

# O direito dos índios à terra e a mineração em áreas de ocupação indígena

## *The right of the indians to land and the mining in indian occupation*

Joyceane Bezerra de Menezes

### Resumo

*O direito dos índios à terra é um direito originário reconhecido pela Constituição de 1988 tal como fez o antigo Alvará Régio de 1680, ao instituir a figura do indigenato. A posse indígena tem peculiaridades constitucionais, vez que os seus critérios são compreendidos à luz dos usos, costumes e tradições da comunidade indígena ocupante. Como forma de ampliar a proteção constitucional dos direitos dos índios à terra, a propriedade da terra tradicionalmente ocupada é da União Federal, embora nem mesmo esta possa esbulhar posse indígena. Cabe exclusivamente aos índios a exploração dos recursos naturais encontrados no solo, nos rios e nos lagos existentes na área ocupada. Quanto à exploração dos recursos minerais em solo e subsolo de área indígena, a Constituição impõe restrições adicionais não aplicáveis às áreas não indígenas. Além dos procedimentos exigidos para a área comum, a Constituição determina que a exploração do subsolo em área indígena seja aprovada anteriormente pelo Congresso Nacional.*

**Palavras-chave:** *Indigenato. Terra indígena. Ocupação tradicional. Posse permanente. Exploração dos recursos minerais em solo e subsolo de área indígena.*

### Abstract

*The right of the indians to land is recognised in Brazilian constitution. The indian possession has constitutional peculiarities since its criteria are based in tradition. As a way to enforce constitutional protection to such rights, the property of occupied areas belongs to the Union, notwithstanding the fact that not even government authorities have the right to disturb indian possession. It is exclusive to indians the exploitation of natural resources of an occupied area. As to the use of subsoil, the constitution imposes other restrictions also foreseen to other areas. Further to the procedures imposed to ordinary areas, the Constitution determines that the exploitation of subsoil in indian areas must be approved by the National Congress.*

**Keywords:** *indians. Indian land. Traditional occupation. Permanent possession. Exploitation of mineral resources in indian areas.*

### Introdução

O direito dos índios à terra se deduz da instituição do indigenato presente no sistema pátrio, desde o período colonial. O indigenato corresponde ao direito congênito dos índios à terra, reconhecido inicialmente por D. João VI, através do Alvará Régio

de 1680, e ratificado pelo Estado Brasileiro, através das leis e das sucessivas constituições. Nas bases da Constituição de 1988, o direito dos índios à terra difere da posse civil e da propriedade. Os índios têm direito à posse permanente das terras, com a possibilidade de sua utilização nos termos da sua cultura, tradição e costume. O espaço territorial sob a

posse da comunidade indígena é, pois, o habitat no qual aquela comunidade se desenvolve nos aspectos biológicos, sociais e culturais. Não se dá a qualquer outro segmento da sociedade o direito de interferir no modo de ocupação da terra. Embora os índios não tenham o domínio sobre a terra, cuja titularidade é da União, nem mesmo esta pode dispor daquele bem. Até mesmo a utilização do subsolo das terras indígenas é restrita. Não poderá a União deferir a exploração minerária do subsolo em área indígena, sem que haja a aprovação do Congresso Nacional. Com isso não se pretende tão somente privilegiar a propriedade de terra indígena em face da propriedade civil, cujo subsolo poderá ser explorado pela União. Trata-se de uma proteção adicional à manutenção das comunidades indígenas que já foram sobejamente esbulhadas nos seus direitos territoriais e étnicos ao longo destes cinco séculos.

## 1 O Direito dos índios à terra a partir do indigenato

A Constituição Federal de 1988 é expressa em reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam tradicionalmente<sup>1</sup>, em semelhança às disposições do Alvará Régio de 1.º de abril de 1680<sup>2</sup>, segundo o qual os índios eram reconhecidos como *primários e naturaes senhores* de suas terras, não podendo nelas sofrer qualquer moléstia ou incômodo por parte da jurisdição real ou de particulares. Trata-se da preservação dos direitos daqueles que já estavam no território brasileiro antes da chegada dos colonizadores. O indigenato é a instituição luso-brasileira que fundamenta a posse indígena, fazendo-a diferente da posse e da propriedade de ascendência romana (MENDES JR, 1912, p.58)<sup>3</sup>. O indigenato corresponde a um direito

