração, nas seguintes espécies: reserva indígena; parque indígena; colônia agrícola indígena; e território federal indígena.

Na esteira do processo de consolidação dos órgãos indigenistas estatais, as Constituições do período republicano, à exceção da primeira (Constituição de 1891⁷⁴), reconheceram expressamente a posse das terras indígenas. A Constituição Federal de 1934⁷⁵ foi a primeira a consagrar expressamente os direitos territoriais indígenas, estabelecendo a competência legislativa exclusiva da União para tratar sobre os direitos dos índios⁷⁶. As Cartas de 1937⁷⁷ e 1946⁷⁸ reproduziram texto normativo similar.

A Constituição Federal de 1967⁷⁹ ratificou as conquistas consagradas no texto das Constituições anteriores, introduzindo as terras indígenas no rol dos bens de propriedade da União⁸⁰. Ainda, reconheceu expressamente o usufruto exclusivo⁸¹ dos recursos naturais existentes nas terras indígenas.

Em seguida, a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, manteve as disposições da Constituição de 1967, além de acrescentar novo conteúdo constitucional:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse

⁷² Idem, art. 25.

⁷³ Idem, art. 26.

⁷⁴ A Constituição de 1891 continha previsão de que as leis que não contrariarem o texto fundamental continuariam em vigor. Considera-se, assim, que o instituto do indigenato, formalizado no Alvará Régio de 1860 e corroborado pela Lei de 6 de junho de 1755, permaneceu em vigor até a Constituição Federal de 1988.

⁷⁵ Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

⁷⁶ Art. 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX – Legislar sobre: [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

⁷⁷ Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

⁷⁸ Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

⁷⁹ Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

⁸⁰ Art 14 – Integram o Patrimônio da União - as terras ocupadas pelos silvícolas;

⁸¹ Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes

permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

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

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

A Lei nº 6.001 encontra-se, todavia, em vigência. Contudo, boa parte de seus dispositivos foram revogados com a promulgação da Constituição de 1988, que adotou um posicionamento diametralmente oposto na abordagem da questão indígena no país, representando, especialmente, um rompimento com o paradigma integracionista tão presente na abordagem da questão indígena no que concerne à produção legislativa, à elaboração de políticas públicas e nos posicionamentos do Poder Judiciário.

2 NOVO PARADIGMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

A Constituição Federal de 1988 representa um marco no reconhecimento e na tutela dos direitos indígenas, pois rompeu com o paradigma integracionista até então vigente, que concebia as coletividades indígenas como estratos sociais transitórios e fadados à incorporação à sociedade nacional. Na esteira da nova ordem constitucional brasileira, surgem importantes instrumentos internacionais que confirmam e ampliam o rol de direitos e garantias já consagrados.

Nesse sentido, este capítulo se destina a sistematizar as principais conquistas trazidas na Constituição Federal, explicitadas na mudança do paradigma antropológico que reorientou a compreensão jurídica relativa aos povos indígenas e seus direitos fundamentais. Assim, aborda-se o reconhecimento da diversidade étnica como elemento essencial ao conteúdo das territorialidades indígenas, traçando, ainda, o estatuto jurídico das terras indígenas e das garantias a elas inerentes.

Ao final, serão expostas as inovações enunciadas pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas e Tribais, centrando-se no direito de consulta prévia, seus elementos caracterizadores e suas consequências jurídicas.

2.1 Mobilizações indígenas na Assembleia Nacional Constituinte

Como resultado da quebra do silêncio histórico imposto aos povos indígenas desde a colonização, as décadas de 70 e 80 foram palco de intensa mobilização política movida por essas coletividades, que, paralelamente à política indigenista oficial, desenvolveram estratégias organizativas pautadas pela autonomia e pelo protagonismo, pois acreditavam que somente por meio de um sistema de reivindicações e de pressões⁸² é que o Estado viria atender as demandas das populações indígenas relegadas ao limbo por tantos anos⁸³.

⁸² OLIVEIRA; FREIRE, op. cit., p. 187.

⁸³ Destaca-se o panorama esboçado por Rosane Lacerda, abordando quais os elementos cruciais para o relacionamento dos indígenas com o Estado estavam postos no momento histórico da ANC/1988. Segundo a autora, o paradigma assimilacionista repisado ao longo da história constitucional brasileira expressou-se durante o século XX em três elementos principais, intimamente relacionados entre si: a) manutenção da concepção da incapacidade indígena; b) disponibilização das suas terras e recursos

Criou-se, então, uma coalização nacional coordenada pela UNI (União das Nações Indígenas) e composta por várias organizações de apoio, como a Igreja Católica e de organizações civis (ONGs) nacionais e internacionais⁸⁴. O Conselho Indigenista Missionário (CIMI) teve, igualmente, papel de destaque no processo. Dessa forma, foi lançada pela UNI a campanha “Povos Indígenas na Constituinte”, com o objetivo de eleger representantes indígenas para a ANC. De oito indígenas que se candidataram, nenhum obteve êxito no pleito.

No entanto, o movimento indígena, por meio da UNI, elaborou um programa mínimo, que continha as seguintes reivindicações essenciais: a) reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas, como primeiros habitantes do Brasil; b) demarcação e garantia das terras indígenas; c) usufruto exclusivo, pelos povos indígenas, das riquezas naturais existentes no solo e no subsolo dos seus territórios; d) reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontram em terras indígenas; e) reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas, com seus projetos de futuro além das garantias de plena cidadania⁸⁵.

É patente, portanto, que as conquistas alcançadas na Constituição Federal de 1988 resultaram diretamente do protagonismo indígena e das pressões exercidas pelo movimento indígena e indigenista no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988⁸⁶. O processo constituinte configurou-se, assim, como “a mais notável oportunidade de participação política pelos indígenas de toda a história das suas relações pós-contato⁸⁷”, inspirando a constitucionalização dos direitos indígenas em diversos países latino-americanos, como a Colômbia e o Paraguai.

naturais às pressões econômicas; e c) a doutrina da segurança nacional. Cf. LACERDA, Rosane. **Os Povos Indígenas e Constituinte – 1987/1988**. Brasília (DF): CIMI – Conselho Indigenista Missionário, 2008, p. 16.

⁸⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 39.

⁸⁵ Sistematização realizada por Sílvio Coelho dos Santos. Cf. SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Ed. Da UFSC/Movimento, 1989.

⁸⁶ Destaca-se, nesse ponto, que a perspectiva adotada no presente trabalho busca aproximar-se daquela da antropologia do direito, que, como define Oliveira, trata de “abordar as leis como um fenômeno histórico e cultural, cuja eficácia social e dinamismo (surgimento e modificações) devem ser explicados através do inter-relacionamento entre valores e interesses de determinados grupos sociais, com contextos sociais mutáveis (como formas de Estado e políticas de colonização) e com outros usos sociais e costumes (preexistentes ou alternativos)”. OLIVEIRA, 1985 apud ARAÚJO, Ana Valéria. **Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento**. In: SANTILLI, op. cit., 1993, p. 226.

⁸⁷ SANTILLI, op. cit., 1993, p. 7.

Resultou na inclusão de um capítulo específico versando sobre os direitos indígenas, “Capítulo VIII – Dos Índios”, inserido no “Título VIII – Da Ordem Social”, contendo os artigos 231 e 232, que reconhecem aos indígenas direitos coletivos e permanentes à “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”⁸⁸.

No capítulo destinado à cultura, encarrega o Estado de prestar proteção às “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º). No capítulo sobre a educação, assegura às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem⁸⁹ (art. 210, § 2º).

Apesar dos significativos avanços normativos trazidos pela Carta Constitucional de 1988⁹⁰, o descompasso entre os textos legais e a prática política no Brasil demonstra que os progressos legislativos alcançados não ocasionaram alterações profundas na realidade vivenciada pelas populações indígenas no país. Conforme descreve Carlos Frederico Marés:

Na história do Brasil, contudo, as alterações no arcabouço legal não se traduzem, necessariamente em mudanças na prática administrativa do Estado ou, nesse caso, na política indigenista dos governos. Ao contrário, tem sido comum o completo descompasso entre os textos das leis e as políticas implementadas no chão concreto das aldeias, e não é necessário recuar muito para verificá-lo: basta lembrar os diversos prazos estabelecidos e nunca cumpridos para a conclusão dos processos de demarcação das terras indígenas⁹¹.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da diversidade étnica e cultural: o direito à diferença

⁸⁸ Art. 231. CF/88.

⁸⁹ Segundo Carlos Marés, “reconhecer a diversidade cultural e étnica de forma integral, sem restrições, seria dar igual status às diversas culturas diferenciadas e à cultura “nacional”. Isto não ocorreu e talvez nem pudesse ocorrer. Assim, a Constituição apenas outorgou direitos de se manterem culturas e línguas diferenciadas, mas manteve hegemônica e única a cultura nacional e a língua portuguesa. SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 158.

⁹⁰ Após o advento da Carta, tornou-se necessária a formulação de uma legislação que regulamente as disposições constitucionais relativamente aos direitos indígenas. Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional, desde 1991, o Projeto de Lei nº 2.057/91, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas, em substituição à Lei nº 6.001/73, o Estatuto do Índio.

⁹¹ BRAND, Antônio. Mudanças e continuísmos na política indigenista pós-1988. II. In: LIMA, Antonio Carlos de Sousa. BARROSO HOFFMANN, Maria [orgs.]. **Estatado e Povos indígenas: bases para uma nova política indigenista** Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria LACED, 2002, p. 31.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova forma de relacionamento entre o Estado e os povos indígenas, reconhecendo estes como coletividades culturalmente diferenciadas e, exatamente por isso, titulares de direitos especiais. Por isso, a Carta representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito⁹², uma vez que reconhece o Brasil como um Estado de Direito Democrático Pluriétnico⁹³ e Multicultural.

Ao menos no plano normativo, superou-se, definitivamente, o paradigma da integração⁹⁴, rompendo-se com a ideologia integracionista do Código Civil de 1916 e do Estatuto do Índio. Vislumbra-se, assim, um novo horizonte para as relações do trinômio “povos indígenas-Estado-sociedade”, com a garantia de que as coletividades indígenas possam permanecer como tal, se assim o desejarem, não mais sendo consideradas como culturas em extinção, e sim como elemento cultural vivo componente da sociedade nacional. Segundo Ana Valéria Araújo:

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação

⁹² PEREIRA, Deborah de B. Pereira. O Estado Pluriétnico. SOUZA LIMA, Antônio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da Tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria / LACED, 2002, p. 41.

⁹³ Segundo Antônio José Guimarães Brito, “Estado de Direito Pluriétnico é entendido como um modelo de Estado que reconheça a diversidade étnica, construindo espaços públicos e políticos de diálogo, para que uma determinada cultura ou identidade não se encontre diminuída ou violentada”. BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 48.

⁹⁴ Helder Girão define o paradigma da integração como expressão do evolucionismo unilinear, corrente de pensamento que dominou a ciência antropológica até a primeira metade do século XIX, segundo a qual a cultura desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas, com a adoção de uma escala hierárquico-evolutiva. Sob este enfoque, o índio é um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de civilizado ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho da integração à “comunhão nacional”. Desde que integrado, além da própria identidade, perde o sistema especial de proteção que o envolvia. BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35-36.

⁹⁵ Ao excluir do texto constitucional de 1988 qualquer referência a termos como “incorporação” ou “integração”, o Brasil estaria superando o que o Professor Gérman Carrera Damas chama de “visão Crioula” da história, cuja origem está na própria formação dos Estados americanos e que perpassou até há pouco nossos livros didáticos. Nela o dominado é visto como antecedente e companheiro indesejável, cujo futuro seria integrar-se à sociedade “crioula”. Nessa visão, a única perspectiva dos povos indígenas seria o desaparecimento, uma vez que são considerados portadores de uma cultura “primitiva”, e, portanto “imprestável”, só lhes restando como opção a integração à sociedade que usurpou seus territórios e suas riquezas. BRAND, op. cit., p. 32.

entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois se funda na garantia do direito à diferença⁹⁶.

Logo, deixou de ser atribuição do Estado legislar sobre a integração dos povos indígenas à comunhão nacional, cabendo-lhe, em contrário, o dever de garantir o direito à diferença, impondo-se a total inversão de suas ações, historicamente orientadas à assimilação e o englobamento da pluralidade pela pretensa unidade/homogeneidade nacional.

Tratando especificamente dos direitos culturais, a Constituição de 1988 reconheceu a diversidade cultural do Brasil, estabelecendo a obrigatoriedade quanto à proteção dos valores populares, afro-brasileiros e indígenas, e das de outros grupos, que se traduzem em suas “formas de expressão e em seus modos de criar, fazer e viver” (art. 216, I e II)⁹⁷ e passam a ter relevância jurídica, individual e em conjunto, pela primeira vez em nossa história⁹⁸.

Pode-se afirmar que as manifestações e os valores culturais indígenas passaram a integrar expressamente o patrimônio cultural brasileiro. Conforme esclarece Araújo:

Os valores culturais de cada povo, seus usos, costumes e tradições, identificam-no e distinguem-no dos demais, sendo esta identidade representada por bens, materiais ou imateriais, que se tornam juridicamente protegidos em virtude da lei. O interesse cultural de que se revestem alguns bens assume tamanha relevância para determinada sociedade que sua proteção se impõe ao ordenamento jurídico, como forma de assegurar e garantir a distinção étnica⁹⁹.

Nessa perspectiva, é claramente perceptível a influência do multiculturalismo¹⁰⁰ no texto constitucional, não apenas na proteção às criações e

⁹⁶ ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento. Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, op. cit., 1993, p. 228.

⁹⁷ CF/88. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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

⁹⁸ ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, op. cit., 1993, p. 227.

⁹⁹ Idem., p. 227.

¹⁰⁰ A expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades “modernas”. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas de sentido emancipatório. O termo apresenta as mesmas dificuldades e os mesmos potenciais do conceito de “cultura”, um conceito central das

manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos formadores da sociedade brasileira, mas principalmente na garantia de direitos culturais e territoriais especiais aos povos indígenas, que gozam de um regime jurídico-constitucional específico. Segundo Juliana Santilli:

O multiculturalismo procura descrever a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo, que coexistem e se interfluenciam tanto dentro como fora de um mesmo Estado-nação, e, como projeto político, aponta para a celebração ou reconhecimento dessas diferenças culturais. As versões emancipatórias do multiculturalismo se baseariam no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da construção de uma vida em comum além das diferenças¹⁰¹.

Nas décadas de 1980 e 1990 o multiculturalismo foi objeto de posituação por inúmeras constituições de países latinoamericanos, que passaram a se reconhecer como Estados multiculturais e pluriétnicos¹⁰². Tais textos ostentam como elemento transversal a transposição do paradigma da homogeneidade e do assimilacionismo cultural.

Nesse sentido, Carlos Frederico Marés explicita que:

As novas constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multiétnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeneizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental. Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade da multiétnicidade, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento¹⁰³.

humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou um terreno explícito de lutas políticas. (SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26).

¹⁰¹ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 80.

¹⁰² Segundo Juliana Santilli, “a Constituição colombiana (1991) reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação; a reforma constitucional mexicana (1992) reconhece que o país ‘tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas’; a Constituição paraguaia (1992) reconhece que o país é ‘pluricultural e bilíngüe’; a reforma constitucional da Bolívia (1994) a considera ‘multiétnica e pluricultural’; e a Constituição peruana (1993) assegura a toda pessoa o ‘direito a sua identidade étnica e cultural’”. (SANTILLI, op. cit., 2005. p.82.)

¹⁰³ SOUZA FILHO, 2010, op. cit. p. 64.

Como principal característica dos “novos” direitos consagrados aos povos indígenas, destaca-se a natureza essencialmente coletiva e a quebra do paradigma constitucional individualista. Assim, inicia-se um novo momento na história constitucional brasileira, pautado pelo reconhecimento de direitos coletivos que englobam especialmente o direito a um caminho próprio de desenvolvimento e a um território que assegure as condições de sobrevivência não só física, mas também cultural dessas coletividades.

Dessa forma, tais direitos diferenciados estendem-se a todos os povos indígenas, independentemente do grau de contato com a sociedade nacional. Portanto, foram banidas as categorias positivadas no Estatuto do Índio que classificavam os indígenas a partir de graus de integração à sociedade nacional, como aculturados ou civilizados, “seja porque a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças homoganeamente partilhadas, é ultrapassada, seja porque nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo¹⁰⁴”.

Segundo Helder Girão, a Constituição Federal abandonou o paradigma da integração e adotou o “paradigma da interação”, segundo o qual:

Desde então, as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a ser dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade. Ou, dizendo a mesma coisa em outros termos, a nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença¹⁰⁵.

Ao reconhecer aos povos indígenas o direito à identidade, o Estado brasileiro obriga-se não só a respeitar o pleno exercício dos direitos culturais, como também assume obrigação positiva no sentido de garantir as condições indispensáveis para o desenvolvimento biológico, étnico e cultural dessas coletividades. Assim, a atuação do Estado em relação aos indígenas pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo e de organizarem-se internamente de forma autônoma.

¹⁰⁴ PEREIRA, Deborah de B. Pereira. O Estado Pluriétnico. In: SOUZA LIMA, op. cit., 2002, p. 45.

¹⁰⁵ BARRETO, Helder Girão. A disputa sobre direitos indígenas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003, p. 66.

2.3 A compreensão do território como elemento imanente à identidade étnica e cultural

O direito à terra, compreendida como “espaço de vida e liberdade de um povo¹⁰⁶”, encontra-se no núcleo central de reivindicações dos povos indígenas brasileiros. Atualmente, a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos indígenas enquanto tais, tendo em vista que todos os direitos garantidos aos povos indígenas emergem da garantia da terra, sustentáculo da identidade étnica.

Conforme leciona Carlos Frederico Marés:

Esta afirmação é válida para todos os povos exatamente porque o conceito de povo está ligado a relações culturais que por sua vez se interdependem com o meio ambiente. Deste modo, a existência física de um território, com um ecossistema determinado e o domínio, controle ou saber que tenha o povo sobre ele, é determinante para a própria existência do povo. É no território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação a farmacopeia e arte de cada povo¹⁰⁷.

Nesse sentido, as relações de territorialidade transcendem as noções civilistas de posse ou propriedade, que traduzem relações individuais de domínio reconhecidas juridicamente pela autoridade de um Estado. No caso, os povos indígenas (assim como outros grupos sociais) estabelecem determinados modos de relação com seu espaço, valorizando-o e significando-o de forma compartilhada, isto é, “dizer que uma forma específica de ocupação espacial traduz-se em território é falar de práticas sociais que regulam o uso do espaço”, como sugere Raffestin¹⁰⁸.

A partir de tais esclarecimentos, é possível inferir que o conceito antropológico de “território” não coincide com a categoria jurídica de “terras indígenas”. Em clara sistematização, Dominique Gallois desenha a distinção entre os conceitos de “terra indígena” e “território” da forma seguinte:

Como expuseram vários estudos antropológicos, a diferença entre “terra” e “território” remete a distintas perspectivas e atores

¹⁰⁶ SOUZA FILHO, 2010, op. cit., p. 119.

¹⁰⁷ Ibid., p. 120.

¹⁰⁸ GALLOIS, Dominique Tilkin. **Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?** In: RICARDO, Fany (org.). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 40.

envolvidos no processo de reconhecimento e demarcação de uma Terra Indígena. A noção de “Terra Indígena” diz respeito ao processo jurídico-político conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial¹⁰⁹.

Cumprido observar ainda que o fundamento do direito à terra dos povos indígenas não se limita à noção de indissociabilidade entre território e proteção da diversidade cultural. Segundo Queiroz:

Há aqui um fundamento complexo, em que o reconhecimento da importância dos saberes locais e da imprescindibilidade da vida tradicional para o manejo e preservação da biodiversidade complementa essa miscelânea axiológica. Nesta perspectiva, a garantia desse direito territorial se faz necessária para que se possa efetivar os direitos relativos à proteção da biodiversidade e da sociodiversidade, à qual se associa ainda a dignidade da pessoa humana¹¹⁰.

Importante esclarecer que a noção de território indígena não encontra correspondência com o conceito jurídico que se formula de território do poder do Estado. Para a cultura constitucional clássica, o território é compreendido como um dos elementos formadores do Estado, limite espacial de seu poder e estreitamente vinculado ao exercício da soberania¹¹¹. Por isso, os Estados têm resistido ao aceitar a utilização do termo para designar o espaço vital dos povos indígenas, “chamando-o simplesmente de terras, como se tratasse de terras particulares dentro do território nacional¹¹²”.

Alguns autores, como Marés compreendem que a Constituição Federal contemplou noção mais ampla da territorialidade indígena, pois, “em análise mais

¹⁰⁹ Ibid., op. cit., p. 39.

¹¹⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 44.