congênito como disciplinou o Alvará Régio citado, um direito histórico (CUNHA, 1987, p.33)<sup>4</sup>, decorrente da ocupação primitiva (DALLARI, 1984, p.3)<sup>5</sup>, a fonte primária e congênita da posse territorial dos índios (SILVA, 1984, p.4)<sup>6</sup>. Neste sentido, a demarcação das áreas indígenas é ato meramente declaratório, razão pela qual o Estatuto do Índio, no art. 25 assegura que os direitos dos índios à terra é independente da demarcação. Conforme João Pacheco de Oliveira (1987, p.8)<sup>7</sup>,

O direito dos índios é originário e decorre de sua conexão sociocultural com povos pré-cabralianos que aqui habitavam. Tal direito não procede do reconhecimento do Estado (nem é anulado pelo não reconhecimento), mas decorre do fato mesmo da sobrevivência atual dos grupos humanos que se identificam por suas tradições ancestrais e que se consideram como etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional.

Sob a perspectiva do positivismo jurídico, não é possível a afirmativa de um direito independente do reconhecimento do Estado. Contudo, a partir do reconhecimento constitucional do direito originário à terra, ocorre a legitimação do direito congênito dos índios à terra tradicionalmente ocupada. O indigenato não importa numa ocupação imemorial; enquanto o primeiro é título congênito, o segundo corresponde a um direito adquirido (SILVA, 1984, p.4)<sup>8</sup>. João Mendes Junior (1912, p.58-59)<sup>9</sup> assinala, com bastante clareza, as diferenças entre o indigenato e a ocupação, pois

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., titul. De acq. vel. Amitt. Possess., L.1), a que se refere Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*,

<sup>1</sup> CF/88, 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” (grifo intencional).

<sup>2</sup> “[...] E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeãs: hey por bem que senhores de suas fazendas, como 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 datas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturaes senhores dellas[...]” (Alvará de 1.4.1680, parágrafo 4 – CUNHA, 1987, p.59).

<sup>3</sup> MENDES JR. João. **Os indígenas do Brasil**, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, p.58.

<sup>4</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. Os índios no direito brasileiro hoje. **Os direitos dos índios**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p.33.

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre as terras indígenas. **Terras dos índios Xocó**. Estudos e documentos. Org. Beatriz Góis Dantas. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1984, p.3.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Auto-aplicabilidade do art. 198 da Constituição Federal. **Curso de direito indigenista**, Boletim Jurídico, Ano V, no.9-10, Comissão Pró-Índio, São Paulo, 1984, p.4.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação do seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. **Terras indígenas do Brasil** (PETI). Rio de Janeiro: Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI)/ Museu Nacional, 1987, p.8.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. Auto-aplicabilidade do art. 198 da Constituição Federal. **Curso de direito indigenista**, Boletim Jurídico, Ano V, no.9-10, Comissão Pró-Índio, São Paulo, 1984, p.4.

tem o *jus possidenti*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º. de Abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do juriconsulto Paulo: *guia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

Só estão sujeitas a legitimação as posses que se acham em poder do ocupante (art. 3º. da Lei de 18 de setembro de 1850); ora a *ocupação* como título de aquisição só pode ter por objeto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictoe* (confirmam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. De acq, rerum domin., L 3, e tit. De acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras de índios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictoe*; por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquilo que lhes é *congênito e primário*, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.

Para João Mendes Jr. (1912), a lei de organização fundiária (Lei de Terras – Dec. Lei no.1318 de janeiro de 1854) reconheceu o indigenato como fonte de legitimação da posse da terra, excluindo a posse indígena do rol das terras devolutas<sup>10</sup>. O Regulamento da Lei de Terras ratificava aquela interpretação doutrinária, uma vez que dispunha que as posses em poder do primeiro ocupante, fundamentadas em título distinto da mera ocupação, estariam isentas da legitimação exigida pela Lei de Terras (art. 24). Qual poderia ser o primeiro ocupante, senão os próprios índios?