¹¹¹ Na Geografia, o território foi utilizado primeiramente por Friedrich Ratzel, representante da escola alemã, formulador da Geografia Política, segundo o qual “o território é a expressão legal e moral do Estado, a conjunção do solo e do povo, na qual se organizaria a sociedade. Sua territorialidade estaria associada a uma identidade específica, presumindo que não existiriam subdivisões ou contradições internas a um Estado determinado, fixo no tempo e no espaço, características que só poderiam ser modificadas com o uso da força”. Posteriormente, Raffestin construiu uma abordagem relacional na qual o território é formado pelas relações de poder multidimensionais e a territorialidade é o produto dessas relações. Cf. GALVÃO; Ana Rúbia Gagliotto. FRANÇA; Francielli Mezzomo. BRAGA, Luiz Carlos. O território e a territorialidade: contribuições de Claude Raffestin. In: SAQUET, Marcos Aurélio; SOUZA, Edson Belo Clemente [orgs.]. **Leituras do conceito de território e de processos espaciais**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 33.

¹¹² Segundo Marés, “repugna ao poder público, aos juristas de uma forma geral e aos Tribunais chamar as terras indígenas de território, tanto quanto chamá-los de povos. Estas duas palavras, povo e território, somadas à soberania, tem o som de tambores belicosos, de guerra e libertação, de insurreição e de independência e, por isso, sofrem imediata e irracional repulsa de todos os setores que se dizem nacionalistas, especialmente militares”. (SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 125).

acurada, podemos observar que o conceito de território está escondido atrás das normas constitucionais que regem a matéria e, especialmente, atrás da coerência sistêmica da Constituição e de todo o ordenamento jurídico¹¹³.

2.4 Estatuto jurídico-constitucional das Terras Indígenas

A Constituição Federal estabeleceu as bases dos direitos fundamentais dos povos indígenas, instituindo diretrizes para sua implementação. O art. 231 reúne os elementos essenciais para a compreensão do conceito jurídico de terras indígenas e dos direitos a ela inerentes. Importa acrescentar que as normas que protegem os direitos indígenas transcendem a literalidade do dispositivo, complementando seu alcance com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, assim como com as normas internacionais de proteção a essas coletividades.

A expressão “terra indígena” trata-se de uma categoria jurídica, cujo sentido é incorporado às práticas administrativas e judiciais. Apesar das diferenças entre a compreensão antropológica de territorialidade e o conceito jurídico de terras indígenas, é possível perceber importantes interseções e possibilidades de articulação entre as duas abordagens, conforme se depreende da leitura do texto:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Observa-se que a Carta estabeleceu quatro parâmetros que devem ser seguidos para a definição das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas:

¹¹³ SOUZA FILHO, op. cit., 2010, p. 121.

1) as terras por eles habitadas em caráter permanente; 2) as utilizadas para suas atividades produtivas; 3) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e 4) as necessárias a sua reprodução física e cultural.

José Afonso da Silva clarifica a compreensão do conceito de terras tradicionalmente ocupadas da seguinte forma:

A base do conceito acha-se no art. 231, § 1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, [...] tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles¹¹⁴.

É importante perceber que, ao conceituar as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas e destiná-las à ocupação permanente, a Constituição rompeu, ainda, com o paradigma da “imemorialidade” que até então orientava a identificação de um espaço como terra indígena. Na antiga lógica, “buscava-se, antes de mais nada, remontar o processo de ocupação pretérita dos índios sobre suas terras, num trabalho que muitas vezes tinha muito mais de arqueologia e de história do que de antropologia¹¹⁵”

No entanto, a expressão “tradicionalmente” relaciona-se ao “modo tradicional como esses povos, produzem, significam e ressignificam a terra, constituindo-a em território¹¹⁶”. Tal caracterização deve estar em sintonia com as categorias e práticas locais, ou seja, levando-se em conta os “usos, costumes e tradições” de cada grupo. Não se condiciona, então, à constatação de ocupação imemorial, concepção que já era expressada pelo Alvará de 1º de abril de 1680, que considerou propriedades indígenas as terras das aldeias formadas com a intervenção do colonizador, e não só as de ocupação imemorial.

Segundo José Afonso da Silva:

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, op. cit., 1993, p. 47-48.

¹¹⁵ ARAÚJO, 2006, op. cit., p. 48.

¹¹⁶ NÓBREGA, Luciana Nogueira. “**Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe**”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 313. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 48.

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual é que emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas. [...] O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições¹¹⁷.

A posse permanente não revela um pressuposto de ocupação pretérita, mas uma garantia para o futuro, no sentido de que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, destinadas ao habitat dos povos indígenas para sempre¹¹⁸. O chamado usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, quer dizer somente que “não é transferível para qualquer apropriação individual e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do trabalho pode dispor¹¹⁹”.

O caráter originário do direito significa a sua preexistência no mundo jurídico, ou seja, trata-se de um direito anterior ao próprio Direito e à própria lei. Por ostentar uma formação primária, o direito originário deve prevalecer sobre os direitos conflitantes. Daí a regra de que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras” indígenas¹²⁰.

Por isso, é importante ressaltar que os direitos indígenas não foram constituídos pelo artigo 231, mas apenas reconhecidos, isto é, a Constituição reconheceu a precedência de uma “situação jurídico-subjetiva mais antiga que qualquer

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, 1993, op. cit., p. 47-48.

¹¹⁸ Ibid., p. 50.

¹¹⁹ SOUZA FILHO, 2010, op. cit., p. 122.

¹²⁰ CF/88. Art. 231. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

outra”¹²¹, atribuindo-lhe proteção especial e prioritária, e, ainda, imputando caráter meramente declaratório ao processo administrativo de demarcação de terras. Consagrou-se, assim, uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato como fonte primária e congênita da posse territorial.

Nas palavras do Ministro Carlos Britto:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§6º do art. 231 da CF)¹²².

As terras indígenas são classificadas como bens da União (art. 20, XI, CF/88), por isso são consideradas indisponíveis, inalienáveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, afetados a uma destinação específica. O propósito da outorga constitucional das terras ao domínio é a preservação do vínculo e da finalidade de garantir uma maior proteção às terras destinadas à posse permanente e ao usufruto exclusivo dos indígenas. Trata-se, por isso, de um regime de propriedade vinculada ou propriedade reservada¹²³, visando ao cumprimento dos direitos indígenas reconhecidos na Carta Constitucional.

O § 5º do art. 231 consagrou o chamado princípio da irremovibilidade forçada dos índios de suas terras¹²⁴, segundo qual “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”.

Nesse sentido, a Constituição assegurou a inviolabilidade dos territórios indígenas de forma quase absoluta, admitindo relativização apenas na hipótese de

¹²¹ STF. **Pet 3.388**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19.03.2009, Plenário, DJE de 01.7.2010.

¹²² Idem.

¹²³ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, op. cit. 1993, p. 46.

¹²⁴ Ibid., p. 46.

“relevante interesse público da União”, a ser definido em lei complementar (art. 231, § 6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e anuência da comunidade afetada.

Nesse sentido, o art. 231, § 3º traz a previsão do dever de consulta prévia dos povos indígenas no plano constitucional:

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

Destaque-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para “demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens das terras indígenas”¹²⁵. Embora seja o direito à terra caracterizado como originário, a demarcação administrativa é uma formalidade que se presta à definição dos contornos espaciais da ocupação tradicional exercida por determinado grupo indígena, a fim de que seja concretizada maior proteção estatal e maior segurança jurídica para as comunidades envolvidas. Não se trata de constituir o direito por meio do procedimento de demarcação, pois ele preexiste e se legitima independentemente de reconhecimento oficial¹²⁶.

A demarcação realiza-se por meio do procedimento administrativo¹²⁷ regulado pelo Decreto nº 1.775/96, e pela Portaria nº 14, de 9 de janeiro de 1996, do Ministério da Justiça. O procedimento deve orientar-se de acordo com as diretrizes definidas pela Constituição relativamente ao conceito de terras tradicionalmente ocupadas (as terras habitadas em caráter permanente; as utilizadas para atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a bem-estar indígena; e as necessárias à reprodução física e cultural do grupo).

¹²⁵ Para aprofundamento sobre o tema, destaca-se importante sistematização realizada pelo Instituto Socioambiental acerca da situação jurídica das terras indígenas no Brasil hoje. Disponível em: <<http://piib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>> Acesso em: 10 dez. 2012.

¹²⁶ NÓBREGA, op. cit., p. 55.

¹²⁷ A criação de uma terra indígena não pode ser explicada por argumentos e evidências etno-históricas, nem se reporta apenas às instituições e costumes tradicionais daqueles que sobre ela exercem sua posse. Seu delineamento ocorre em circunstâncias contemporâneas e concretas, cuja significação precisa ser referida a um quadro sempre relativo de forças e pressões adversas, contrabalançadas por reconhecimento de direitos e suporte político, não correspondendo de modo algum à livre e espontânea expressão da vontade dos membros dessa coletividade. (OLIVEIRA FILHO, João Pacheco (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 9).

Dessa forma, atribui-se a um Grupo de Trabalho chefiado por um antropólogo a definição dos limites territoriais da área indígena, a partir da realização de estudos de natureza antropológica, etno-histórica, jurídica e fundiária. Assim, a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas por cada grupo passa por um estudo antropológico¹²⁸, que, para além do exame histórico da imemorialidade da ocupação indígena, realiza uma espécie de tradução do modo de vida tradicional de determinado povo, transpondo-o materialmente para a realidade territorial, que culminará com a definição dos limites espaciais das terras indígenas.

Segundo Dominique Gallois:

Os antropólogos tem respondido aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente através de sua participação nos processos de identificação, nos termos da Portaria nº 14/1996 do Ministério da Justiça. Nesses relatórios, eles procuram evidenciar a existência de diferentes lógicas espaciais que, em cada caso específico, promovem determinadas articulações entre distintas dimensões de uma Terra Indígena. Buscando por eventuais correspondências entre categorias locais e noções ocidentais que embasam o direito constitucional. Nesse tipo de estudos, costuma-se concluir pela inexistência de correspondência semântica e pelas dificuldades em estabelecer tais correspondências, apesar da equivalência, tão enraizada, entre “terra” e “território”¹²⁹.

É importante destacar que a demarcação de terras indígenas não visa à definição de quem é índio, e sim realizar a correspondência entre os atributos da ocupação tradicional e extensão territorial que será objeto de demarcação. Assim, o papel do Grupo de Trabalho constituído pela FUNAI não é definir se o grupo étnico é ou não indígena. O critério adotado no Brasil para essa definição está consubstanciado

¹²⁸ Segundo Elaine Amorim, “partimos do princípio constitucional de que o Estado brasileiro reconhece a territorialidade indígena na medida em que reconhece o índio enquanto alteridade. Sendo assim, admite falar de terra em outras linguagens. Essa palavra, portanto, tem de ter seu sentido retirado de dentro da linguagem do grupo em questão e não do nosso vocabulário. É preciso uma tradução “qualificada”. O próprio índio não pode saber dar essa qualidade à tradução, ou por não ter um bom conhecimento do português ou simplesmente por imaginar que compartilhamos com ele o mesmo conceito. A qualidade de uma tradução depende basicamente de trazer à tona o *ethos* e visão de mundo em que se insere o termo. Aqui, sem dúvida, entra a Antropologia. No campo das ciências humanas, cabe à Antropologia a investigação especializada sobre a especificidade do comportamento, da organização social, dos valores, sentimentos e crenças das sociedades humanas, seu estilo de vida e cosmovisão, uma espécie de senha de acesso a outras realidades”. (CARREIRA, Elaine de Amorim. O lugar da antropologia no campo multidisciplinar do laudo. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005).

¹²⁹ GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, op. cit., p. 37.

no art. 1º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, isto é o critério da autoidentificação, que será analisado no tópico a seguir.

Registre-se, ainda, que a Constituição estabeleceu um prazo para a demarcação de todas as terras indígenas: 5 de outubro de 1993. Porém, isso não ocorreu, e atualmente as terras indígenas no Brasil encontram-se em diferentes situações jurídicas relativas a sua demarcação.

Por fim, ressalte-se que a Constituição Federal incumbiu ao Ministério Público Federal defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas¹³⁰ coletivamente considerados, ou seja, cabe ao MPF a defesa dos direitos indígenas que se relacionem com a integridade do grupo enquanto tal, destacando-se os direitos ao território, ao meio ambiente, à manutenção de suas tradições, à consulta prévia, à educação indígena diferenciada.

2.5 A Convenção 169 da OIT e o direito de consulta livre, prévia e informada

Por muito tempo, os direitos indígenas não foram objeto de discussão no cenário internacional. Somente na segunda metade do século XX, as demandas dos povos indígenas começaram a ganhar força, conformando “movimentos políticos regionais para articular suas reivindicações políticas no discurso jurídico dos direitos humanos¹³¹”, como manifestação de resistência ante aos processos de colonização e desenvolvimento dos estados nacionais onde se encontram inseridos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi a primeira agência internacional a voltar a sua atenção, na década de 1920, ao contexto das populações indígenas e tribais no mundo¹³². Em 1989, a OIT adotou a Convenção 169 sobre Povos

¹³⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

¹³¹ FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação do Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009, p. 13.

¹³² A OIT foi estabelecida paralelamente à Liga das Nações, pelo Tratado de Versalhes, em 1919, precedendo o sistema ONU de proteção dos Direitos Humanos. Em 1926, a agência fundou uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena, voltando a atenção para as precárias condições de trabalhadores indígenas.

Indígenas e Tribais em Países Independentes, reconhecendo, conseqüentemente, os povos indígenas e tribais como sujeitos de direitos¹³³.

Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT representou, no plano internacional, importante mudança no paradigma de relacionamento entre os Estados nacionais e as coletividades indígenas, rompendo com a abordagem assimilacionista e passando a reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”.

Trouxe como principais inovações a ampliação do alcance dos direitos territoriais consagrados na CF/88, a definição do critério da auto-identificação e o estabelecimento do direito de consulta prévia dos povos indígenas afetados por medidas administrativas ou legislativas possam participar e influenciar efetivamente a tomada de decisões que lhes digam respeito; as quais serão especialmente examinadas no presente tópico, figurando como elementos conceituais imprescindíveis para o desenvolvimento da presente pesquisa.

2.5.1 Histórico da ratificação da Convenção 169 pelo Brasil

No Brasil, ainda que apresentada ao Congresso Nacional em 1991, a Convenção 169 só foi ratificada em 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143¹³⁴. O diploma representa importante instrumento de proteção jurídica internacional, reafirmando e ampliando o rol de direitos reconhecidos aos povos indígenas brasileiros pela Constituição Federal de 1988.

Costuma-se apontar como principal razão para a demora na aprovação do diploma aspectos aparentemente terminológicos, mas que, na realidade, são expressão de uma concepção etnocêntrica acerca da posição jurídica das minorias étnicas frente ao Estado e à sociedade nacional. Segundo alguns autores, o uso da expressão

¹³³ Destaque-se, que, segundo Isabela Figueroa, “pese a que tenha sido inicialmente rechaçada por diferentes lideranças indígenas devido a falta de representação indígena na sua elaboração, é inegável a contribuição da Convenção ao desenvolvimento da jurisprudência dos direitos dos povos indígenas e tribais em todo o ocidente”. FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, op. cit., p. 14.

¹³⁴ Foi incorporada à legislação interna brasileira através do Decreto Presidencial nº 5.051/2004.

“propriedade¹³⁵”, no artigo 14 contraria disposição da Constituição Federal, haja vista que esta defere às populações indígenas a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, de propriedade da União.

O que se buscou, na realidade, foi proteger direitos territoriais equivalentes ao de propriedade em relação ao uso da terra. Nesse sentido, o artigo 34 da Convenção estabelece o princípio da flexibilidade na aplicação, com a seguinte redação: “A natureza e o alcance das medidas a ser adotadas para a vigência da presente Convenção deverão ser definidos com flexibilidade, levando em conta as condições peculiares de cada país”.

Além disso, a utilização do termo “povos” como sujeitos de direitos levantou temores relativos a uma possível desintegração do Estado. Importa esclarecer que a utilização da expressão não se refere ao princípio da livre determinação no sentido de nações que podem legitimamente buscar a independência de seus territórios no conceito internacional. “A salvaguarda jurídica se fez com o objetivo de poder usar o conceito de ‘povo’ na sua dimensão de comunidade histórica sem apelar à sua dimensão política de autodeterminação¹³⁶”.

Conforme esclarece Figueroa:

Esses temores foram oriundos de uma leitura errônea da C169, que em seu próprio texto determina que “a utilização do termo ‘povos’ não será interpretada como tendo implicação no que se refere a direitos que no direito internacional lhes possam ser conferidos. Ou seja, ainda que o reconhecimento destes povos implique um grau de autonomia na forma de autodeterminação interna, a C169 não proporciona base para um direito a autodeterminação em forma de direitos de secessão.

Relativamente à inserção da Convenção 169 ao ordenamento jurídico brasileiro, destaque-se o teor do artigo 5º § 2º do texto constitucional, que após enunciar um extenso rol de direitos, dando tratamento especial aos direitos e garantias individuais, difusos e coletivos, estabeleceu que esses direitos “não excluem outros

¹³⁵ O que se buscou, na realidade, foi proteger direitos territoriais equivalentes ao de propriedade em relação ao uso da terra. Nesse sentido, o Art. 34 da C169 estabelece o princípio da flexibilidade na aplicação, com a seguinte redação: “A natureza e o alcance das medidas a ser adotadas para a vigência da presente Convenção deverão ser definidos com flexibilidade, levando em conta as condições peculiares de cada país”.

¹³⁶ Instituto Socioambiental. **A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil. Acesso em: 08 jan. 2013.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, a Constituição incluiu dentre os direitos constitucionalmente garantidos, os direitos declarados nos tratados internacionais em que o Brasil é parte. Considerando os direitos e garantias consagrados na Convenção 169 da OIT (proteção da identidade étnica, direitos territoriais, preservação das fontes naturais, direito ao desenvolvimento, etc.) como integrantes da dimensão dos direitos humanos dos grupos tribais e indígenas, atribui-se ao diploma, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o status de norma supralegal.

Segundo Portela, atualmente é majoritário o entendimento no STF de que os tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88, possuem status supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante com as normas internacionais na matéria, sejam anteriores ou posteriores à ratificação do tratado (entendimento pacificado no julgamento do HC 90.172, STF)¹³⁷.

Por fim, acrescenta-se que a Convenção 169 prevê um mecanismo de supervisão de sua implementação nos Estados membros da OIT. Dessa forma, os Estados¹³⁸ que ratificaram o diploma obrigaram-se, conforme artigos 22¹³⁹ e 23¹⁴⁰ da Constituição da OIT a apresentar relatórios anuais sobre a implantação das respectivas convenções. Os relatórios são examinados pela Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR).

2.5.2 O critério da autoidentificação e a ampliação do direito ao território

¹³⁷ Cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

¹³⁸ Em 2005, o Brasil apresentou seu primeiro relatório de implementação, comprometendo-se com a aplicação integral da Convenção 169 da OIT. Em 2008, o governo brasileiro apresentou o segundo relatório e a sociedade civil brasileira enviou um relatório alternativo. Íntegra dos textos disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil#integra> Acesso em: 30 nov. 2012.

¹³⁹ Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.

¹⁴⁰ 1. O Diretor-Geral apresentará à Conferência, na sessão seguinte, um resumo das informações e dos relatórios que, de acordo com os artigos 19 e 22, lhe houverem sido transmitidos.

2. Os Estados-Membros remeterão às organizações representativas, reconhecidas como tais, para os fins mencionados no art. 3º, cópia das informações e dos relatórios transmitidos ao Diretor-Geral, de acordo com os arts. 19 e 22.

Encontram-se definidos no artigo 1º da Convenção 169 basicamente três critérios fundamentais para determinar os grupos¹⁴¹ aos quais o diploma se aplica: a existência de condições sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da sociedade nacional; a presença de uma organização social regida total ou parcialmente por regras e tradições próprias, e a autoidentificação, entendida como a consciência que tem o grupo social de sua identidade tribal:

Artigo 1

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Aponta-se como principal inovação do diploma internacional a adoção do critério da autoidentificação como elemento fundamental para identificar os sujeitos de aplicação da Convenção, isto é, para definir indivíduos e grupos culturalmente diferenciados, tal como os povos indígenas. Concebe-se, assim, a consciência da identidade étnica como elemento primordial para a definição de quem são povos indígenas. Então, a definição de quem são os índios brasileiros “dependerá da manifestação conjunta de vontades, tanto do grupo étnico quanto do indivíduo interessado”¹⁴².

Por isso, com a adoção do princípio da autoidentificação, não compete ao Estado ou à sociedade deliberarem e definirem a identidade étnica dos povos indígenas,

¹⁴¹ Sobre os sujeitos de direito a que se aplica a Convenção no Brasil, em princípio sua abrangência é definida para os povos indígenas e quilombolas, ambos reconhecidos como minorias étnicas do Estado brasileiro na mesma Constituição Federal de 1988. Estes aparentemente são os principais sujeitos de direito aos quais o Estado brasileiro reconhece a aplicação da Convenção OIT 169.