O indigenato, como direito congênito que é, nasce e morre com o índio, independente de requisitos exteriores que o legitimem. Enquanto a posse civil se estabelece através do processo de utilização econômica em benefício individual do seu titular, a posse decorrente do indigenato se configura a partir de uma relação antropológica que os índios têm com a terra – seu habitat natural. Enquanto a titularidade da posse civil cabe a qualquer sujeito capaz (pessoa natural ou pessoa jurídica), a titularidade da posse

indígena cabe apenas à comunidade indígena. A posse civil pode ceder ao direito do proprietário, mas a posse indígena configura uma propriedade quase plena (LARANJEYRA, 1984, p.78), opondo-se, quase sempre, ao interesse do proprietário (União Federal). A posse indígena nasce antes da propriedade, sendo esta propriedade decorrente do ato-fato posse, como uma forma adicional de proteger o direito dos índios.

Apropriedade das terras indígenas é considerada uma propriedade vinculada, que se destina à garantia material dos preceitos constitucionais assecuratórios dos interesses territoriais indígenas. As terras indígenas são bens inalienáveis, intransferíveis e os direitos sobre elas, imprescritíveis<sup>11</sup>. Se a posse e a propriedade civis podem ser objeto de negócios jurídicos, a posse indígena não poderá, pois se destina ao habitat da comunidade indígena, composta pela geração presente e futura. Por esta razão, são nulos e extintos os efeitos de todos os atos jurídicos que tenham por objeto a posse, a ocupação ou o domínio das terras indígenas<sup>12</sup>.

## 2 Características da posse indígena como forma de proteção à unidade da comunidade indígena

A posse indígena se legitima pelo indigenato e se revela através da ocupação tradicional pelos índios. Conforme o texto constitucional, “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições” (art. 231, §1º.). Da simples leitura do dispositivo se deduz a diferença entre posse civil e posse indígena. A posse indígena tem a especificidade de proporcionar a manutenção e desenvolvimento das atividades étnicas e culturais da comunidade indígena e se delinea de acordo com as características intrínsecas de cada comunidade. Não há regras para a delimitação da posse indígena; o texto se refere às principais funções da posse que serão interpretadas segundo o quadro étnico-cultural de cada comunidade. Mas é possível fixar alguns

<sup>9</sup> Op. cit., pp.58/59.

<sup>10</sup> “Art. 3º., da Lei de Terras – São terras devolutas: (.....)

§4º. as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas.”

<sup>11</sup> CF/88, “Art. 231, §4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

<sup>12</sup> 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...”

esclarecimentos acerca da posse indígena para evitar conflitos no momento de sua proteção. Assim, importa analisar o sentido e o alcance das expressões utilizadas no texto constitucional, tais quais: ocupação tradicional, posse permanente e habitação em caráter permanente.

## 2.1 Ocupação tradicional

Não se confunda ocupação tradicional com posse imemorial, permeada pela idéia de ocupação física da terra desde épocas remotas. Ao reconhecer os direitos originários dos índios à posse das terras, a Constituição Federal não menciona qualquer fator temporal condicionante daquele direito. Condiciona muito mais a ocupação tradicional à idéia de habitat das comunidades indígenas ocupantes. A noção de habitat, segundo João Pacheco de Oliveira (1987, p.8-9)<sup>13</sup>, pressupõe a necessidade de manutenção de um território, dentro do qual o grupo humano, atuando como sujeito coletivo uno, tenha os meios suficientes e adequados à sua sobrevivência física e cultural.

Do significado semântico do vocábulo *tradição*, tem-se o ato de transmitir, de entregar; transmissão oral de lendas, fatos etc., de idade em idade, de geração em geração, transmissão de valores espirituais ao longo do tempo, através das gerações; conhecimento ou prática resultante da transmissão oral ou de hábitos inveterados. Para o professor Plácido e Silva (SILVA, 2000, p.825)<sup>14</sup>, *tradição*, do latim *traditio, de tradere*, significa, igualmente, dar em mão, entregar, passar para o outro. Em sentido amplo, *tradição* significa tudo o que se passa, ou se transmite através do tempo, ou do espaço. É a transmissão ou passagem de fatos ou de coisas, de pessoa a pessoa.