¹⁴² GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, op. cit., 2006, p.155.

já que ela se orienta a partir da afirmação do indivíduo e do grupo ao qual pertence. De outra forma, “se deixássemos para a lei definir exatamente quem é o outro estaríamos anulando o conceito de outro. Isso significa que não é possível imaginar uma aceitação de pluralidade se não for aceita a ideia de autoidentificação¹⁴³”.

Nas palavras da Procuradora da República Débora Duprat:

A autonomia dos povos indígenas não se esgota no reconhecimento de um território no qual permaneça, nem tão pouco a ele se limita. O reconhecimento de seus usos, costumes e tradições evidencia que os índios enquanto grupos formadores da sociedade brasileira têm direito em suas relações com os demais segmentos constituintes desta nação de exigir observância aos seus modos de criar, fazer e viver e de fazer-lhes ver como a eles índios se representam os modos de criar, fazer e viver desta sociedade que integram de um modo diferenciado. Resulta desta análise que, a par de lhes reconhecer o direito a uma existência diferenciada, a Constituição outorgou aos próprios índios o direito a dizer em que consiste esta diferença¹⁴⁴.

Nesse sentido, Viveiros de Castro aponta que o papel do antropólogo não é definir quem é índio, já que essa é uma pergunta jurídica, “um problema posto e resolvido pelo Estado”, mas sim “criar condições teóricas e políticas para permitir que as comunidades interessadas articulem sua indianidade¹⁴⁵”.

Ao contrário do que dispõe o texto da Convenção 169, na prática, encontramos inúmeras tentativas de descaracterização da identidade étnica de diversos indivíduos e povos indígenas com o objetivo de deslegitimar o reconhecimento do amplo rol de direitos assegurados, quase sempre, em prol de interesses políticos e econômicos, megaempreendimentos, posseiros de má-fé, etc. Muitas vezes, tal postura arbitrária é desempenhada por agentes públicos e políticos, demonstrando claramente que a lógica integracionista, apesar de suplantada no plano normativo, ainda perdura na práxis administrativa brasileira.

Acrescente-se, ainda, como importante avanço trazido pela Convenção a ampliação do conteúdo do direito à terra previsto no texto constitucional. O diploma, estabelecendo normatização específica sobre a questão territorial, previu expressamente

¹⁴³ FONTES, Cristiane. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho em discussão**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1381>>. Acesso em: 08 jan 2013.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ NÓBREGA, op. cit., p. 54.

o conceito de “território”, ressaltando o valor e o significado das relações de territorialidade que os povos indígenas e tribais tecem com suas terras¹⁴⁶:

Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

2.5.3 O princípio da participação dos povos interessados e o direito de consulta prévia

A Convenção 169 resultou do processo de Revisão Parcial da Convenção 107, a qual vinculava o “desenvolvimento” das populações indígenas e tribais a sua “integração” à sociedade envolvente, contendo, por isso, medidas especiais de caráter explicitamente transitório. Rompendo inteiramente com o viés tutelar e integracionista de sua antecessora, a Convenção 169 elevou o direito de participação dos grupos interessados nas medidas legislativas e administrativas que lhes afetem como princípio medular¹⁴⁷ de aplicação do diploma, sobre o qual repousa a aplicação das demais disposições:

¹⁴⁶ Destaque também o conteúdo do artigo 14 da Convenção:

Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

¹⁴⁷ Conforme disposto pela Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR) da OIT, “As disposições sobre consulta e, em particular, o artigo 6, são disposições medulares da Convenção sobre as quais repousa a aplicação das demais. A consulta é o instrumento previsto pela Convenção para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos. A consulta, nos termos previstos pela Convenção, pretende harmonizar interesses, às vezes contrapostos, mediante procedimentos adequados”. (OIT, CEACR: Observación individual sobre El Convenio sobre pueblos indígenas e tribales, 1989 num. 169).

Enquanto discutia a Revisão Parcial da C107, a OIT reconheceu que parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo se devia a sua exclusão do processo de tomada de decisões sobre o modelo de seu desenvolvimento. A OIT considerou que a garantia de participação dos povos indígenas e tribais no processo de desenvolvimento deveria ser o elemento central da C169, e estabeleceu o dever dos Estados de consultar os povos indígenas e tribais antes de decidir sobre as medidas administrativas ou legislativas que os afetem. O mecanismo de consulta, segundo a OIT, é a ‘pedra de toque’ da C169, o que permite a criação de um espírito de diálogo nas relações entre os povos indígenas, tribais e os governos¹⁴⁸.

Como expressão do princípio de participação dos povos interessados, a Convenção consagrou o direito à autodeterminação¹⁴⁹, que compreende o direito de decidirem sobre suas próprias prioridades relativas aos processos de desenvolvimento social, cultural, político e econômico, tornando-se indispensável a participação efetiva “formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 7º, 1¹⁵⁰).

A previsão do direito à autodeterminação é de fundamental relevância para perspectiva da sobrevivência física e cultural dessas coletividades, compreendendo o respeito às formas e concepções de desenvolvimento formuladas pelos povos indígenas e tribais. Abrange valores atribuídos às diversas dimensões da existência desses grupos, individuais e coletivamente consideradas, como as cosmovisões, crenças e tradições religiosas, gestão da terra e das fontes naturais nela existentes.

No mesmo sentido, o artigo 6º da Convenção 169 consagrou a política de participação dos povos indígenas como princípio geral e transversal da atuação do Estado na implementação de medidas legislativas e administrativas que afetem esses

¹⁴⁸ FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, op. cit., p. 14.

¹⁴⁹ Segundo Deborah Duprat, “a autodeterminação nada mais é que devolver a esses povos o domínio das suas próprias vidas”. Cf. PEREIRA, Deborah Duprat de B. A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, op. cit., p. 66.

¹⁵⁰ Art. 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

grupos. Consta no dispositivo a chamada cláusula geral de consulta¹⁵¹, nos termos abaixo destacados:

Art. 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas**, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) **estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) **estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.**

2. **As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé** e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (Sem destaques no original).

Para além do estabelecimento da cláusula geral de consulta e de participação como política geral de aplicação da Convenção, a OIT incluiu o artigo 15 com a intenção de reforçar o conteúdo dessas garantias, estipulando a obrigação de consulta pelos Estados antes de iniciarem ou autorizarem qualquer programa de exploração dos recursos existentes nas terras indígenas. O dispositivo aborda explicitamente a obrigatoriedade de consulta quando os recursos naturais a serem explorados forem de propriedade do Estado, tais como os potenciais de energia hidráulica, bens da União (artigo 20, VIII da CF/88).

Tal conteúdo justifica-se pela constatação da OIT de que, não obstante em alguns países os povos indígenas tenham um grau de participação, quando os projetos executados em suas terras envolvem a extração de recursos minerais, florestais ou instalações hidrelétricas, o resultado era o deslocamento territorial forçado dos povos¹⁵².

¹⁵¹ Adicionalmente à Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o direito de consulta prévia encontra-se disposto na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que estipula a obrigatoriedade do consentimento prévio e informado relativo ao acesso a recursos genéticos e conhecimento tradicional associado. Em nível jurisprudencial, o direito de consulta tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁵² FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e sua aplicação no Brasil. In: GARZÓN, op. cit., p. 34.

Cumpra esclarecer que a proteção do artigo 15 não se aplica somente às terras sobre as quais os povos indígenas possuem a posse permanente ou exclusiva, mas “a totalidade do habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de alguma maneira”, conforme a leitura do dispositivo:

Art. 15.

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, **os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.** Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (Sem destaques no original).

Nessa perspectiva, o direito de consulta prévia (também chamado de consentimento livre, prévio e informado - CLPI) pode ser definido como o poder que os povos indígenas e tribais têm de influenciar efetivamente o processo de tomada de decisões administrativas e legislativas que lhes afetem diretamente. Deve ser realizado mediante procedimentos adequados¹⁵³, e sempre por meio de instâncias representativas dos referidos grupos. Assim, não pode o processo de consulta limitar-se a mera formalidade, devendo propiciar às comunidades afetadas o aprofundamento real sobre os impactos das intervenções propostas, possibilitando que a consulta seja livre, prévia e informada.

Relativamente ao momento da consulta, segundo orientação da Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR) da OIT, o Estado deve estabelecer relações de diálogo com os povos interessados o mais cedo possível, inclusive na fase de elaboração dos estudos de viabilidade ambiental de determinada intervenção. Há posicionamento na jurisprudência brasileira no sentido de que a

¹⁵³ A Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações (CPACR) da OIT caracteriza a consulta como um “processo que permite o intercâmbio genuíno entre os governos e os povos potencialmente afetados e que deve durar o tempo necessário para que exista, pelo menos, a possibilidade das partes alcançarem um acordo sobre a medida proposta”.

consulta deve ser realizada em etapa prévia à decisão sobre a implementação de um projeto, devendo condicionar a decisão a ser tomada¹⁵⁴.

No Brasil, ainda não há nenhum tipo de regulamentação¹⁵⁵ dos procedimentos de consulta prévia acerca das medidas administrativas e legislativas referentes a intervenções nas terras indígenas, incluindo a exploração de fontes naturais. Em razão da real gravidade dos impactos ocasionados por intervenções nas terras indígenas, em desobediência aos direitos consagrados constitucionalmente, o tema vem sendo discutido nos setores da administração pública, judiciário e, principalmente, no âmbito do movimento indígena¹⁵⁶.

Diante das dificuldades de formulação de uma definição geral sobre o conteúdo das práticas adequadas para a aplicação do direito de consulta, tendo em vista que sua concretização depende da situação de cada povo, do objeto da consulta e das especificidades dos diferentes Estados¹⁵⁷, a maioria das manifestações da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações (CEAAR) da OIT relaciona-se às práticas consideradas como inadequadas para o atendimento das exigências da Convenção, o que permite margem de flexibilidade aos países signatários.

O aspecto mais polêmico do tema trata-se dos efeitos jurídicos dos acordos produtos do processo de consulta. É pacífico que o conteúdo dos acordos é obrigatório para todas as partes, com base no princípio contratual que rege o referido processo. Em

¹⁵⁴ Brasil, Tribunal Federal da 1ª Região. Relatório da Desembargadora Selene Maria de Almeida em Agravo de Instrumento nº 2006.0100.017736-8/PA, Ministério Público Federal v. Ibama et. AL., Estado de Pernambuco, 2006, fls. 25.

¹⁵⁵ Nesse sentido, destaca-se o conteúdo do “Relatório Memória em virtude do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT, Ministério do Trabalho”, encaminhado pela República Federativa do Brasil à OIT, em 2008. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil#integra> Acesso em: 05 dez. 2012.

¹⁵⁶ Segundo informações do Instituto Socioambiental, “A Funai, por exemplo, como entidade indigenista, é frequentemente chamada para participar de consultas sobre obras que são planejadas e executadas dentro de territórios indígenas. Igualmente, esta instituição é convocada para participar das decisões administrativas que envolvem empreendimentos fora de territórios indígenas mas que os afeta diretamente. Além destes processos que acontecem, mesmo sem regulamentação vigente, têm sido desenvolvidas no Brasil consultas prévias seguindo as políticas operativas do Banco Mundial sobre a matéria, por tratar-se de empreendimentos que são financiados por essa entidade e que afetam diretamente povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=consulta-previa-e-medidas-administrativas/brasil> Acesso em: 06 dez. 2012.

¹⁵⁷ C 169. Art. 34. A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para pôr em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.

caso de não cumprimento, é possível a utilização de instrumentos jurídicos para exigir a execução dos acordos.

Em relação aos efeitos jurídicos da negativa dos povos interessados, a OIT tem se manifestado no sentido de que o direito de consulta prévia não deve ser interpretado como direito de veto, mas como ferramenta de reconhecimento político que propõe uma relação de coordenação respeitosa, com o objetivo de potencializar a autonomia dos povos indígenas e tribais, mas que pode ter efeito vinculante.

Nesse sentido, diversas são as formas de regulamentação da matéria pelos países submetidos ao regramento da Convenção. Vale destacar que os regulamentos do Peru e da Colômbia mencionam expressamente que a consulta não implica veto dos povos sobre a decisão, que, ao final, é sempre estatal. Por seu turno, Bolívia e Venezuela formularam regulamentação que privilegia a autonomia dos povos, não autorizando o Estado a tomar uma decisão unilateralmente. No primeiro, a lei define que, diante da negativa dos povos envolvidos, será necessário iniciar um processo de conciliação “*no melhor interesse nacional*”¹⁵⁸, não autorizando que o Estado tome uma decisão unilateralmente. Já a lei orgânica de povos indígenas¹⁵⁹ da Venezuela determina que, diante da negativa dos povos indígenas, é proibida qualquer tentativa de adotar uma decisão em sentido contrário, sendo o único país que optou pela alternativa do veto.

2.6 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Após 22 anos de tramitação, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 13 de setembro de 2007, ampliando o reconhecimento dos direitos indígenas na esfera internacional por meio de texto

¹⁵⁸ Artigo 116 da Lei nº 3.058 de 2005.

¹⁵⁹ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela. Art. 17 “(...) en caso de que los pueblos y comunidades indígenas involucrados expresen su oposición al proyecto referido, los proponentes podrán presentar las alternativas que consideren necesarias, continuando así el proceso de discusión para lograr acuerdos justos que satisfagan a las partes. Queda prohibida la ejecución de cualquier tipo de proyecto en el hábitat y tierras indígenas por persona natural o jurídica de carácter público o privado que no hayan sido previamente aprobados por los pueblos o comunidades indígenas involucrados.” Disponível em: <<http://www.mppeu.gob.ve/web/uploads/documentos/marcolegal/lopqi.pdf>> Acesso em: 10 dez 2012.

consideravelmente avançado, que estabeleceu parâmetros mínimos e diretrizes a serem adotadas pelos Estados-Membros.

A Declaração reafirmou os direitos previstos na Constituição e na Convenção 169, ampliando o conteúdo do direito à livre-determinação¹⁶⁰ e ao território, elementos imprescindíveis para o desenvolvimento econômico, social e cultural, segundo a cosmovisão e as escolhas do próprio grupo. Nesse sentido, segundo Nóbrega:

No caso brasileiro, o mérito da Declaração foi expor de maneira clara e definitiva sobre vários temas incluídos no texto constitucional, mas que, por estarem muitos deles apenas no âmbito normativo dos princípios, geram muitas controvérsias interpretativas, o que acaba por esvaziar o conteúdo constitucional¹⁶¹.

Quanto ao território tradicional, a Declaração reconheceu tal direito como indispensável “para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos”. O artigo 26 da Carta prevê o direito dos índios às terras, territórios e recursos, em razão de sua ocupação tradicional:

Art. 26. 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Tal como na Constituição Federal, estabeleceu-se a tradicionalidade da ocupação indígena como título legitimador do direito a terra. A Declaração determinou expressamente o direito que os povos indígenas têm de controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da ocupação tradicional, cabendo ao Estado assegurar a proteção jurídica desses bens. Além do direito a terra, é assegurado aos povos indígenas

¹⁶⁰ Na Convenção 169 da OIT assegurou-se o direito à autodeterminação. A Declaração das Nações Unidas trouxe o conceito de livre-determinação. Para a maioria dos autores, não houve diferenciação de conteúdo, ou seja, ambos os conceitos relacionam-se ao direito dos povos indígenas de determinar livremente seu status político e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social, cultural, etc.

¹⁶¹ NÓBREGA, op. cit., p. 64.

o direito à proteção e conservação do meio ambiente e da capacidade produtiva de seus recursos¹⁶².

No mesmo sentido da Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU garantiu aos povos indígenas o direito ao consentimento livre, prévio e informado¹⁶³, isto é, o direito de serem adequadamente consultados anteriormente à adoção de medidas legislativas e administrativas de qualquer natureza, inclusive obras de infraestrutura, mineração, uso de recursos hídricos:

Artigo 15. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

No âmbito do sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos, é importante ressaltar a atuação da Relatoria Especial¹⁶⁴ sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais dos Povos Indígenas, que, frequentemente, elabora relatórios apresentando as principais denúncias de violações dos direitos humanos consagrados no plano internacional, formulando diretrizes interpretativas e recomendações para os Estados a respeito do exato cumprimento do referido dever estatal.

No tocante ao direito de consulta prévia, esclarece James Anaya que:

Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de

¹⁶² Artigo 29. 1. Os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas para assegurar essa conservação e proteção, sem qualquer discriminação.

¹⁶³ Sobre o assunto, Deborah Duprat destaca importante avanço da Declaração da ONU: A Declaração da ONU para Povos Indígenas fez questão de ter um dispositivo, que acho que é a única falha da Convenção 169: que os Estados nacionais têm que assegurar que os índios se façam entender e sejam entendidos pelo Estado, não só em relação à língua, mas em todas as relações. Isso significa que em todos os processos deve-se ter a tradução. (PEREIRA, Deborah Duprat de B. A importância da Convenção 169 da OIT na garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, op. cit., p. 70).

¹⁶⁴ Segundo James Anaya, “el deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. (ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Trotta, 2005).

Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. En el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten.

Apesar de ser apenas una carta política, a Declaração se presta a estabelecer parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e para as legislações nacionais, tendo em vista que o Brasil firmou o compromisso perante a sociedade internacional, estando obrigado a cumprir suas determinações, em paralelo ao conteúdo da Constituição Federal, da Convenção 169 da OIT e dos demais instrumentos de proteção dos direitos indígenas.

3. A IMPLANTAÇÃO DA UHE DE BELO MONTE E A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA: O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA NOS TRIBUNAIS

Antes de iniciar o exame dos delineamentos do direito de consulta prévia no Poder Judiciário brasileiro no caso da UHE de Belo Monte, faz-se necessário a contextualização histórica do projeto de aproveitamento hidrelétrico do Rio Xingu. Para tanto, o presente capítulo realizará descrição do panorama histórico do projeto, de sua região de incidência e das comunidades indígenas atingidas. Dessa forma, com o objetivo de oferecer elementos para a melhor compreensão da magnitude dos riscos potenciais e reais à sobrevivência dos povos indígenas que habitam tradicionalmente a área e o entorno, será esboçada a caracterização sucinta do empreendimento e dos impactos socioambientais por ele ocasionados.

Somente após essa contextualização inicial, passa-se a analisar e a sistematizar os elementos relativos à concretização do direito de consulta prévia pelo Poder Judiciário, elaborando-se relato do percurso processual do caso Belo Monte, buscando sistematizar e compreender criticamente a interpretação do Poder Judiciário que preponderou sobre a amplitude do conceito e os limites da garantia em exame.

3.1 Panorama histórico do projeto de implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte

O projeto de aproveitamento hidrelétrico da Amazônia, que representa 60% do potencial do Brasil, foi idealizado na década de 1970, período marcado pela ditadura militar e pela política econômica desenvolvimentista, fundada nos valores ditatoriais da soberania e da segurança nacional. Inúmeras obras de infraestrutura de grande magnitude foram planejadas nessa época, tendo-se as usinas de Itaipu e Tucuruí como importantes exemplos, figurando entre as prioridades do projeto desenvolvimentista de industrialização do país.

A partir do choque do petróleo (1970/1973), o governo brasileiro intensificou os investimentos em novas fontes de energia, principalmente na

hidroeletricidade¹⁶⁵. Dessa forma, a década de 1970 é caracterizada historicamente como o período estratégico de escolha do Estado brasileiro pela matriz energética hidrelétrica, opção que, segundo informações oficiais, pautou-se pelas características físicas e naturais do território nacional, assim como por questões tecnológicas e de custo-benefício¹⁶⁶.

Os estudos de inventário hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Xingu foram iniciados pela parceria formada entre a Eletrobrás – por meio da Eletronorte - e o Consórcio Nacional de Engenheiros Consultores S.A. (CNEC), integrante do grupo Camargo Córrea. Assim, foram identificados seis aproveitamentos de geração hidroenergética que, somados, garantiriam cerca de 20.375 megawatts (MW), com aproximadamente 18.300 km de área alagada:

1. UHE Iriri - localizada no Rio Iriri, com potência prevista para 910 MW e reservatório de 4.060 Km².
2. UHE Jarina – localizada no Rio Xingu, com potência prevista para 559 MW e reservatório de 1.900 Km².
3. UHE Kokraimoro - localizada no Rio Xingu, com potência prevista para 1.940 MW e reservatório de 1.770 Km².
4. UHE Ipixuna - localizada no Rio Xingu, com potência prevista para 2.312 MW e reservatório de 3.270 Km².
5. UHE Babaquara – localizada no Rio Xingu, com potência prevista para 6.274 MW e reservatório de 6.140 Km².
6. UHE Kararaô – localizada no Rio Xingu, com potência prevista para 8.380 MW e reservatório de 1.160 Km²¹⁶⁷.

Em 1988, o Relatório Final dos Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu foi aprovado pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), prevendo seis aproveitamentos hidrelétricos, com destaque para o AHE¹⁶⁸ Kararaô (atual Belo Monte), no mesmo ano que foi promulgada a atual

¹⁶⁵ FAINGUELERNT, Maíra Borges. **Meandros do discurso ambiental na Amazônia**: uma análise crítica do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. 2011. 111fl. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2001, p. 41.

¹⁶⁶ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Plano Nacional de Energia 2030: geração de hidrelétrica**. EPE/MME, 2006. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

¹⁶⁷ FUNAI. UHE Belo Monte –Componente Indígena. **Parecer técnico nº 21/CMAM/CGPIMA** (2009). Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf> Acesso em 11 dez. 2012.

¹⁶⁸ Existem 3 (três) tipos de usinas hidrelétricas, que são classificadas de acordo com a sua capacidade de geração de energia:

Constituição Federal. Tal projeto alcançaria 40 povos indígenas, desde os Juruna da Terra Indígena Paquiçamba, mais próxima de Altamira, até o Parque Indígena do Xingu, no estado do Mato Grosso. Segundo Sevá:

As represas destas seis usinas hipotéticas alagariam ilhas e terras florestadas, muitas ainda virgens, conforme aquele estudo de inventário mencionado, somariam quase 20 mil km quadrados, o equivalente a quase metade das áreas já inundadas por represas de todos os tipos no país, até hoje. Nestes 2 milhões de hectares, uma boa parte são glebas ribeirinhas incluídas em várias Terras Indígenas já homologadas, algumas delimitadas mas invadidas, outras ainda não homologadas¹⁶⁹.

Essa é considerada a primeira tentativa de realizar o represamento do Rio Xingu, que gerou forte oposição dos povos indígenas e de amplo grupo de ambientalistas e movimentos sociais em âmbito nacional. Além disso, é importante anotar que, a partir da Constituição Federal de 1988, o complexo, tal como inicialmente previsto, passou a ser avaliado como flagrantemente inviável em função do reconhecimento da demarcação das terras indígenas, visto que inundaria milhões de hectares e atingiria sete mil indígenas, de 12 terras indígenas, além de grupos isolados da região.¹⁷⁰

Em 1989, aconteceu o 1º Encontro dos Povos Indígenas do Xingu em Altamira (PA), organizado pelo Povo Kaiapó, com apoio do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI), cujo maior objetivo foi protestar contra as decisões tomadas na Amazônia sem a participação dos índios e contra a construção do Complexo Hidrelétrico do Xingu¹⁷¹. O encontro teve grande repercussão nacional e internacional, “enterrando por um tempo o projeto Kararaô, a primeira etapa da Eletronorte para o aproveitamento hidrelétrico do Rio Xingu¹⁷²”.

Micro-usina Hidrelétrica: pequenas usinas hidrelétricas que geram menos de 1 megawatt (MW); PCH - Pequena Central Hidrelétrica: geram entre 1 MW e 30 MW, com área do reservatório até 13 km²; UHE - Usina Hidrelétrica (também AHE - Aproveitamento Hidrelétrico): geram mais de 30 MW e/ou reservatório com mais de 13 km². Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/usinas_hidretricas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁶⁹ SEVÁ FILHO, A. Oswaldo. **Tenotã-Mô: alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu.** International Rivers Networking: 2005. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/profseva/Tenota-Mo_caps1a3_pag92.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2012.

¹⁷⁰ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Plano Nacional de Energia 2030: geração de hidrelétrica.** EPE/MME, 2006. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

¹⁷¹ FUNAI, op. cit.

¹⁷² SEVÁ FILHO, op. cit., p. 8.

O evento é considerado como um marco na história de Belo Monte, em razão da manifestação da índia Tu-Ira¹⁷³ (da etnia Kaiapó), que, num gesto de advertência e indignação contra a implantação do empreendimento, encostou a lâmina de seu terçado no rosto do então Diretor da Eletronorte, José Antonio Muniz Lopes, atual Presidente da Eletrobrás. Na ocasião, Muniz Lopes anunciou que a usina Kararaô – expressão que designa um grito de guerra Kaiapó – receberia outro nome, por significar uma agressão cultural aos índios.¹⁷⁴



Fonte: Instituto Socioambiental, 2012 (Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/hist.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2012)

Em 1990, a Eletronorte enviou ao DNAEE o Relatório Final dos Estudos de Viabilidade do Aproveitamento Hidrelétrico (AHE) de Belo Monte, solicitando aprovação e outorga de concessão. Quatro anos depois, um novo projeto foi aprovado. O reservatório da usina foi reduzido de 1.225 km² para 400 km², evitando a inundação da Área Indígena de Paquiçamba. Segundo Fainguelernt, “A ideia foi tornar o projeto

¹⁷³ Sevá descreve o episódio da seguinte forma: “Tu-Ira, prima de Paiakan, se aproximou gesticulando forte com o seu terçado (tipo de facão com lâmina bem larga, muito usado na mata e na roça, gritando em língua kaiapó). Mirou o engenheiro, seu rosto redondo de maçãs salientes, traços de algum antepassado indígena, e pressionou uma e outra bochecha do homem com a lâmina do terçado, para espanto geral. Um gesto inaugurador”. (SEVÁ FILHO, op. cit. p. 34).

¹⁷⁴ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Plano Nacional de Energia 2030: geração de hidrelétrica**. EPE/MME, 2006. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

mais aceitável aos ambientalistas, movimentos sociais e populações atingidas pela obra que resistiam ao empreendimento¹⁷⁵.”

Até 1999, a empresa intensificou a implantação do projeto, fazendo modificações geográficas e técnicas, e rebatizando-o de CHBM – Complexo Hidrelétrico de Belo Monte, somente com as obras da 1ª usina, em Volta Grande, que passou a ser chamada de Usina ou Aproveitamento Altamira (anteriormente denominada usina Babaquara).

No início do ano 2000, ocorreu uma crise energética¹⁷⁶ no país devido à insuficiência hídrica nos reservatórios da região Central-Sul do país, em razão de um verão pouco chuvoso. Assim, “uma crise de oferta de eletricidade se instalou, dadas as insuficiências no sistema de transmissão inter-regional. Foi quando os barrageiros reapresentaram Belo Monte como ‘a salvação do país’, e por isto, reivindicavam que os ‘empecilhos’ fossem removidos e que as obras como estas pudessem iniciar o quanto antes”!¹⁷⁷

Por isso, o Ministério de Minas e Energia (MME) anunciou um plano de emergência de US\$ 30 bilhões para aumentar a oferta de energia no país, incluindo a construção de 15 usinas hidrelétricas, entre as quais o Complexo Hidrelétrico de Belo Monte¹⁷⁸.

Em 14 de julho de 2005, após inúmeras irregularidades envolvendo o processo de licenciamento ambiental do empreendimento, matéria que será adiante abordada, o governo federal retomou o projeto, requerendo o licenciamento junto ao IBAMA. Assim, foi publicado o Decreto Legislativo nº 788/2005, por meio do qual o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a implantar o AHE Belo Monte, desde que apresentados estudos de viabilidade, além de estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área de influência do empreendimento.

¹⁷⁵ FAINGUELERNT, op. cit., p. 45.

¹⁷⁶ Este cenário ilustrou bem a situação do setor elétrico brasileiro, que apresentava potência instalada suficiente para atender à demanda, especialmente nas regiões Norte e Sul do país, porém não contava com linhas de transmissão para conectar os centros geradores de energia com os centros consumidores. A partir de então se intensifica a avaliação dos limites do setor energético, que é estratégico como política pública, e, enquanto tal, parece apenas um setor de infraestrutura, cujos investimentos e rumos ficam à mercê dos interesses hegemônicos e de órgãos de governos (Cf. FAINGUELERNT, op. cit.)

¹⁷⁷ SEVÁ FILHO, op. cit., p. 15.

¹⁷⁸ FUNAI, op. cit.

Desde então, o projeto de implantação da Usina de Belo Monte vem sendo objeto de sucessivas disputas judiciais, relacionadas principalmente às irregularidades no processo de licenciamento ambiental e à desobediência ao regramento constitucional e internacional de proteção aos povos indígenas, suas terras e recursos nela existentes.

Em abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH¹⁷⁹, integrante da Organização dos Estados Americanos, instou o Estado brasileiro a adotar medidas cautelares urgentes em favor das Comunidades Indígenas da Bacia do Xingu, com o fim de proteger a vida e a integridade pessoal de membros das comunidades indígenas atingidas pelo empreendimento.

Requeru a suspensão imediata do processo de licenciamento ambiental do projeto da UHE de Belo Monte, até que fossem atendidas as seguintes condições mínimas: realização de processos de consulta às comunidades; garantir que tais processos sejam informados, por meio da disponibilização do Estudo de Impacto Ambiental do projeto; adotar medidas para a prevenção da disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades atingidas.

O Estado brasileiro, em resposta¹⁸⁰, manifestou-se no sentido de que a solicitação da CIDH carecia de objeto, pois as medidas solicitadas já foram ou estavam sendo implementadas. Assim, o Estado considerou que a intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se justificava, por não estar caracterizada a ausência ou omissão do Estado na proteção dos direitos dos indivíduos envolvidos no empreendimento da UHE de Belo Monte, nem iminência de dano irreparável às comunidades indígenas.

Dessa forma, a reação do Estado brasileiro assumiu acentuada gravidade por desconsiderar a importância histórica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, constituindo flagrante retrocesso à cooperação com os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. Além disso, a resposta do Estado brasileiro expôs as dissimuladas incongruências presentes no discurso em favor do empreendimento, diante das informações inverídicas que permearam o documento oficial encaminhado à CIDH.

¹⁷⁹ Documento disponibilizado pelo Movimento Xingu Vivo para Sempre. Disponível em: <http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_peticonario1.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2013.

¹⁸⁰ BRASIL. República Federativa do Brasil. CIDH. MC -382-10. Informações do Estado Brasileiro. Disponível em: http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Resposta_do_Estado_MC_030520111.pdf. Acesso em: 12 dez. 2012.

Não obstante a notificação da CIDH e o dissenso nacional acerca do projeto, a implantação da Usina, que se projeta como a terceira maior hidrelétrica do mundo (depois de Três Gargantas, na China, e Itaipu, no Paraná e no Paraguai), vem seguindo seu curso, aguardando a liberação pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social – BNDES de R\$ 19,6 bilhões, além dos R\$ 2,9 já recebidos em 2011 e 2012¹⁸¹.

Nesse sentido, a polêmica em torno da construção da hidrelétrica já perdura por mais de vinte anos, sendo hoje considerada a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do governo federal. Atualmente, o empreendimento representa, tal qual a sua magnitude, grandeza inestimável de violações ao equilíbrio ambiental, aos povos indígenas e às comunidades locais. Tal quadro de intensos debates em âmbito nacional e internacional intensificou-se, principalmente, a partir de 2009, ano em que foi apresentado o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), e, conseqüentemente, quando foi concedida a Licença Ambiental Prévia para a instalação.

O Consórcio Norte Energia¹⁸² foi o vencedor do leilão de energia da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, realizado em 20 de abril de 2010, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

3.2. Localização e características do empreendimento

O Rio Xingu é um rio interior amazônico, que nasce a oeste da Serra do Roncador e ao norte da Serra Azul, no leste do Mato Grosso, correndo na direção sul-norte, paralelamente aos rios Tapajós e Tocantins. Após percorrer uma distância de

¹⁸¹ Segundo Luís Flávio Pinto, o Ministério Público Federal já ajuizou 15 ações civis contra a hidrelétrica de Belo Monte, com fundamento na inviabilidade econômica e socioambiental do empreendimento [...] Durante os próximos 30 dias, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico Social pretende liberar R\$ 19,6 bilhões para o projeto, que já recebeu do BNDES, em duas parcelas, neste ano e em 2011, R\$ 2,9 bilhões. O total do comprometimento, assim, é de R\$ 22,5 bilhões. O montante representa 78% dos R\$ 28,9 bilhões previstos para serem usados na implantação”. PINTO, Luís Flávio. **BNDES abre o caixa do tesouro para hidrelétrica a de Belo Monte**. Adital. 17.09.12. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?lang=PT&img=N&cod=72715>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹⁸² O consórcio Norte Energia é formado por nove empresas: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF), com 49,98%; Construtora Queiroz Galvão S/A, com 10,02%; Galvão Engenharia S/A, com 3,75%; Mendes Junior Trading Engenharia S/A, com 3,75%; Serveng-Civilsan S/A, com 3,75%; J Malucelli Construtora de Obras S/A, com 9,98%; Contern Construções e Comércio Ltda, com 3,75%; Cetenco Engenharia S/A, com 5%; e Gaia Energia e Participações, com 10,02%.

2.271 km entre os estados de Mato Grosso e Pará, deságua ao sul da Ilha de Gurupá (PA), através de uma foz de 5 km, na margem direita do Rio Amazonas, do qual é um dos maiores afluentes.



Volta Grande do Xingu (Disponível em:
<<http://somostodosedmilson.blogspot.com.br/2011/06/mare-de-resistencia-belo-monte.html>>.
Acesso em: 07 jan. 2013)

A Bacia Hidrográfica do Xingu é considerada um ícone da diversidade cultural e biológica do Brasil, composta por extenso mosaico de Unidades de Conservação e terras indígenas ao longo do curso do rio. Vivem na região aproximadamente 40 povos indígenas¹⁸³, cerca de 25 mil indígenas de quatro troncos linguísticos diferentes e grupos indígenas em isolamento voluntário, além de milhares de ribeirinhos e extrativistas rurais. Corresponde a 51,1 milhões de hectares, da qual fazem parte 35 municípios.

Segundo os estudos elaborados pela Eletronorte, a Bacia Hidrográfica do Xingu tem um potencial hidrelétrico de 22 mil megawatts, sendo considerado um dos maiores do país. A maior parte do potencial hidrelétrico do rio se encontra na Volta Grande do Xingu, uma queda d'água de 96 metros, onde o tamanho do rio é quadruplicado, formando inúmeras cachoeiras e ilhas, no sul do Estado do Pará. Por tal motivo, foi o local eleito para a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

¹⁸³ O primeiro parque indígena do Brasil, o Parque Indígena do Xingu (PIX), situa-se na região da cabeceira do rio Xingu, no quadrante nordeste do território de Mato Grosso, hoje com cerca de 25 mil km² de extensão e teve a demarcação administrativa homologada em 1961. Segundo informações do Instituto Socioambiental, o parque é composto por 16 povos indígenas, com população de 4829 indivíduos. Disponível em: <<http://ti.socioambiental.org/pt-br/#!/pt-br/terras-indigenas/3908>>. Acesso em 12 dez. 2012.

Segundo o Instituto Socioambiental, a Volta Grande do Xingu, “chamada de ‘fall line’ (linha de queda) sul-amazônica, nada mais é do que o ponto de encontro de um relevo cristalino, portanto, duro, com outro sedimentar, menos duro. Conforme a erosão do rio, o ponto mais rígido fica e o sedimentar cede¹⁸⁴”. Situa-se entre a foz do Rio Iriri e a localidade de Belo Monte, no Corredor Transamazônico.

O atual projeto da UHE Belo Monte, apresentado pela Eletrobrás, prevê a capacidade de geração de 11.233 megawatts (MW)¹⁸⁵, com a geração média anual de 4.796 MW. O potencial de energia hidráulica está previsto para ser explorado através de um complexo de três barragens e duas casas de força - UHE Pimental (181,3 MW) e UHE Belo Monte (11.000 MW); todas no entorno de duas terras indígenas (Paquiçamba e Arara da Volta Grande). O projeto conta com dois grandes reservatórios – Reservatório Calha do Xingu e Reservatório dos Canais, que juntos inundam 668 km²; além de dezenas de diques, canais de adução e linhas de transmissão.

O projeto inclui o desvio da maior parte do fluxo de água do Rio Xingu, em um trecho de aproximadamente 100 km, na Volta Grande do Xingu, para um trecho onde se localizam florestas e assentamentos de pequenos agricultores, entrecortados por diversos travessões da rodovia Transamazônica; por meio da construção de canais de derivação ao norte da Terra Indígena Juruna do Paquiçamba.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), apresentado pelo Grupo de Empresas interessadas no Empreendimento, prevê a seguinte configuração do projeto de Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte:

Em linhas gerais, o aproveitamento hidroelétrico projetado compreende um barramento principal no rio Xingu (no local denominado, nos Estudos de Viabilidade, de Sítio Pimental), de onde as vazões são derivadas por canais para que a geração de energia possa ser realizada no Sítio Belo Monte, local distante 50 km por estrada, favorecendo-se, desse modo, de uma queda com cerca de 90

¹⁸⁴ **Relatório Especial Belo Monte.** Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/loc.asp>> Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁸⁵ Tais dados têm sido enfaticamente questionados no meio científico, em razão da enorme variação da vazão do Rio Xingu. Segundo Zachary, a grande variação dos níveis do rio Xingu fará com que poucas turbinas sejam acionadas no período da seca e, dependendo do ano e da época, nenhuma será acionada. A ociosidade de operação da usina se expressa nos números de garantia física, obtidos por simulação, em termos equivalentes a uma potência de apenas 39% em média da capacidade instalada, ou quase 4.420 MW, número muito abaixo da capacidade instalada de 11.233 MW divulgada pela Eletrobras. A potência média ainda é uma incógnita e dependerá exclusivamente da dinâmica das vazões do rio Xingu. (HURWITZ, Zachary [et. all]. **Mega projetos, mega riscos: Análise de Riscos para Investidores no Complexo Hidrelétrico Belo Monte.** São Paulo: Amigos da Terra – Amazônia Brasileira; International Rivers, 2011, p. 27).

m de altitude. Resultante dessa configuração, formar-se-á um trecho de cerca de 100 km de extensão (vide subitem a.2) no rio Xingu a ser submetido a uma vazão residual, que será também aproveitada para geração de energia em uma Casa de Força complementar, localizada junto à Barragem Principal. Conforme abordado anteriormente, o eixo da Barragem Principal está projetado para cerca de 40 km a jusante da cidade de Altamira, no rio Xingu. O Canal de Fuga da Casa de Força Principal localiza-se cerca de 9,5 km a jusante da vila de Belo Monte.¹⁸⁶

Está prevista a inundação de 516 km² de floresta amazônica, em razão da construção de 52 km de canais com largura variando entre 160 e 400 m. Para tanto, aponta-se a necessidade de escavações¹⁸⁷ da ordem de 150,7 milhões de m³ e 50 milhões de m³ de rochas, superiores à escavação realizada para construção do Canal do Panamá, com a utilização ainda de 4,2 milhões de m³ de concreto¹⁸⁸.

Relativamente aos custos do empreendimento, destaca-se esclarecimento do Procurador da República Felício Pontes Jr.:

Na primeira ação judicial contra Belo Monte, proposta em 2001, o governo dizia que a usina custaria **R\$ 10,4 bilhões**. Ao pedir empréstimo ao BNDES, em 2011, o consórcio de empresas para fazer Belo Monte solicitou **R\$ 25 bilhões**, o que representaria em torno de **80% dos custos**. Logo, o custo oficial seria de **R\$ 31,2 bilhões**. Nesse custo não estão previstos o valor do desmatamento que pode atingir 5,3 mil km² de floresta (segundo o próprio consórcio), o valor de 100 km de leito do Xingu que praticamente ficará seco, a indenização a povos indígenas e ribeirinhos localizados nesse trecho, todos os bairros de Altamira que estão abaixo da cota 100 e, portanto, serão inundados... só para mostrar alguns exemplos. Os custos finais de Belo Monte ainda são incertos, graças ao descumprimento das leis do licenciamento ambiental em vários momentos. Conforme apontou o relatório de análise de riscos feito por especialistas e intitulado "Megaprojeto, Megarriscos", Belo Monte tem elevados riscos financeiros relacionados à capacidade de geração de energia elétrica, que é muito inferior à capacidade instalada. E tem riscos associados à capacidade do empreendedor de atender obrigações legais de investir em ações de mitigação e compensação de impactos sociais e ambientais do empreendimento¹⁸⁹. (Sem destaques no original).

¹⁸⁶ SEVÁ FILHO, op. cit., p. 76.

¹⁸⁷ Segundo o Movimento pelo Desenvolvimento da Transamazônica e do Xingu (MDTX), o material que resultar das escavações ainda não tem destino certo.

¹⁸⁸ **Relatório da Missão Xingu**. Violações de Direitos Humanos no Licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Relatoria Nacional do Direito Humano ao Meio Ambiente. Plataforma DhESCA. 2010, p. 36.

¹⁸⁹ PONTES, Felício Jr. **O custo de Belo Monte**. O Globo. 18.04.11. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/ece_incoming/o-custo-de-belo-monte-2901172> Acesso em: 12 dez. 2012.

Percebe-se, portanto, que os custos finais de Belo Monte ainda são incertos, tendo em vista que o projeto tem elevados riscos associados a incertezas sobre a estrutura de custos de construção do empreendimento, referentes a fatores geológicos e topológicos, de engenharia e de instabilidade em valores de mercado, e, conseqüentemente, elevados riscos financeiros.

3.3 Povos Indígenas do Xingu

As margens do rio Xingu e o seu entorno são densamente habitados por grupos indígenas que desenvolvem modos tradicionais de relação com a terra e com as fontes naturais ao longo do tempo. A região é indicada “em documentos históricos coloniais e recentes como local de abrigo de sociedades indígenas (aldeadas ou não) de diversas etnias, falantes de diferentes línguas, adaptadas a áreas ribeirinhas ou de floresta, ou ainda aos pequenos fluxos dos inúmeros igarapés¹⁹⁰”. Atualmente, tais grupos vêm sendo alvo de permanentes ameaças, pois seguidamente seus territórios têm sido invadidos pelas frentes de expansão que alcançaram a bacia do Xingu e seus afluentes¹⁹¹.