Como cada comunidade indígena possui uma estrutura social, econômica e cultural específica, entende-se que a posse indígena se revela pelo modo como cada comunidade se utiliza e se refere à terra, desde os tempos dos seus ancestrais; nela identificando não somente um espaço físico, mas um elemento presente e indispensável ao desenvolvimento de suas manifestações étnicas, segundo os usos, costumes e tradições (SILVA, 2000, p.778)<sup>15</sup>. A posse indígena sobre determinada parcela

de terra reflete o vínculo histórico que a comunidade guarda com os seus ascendentes.

Para viabilizar a proteção à posse indígena, é preciso que esta seja efetiva; há que existir a tradicionalidade de continuidade viva (MIRANDA, 1994, p.134)<sup>16</sup>. Não se pretende resguardar aos índios do Brasil todas as terras que já foram suas. Pretende-se garantir aos remanescentes indígenas o território que ainda ocupam tradicionalmente, aquele que compõem a base de sua estrutura étnica e social, fazendo o seu habitat. É preciso que exista uma ocupação efetiva da comunidade sobre a terra que pretende sua.

Entretanto, na averiguação dessa *ocupação efetiva*, é preciso não esquecer, as peculiaridades da posse indígena, verificáveis pelo trinômio usos, costumes e tradições relativo à comunidade ocupante (MENEZES, 1995)<sup>17</sup>. Não se determina a posse indígena pelos mesmos parâmetros da posse civil, ou seja, pelo tempo a ocupação física e pela influência desta ocupação sobre a área.

## 2.2 Posse permanente e habitação em caráter permanente

Estas expressões *posse permanente e habitação em caráter permanente* também não se confundem com uma ocupação imemorial. Inicialmente, o art. 231, §1º. diz que as terras ocupadas pelos índios são aquelas habitadas em caráter permanente. O dispositivo não quer condicionar a caracterização da ocupação tradicional como uma posse imemorial. A habitação em caráter permanente deve ser lida de acordo com os usos, costumes e tradições da comunidade indígena. Os índios de tradição nômade ou que demandam um território maior, no qual efetuam diversos deslocamentos, também são contemplados com o direito à terra. A forma como se utilizam da terra pode ter matizes diferentes, conforme as suas notas culturais e sociais. A habitação em caráter permanente não se deduz pelos mesmos paradigmas da posse civil. Não sem razão, Pontes de Miranda (MIRANDA, 1970, p.436)<sup>18</sup>, comentando a Constituição de 1967, afirmava que a idéia de posse indígena está muito mais ligada à idéia de residência nos padrões assim entendidos pelos índios.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação do seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. **Terras indígenas do Brasil** (PETI). Rio de Janeiro: Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI)/ Museu Nacional, 1987, p.8/9.

<sup>14</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.825.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.778.

<sup>16</sup> MIRANDA, A Gursen. **O direito e o índio**. Belém: Cejup, 1994, p.134.

<sup>17</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. **Posse indígena na Constituição Federal de 1988**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Mestrado em Direito Público. Defesa em 22 de dezembro de 1995. 180 páginas.

<sup>18</sup> MIRANDA, F. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda no.1 de 1969**. Tomo VI, São Paulo: R T, 1970, p.436.

Em seguida, o §2º. do mesmo artigo diz que “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”. Neste dispositivo constitucional, a expressão *posse permanente* está relacionada ao direito dos índios de não serem turbados no seu habitat; a eles se resguarda a posse permanente, livre de esbulho, seja por particulares, seja pelo titular do domínio, a União Federal.

Algumas vezes as comunidades indígenas são forçadas a sair dos seus territórios pela ação invasora de fazendeiros ou empresas privadas, que se adonam das terras, sufocando e ameaçando os índios. Nestes casos, as pretensões espúrias dos invasores não podem desconstituir o direito originário, imprescritível e inalienável dos índios à terra, mesmo quando há o abandono de fato. A esse respeito o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, garantindo aos índios da Comunidade Guarini de Sete Cerros, em Minas Gerais, a reinvestidura na posse de suas terras, após a apropriação irregular de uma empresa de exploração agropecuária<sup>19</sup>.