A proposta de localização para o Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte trata-se de área de inequívoca influência indígena, ou seja, cuida-se de território tradicionalmente indígena, correspondente ao rio Xingu e seu entorno, habitado por distintos povos indígenas, cujas porções territoriais encontram-se em diversos estágios de demarcação administrativa. As conseqüências imediatas do empreendimento incidirão sobre os grupos indígenas localizados na Volta Grande do Xingu e na própria sede do município de Altamira.

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), na região da Volta Grande do Xingu, existem grupos estabelecidos de indivíduos Arara, Juruna, Kayapó, Kuruaia, Xipaia.

¹⁹⁰ SEVÁ FILHO, op. cit., p. 74.

¹⁹¹ No presente, o processo de reordenamento na ocupação do espaço tende a ser fortemente acentuado seja com a pavimentação da Transamazônica, seja com a construção anunciada da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, seja com projetos governamentais voltados para o aproveitamento econômico do que ficou conhecido como Terra do Meio, isto é, a porção de terras situada entre os Rios Xingu, Iriri, Curuá, Riosinho do Anfrísio³, com cerca de 8 milhões de ha. Esta porção territorial tem sido alvo da extração ilegal de madeira (leia-se mogno, principalmente), além de ações de grilagem de terras, pecuária e garimpos de ouro Cf. SEVÁ FILHO, op. cit.

Os grupos foram deslocados de seus territórios tradicionais por conta de disputas interétnicas e invasões, terminando embrenhados, “perdidos e esquecidos” pelos recantos de uma das regiões mais inacessíveis do Xingu, em que o rio sofre um desnível de mais de 50 km, emparedado pelas serras e farto em cachoeiras e corredeiras. Trecho não navegável que, há séculos, desafia o homem¹⁹².

Os grupos indígenas que serão especialmente afetados pela implantação do empreendimento serão os Juruna de Paquiçamba¹⁹³, os Juruna do km 17, que fica às margens da rodovia PA-415 e os Arara da Volta Grande do Xingu¹⁹⁴. Os Juruna residem à margem esquerda do Rio Xingu, junto à Volta Grande, na Terra Indígena Paquiçamba, entre os Igarapés Mangueira e Paraíso, no município de Vitória do Xingu, cuja Terra Indígena já se encontra homologada. Os Arara estão localizados na parte baixa da bacia do Xingu, na Volta Grande, entre a confluência dos rios Bacajá e Bacajaí. A região é repleta de ilhas e corredeiras que são fundamentais para a vida dos referidos grupos. A situação jurídica atual da Terra Indígena Arara da Volta Grande é declarada de posse permanente.

Além desses povos, destacam-se os grupos indígenas da cidade da Altamira-PA, em cuja região também vivem centenas de índios fora das aldeias, nas barrancas do rio, nas palafitas e em bairros da cidade¹⁹⁵, que também sofrerão os impactos da obra, inclusive com a realocação de famílias que habitam os igarapés da cidade.

A FUNAI, em seu Parecer técnico nº 21/CMAM/CGPIMA¹⁹⁶, que apreciou o componente indígena da região, classificou os grupos indígenas atingidos pelo empreendimento de acordo com os seguintes fatores: o histórico do processo, a área de abrangência do projeto, as etnias presentes e a pressão regional sobre as terras indígenas. Dessa forma, estabeleceu os seguintes grupos de análise:

¹⁹² Ibid., p. 75.

¹⁹³ Para a obtenção de mais informações, acessar a Enciclopédia do Instituto Socioambiental sobre os Povos Indígenas do Brasil. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/yudja>>. Acesso em: 12. dez. 2012.

¹⁹⁴ Para a obtenção de mais informações, acessar a Enciclopédia do Instituto Socioambiental sobre os Povos Indígenas do Brasil. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/arara-da-volta-grande-do-xingu>> Acesso em: 12 dez. 2012.

¹⁹⁵ Tenha-se claro, porém, que a população indígena não aldeada não se limita exclusivamente a este espaço – cidade e Volta Grande. Ao contrário, toda a Bacia do Xingu, incluindo-se aí, como já mencionado, os Rios Bacajá, Iriri e Curuá é historicamente espaço indígena. (SEVÁ FILHO, op. cit., p. 30).

¹⁹⁶ FUNAI, op. cit.

a. Grupo 01- composto pelas Terras Indígenas consideradas “diretamente” impactadas, estando muito próximas do empreendimento:

- Terra Indígena Paquiçamba
- Terra Indígena Arara da Volta Grande.
- Terra Indígena Juruna do Km 17
- Trincheira Bacajá

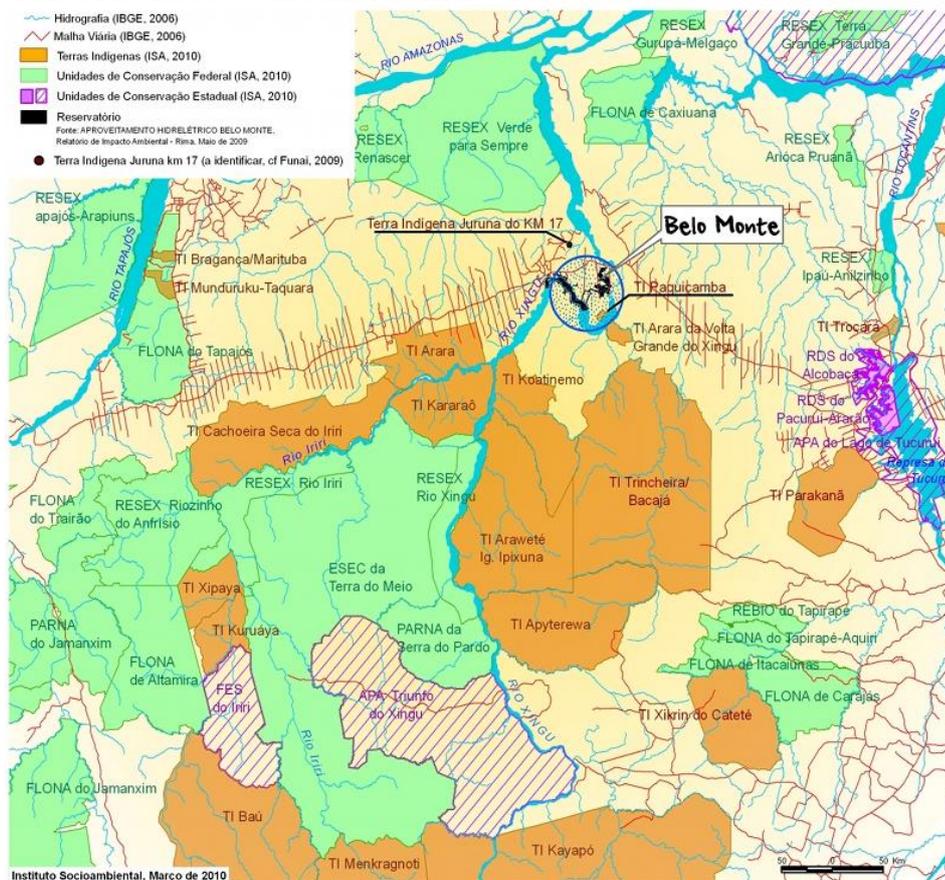
b. Grupo 02 - composto pelas Terras Indígenas que, embora também sofram impactos diretos, estão geograficamente mais distantes do empreendimento:

- Terra Indígena Apyterewa
- Terra Indígena Araweté do Igarapé
- Terra Indígena Ipixuna
- Terra Indígena Koatinemo
- Terra Indígena Kararaô
- Terra Indígena Arara e Cachoeira Seca.

c. Grupo 03 - composto pelas Terras Indígenas da etnia Kayapó, onde a princípio não seriam feitos estudos, mas deveriam ser contempladas com o Plano de Comunicação específico para os povos indígenas. Buscou-se assim, trabalhar com os impactos psicossociais ocorridos junto a esses povos desde o projeto do Complexo Kararaô, cabendo ressaltar que para os povos indígenas da região este primeiro projeto do AHE ainda persiste no imaginário e sistema de representações simbólicas a respeito do empreendimento.

d. Grupo 04 – composto pelos índios citadinos residentes em Altamira e Volta Grande do Xingu, que serão diretamente impactos pelo empreendimento, inclusive com a realocação de várias famílias que estão localizadas nos igarapés de Altamira. Os estudos, iniciados tardiamente, previam a realização de trabalhos de campo, além da utilização de dados secundários.

UHE BELO MONTE: TERRAS INDÍGENAS E UCs FEDERAIS NO ENTORNO



Mapa com destaques das Terras Indígenas e Unidades de Conservação da no entorno da UHE Belo Monte (Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/bm/f_loc.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012).

É importante, acrescentar, ainda, a presença de grupos indígenas isolados¹⁹⁷ na região, cujo território de perambulação, segundo informações da FUNAI, está localizado a menos de 100 km (em linha reta) do local onde está previsto o barramento do rio Xingu, no sítio Pimental, na Volta Grande do Xingu. Dessa forma, caso o aproveitamento hidrelétrico seja concretizado, o território de perambulação desses grupos isolados será afetado diretamente, principalmente devido ao “fluxo migratório ‘espontâneo’ previsto para a região, estimado em quase 100 mil pessoas¹⁹⁸”, colocando em risco a sobrevivência física e cultural dos grupos isolados.

¹⁹⁷ Segundo informações da FUNAI, ocorreram vários registros de ocorrência dos isolados naquela região, especialmente em três áreas do Xingu: na Terra do Meio, entre os rios Iriri e Xingu e a Transamazônica; entre os rios Iriri e Curuá e daí até a BR-163; e na Bacia do rio Bacajá. Tratam-se de grupos que vêm sendo pressionados pelo avanço da ocupação da região e que, provavelmente, não suportarão por muito tempo, caso perdurem as condições e o ritmo atual desse avanço. (FUNAI, op. cit., p. 85).

¹⁹⁸ Idem.

De acordo com Antonio Carlos Magalhães, a presença de índios isolados foi negligenciada no procedimento de licenciamento ambiental, que faz uma única menção a esses grupos indígenas, não formulando qualquer tipo de análise acerca dos impactos causados:

Causa surpresa e preocupação também a omissão da análise de impactos sobre índios isolados na região, que sabidamente existem e caminham pelas matas das terras indígenas e unidades de conservação, reservas extrativistas, e estação ecológica existentes na região. A única menção a estes índios, apenas corrobora a sua existência: Vol. 35, Tomo 6, pg.103¹⁹⁹.

Destaca-se sistematização das informações contidas no Relatório de Impacto Ambiental do empreendimento elaboradas pelo Instituto Socioambiental²⁰⁰, oferecendo amplo panorama do contexto social da região:

Indígenas e Terras Indígenas na Bacia do Xingu
<ul style="list-style-type: none"> -28 etnias -29 TIs (12 em Mato Grosso e 16 no Pará) -19 800 000 há de extensão das TIs - Cerca de 20 mil índios
Terras indígenas e população diretamente afetadas
<ul style="list-style-type: none"> - Duas TIs diretamente afetadas pela diminuição da vazão do rio: Paquiçamba e Arara da Volta Grande - Área Indígena Juruna do km 17 da PA- 415 será afetada pelo aumento do tráfego na estrada - População total das três áreas = 226 pessoas
Terras indígenas e população indiretamente afetadas
<ul style="list-style-type: none"> - TI Trincheira do Bacajá – 673 pessoas - TI Koatinemo – 144 pessoas - Arara – 236 pessoas - Kararaô – 39 pessoas - Cachoeira Seca – 81 pessoas - Arawaté – 398 pessoas

¹⁹⁹ MAGALHÃES, op. cit., p. 61.

²⁰⁰ Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/loc.asp>> Acesso em: 12 dez. 2012.

- Apyterewa – 411 pessoas Total = 1982 pessoas
População total direta e indiretamente afetada
- 317.472 habitantes dos municípios de Altamira, Senador José Porfírio, Porto de Moz, Anapu, Vitória do Xingu, Medicilância, Gurupá, Brasil Novo, Placas, Uruará e Pacajá - 350 famílias de ribeirinhos que vivem nas Resex do Rio Iriri, Riozinho do Anfrísio, Verde para Sempre e Médio Xingu - 21 comunidades quilombolas.

Fonte: Instituto Socioambiental, 2012 (Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/loc.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2012)

3.4 Impactos socioambientais do empreendimento

Os impactos socioambientais da implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte saltam aos olhos de qualquer um que se proponha a refletir, mesmo que superficialmente, acerca da magnitude das transformações que poderão afetar o equilíbrio ambiental e a dinâmica das populações que mantêm com o rio, além de relações simbólicas, vínculo de sobrevivência física.

A construção da UHE de Belo Monte, como já é de conhecimento geral, ameaça diretamente diversas populações indígenas e ribeirinhas que habitam as margens do rio Xingu, em especial as etnias Juruna de Paquiçamba, e Arara da Volta Grande.

Anteriormente a qualquer análise técnica acerca dos impactos da obra, os próprios indígenas, desde o início do projeto de implantação, já previram uma série de consequências desastrosas que, posteriormente, foram confirmadas por estudos científicos sobre o caso. Nesse ponto, destaca-se a carta dos Juruna de Paquiçamba, encaminhada ao Ministério Público Federal:

Nós, índios Juruna, da Comunidade Paquiçamba, nos sentimos preocupados com a construção da Hidrelétrica de Belo Monte. Porque vamos ficar sem recursos de transporte, pois onde vivemos vamos ser prejudicados porque a água do Rio vai diminuir, como a caça, vai aumentar a praga de carapanã com a baixa do Rio, aumentando o número de malária, também a floresta vai sentir muito com o problema da seca e a mudança dos cursos dos rios e igarapés ... Nossos parentes Kaiapó, Xypaia, Tembê, Maitapu, Arapium,

Tupinambá, Cara-Preta, Xicrin, Assurini, Munduruku, Suruí, Guarani, Amanayé, Atikum, Kuruaya ... vão apoiar a Comunidade ...²⁰¹

Apesar de o objeto da presente pesquisa não se tratar da análise dos impactos advindos da implantação do empreendimento, demonstra-se imprescindível uma contextualização mínima das transformações que a obra causará no modo tradicional de vida das populações indígenas locais, em alguns casos até de gravidade fatal à sobrevivência destas, a fim de que seja possível perceber a incidência inequívoca das normas jurídicas que tutelam de forma especial esses grupos.

Nessa perspectiva, na esteira da arguta compreensão dos povos indígenas sobre os impactos²⁰², um grupo de cientistas de reconhecimento nacional e internacional²⁰³ realizou pesquisa independente sobre o Estudo e o Relatório de Impacto Ambiental de Belo Monte, onde restou demonstrado que os impactos da implantação da UHE de Belo Monte são muito mais graves que aqueles elencados pelo Estudo de Impacto Ambiental (EIA), mostrando-se, em muitos casos, irreversíveis e não passíveis de serem compensados pelos programas e medidas condicionantes propostas.

Como já explicitado, o projeto prevê o desvio do Rio Xingu, precisamente na localidade denominada Sítio Pimental, ocasionando diminuição da vazão exatamente nas terras indígenas do Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, área considerada como de "importância biológica extremamente alta²⁰⁴", devido a sua singularidade, incluindo espécies endêmicas e ameaçadas de extinção. Por isso, as

²⁰¹ Carta dos Juruna, manuscrita e assinada por 46 representantes indígenas, encaminhada à 6ª Câmara do Ministério Público Federal em 22.02.2001, cujos originais constam do Processo 2001.39.00.005867-6/Justiça Federal apud SEVÁ FILHO, op. cit., p. 74.

²⁰² SEVÁ FILHO, op. cit., p. 84.

²⁰³ O Painel de Especialistas contou com a participação de 39 cientistas que elaborou análise acerca dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) apresentados pela ELETROBRÁS ao IBAMA, no âmbito do processo de licenciamento para a implantação do aproveitamento hidrelétrico Belo Monte, no rio Xingu. Trata-se de estudo crítico realizado por pesquisadores de diversas instituições de ensino e pesquisa, com o objetivo de evidenciar para a sociedade as falhas, omissões e lacunas destes estudos e subsidiar um processo de decisão, que se espera seja pautado pelo debate público - sério e democrático. Este Painel de Especialistas é constituído de pesquisadores voluntários e surgiu de uma demanda de movimentos sociais de Altamira. Conta com o apoio da Fundação Viver, Produzir e Preservar (FVPP) de Altamira, do Instituto Sócio Ambiental (ISA), da International Rivers, do WWF, da FASE e da Rede de Justiça Ambiental (SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; HERNANDEZ, Francisco del Moral (orgs.). **Painel de Especialistas: análise crítica do estudo de impacto ambiental do aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte.** Belém: 2009, p. 61. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012).

²⁰⁴ Nos termos da Portaria nº 9/MMA, de 23 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/zoneamento-ambiental/wp-content/files/portaria9.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2012.

condições ecológicas do rio nesse trecho serão profundamente alteradas, ocasionando impactos graves na manutenção da fauna e da flora, e, conseqüentemente, sobre o modo tradicional de vida dos povos indígenas e sua sobrevivência física e cultural, inviabilizando, ainda, a navegação e a pesca:

Apenas com base no caráter irreversível do impacto sobre a ictiofauna²⁰⁵ no Trecho de Vazão Reduzida a conclusão técnica que deveria ser formalizada no EIA é de que o empreendimento AHE Belo Monte do ponto de vista da ictiofauna é tecnicamente inviável, visto que irá destruir uma grande extensão de ambientes de corredeiras tanto no TVR quanto na área do lago. Não existe compensação ambiental à altura desses impactos sobre a ictiofauna²⁰⁶.

Outro importante impacto a ser considerado é o referente ao indiscutível aumento da pressão populacional sobre terras indígenas e unidades de conservação da área, devido à transferência de mão-de-obra oriunda de outras regiões para trabalhar na fase de construção da obra. Constatou-se que o Estudo de Impacto Ambiental, além disso, subdimensionou o deslocamento compulsório da população rural e urbana.

Segundo Felício Pontes Jr:

Além do mais, a obra – caso seja executada – acarretará fato admitido pela Eletronorte (2002) “relocação de aldeia” ou “relocações de famílias” e “reformulação de situação fundiária” dos Juruna da Terra Indígena Paquiçamba e dos indígenas que moram ao longo da Volta Grande (Arara, Juruna, Kayapó, Kuruaia e Xipayá)²⁰⁷.

Em análise sistemática, destacam-se os seguintes aspectos levantados no Painel de Especialistas²⁰⁸:

- a) Subdimensionamento da população atingida e da área afetada;
- b) Rebaixamento do lençol freático;
- c) Risco de proliferação de doenças endêmicas;
- d) O hidrograma “ecológico” não está baseado nas necessidades dos ecossistemas;

²⁰⁵ Ressalte-se que o peixe é principal alimento das populações – especialmente as indígenas - que vivem no entorno do rio Xingu. Com a extinção ou diminuição expressiva das espécies tanto na Volta Grande quanto a montante, verificar-se-á uma situação de insegurança alimentar para os grupos indígenas, ribeirinhos, extrativistas e trabalhadores rurais da região que não foi avaliada pelo EIA (**Relatório da Missão Xingu**. Violações de Direitos Humanos no Licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Relatoria Nacional do Direito Humano ao Meio Ambiente. Plataforma DhESCA. 2010, p. 4).

²⁰⁶ Ibid., p. 150.

²⁰⁷ SEVÁ FILHO, op. cit., p. 84.

²⁰⁸ Cf. SANTOS; HERNANDEZ, op.cit.

- e) Subdimensionamento emissões de metano²⁰⁹ - ilusão da energia limpa;
- f) Ameaça de extinção de espécies endêmicas²¹⁰
- g) Ausência de análise de impacto de eclusas²¹¹;
- h) Perda de biodiversidade;
- i) Ausência de análise de impactos a jusante;
- j) Análise insuficientes dos impactos da migração sobre desmatamento e terras indígenas;
- k) Impactos associados ao assoreamento no reservatório principal.

3.5 Licenciamento ambiental e realização de audiências públicas

Apesar de não figurar como objeto imediato da presente pesquisa, mostra-se relevante uma breve análise acerca do procedimento de licenciamento ambiental do projeto Belo Monte, a fim de que se possa visualizar o contexto no qual está inserida a consulta das comunidades atingidas, assim como o procedimento pelo qual se legitimou a implantação do empreendimento. Diante das limitações materiais da presente pesquisa, buscar-se-á, de forma sucinta, abordar os principais pontos relativos à condução do licenciamento ambiental, não sendo possível, contudo, descrever de forma detalhada a complexidade do procedimento.

O processo de licenciamento ambiental encontra-se regido pelo Direito Ambiental Brasileiro, especialmente, a partir das disposições da Constituição Federal e da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Tem como objetivo avaliar os impactos ambientais, oferecendo uma análise prévia da viabilidade de um empreendimento ou de determinada atividade.

Nos termos da Carta Constitucional:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

²⁰⁹ Além disso, destaca-se que, em razão da enorme quantidade de matéria que será revolvida com as escavações, a água do rio será permanentemente poluída com terra, matéria orgânica e mineral, configurando diminuição da qualidade da água com problemas de abastecimento humano.

²¹⁰ Dentre essas espécies endêmicas destacam-se entre elas o acari-zebra (*Hypancistrus zebra*), os tucunarés (*Cichla melaniae*, e *C. mirianae*.) e o pacu-capivara (*Ossubtus xinguensis*).

²¹¹ Eclusa é um dispositivo utilizado nas barragens para vencer o desnível causado pela mesma, fazendo com que o tráfego das embarcações possa ser realizado.

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Grifei)

A Resolução nº 1/86 do CONAMA, em seu artigo 1º, traz a definição de impacto ambiental:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

A partir da competência delegada pela Lei nº 6.938/81²¹², que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e institui SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente, determinou-se a competência do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão Consultivo e Deliberativo situado na cúpula do SISNAMA, para disciplinar as diretrizes para elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), integrante do procedimento de licenciamento ambiental.

Assim, segundo a legislação em vigor, todo empreendimento potencialmente nocivo ao meio ambiente necessita de licenciamento ambiental, sendo que apenas aqueles cujo impacto seja significativo necessitam elaborar o EIA, que deve ser resumido em uma linguagem simples e acessível em um RIMA, para apresentação e consultas públicas.

É importante perceber que o próprio texto da Constituição já apontou claramente que o elemento “publicidade” passou a ser requisito básico para o regular procedimento de elaboração e validação do respectivo estudo, consagrando a participação popular como princípio fundamental do Direito Ambiental. Para tanto, a

²¹² Art. 8º Compete ao CONAMA:

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

legislação ambiental prevê a realização de audiências públicas que possibilitem a manifestação da sociedade acerca dos projetos que se pretende desenvolver.

Nesse sentido, segundo Paulo Affonso Leme Machado:

Dar publicidade ao Estudo transcende o conceito de possibilitar a leitura do Estudo ao público, pois passa a ser dever do Poder Público levar o teor do Estudo a conhecimento do público [...] **A Audiência Pública no EIA, ainda que não prevista expressamente pela Constituição, implicitamente está contida no texto constitucional, pois dar publicidade é partilhar a informação, por todos os meios eficazes e disponíveis (Grifei)**²¹³.

Nessa perspectiva, a audiência pública²¹⁴ prevista no bojo do procedimento de licenciamento ambiental, inserida nesse procedimento com igual valor aos das fases anteriores, objetiva expor aos interessados o conteúdo do RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo críticas e sugestões da sociedade, especialmente das comunidades afetadas pelos impactos ambientais de determinado projeto, que, “metaforicamente falando, deve sair da plateia e postar-se no palco das decisões que lhe digam respeito; para tanto, precisa ter ciência dos fatos a fim de poder posicionar-se diante deles²¹⁵”.

Trata-se, portanto, de instrumento garantidor da participação popular nas questões ambientais e nos processos decisórios relacionados, constituindo nulidade do ato administrativo autorizador quando o mesmo deixa de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo das sugestões e considerações formulados pela sociedade constantes das atas e anexos.²¹⁶

Destaque-se que a audiência pública que objetiva a discussão do EIA/RIMA não se confunde com a consulta indígena, isto é, os referidos institutos encontram fundamentos jurídicos e previsão normativa distinta, apesar de representarem concretização do princípio democrático de participação²¹⁷²¹⁸.

²¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro** – 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 456.

²¹⁴ Resolução nº 009/1987 do CONAMA. Art. 1º. A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA nº 1/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

²¹⁵ MILARÉ, op. cit., p. 498.

²¹⁶ MACHADO, op. cit., p. 460.

²¹⁷ No Brasil, a participação nas decisões ambientais já se encontra ordenada, tanto constitucionalmente quanto infraconstitucionalmente, nas três esferas de poder, como podemos observar na Constituição Federal de 1988 art. 225, §1º, IV. Na legislação infraconstitucional podem ser citadas as seguintes legislações: Lei 6.938/81 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; Resoluções Conama nº(s) 001/86, artigo 11, sobre estudo de impacto ambiental para implantação de atividades e empreendimentos; 009/87

Relativamente à competência em matéria ambiental, a Resolução nº 237/1997 do CONAMA regulamentou a distribuição em âmbito federal, estadual ou municipal, a depender do tipo e localização da atividade/empreendimento ou da amplitude dos impactos gerados. Segundo a Resolução, compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA licenciar empreendimentos situados em terras indígenas e cujos impactos ambientais ultrapassem os limites territoriais de um Estado:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; **em terras indígenas** ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - **cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;**

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica (Grifei).

A Resolução nº 237/1997 do CONAMA, em seu art. 1º, § 1º, estabeleceu ainda que o IBAMA realizará o licenciamento destas obras

[...] após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais

sobre procedimento para realização de audiências públicas e 237/97, artigo 3º, sobre o licenciamento ambiental e outros atos normativos.

²¹⁸ Segundo Canotilho, “em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática - órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 282).

órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

É neste item da legislação que se baseia a necessidade de consulta a órgãos como FUNAI e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. No que se refere especificamente às terras indígenas o órgão indigenista é consultado pelos órgãos ambientais durante as etapas do processo de licenciamento, manifestando-se quanto aos termos de referência, estudos de impacto ambiental e medidas de mitigação e compensação necessárias para a emissão da licença²¹⁹.

Concluída a análise sobre as principais diretrizes para o licenciamento ambiental em terras indígenas, segue-se ao relato específico do licenciamento ambiental do projeto Belo Monte, que teve início em 2000, quando a Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa (FAPESP) foi contratada pela Eletronorte para elaborar o Estudo de Impacto Ambiental do empreendimento sem realização de licitação ao preço de R\$ 3.835.532,00 (três milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, quinhentos e trinta e dois reais), como parte do processo de licenciamento ambiental na esfera estadual.

Ocorre que o projeto de aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte incide no Rio Xingu, que é um rio da União, devendo o EIA examinar a Bacia do Xingu e não apenas uma parte dela. Em se tratando de um rio federal, e ainda por banhar terra indígena, seu licenciamento somente pode ser realizado pelo IBAMA, nunca por um órgão estadual, como estava sendo feito.

Por isso, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública com o objetivo de suspender os Estudos de Impacto Ambiental, cujo pedido foi atendido por uma liminar da 4.^a Vara Federal de Belém (e corroborado, posteriormente) pelo Tribunal Regional Federal - TRF e pelo Supremo Tribunal Federal - STF), em razão da ausência de licitação, além da tentativa de obtenção de licença apenas em âmbito estadual. O governo federal recorreu ao Tribunal Regional Federal em Brasília, não obtendo sucesso. Em seguida, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, e perdeu novamente. Determinou-se, portanto, que a obra deveria ser licenciada pelo IBAMA e não pelo governo do Pará.

²¹⁹ ALMEIDA, Graziela Rodrigues. **Terras Indígenas e o Licenciamento Ambiental da Hidrelétrica de Estreito**: análise etnográfica de um conflito ambiental. 2007. 118f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade de Brasília. Brasília. 2007, p. 26.

Além de tais irregularidades, o Termo de Referência do empreendimento, que determina o conteúdo do EIA/RIMA, não contou com a participação do IPHAN, malgrado a área de incidência direta da obra abrigar sítios arqueológicos, patrimônio cultural tangível e patrimônio cultural intangível constituído por costumes e tradições dos povos indígenas e não indígenas²²⁰.

Em 2005, o governo federal surpreendeu a todos com a retomada do projeto. Pediu o licenciamento junto ao IBAMA, apresentando no Congresso uma proposta decreto legislativo que autorizava Belo Monte. Em 2007, se apressou em licenciar a obra, cometendo um erro grave – o EIA estava sendo realizado sem o Termo de Referência²²¹, que, após propositura de ação judicial pelo MPF, foi prontamente confeccionado pelo IBAMA.

Em 2009, as empreiteiras Camargo Corrêa, Norberto Odebrecht e Andrade Gutierrez, associadas à Eletrobrás, entregaram ao IBAMA, o Estudo de Impacto Ambiental de Belo Monte e o seu Relatório (EIA/Rima). O documento estava flagrantemente incompleto. Segundo Felício Pontes:

A pressa em obter a licença ambiental era tão grande que alguns estudos fundamentais não tinham sido terminados, entre eles o espeleológico (das cavernas); a qualidade de água; e as informações sobre as populações indígenas. O próprio Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), que é um resumo do EIA com linguagem acessível, não havia sido apresentado a contento, segundo o Ibama. No dia 20 de maio de 2009, os analistas do Ibama concluem que *o documento precisa ser revisado para evitar os erros encontrados na análise deste Parecer* (nº 36/2009). Apesar dessa advertência, no mesmo dia o EIA/Rima de Belo Monte foi aceito pelo Ibama²²².

A aceitação do EIA/RIMA pelo IBAMA representava o início do prazo de 45 dias²²³ para que a sociedade analisasse o estudo, em preparação para as audiências públicas. Face à incompletude do estudo, a participação das comunidades atingidas, também da comunidade científica, restou fatalmente prejudicada. O Movimento Xingu

²²⁰ PONTES, Felício. **Belo Monte de Violências**: Dez anos de batalhas judiciais contra violações à lei, ao meio ambiente e ao ser humano na Amazônia. Movimento Xingu Vivo para Sempre. 2010.

²²¹ O Termo de Referência é o documento expedido pelo licenciador (IBAMA), onde constam as matérias que devem ser estudadas pela empresa responsável pela obra. É uma espécie de guia de estudo sobre o que deve constar no Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Por isso, sempre antecede o EIA.

²²² PONTES, 2010, op. cit.

²²³ Resolução nº 09/ 1987 do CONAMA. Art. 1º. § 1º . O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

Vivo para Sempre criou o “Painel de Especialistas”, já mencionado no tópico anterior, que, apesar do mínimo tempo disponibilizado, realizou pesquisa que constatou desde a falta de estudos em determinadas áreas até erros grosseiros de dados que inviabilizam Belo Monte. Tal relatório será objeto de análise no próximo tópico.

Em seguida, a etapa da realização de audiências também foi permeada de ilegalidades. A Empresa Leme Engenharia coordenou nove encontros na região do AHE de Belo Monte, chamados de “Oficinas de Participação Social²²⁴”. Segundo Felício Pontes, “apesar dos impactos de Belo Monte atingirem uma região vastíssima, são marcadas audiências apenas em três municípios atingidos (Altamira, Brasil Novo, Vitória do Xingu) e na capital, Belém. O MPF solicitou que pelo menos os 11 municípios afetados tenham audiências²²⁵”.

Depois se descobriu que os municípios escolhidos pelo Ibama foram exatamente os mesmos em que a Eletrobrás e as empreiteiras solicitaram audiências. A decisão de se curvar aos empreendedores ignora as grandes distâncias e dificuldades de transporte dos atingidos: a população pobre do Xingu. O pior ainda estava por vir. Numa clara tentativa de calar opositores, no dia 15/09/09, pouco antes da audiência de Belém começar, o Ibama a transferiu para um teatro com apenas 480 lugares, cerca de metade da capacidade do que havia sido previamente designado. Como resultado, dezenas de pessoas, inclusive indígenas, foram impedidas de entrar ou tiveram a entrada dificultada pela Força Nacional. A farsa de participação popular no debate da maior obra do Brasil era evidente. Os integrantes do MPF presentes tentaram negociar a mudança para um local maior, mas não houve acordo²²⁶.

Além de tais irregulares, a não consideração pelo IBAMA das audiências públicas realizadas ao licenciar o empreendimento foi objeto de questionamento pelo MPF, por meio de ação civil pública. Segundo o MPF²²⁷, o IBAMA, de posse das sugestões, requerimentos e questionamentos oriundos das audiências, não os considerou ao elaborar sua análise e expedir a respectiva Licença Prévia do empreendimento, desprezando normas constitucionais e infraconstitucionais que homenageiam mecanismo de democracia participativa.

²²⁴ FAINGUELERNT, op. cit., p. 51.

²²⁵ PONTES, Felício. **Belo Monte de Violências**: Dez anos de batalhas judiciais contra violações à lei, ao meio ambiente e ao ser humano na Amazônia. Movimento Xingu Vivo para Sempre. 2010.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Íntegra da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/2010-ACP-audi%C3%AAncias-p%C3%BAblicas-e-Irregularidades-ambientais.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

Em seguida, ao conceder a Licença Prévia nº 342/2010 para obra, o IBAMA impôs 40 condicionantes gerais e mais 26 relacionadas aos direitos indígenas, especificadas nº Parecer Técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI. Segundo o MPF, Até a emissão da Licença, onze condicionantes gerais não tinham sido cumpridas, duas foram realizadas parcialmente e sobre as demais não há qualquer informação.

A NORTE ENERGIA S/A apresentou ao IBAMA, em outubro de 2010, requerimentos de Licença de Instalação para o AHE Belo Monte. A Equipe Técnica do IBAMA refutou os pedidos, ao verificar que não haviam sido cumpridas as condicionantes da Licença Prévia, manifestando-se contrariamente à emissão da Licença de Instalação.

Entretanto, o presidente interino da Autarquia, em contradição à manifestação técnica, emitiu Licença de Instalação Parcial, instrumento que não conta com previsão legal no Direito brasileiro, isto é, “não há no ordenamento jurídico pátrio o instituto da Licença de Instalação Inicial, Fragmentada, Parcial ou específica para a construção canteiros de obras e acampamentos²²⁸”, tal como ocorreu no licenciamento da hidrelétrica. Por isso, tal medida também foi objeto de ação civil pública movida pelo MPF.

Em 01 de junho de 2012, o IBAMA liberou a Licença de Instalação que autorizou o início das obras, mesmo sem o cumprimento das condicionantes. Entre as condicionantes ambientais, destaca-se, a título de exemplo, o início da construção e reforma de equipamentos de educação/saúde em Altamira e Vitória do Xingu e o início das obras de saneamento básico nesses municípios. Dentre as condicionantes indígenas, cita-se, a demarcação física das Terras Indígenas Arara da Volta Grande e Cachoeira Seca; e o levantamento fundiário e início da desintrusão (retirada de não-índios) da TI Apyterewa²²⁹.

O cenário atual é de descumprimento das condicionantes inicialmente estabelecidas e de continuidade das obras, que, frequentemente, são objeto de protestos e questionamentos pelas comunidades atingidas, ante as flagrantes violações na condução da implantação do projeto.

²²⁸ Idem.

²²⁹ PONTES, Felício. **Belo Monte de Violências**: Dez anos de batalhas judiciais contra violações à lei, ao meio ambiente e ao ser humano na Amazônia. Movimento Xingu Vivo para Sempre. 2010.

3.6 Delineamentos da interpretação e aplicação judicial do direito de consulta prévia

A discussão acerca do direito de consulta prévia tem sido uma das questões mais sensíveis e polêmicas ao longo do desenvolvimento do projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em razão dos posicionamentos autoritários e intolerantes do Estado brasileiro em relação ao cumprimento voluntário da legislação indigenista, que culminou com inúmeras disputas judiciais travadas objetivando a concretização de tal garantia fundamental dos povos indígenas atingidos.

O direito de consulta prévia foi objeto de debate judicial pela primeira vez após a promulgação do Decreto Legislativo nº 788, em de 13 de julho de 2005, quando a implantação do projeto Belo Monte teve início formalmente. Por meio do decreto, o Congresso Nacional, supostamente em cumprimento ao art. 231, § 3º da CF/88, autorizou o Poder Executivo a implantar a usina hidrelétrica após a realização de estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e antropológica, bem como após a oitiva das comunidades indígenas envolvidas, nos termos seguintes:

Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado “Volta Grande do Xingu”, localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes:

I - Estudo de Impacto Ambiental - EIA;

II - Relatório de Impacto Ambiental - Rima;

III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e

IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas.

Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do

Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte²³⁰ (Sem destaques no original).

A partir da leitura do texto, é possível perceber que o decreto, já autorizando a implantação do AHE de Belo Monte, incluiu a oitiva das comunidades indígenas em etapa referente aos estudos de viabilidade do empreendimento, a ser executado pelo órgão ambiental competente, no caso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), em momento posterior à efetiva autorização para a realização da obra.

Nos termos do inciso IV, expressou o diploma estar em pleno cumprimento ao § 3º do art. 231 da CF/88, não mencionando as determinações da Convenção 169 da OIT. Ao inserir a consulta como ação integrante dos estudos antropológicos, realizado por órgão técnico, o diploma retirou do Congresso Nacional uma competência que lhe é exclusiva, conforme estabelece a CF/88, relativamente à oitiva indígena no plano constitucional.

Na realidade, a ausência de regulamentação do direito de consulta aos povos indígena, tanto referente ao art. 231, § 3º, quanto aos artigos 6º e 15 da Convenção 169 da OIT, tem permitido uma multiplicidade de interpretações a respeito dos limites de tal dever estatal. Mesmo sem regulamentação específica dos respectivos dispositivos, a aplicação do direito de consulta prévia é obrigatória, devendo ser feita segundo os princípios definidos na própria Convenção.

Dessa forma, todo o debate judicial no caso da Hidrelétrica de Belo Monte, como se observará adiante, orbitará em torno de três elementos: o momento, a forma da consulta e a possibilidade de delegação de tal competência pelo Congresso Nacional. Não se chegou a pautar a possibilidade de veto ou efeito de tal natureza à oitiva indígena, tendo em vista que, no Brasil, no presente momento, não se aceita o caráter vinculante da respectiva consulta, como já explicitado no capítulo anterior.

Tal abordagem do direito de consulta prévia é objeto de profundas críticas por parte de diversos setores do movimento indígena e indigenista brasileiro, tendo em vista que o caráter apenas consultivo da oitiva pode dar margens, como vem acontecendo, inclusive no caso em estudo, para recorrentes violações e minimizações da

²³⁰ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 788**, de 13 de julho de 2005. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte.. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=231371>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

importância de garantir a participação dos povos indígenas na tomada de decisões que afetem seus destinos, posicionamento este que é partilhado na presente pesquisa.

Atualmente, a posição majoritária entende que

o constituinte preferiu utilizar o verbo “ouvir” o que vale dizer, a oitiva de tais comunidades objetiva apenas permitir ao Congresso Nacional os argumentos, em caso de oposição ao projeto pretendido. As comunidades indígenas não têm, todavia, o poder de veto. Se forem contrárias à exploração, mas se o Congresso Nacional for favorável, há de prevalecer a opinião deste sobre a opinião das comunidades. É de se entender, todavia, que se tal oposição decorrer de argumentos que mostram que a comunidade será extinta, a autorização poderá ser tida por inconstitucional, em face da violação do princípio da preservação conformada no art. 231²³¹.

Nessa perspectiva, diante da flagrante violação do texto constitucional, após a publicação do Decreto Legislativo nº 788/2005, a Procuradoria da República no Estado do Pará, o Instituto Socioambiental, a Associação Civil Greenpeace, o Centro de Estudos das Populações da Região do Carajás e a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira solicitaram ao Procurador Geral da República- PGR a tomada de providências em relação às irregularidades formais e materiais constantes do diploma.

Em 26 de agosto de 2005, o PGR ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3573-DF, com pedido de medida cautelar. Na ADI nº 3573-DF²³², postulou-se a declaração de inconstitucionalidade do decreto, por não estarem atendidas as exigências constitucionais para autorização de aproveitamento hidrelétrico em terras indígenas. De fato, o decreto foi editado com base no art. 49, inciso XVI e no art. 231, § 3º da Constituição Federal, que prescreve a necessidade de autorização do Congresso Nacional pra o início de atividades dessa natureza.

No entanto, o art. 231, § 3º também exige como requisito de validade para qualquer empreendimento hidrelétrico em terras indígenas que as comunidades sejam ouvidas previamente. Dessa forma, corretamente aduziu o PGR que o Congresso deveria ter ouvido as comunidades indígenas afetadas antes de ter editado o Decreto

²³¹ BRASIL. TRF 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA**. Rel. Desa. Federal Selene Maria Almeida. Quinta Turma. Diário da Justiça de 13.12.2006.

²³² MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3573DF-PGR**. Antonio Fernando Barros e Silva de Sousa (Procurador-Geral da República): Brasília, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2319559>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

Legislativo nº 778. Segundo o MPF, esta é a interpretação adequada do dispositivo constitucional, levando em consideração o princípio da *preservação das terras indígenas*, assim como o princípio “*in dubio pro natura*”, ou da *precaução*²³³.

Na ação, destacou-se, ainda, que a CF/88 não estabeleceu forma expressa que deve ser seguida na oitiva indígena, mas estabeleceu a competência do Congresso Nacional para ouvir as comunidades, cabendo-lhe a realização de audiências públicas, que caracterizam a primeira fase do processo de aprovação do decreto legislativo, tendo em vista que a oitiva das comunidades indígenas após a autorização do Poder Legislativo afigura-se inútil, pois não poderia influenciar na tomada de decisão.