### 3 Direitos incidentes sobre as terras tradicionalmente ocupadas

A posse e propriedade incidentes sobre as áreas indígenas assumem características diferenciadas da posse e propriedade incidentes sobre um imóvel particular ou mesmo bem público. Como já mencionado, a posse e a propriedade sobre a terra tradicionalmente ocupada estão sujeitas a titularidade distintas. A posse pertence à Comunidade indígena, e a propriedade é da União Federal. Embora seja terra de domínio da União, cabe aos índios o usufruto exclusivo dos recursos existentes no solo, nos rios e nos lagos nelas existentes (PIETRO, 2004, p.478)<sup>20</sup>.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens públicos de uso especial sujeitos que são às normas específicas, dada a especificidade de sua destinação<sup>21</sup>. Trata-se de uma propriedade vinculada da União sujeita ao cumprimento dos direitos indígenas sobre ela incidentes. Não é dado à União o direito de dispor sobre estas terras, tampouco a possibilidade de usufruir de suas riquezas. Disso resulta o princípio de irremovibilidade dos índios se suas terras, sói admitida mediante autorização do

Congresso Nacional. Como mencionado, a posse indígena é indisponível, inalienável, e os direitos dos índios sobre ela, imprescritíveis.

A exploração de outros recursos, não contemplados como de uso exclusivo dos índios pelo parágrafo segundo, também não pode ocorrer indiscriminadamente. A propósito das riquezas encontradas no subsolo, diz o parágrafo terceiro do art. 231, somente podem ser exploradas mediante autorização do Congresso Nacional, ouvida a Comunidade Indígena envolvida.

### 4 A exploração de recursos minerais no solo e subsolo de área indígena – atividade de mineração

Importa destacar que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertencem à União Federal<sup>22</sup>. Mas quando estes recursos minerais estão encravados no solo ou no subsolo indígena, a quem caberá a exploração? Trata-se aqui de delicada discussão, razão pela qual a Constituição cuidou com espírito restritivo da matéria. A mineração é considerada uma atividade potencialmente poluidora e, quando desenvolvida em área de ocupação indígena, produz danos irreparáveis não apenas ao meio ambiente, mas também à organização sociocultural das comunidades indígenas, provocando a desagregação cultural e a introdução de doenças. Nenhuma eficácia concreta teriam os dispositivos constitucionais acolhedores da diversidade étnica e da organização social indígena, se não fossem limitadas atividades invasivas, como a pesquisa ou a lavra mineral em área indígena.

Registre-se que a mineração sofre restrições genéricas que se aplicam à atividade em qualquer ponto do território pátrio. De conformidade com o art. 20, inciso IX, da Constituição Federal, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertencem à União. O art.176 dispõe que as jazidas, em lavra ou não, e os demais recursos minerais constituem propriedades distintas do solo, e, para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencem à União, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra. O proprietário do solo terá direito à participação nos resultados da lavra, na forma que a lei determinar (art. 176, §2º.). Embora os índios não tenham a propriedade de suas terras, por força do art. 231, §3º., também terão direito à participação nos resultados da lavra, nos termos da lei.

<sup>19</sup> Informativo do Núcleo de Direitos Indígenas, março/abril, de 1994.

<sup>20</sup> Art. 231, §2º.

<sup>21</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p.478.

<sup>22</sup> CF/88, Art.20, inciso IX.

Por força do art. 176, §1º, a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas por autorização ou concessão da União a brasileiros ou empresas constituídas sob a legislação pátria com sede e administração no País. Lei federal, que até hoje não foi promulgada, deverá estabelecer as condições da mineração em área de fronteira ou em terra indígena. Mas a omissão legislativa na promulgação da lei não justificará a exploração de minérios em área indígena, pois, conforme o art. 231, §3º, esta atividade dependerá da autorização do Congresso Nacional.

Além das exigências pertinentes à concessão ou autorização, a mineração em área indígena requer: a autorização do Congresso Nacional (art. 49, XVI c/c art.231, §3º.) e a oitiva da Comunidade indígena sobre tal empreendimento. Sem mencionar a garantia da Comunidade em participar nos resultados da lavra, caso esta seja efetivada. Até que o Congresso Nacional autorize a mineração em área indígena, nenhuma atividade desta natureza poderá ser desenvolvida, seja através da mera autorização ou através da concessão. Enquanto o Congresso Nacional não aprovar lei, regulamentando o cumprimento de tais exigências constitucionais, nenhuma atividade minerária pode ser desenvolvida em terra indígena. O sistema de requerimentos ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) cai por completo diante das determinações constitucionais, devendo os interessados se adaptarem às novas regras.