Além disso, defendeu-se que a lei complementar prevista no art. 231, § 6º²³⁴ ainda não foi promulgada, inviabilizando qualquer obra ou estudo que tenha por objeto a exploração de recursos hídricos em áreas indígenas.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não conheceu a ADI nº 3573, considerando que não caberia ação direta contra lei-medida, por ser essa lei apenas em sentido formal, desprovida dos requisitos de generalidade e abstração. De acordo com a Corte, o Decreto Legislativo nº 788/2005 seria apenas uma autorização do Poder Executivo para o início dos estudos necessários à realização do empreendimento específico de Belo Monte, conforme se observa na ementa do julgamento da ADI nº 3573/DF²³⁵:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE

²³³ Segundo Milaré, “a invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhidos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos. (MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1071).

²³⁴ Art. 231. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

²³⁵ STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573-DF**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto, Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau, julgado em 01.12.2005. Diário de Justiça da União, 19 dez. 2006.

NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. ARTIGO 102, INCISO I, "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual 6 [artigo 102, I, "a", CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração.
2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração.
3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

Em consequência da decisão do STF, no dia 24 de março de 2006, o MPF ajuizou a Ação Civil Pública n° 2006.39.03.000711-8 na Vara Única Federal de Altamira, no Estado do Pará, em face do IBAMA, Eletronorte, Eletrobrás e União, requerendo a declaração de nulidade do Decreto Legislativo n° 788/2005.

Na ação, o MPF afirmou que a Hidrelétrica de Belo Monte atingiria as comunidades indígenas de Arara, Juruna Parakanã, Xikrin, Xipaia, Kuruaia, Kayapó e Araweté, devendo, por tal motivo, obedecer aos trâmites do § 3° do art. 231 da Constituição Federal²³⁶, isto é, o processo legislativo que deu origem ao decreto deveria ter observado o dever de consulta prévia das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

Nesse sentido, o MPF entendeu que o Congresso Nacional não poderia ter delegado a oitiva das comunidades envolvidas, para os fins do cumprimento do art. 231, § 3° da CF/88, pois se cuida de atribuição exclusiva. Portanto, seria inconstitucional a delegação prevista no art. 2° do Decreto Legislativo 788/2005, que inseriu a realização da oitiva indígena à etapa dos estudos prévios de viabilidade da obra realizados pelo IBAMA. Além disso, o MPF apontou a ocorrência de violação direta ao art. 6°, item "1", alínea "a", da Convenção 169 da OIT, que prevê o dever de consulta das comunidades indígenas pelos Estados²³⁷.

²³⁶ Cf. SENA, Beatriz Veríssimo. **Reexame judicial de políticas públicas: caso da construção da Usina Belo Monte**. 2012. 50fl. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2012.

²³⁷ O MPF apontou também o não atendimento do § 6° do artigo 231 da Constituição, visto que não há lei complementar que regulamente a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena. Trouxe à baila, ainda, vício de natureza formal, tendo em vista que o projeto do decreto legislativo foi modificado no Senado sem retorno para apreciação pela Câmara dos Deputados, conforme determina o art.123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

De início, em março de 2006 o Juiz da Vara Federal de Altamira (PA) deferiu a medida liminar requerida pelo Ministério Público para suspender quaisquer atividades realizadas pelo IBAMA ou pela Eletronorte relacionadas ao licenciamento ambiental da usina, entendendo que as comunidades indígenas locais deveriam ter sido ouvidas pelo Congresso Nacional previamente à edição do Decreto Legislativo nº 788/2005. Nesse primeiro momento, o Poder Judiciário posicionou-se no sentido de preservar os interesses das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

No entanto, após apreciar as razões de defesa do IBAMA e da Eletronorte, o respectivo juiz federal reconsiderou a decisão anterior e revogou a liminar concedida, acatando, sinteticamente, os seguintes fundamentos da defesa:

Somente após o desenvolvimento de estudos de impacto ambiental (EIA/RIMA/AAI) e dos estudos antropológicos (peça antropológica) é que serão identificadas mais precisamente as terras e as comunidades indígenas que serão afetadas, direta ou indiretamente, pelo projeto Belo Monte, bem como o alcance das interferências ambientais;

A realização de estudos de viabilidade, que culminam com a concessão, ou não, de licença ambiental, independe de autorização legislativa, necessária somente para a implantação da obra. É que art.231, § 3º, da CF/88, exige autorização legislativa apenas para a efetiva exploração do empreendimento.

A competência indelegável é apenas a autorização do Congresso e não a oitiva das comunidades indígenas;

Sem desmerecer a legitimidade das iniciativas em defesa dos índios residentes nas localidades sob futura e potencial influência da UHE Belo Monte (índios estes que, repita-se, ainda não foram devidamente informados sobre os benefícios oriundos da hidroelétrica em questão), tecnicamente e mesmo sociologicamente, **os interesses indígenas não podem jamais soterrar o interesse público nacional. Tudo é uma questão de ponderação de interesses de modo a compatibilizá-los, preservando-se o núcleo fundamental de cada um;**

Inexiste perigo de demora, posto que as audiências públicas que seriam realizadas não estariam formalizadas em nenhum instrumento normativo do processo de licenciamento ambiental, nem estariam previstas no Decreto Legislativo 788/05, sendo uma iniciativa espontânea do IBAMA, para permitir a participação da sociedade desde o início do processo do licenciamento, tornando-o mais transparente e democrático. Tais consultas fazem parte do processo de discussão do Termo de Referência que daria suporte ao desenvolvimento dos Estudos de Impacto Ambiental (Grifei).²³⁸

²³⁸ BRASIL. TRF 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA**. Rel. Des. Federal Selene Maria Almeida. Quinta Turma. Diário da Justiça de 13.12.2006.

É importante perceber que a defesa do “interesse público nacional” esteve sempre presente no discurso dos sujeitos estatais interessados na realização da obra, que, lançando mão de um conceito jurídico indeterminado, mas não desprovido de significação política, opõem os povos indígenas como estratos sociais marginais que ameaçam o desenvolvimento e o progresso da nação. Então, questiona-se se não haveria um interesse também nacional no cumprimento das normas constitucionais de proteção a direitos fundamentais originários dos povos indígenas do Brasil.

A União, em sua defesa, propôs a “ponderação de interesses” com o objetivo de compatibilizar os direitos em conflito. No entanto, a história demonstra de forma contundente que tal interesse de compatibilização sempre carregou máculas profundas de desigualdade. Por isso, tal argumentação nada mais é que a atualização de um discurso colonial, que justificou, ao longo de centenas de anos, atrocidades das mais diversas em face das coletividades indígenas, resultando, na verdade, numa sobreposição de interesses fria e cruel.

Nesse sentido, segundo Acselrad, “em nome de uma concepção industrialista de progresso, desestruturaram-se as condições materiais de existência de grupos socioculturais territorialmente referenciados e destruíram-se direitos de populações inseridas em formas sociais de produção não-capitalistas²³⁹”. Tal posicionamento é, constantemente, compartilhado pelo Poder Judiciário, de forma expressa ou dissimulada, por detrás do manto protetor da imparcialidade e da racionalidade jurídica, como se percebe na análise das razões da reconsideração da decisão pelo Juízo Federal de 1º Grau, ocasionando consequências diretas para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas atingidos pelas respectivas decisões.

Prosseguindo ao relato processual do caso, em face da decisão que reconsiderou a liminar, o MPF interpôs o Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA perante do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A relatora do caso, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, acertadamente, deu parcial provimento ao agravo, considerando inválido o Decreto Legislativo nº 788/2005 por violação do art. 231, § 3º, da Constituição Federal e proibindo o IBAMA de realizar a consulta política às comunidades indígenas interessadas, por tratar-se de competência

²³⁹ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 123.

exclusiva do Congresso Nacional. A respeito da possibilidade de delegação da consulta, compreendeu a magistrada que “o Congresso Nacional não pode delegar o ato. É o Congresso Nacional quem consulta, porque é ele que tem o poder de outorgar a obra. Quem tem o poder tem a responsabilidade pelos seus atos²⁴⁰”.

Na decisão, a desembargadora entendeu que a consulta é condicionante do poder de autorização da exploração de recursos energéticos em área indígena. Relativamente ao momento da consulta, definiu que a maneira mais apropriada de realizá-la seria após a conclusão do EIA/RIMA. Por isso, autorizou a realização do Estudo de Impacto Ambiental e de laudo antropológico, os quais deveriam ser submetidos a exame do Congresso Nacional.

Destaca-se o seguinte trecho da fundamentação da decisão:

A ausência da norma expressa sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito. A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

[...]

Assim, a obrigatoriedade da oitiva das comunidades indígenas é certa, porém, a certeza que se tem quanto ao momento para que a mesma ocorra é que deve ser antes da implantação da obra, lembrando, então, que o empreendimento do AHE Belo Monte encontra-se na fase dos estudos (Sem destaques no original).

É importante acrescentar, ainda, o entendimento da desembargadora no sentido de que a oitiva das comunidades indígenas afetadas não se identifica com a audiência pública prevista no art. 3º da Resolução nº 237/97²⁴¹ do CONAMA, pois se tratam de institutos diferentes. É certo que ambas derivam de um direito de participação na tomada de decisões sobre projetos que tragam impactos socioambientais de uma forma geral. Contudo, a norma constitucional diferencia-os, ao se referir, no art. 231, § 3º, exclusivamente ao aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, em terras indígenas. O direito de consulta indígena lastreia-se também na Convenção 169 da OIT.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Destaca-se extrato da ementa do referido julgado:

CONSTITUCIONAL. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA.

DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 QUE AUTORIZA A CONSTRUÇÃO DA UHE BELO MONTE NA VOLTA GRANDE DO RIO XINGU E DELEGA AO IBAMA A OITIVA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS POTENCIALMENTE ATINGIDAS. ACRÉSCIMO FEITO NO TEXTO PELO SENADO SEM REEXAME PELA CÂMARA. ART. 65 PARÁGRAFO ÚNICO DA CF. VÍCIO FORMAL QUE NÃO CAUSOU PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. § 6º. DO ART. 231 DA CF/88. DELEGAÇÃO DE ATO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONGRESSO NACIONAL AO PODER EXECUTIVO (IBAMA) PARA A OITIVA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. MOMENTO DA CONSULTA AOS ÍNDIOS, § 3º DO ART. 231 DA CF/88.

[...]

6. A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. **É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva.**

7. As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88.

8. **Sendo a oitiva das comunidades indígenas afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional.**

9. O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do artigo 231 da CF/88.

10. Antes de autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará.

11. **A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição.**

12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo IBAMA para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política.

13. Concluído o estudo de impacto ambiental e o laudo antropológico, o Congresso consultará os índios.

14. Agravo parcialmente provido.

Em face de tal decisão, com fundamento no artigo 25 da Lei nº 8.038/90²⁴², no artigo 4º da Lei nº 8.437/92²⁴³ e no artigo 267 do Regimento Interno do STF, a União ajuizou a Suspensão de Liminar nº 125/2006 perante o STF, com objetivo de suspender os efeitos da medida liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Segundo a União, o art. 231, § 3º, da Constituição da República não estabeleceu o momento determinado para a oitiva das comunidades indígenas envolvidas na construção da Usina de Belo Monte. Dessa forma, as comunidades indígenas poderiam ser ouvidas após a autorização condicionada dada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 788/2005.

Acrescentou que o sobrestamento do Projeto de Aproveitamento Energético de Belo Monte representava ofensa à ordem pública, pois “comprometeria a execução da política energética do país, instrumento de vital importância para a efetivação das políticas públicas necessárias à satisfação do interesse público”. Por último, alegou que a decisão impugnada violou o art. 49, XVI, da CF²⁴⁴, pois o Poder Judiciário afrontou a esfera de discricionariedade atribuída ao Administrador Público e ao Legislador.

Em 16 de março de 2007, a Suspensão de Liminar nº 125/2006²⁴⁵ foi deferida pela Ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, para permitir que o IBAMA realizasse a oitiva das comunidades indígenas interessadas, mantendo a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico.

Na análise do Decreto Legislativo 788/2005, a Ministra julgou que o diploma não continha vícios, estando em plena validade. No caso, compreendeu que o decreto teria caráter meramente programático no sentido de autorizar o Poder Executivo

²⁴² Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. [...]

§ 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

²⁴³ Art. 4º - Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

²⁴⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

²⁴⁵ STF. **Suspensão de Liminar nº 125/2006**. Rel. Min. Ellen Gracie. Diário da Justiça de 16.07.2007.

à implantação do empreendimento. Por isso, considerou prematura a decisão judicial que impediu ao Poder Executivo a elaboração de consulta às comunidades indígenas.

Relativamente à violação do art. 231, § 3º, da CF/88, entendeu que o inciso IV do art. 2º do decreto em análise prevê a explícita observância do art. 231, § 3º, da CF/88, entendendo que a consulta do IBAMA às comunidades não deveria ser proibida no momento inicial de viabilidade do empreendimento, conforme trecho da decisão abaixo transcrito:

A proibição ao Ibama de realizar a consulta às comunidades indígenas, determinada pelo acórdão impugnado, bem como as conseqüências dessa proibição no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país, parece-me invadir a esfera de discricionariedade administrativa, até porque repercute na formulação e implementação da política energética nacional²⁴⁶.

Ao deferir a suspensão, a Ministra também considerou o argumento da União no sentido de que a não viabilização do empreendimento comprometeria outros interesses públicos juridicamente relevantes, relacionados com o planejamento da política energética do país.

É importante perceber que, ao mesmo tempo em que adentrou na análise da constitucionalidade do decreto relativamente à oitiva das comunidades indígenas, isto é, delineando em sua decisão os requisitos de tal dever: autorizando a delegação pelo Congresso ao IBAMA, deferindo a realização da consulta posteriormente à autorização do empreendimento; a Ministra, contraditoriamente, deixou claro que “o importante debate jurídico a respeito da natureza dessa consulta (se política ou técnica) não é cabível na presente via da suspensão de decisão, tendo em vista os estritos termos do art. 4º da Lei 8.437/92”.

Assim, apesar de não atribuir àquela via idoneidade para análise meritória mais aprofundada da questão principal, a Ministra esboçou interpretação superficial e profundamente restritiva do direito de consulta prévia, que passou a repercutir diretamente nas subseqüentes decisões judiciais e conseqüentes violações aos direitos indígenas.

Posteriormente, a discussão retornou ao exame de mérito em primeira instância. Em 27 de março de 2007, foi proferida sentença nos autos da Ação Civil

²⁴⁶ Idem.

Pública nº 2006.39.03.000711-8, na qual o Juízo da Vara Única Federal de Altamira/PA julgou improcedente o pedido do MPF. Dessa forma, retiraram-se os óbices judiciais à continuidade dos procedimentos pela União, Eletrobrás, Eletronorte e IBAMA na condução do licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Em seguida, o processo retornou ao TRF da 1ª Região para exame da apelação interposta pelo MPF. No recurso, o MPF destacou que o ponto nodal da discussão é saber se a consulta às comunidades afetadas é atribuição do Congresso Nacional, ou se poderia ser delegado ao empreendedor da obra, ou seja, ao Poder Executivo.

Por maioria, em 11 de novembro de 2011, a Quinta Turma do TRF 1 ratificou a sentença, julgando improcedente o pedido do *Parquet*. A Corte entendeu que o Decreto Legislativo 788/2005 não se achava inquinado de vício de inconstitucionalidade, por ferir o artigo 231, § 3º da CF/88, ante a falta de consulta às comunidades indígenas.

O TRF amparou-se no posicionamento anterior do STF (Suspensão de Liminar nº 125/2006), afirmando que a Suprema Corte emitiu pronunciamento inequívoco acerca da necessidade de que as comunidades indígenas fossem ouvidas somente *a posteriori*; não, porém, conforme sustentou o MPF na ação em análise, ou seja, previamente à autorização congressional.

Relativamente à possibilidade de delegação da consulta, entendeu o Tribunal que as reuniões realizadas pela FUNAI com as comunidades indígenas atingidas teriam a eficácia de consulta. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da decisão:

O ato congressional em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações

mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação do AHE na região (Grifei) ²⁴⁷.

Tais eventos passaram a ser equivocadamente exaltados pelos empreendedores como efetivo cumprimento do dever de oitiva indígena, nos termos da CF/88, inclusive porque a FUNAI, em parecer, garantiu que diversas reuniões foram realizadas nas aldeias:

A FUNAI considera que cumpriu seu papel institucional no processo de esclarecimento e consulta junto às comunidades indígenas, conforme explanado na Parte 01 desse parecer, no decorrer do processo de Licenciamento, realizando diversas oitivas nas aldeias. Entretanto, as comunidades indígenas se manifestaram formalmente nas atas das reuniões (em anexo) pela realização de audiência com os representantes do Congresso Nacional. Essa mesma posição foi reiterada pelas comunidades indígenas durante as Audiências Públicas promovidas pelo Ibama. [...] Ressaltamos ainda que embora as comunidades tenham participado ativamente das audiências públicas, no que se refere ao seu posicionamento em relação a implementação do AHE Belo Monte, registramos que não há consenso entre elas ²⁴⁸.

Posteriormente, o MPF interpôs Embargos de Declaração em face da decisão, aduzindo omissão do acórdão por não haver se pronunciado acerca de matéria relevante para o deslinde da causa, isto é, não se manifestou acerca de violação dos artigos 3º, 4º, 6º 7º 13º 14 e 15 da Convenção 169 da OIT.

Em decisão surpreendente, a Quinta Turma do TRF 1 acolheu à unanimidade os embargos, reformando a sentença para coibir o IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005.

Pela riqueza e contundência, destaca-se trecho da ementa do julgado:

EMENTA
CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS
EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO
MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO
CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº

²⁴⁷ TRF 1. **Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA**, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, julgamento em 14.11.2011, Quinta Turma, DJ de 25.11.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/32595425/trf1-25-11-2011-pg-567>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁴⁸ FUNAI, op. cit.

788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO 3 DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1; 4º, ITENS 1 E 2; 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, inter plures).

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). **No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela**

jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)²⁴⁹. (Sem destaques no original).

Posteriormente, a União e o IBAMA ajuizaram no STF a Reclamação nº 14.404, com pedido de medida liminar, contra o acórdão do TRF 1, que acolheu os Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8. Os autores arguíram que a decisão desrespeitou a autoridade do STF no julgamento da Suspensão de Liminar nº 125, por meio da qual a então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, autorizou o IBAMA a ouvir as comunidades indígenas, além de manter a determinação para realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do laudo antropológico, a fim de permitir os atos necessários à viabilização do empreendimento.

Em 27 de agosto de 2012, o então Presidente do STF, Ministro Carlos Ayres Britto, deferiu o pedido de liminar formulado pela União e suspendeu a decisão do TRF 1. Compreendeu o Ministro que o tribunal decidiu em sentido contrário ao julgado da Ministra Ellen Gracie, ofendendo autoridade da decisão do STF.

Segundo o Ministro:

O que estava em debate naquela ocasião, resumidamente, era a interpretação do § 3º do art. 231 da Constituição Federal: se a audiência das “comunidades afetadas” é de preceder à própria autorização do Congresso Nacional para o “aproveitamento dos recursos hídricos (...) em terras indígenas”, ou se, ao contrário, a autorização do Parlamento é etapa anterior a todo o processo administrativo conducente ao licenciamento da obra, incluída aqui a audiência das comunidades indígenas.

[...]

8. Como se vê, é evidente a plausibilidade jurídica do pedido constante desta reclamação constitucional. Parece-me correto o acórdão reclamado ao afirmar que este Supremo Tribunal Federal ainda não declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, o que foi apenas sinalizado na decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie na SL 125. Isto porque, sabidamente, no

²⁴⁹ TRF 1ª Região. **Embargos de Declaração nº 711 PA 2006.39.03.000711-8**. Quinta Turma. Rel. Des. Federal Selene Maria Almeida. Diário da Justiça de 27/08/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325493/embargos-de-declaracao-na-apelacao-civel-edac-711-pa-20063903000711-8-trf1>>. Acesso em: 14 dez. 2012.

instrumento processual da suspensão de liminar não se analisa o mérito da causa. Todavia, a decisão paradigmática (SL 125), em homenagem à ordem e economia públicas, autorizou a atuação do IBAMA e dos demais órgãos responsáveis pela continuidade do processo de licenciamento ambiental da obra da UHE Belo Monte, não obstante continuar existindo a pendência judicial. **E tal decisão vigora até o trânsito em julgado “da decisão de mérito na ação principal”, de acordo com o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 e o § 3º do art. 297 do RI/STF. Logo, ao conferir “eficácia plena” à “decisão mandamental” e determinar a intimação do Presidente do IBAMA “para fins de imediato cumprimento”, o acórdão reclamado violou, neste juízo provisório, a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal na SL 125.**

De tal decisão, depreendem-se flagrantes incongruências formais e materiais, que foram claramente sistematizadas no Agravo Regimental interposto pelo MPF, por meio do Procurador Geral da República, o qual se encontra ainda pendente de julgamento.

O MPF apontou que a reclamação constitucional, meio processual utilizado pela Advocacia Geral da União para combater a decisão do TRF 1, não era a via idônea para solucionar o caso, pois definiu como paradigma decisão monocrática proferida pela então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, enquanto que o instrumento se destina a preservar decisão colegiada da Suprema Corte.

É que, tanto no texto constitucional²⁵⁰, quanto no regimento interno do STF²⁵¹, as normas respectivas permitem supor que o instituto é próprio para a preservação de decisão colegiada, mas não de decisão monocrática, sobre a qual o relator ou o presidente tem domínio absoluto, podendo conhecer e decidir casos de eventual descumprimento mediante mera petição²⁵².

Além disso, destacou o PGR que a suspensão de liminar tem lógica própria e diversa relativamente ao objeto da ação principal²⁵³, e, exatamente por isso, jamais

²⁵⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

²⁵¹ Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

²⁵² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Agravo Regimental - Reclamação nº 14.404.** Roberto Monteiro Gurgel Santos (Procurador-Geral da República): Brasília, 3.09.2012. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/arquivos/Agravo%20Regimental%20Belo%20Monte%20RCL%2014404.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

²⁵³ Costuma-se afirmar que a cautelar incidente de suspensão tem um mérito próprio e relativamente autônomo em relação ao objeto da medida liminar concedida contra o Poder Público. Enquanto este se

uma decisão proferida em suspensão de liminar pode condicionar o julgamento de mérito da demanda principal. Tendo-se, assim, que seria juridicamente impossível, por meio da reclamação, o pedido de anulação do acórdão proferido em embargos de declaração em apelação cível.

Por fim, ressaltou que a jurisprudência do STF é pacífica quanto à exigência de absoluta identidade material entre a decisão reclamada e aquela tida por paradigma²⁵⁴. Dessa forma, a decisão prolatada na Suspensão de Liminar nº 125 fundou-se no plano de constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005; enquanto o acórdão reclamado julgou objeto da ação à luz da Convenção 169.

A partir de tais esclarecimentos, é possível perceber a fragilidade dos fundamentos jurídicos que lastrearam o deferimento da medida liminar pleiteada na Reclamação nº 14.404, e que resultaram na continuidade das obras. Na realidade, o então presidente do STF, Ministro Carlos Britto, deteve-se a reproduzir os termos da decisão monocrática já proferida pela Ministra Ellen Gracie, que, imotivadamente, privilegiou a defesa genérica do interesse público nacional na política energética, restringindo claramente o alcance dos direitos indígenas consagrados no ordenamento brasileiro.

O Ministro também negligenciou o aspecto processual da irreversibilidade da medida²⁵⁵²⁵⁶ que foi concedida, pois determinou que o deferimento da liminar requerida pela União vigorará até o exame do mérito da ação principal, ou seja, até lá a execução do AHE de Belo Monte se consolidará como fato consumado, representando ameaça real e concreta à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas atingidos.

No caso, o Ministro anuiu com a interpretação de que é possível ao Congresso Nacional autorizar o aproveitamento hidrelétrico em território indígena antes mesmo da oitiva dos povos atingidos, que pode ser realizada pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, subdimensionando, assim, a importância da consulta prévia como elemento integrante do direito de autodeterminação indígena. Dessa forma,

prende ao pedido articulado na ação originária, a suspensão de liminar objetiva a salvaguarda do “interesse público”. (Idem).

²⁵⁴ STF. **Embargos de Declaração na Reclamação nº 11.022/RJ**. Rel. Ministra Cármen Lúcia. DJe 7/4/11; Agravo Regimental na Reclamação nº 8.988/MG. Rel. Ministro Cezar Peluso, DJe 1/2/2011.

²⁵⁵ Código de Processo Civil. Art. 273. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

²⁵⁶ Fredie Didier entende que “a decisão que determina a suspensão do processo ou do ato impugnado, no procedimento da reclamação constitucional, tem natureza jurídica de tutela antecipada”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 478).

a decisão do então presidente do STF esvaziou completamente o sentido e a teleologia da norma constitucional e dos tratados internacionais que tutelam os direitos indígenas.

Na realidade, segundo Luís Flávio Pinto:

Pesaram na mudança da posição do ministro os argumentos por escrito da reclamação da AGU e as ponderações verbais de vários representantes do alto escalão do governo federal. Eles foram ao gabinete da maior autoridade do judiciário, que é um poder independente e autônomo, com números e argumentos sobre o significado prático do cumprimento da ordem da turma da justiça federal de segundo grau: desmobilização do canteiro de obras, demissão de milhares de pessoas, extinção de vários programas sociais, perda das realizações físicas, atraso mínimo de um ano no cronograma e, por fim, inviabilização do projeto²⁵⁷.

A partir de tal revelação, é possível perceber que as verdadeiras motivações dos posicionamentos que prevaleceram na análise do cumprimento do dever de consulta prévia pelo Estado brasileiro transbordaram o aspecto estritamente jurídico, como é possível imaginar, para atender claramente a interesses político-econômicos do mesmo Estado brasileiro que tem a missão constitucional de proteção dos interesses indígenas.

É importante perceber que o que pretende a norma constitucional, assim como a Convenção 169 da OIT e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas é, garantindo os direitos territoriais sobre suas terras e fontes naturais, conferir aos povos indígenas a possibilidade de escolha de suas prioridades de desenvolvimento e formas de vida. O regime normativo contemporâneo relaciona o direito à consulta prévia como elemento integrante do próprio direito ao território, abrangendo o direito desses povos de participarem da utilização, administração e conservação dos recursos naturais nele existentes.

Diante dessa abordagem, os povos indígenas têm o direito originário de não ser privados, expropriados ou usurpados no acesso livre, completo e permanente aos recursos hídricos para o desenvolvimento de suas práticas e opções de uso e gestão tradicionais, não sendo admitida pela ordem constitucional brasileira qualquer forma ou modalidade de seu aproveitamento

²⁵⁷PINTO, Luís Flávio. O STF se omite. Adital. 17.09.12. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=70518>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

– especialmente a energética – que seja realizada de maneira direta e unilateral²⁵⁸.

Assim, o direito de consulta prévia se mostra como um importante instrumento de diálogo com o Poder Público, no sentido de viabilizar efetiva possibilidade de participação na tomada de decisões, não havendo qualquer utilidade se realizada postumamente à decisão a respeito de determinada intervenção.

Nas palavras de Dalmo Dallari:

Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para ter-se uma informação irrelevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação. É, na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será violento o impacto (da mineração ou construção de hidrelétrica), será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura – cria-se um obstáculo intransponível à concessão da autorização²⁵⁹.

No mesmo sentido, manifestou-se o Relator Especial das Nações Unidas sobre os direitos indígenas, James Anaya, afirmando que, para que os povos indígenas interessados possam formular decisões livres é necessário que sejam devidamente informados sobre os aspectos dos projetos que lhes afetam:

En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también

²⁵⁸ AYALA, Patryck de Araújo. **O regime de exploração econômica dos potenciais energéticos de bens ambientais**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317.

²⁵⁹ ABREU, Dalmo Dallari. **Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio**, Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990 apud SANTILLI, op. cit., 1993, p. 149.

explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración²⁶⁰.

O relator vai mais além, afirmando que, apesar de originalmente o direito de consulta prévia não se configurar como um direito de veto²⁶¹ de determinados projetos pelos povos indígenas afetados, existem determinadas circunstâncias em que o consentimento torna-se condição imperativa para a implementação das medidas legislativas ou administrativas:

Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10²⁶² y 29, párr. 2, respectivamente)²⁶³.

No caso, a instalação da UHE de Belo Monte criará condições insuportáveis de vida e permanência das comunidades indígenas em seus territórios, segundo seus usos, costumes e tradições, isto é, conforme as formas tradicionais de uso da terra e relação com natureza que lhes circunda, posto que o meio ambiente sofrerá impactos profundos, além da desagregação das relações sociais tecidas. Dessa forma, se cria uma

²⁶⁰ ONU. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.** Disponível em: <http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/EI%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_cdh.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2012.

²⁶¹ En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. (ONU, op. cit.)

²⁶² Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

²⁶³ ONU, op. cit.

condição de remoção compulsória tácita. O Estado não impõe expressamente a remoção das famílias, mas torna a vida insuportável, forçando o deslocamento.

Se há diferença nos graus de exposição das populações aos males ambientais, isso não decorre de nenhuma condição natural, determinação geográfica ou causalidade histórica, mas de processos sociais e políticos que distribuem de forma desigual a proteção ambiental. Esses efeitos desiguais ocorrem através de múltiplos processos privados de decisão, de programas governamentais e de ações regulatórias de agências públicas. Processos não-democráticos de elaboração e aplicação de políticas sob a forma de normas discriminatórias, prioridades não discutidas e vieses tecnocráticos, via de regra produzem consequências desproporcionais sobre diferentes grupos sociais²⁶⁴.

Portanto, o alcance conferido pelo STF ao direito indígena de consulta prévia, analisado a partir do contexto nacional, demonstra-se claramente insuficiente para a garantia da integridade dos direitos fundamentais indígenas sistematicamente considerados. Por isso, impõe-se ao Estado brasileiro a ruptura definitiva com a visão etnocêntrica que o orientou até o presente momento, principalmente relativamente aos projetos de desenvolvimento nacional que, para merecerem efetivamente a qualificação de nacionais, requerem o estabelecimento de uma relação dialógica, de modo a não desprezar a representação de desenvolvimento dos grupos indígenas, “garantindo-se que haja na expressão um sentido, se não nacionalmente compartilhado, ao menos devidamente ponderado²⁶⁵”.

²⁶⁴ ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, op. cit., p. 73.

²⁶⁵ PEREIRA, Deborah de B. Pereira. O Estado Pluriétnico. In: SOUZA LIMA, op. cit., p. 46.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a colonização brasileira até a atualidade, inúmeras regras jurídicas foram impostas às coletividades indígenas objetivando a regulação de sua vida e de sua organização territorial, reconhecendo-se, assim, a existência de direitos territoriais originariamente atribuídos aos nativos, formalizados pelo instituto do indigenato, que, considerando-os primeiros e senhores naturais dessas terras, buscava resguardar a posse indígena ante o avanço colonial.

Não obstante a previsão de proteção jurídica aos territórios indígenas, inúmeras foram as “fórmulas mágicas” encontradas pelos colonizadores para a “civilização” indígena e o esbulho de suas terras tradicionais, com vistas a liberar espaço para as frentes econômicas hegemônicas, adequando a realidade indígena as demandas da sociedade capitalista nascente.

Da intensa mobilização indígena nacional, resultou a inclusão de um capítulo específico na Constituição Federal de 1988 tratando dos direitos e garantias dos povos indígenas. Inaugurou-se, assim, uma nova ordem de proteção jurídica, fundados no reconhecimento da diversidade étnica e cultural da sociedade brasileira e do direito de autodeterminação e de posse permanente sobre os territórios indígenas. Assim, o Estado brasileiro passou a ostentar o papel de garantidor da proteção da diversidade étnica, devendo garantir os elementos necessários para que os povos indígenas possam desenvolver plenamente sua cultura.

Ratificando e complementando o texto constitucional, foram editados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos indígenas, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, resguardando os direitos territoriais dessas coletividades, detalharam e aprofundaram o espectro da autodeterminação indígena, estabelecendo o direito de esses povos definirem suas prioridades de desenvolvimento social, econômico, cultural e político, devendo os Estados criarem condições necessárias para tanto.

Daí emerge o direito de consulta prévia como importante instrumento de diálogo entre os Estados nacionais e os povos indígenas, face aos projetos de intervenção que atinjam essas coletividades, seus territórios e fontes naturais neles existentes, ameaçando a sobrevivência física e cultural assegurada na ordem jurídica brasileira.

No Brasil, ainda não há regulamentação específica do art. 6º da Convenção 169 da OIT e do art. 231, § 3º da CF/88, o que não retira a obrigatoriedade da aplicação do direito de consulta prévia, que deverá ser feita segundo os princípios definidos na própria Convenção.

No entanto, a decisão do STF que prevaleceu no caso da implantação da UHE de Belo Monte demonstra flagrantes incompatibilidades com as finalidades de tal direito de participação, que foi drasticamente minimizado, resultando na realização de uma intervenção direta em área indígena de forma alheia aos anseios e prioridades dos povos que hoje vivem nas margens do Rio Xingu e nele tecem relações de sobrevivência física, cultural, simbólica, econômica.

A Constituição da República, assim como a Convenção 169, quando formulou a exigência de prévia consulta das comunidades indígenas para a realização de intervenções em suas terras tradicionais não determinou somente um procedimento formal, mas uma garantia substancial de participação e inclusão dos povos indígenas nas discussões e nas tomadas de decisões políticas do Estado, caso estas representem ameaça a seus direitos fundamentais (autodeterminação, território, usufruto exclusivo).

Conclui-se, pois, que, ao decidir pela possibilidade de delegação, o STF atribuiu sentido claramente inconstitucional ao art. 231, § 3º da CF/88. Além disso, autorização de intervenção em terras indígenas anteriormente à consulta das comunidades atingidas representa esvaziamento do sentido e da teleologia das normas inscritas nos arts. 231, § 3º da CF/88, 6º e 15 da Convenção 169 da OIT. Por isso, a decisão do STF representa precedente extremamente prejudicial aos futuros processos envolvendo o direito de consulta prévia.

Por fim, tem-se que o aspecto material do direito consulta, isto é, a capacidade de os povos indígenas atingidos com a medida violadora influenciarem efetivamente a decisão do órgão legislativo nacional, com vistas a resguardar seus direitos fundamentais e, em última instância sua sobrevivência física e cultural, não foi concretizado ao longo da implantação da UHE de Belo Monte.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ABREU, Dalmo Dallari. **Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio**, Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990 apud SANTILLI, op. cit., 1993.

ALMEIDA, Graziela Rodrigues. **Terras Indígenas e o Licenciamento Ambiental da Hidrelétrica de Estreito**: análise etnográfica de um conflito ambiental. 2007. 118f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade de Brasília. Brasília. 2007

ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas em el derecho internacional**. Madrid: Trotta, 2005.

ARAÚJO, Ana Valéria et alii. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

AYALA, Patryck de Araújo. **O regime de exploração econômica dos potenciais energéticos de bens ambientais**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Além da Tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria / LACED, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 5 abr. 2010.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 27 set. 2010.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 27 set. 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 27 set. 2010.

_____. **Decreto Legislativo nº 788**, de 13 de Julho de 2005. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 14 jul. 2005. Seção 1.

_____. **EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). Plano Nacional de Energia 2030**: geração de hidrelétrica. EPE/MME, 2006. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>>. Acesso em: 11 dez. 2012

_____. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

_____. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 16 dez. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COLAÇO, Thais Luzia (org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CUNHA, Manuela Carneiro (Org.) **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/Fapesp, 1992. 2ª Ed., 2009.

_____, Manuela Carneiro. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____, Manuela Carneiro. **Os índios no direito brasileiro hoje**. São Paulo, 1997. Comissão Pró-Índio de São Paulo.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FAINGUELERNT, Maíra Borges. **Meandros do discurso ambiental na Amazônia: uma análise crítica do processo de licenciamento ambiental da usina hidrelétrica de Belo Monte**. Niterói, UFF, 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental). Instituto de Geociências. Universidade Federal Fluminense, 2011.

FUNAI. UHE Belo Monte – **Componente Indígena. Parecer técnico nº 21/CMAM/CGPIMA (2009)** – Disponível em http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

GARZÓN, Biviany Rojas (org.). **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

HURWITZ, Zachary [et. all]. **Mega projetos, mega riscos: Análise de Riscos para Investidores no Complexo Hidrelétrico Belo Monte**. São Paulo: Amigos da Terra – Amazônia Brasileira; International Rivers, 2011.

INESC. Observatório de Estudos da Amazônia. **Energia Hidrelétrica: as hidrelétricas do Rio Madeira – as lições não aprendidas que se repetem em Belo Monte**. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/livros/obs-de-invest-da-amazonia_estudos-2>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3573DF-PGR**. Antonio Fernando Barros e Silva de Sousa (Procurador-Geral da República): Brasília, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2319559>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Agravo Regimental - Reclamação nº 14.404.** Roberto Monteiro Gurgel Santos (Procurador-Geral da República): Brasília, 3.09.2012. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/arquivos/Agravo%20Regimental%20Belo%20Monte%20RCL%2014404.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade:** o mito da tutela indígena. São Paulo: Baraúna: 2009.

LACERDA, Rosane. **Os Povos Indígenas e Constituinte – 1987/1988.** Brasília (DF): CIMI – Conselho Indigenista Missionário, 2008, p. 16.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. BARROSO HOFFMANN, Maria [orgs.]. **Estado e Povos indígenas:** bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria LACED, 2002.

_____, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz:** poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – Nossa Terra, Nossa Mãe”:** a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 300 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

ONU. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.** Disponível em: <http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp/consulta_previa/files/E1%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_cdh.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2012.

PALITOT, Estêvão Martins (Org.). **Na Mata do Sabiá:** Contribuições sobre a presença indígena no Ceará. Fortaleza: Secult/ Museu do Ceará/IMOPEC, 2009.

PINTO, Luís Flávio. **BNDES abre o caixa do tesouro para hidrelétrica a de Belo Monte.** Adital. 17.09.12. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?lang=PT&img=N&cod=72715>. Acesso em: 12 dez. 2012.

PINTO, Luís Flávio. **O STF se omite.** Adital. 17.09.12. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=70518>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

PLATAFORMA DhESCA. Relatoria Nacional do Direito Humano ao Meio Ambiente. **Relatório da Missão Xingu.** Violações de Direitos Humanos no Licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. 2010.

PONTES, Felício Jr. **O custo de Belo Monte.** O Globo. 18.04.11. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/ece_incoming/o-custo-de-belo-monte-2901172> Acesso em: 12 dez. 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

PORTUGAL. **Carta Régia de 1718.** Disponível em: <http://iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/index.php>. Acesso em: 19 de agosto de 2012.

_____. **Alvará de 7 de junho de 1755** Acerca do Governo e Administração das índias. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Acesso em 24/06/12.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **Teoria do fato indígena:** Novos paradigmas interpretativos para a (in) aplicação do direito originário dos índios sobre suas terras. Fortaleza, UFC, 2010. 108p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2010.

RICARDO, Fany (org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação:** o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição.** Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; HERNANDEZ, Francisco del Moral (orgs.). **Painel de Especialistas: análise crítica do estudo de impacto ambiental do aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte.** Belém: 2009, p. 61. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

SANTOS L. A. O. – ANDRADE, L.M.M. (org.). Hidrelétricas do Xingu: o Estado contra os povos indígenas. In: **As Hidrelétricas do Xingu e os Povos Indígenas.** São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1988.

SANTOS, Sívio Coelho dos. **Os povos indígenas e a Constituinte.** Florianópolis: Ed. da UFSC/Movimento, 1989.

SANTOS, Sonia Maria Simões Barbosa Magalhães. **Lamento e dor: uma análise sócio-antropológica do deslocamento compulsório provocado pela construção de barragens.** Belém, UFPA, 2007. 278 f. II Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Pará. 2007.

SAQUET, Marcos Aurélio; SOUZA, Edson Belo Clemente [orgs.]. **Leituras do conceito de território e de processos espaciais.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

SENA, Beatriz Veríssimo Sena. **Reexame judicial de políticas públicas: caso da construção da Usina Belo Monte.** 2012. 50fl. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2012.

SEVÁ FILHO, A. Oswaldo. **Tenotã-Mô: alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu.** International Rivers Networking: 2005. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/profseva/Tenota-Mo_caps1a3_pag92.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573-DF**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto, Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau, julgado em 01.12.2005. Diário de Justiça da União, 19 dez. 2006.

STF. **Pet 3.388**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19.03.2009, Plenário, DJE de 01.7.2010.

STF. **Suspensão de Liminar nº 125/2006**. Rel. Min. Ellen Gracie. Diário da Justiça de 16.07.2007.

TRF 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA**. Rel. Desa. Federal Selene Maria Almeida. Quinta Turma. Diário da Justiça de 13.12.2006.

TRF 1. **Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA**, Rel. Desa. Selene Maria de Almeida, julgamento em 14.11.2011, Quinta Turma, DJ de 25.11.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/32595425/trf1-25-11-2011-pg-567>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

TRF 1ª Região. **Embargos de Declaração nº 711 PA 2006.39.03.000711-8**. Quinta Turma. Rel. Desa. Federal Selene Maria Almeida. Diário da Justiça de 27/08/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325493/embargos-de-declaracao-na-apelacao-civel-edac-711-pa-20063903000711-8-trf1>>. Acesso em: 14 dez. 2012.

VERDUM, Ricardo (org.). **Integração, usinas hidrelétricas e impactos socioambientais**. Brasília: INESC, 2007.

_____, Ricardo (org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.