A Constituição distinguiu a atividade de pesquisa mineral da lavra mineral. Segundo o Código de Minas (Dec.Lei no.227, de 28/02/67, parcialmente alterado por legislação ulterior), a pesquisa mineral busca definir a jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico (art.14); enquanto a lavra mineral envolve operações que vão desde a extração de substâncias minerais úteis contidas na jazida até o seu beneficiamento (art. 36). Tanto a pesquisa quanto a lavra mineral são atividades que afetarão o desenvolvimento da Comunidade indígena, por constituírem atividades potencialmente poluidoras e, em virtude do trânsito de máquinas e de pessoas estranhas na região, daí a orientação constitucional restritiva à sua realização.

A autorização do Congresso Nacional será dada separadamente para a pesquisa e para a lavra. A autorização para a pesquisa dá ao titular apenas “o direito de realizar estudos, levantamentos,

sondagens, amostragens e ensaios de beneficiamento de minérios, e não de explorar, concomitantemente, aquela jazida. A exploração da jazida deverá ser objeto de autorização em separado do Congresso Nacional, em processo autônomo e posterior” (SANTILLI, 1993, p.149)<sup>23</sup>.

A outra exigência constitucional diz respeito à oitiva da Comunidade Indígena sobre o empreendimento. É importante avaliar a dimensão desta consulta prévia, pois certamente a proteção constitucional à terra indígena não será alcançada, se esta medida representar apenas mais uma exigência burocrática. É importante que esta consulta prévia tenha aptidão de gerar efeitos; a Comunidade será ouvida como forma de assegurar a sua participação na definição de projetos econômicos incidentes sobre as áreas de sua ocupação. Dalmo Dallari (1990)<sup>24</sup>, comentando a questão, afirma que tal exigência:

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 tão violento o impacto (da mineração ou da construção de hidrelétrica), serão tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura – cria-se um obstáculo intransponível à concessão ou autorização.

Observe-se que a consulta há que ser feita à Comunidade indígena e não ao órgão indigenista. De acordo com Santilli (1993, p.150)<sup>25</sup>, a consulta deve ocorrer sob a forma de audiência pública realizada *in loco*, na própria área indígena afetada. Segundo esta autora, uma representação parlamentar teria a oportunidade de verificar as condições sociais, econômicas e políticas da localidade, bem como os impactos que as atividades minerárias gerariam sobre a Comunidade. Embora a Constituição Federal não faça a exigência de um laudo antropológico sobre os impactos da pesquisa ou da lavra mineral em área indígena, é fundamental que o Congresso Nacional determine a sua realização. Um estudo científico sobre os usos, costumes e tradições de um povo indígena, seus traços culturais como um todo e sobre a sua forma de viver, será de superior valia na avaliação do impacto e das conseqüências

<sup>23</sup> SANTILLI, Juliana. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terra indígena. **Direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.149.

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Informe jurídico da Comissão Pró-Índio**, Ano II, no.II, no.9 a 13, abril a agosto de 1990.

<sup>25</sup> SANTILLI, Juliana, op. cit., p.150.

geradas pela pesquisa ou mineração em suas terras. O Judiciário já reconheceu a necessidade do estudo antropológico prévio à mineração em área indígena, através de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua 3ª Turma, envolvendo os interesses dos índios Bororó<sup>26</sup>.

A exigência de autorização do Congresso Nacional não pretende enaltecer a propriedade de terras indígenas em face da propriedade civil. Trata-se de uma medida adicional à proteção da diversidade étnica. Os índios já foram sobejamente massacrados ao longo destes quinhentos anos e continuam sendo objeto de discriminação, sofrendo com o contínuo desrespeito aos seus direitos. Se a Constituição cercou a posse indígena de proteção, foi na tentativa de encerrar a cultura integracionista que impera no Brasil desde o período colonial. Mesmo assim, há um resquício dessa cultura perpassando os diversos níveis políticos e burocráticos do Estado e justificando o movimento oscilatório de proteção e negação dos direitos indígenas<sup>27</sup>.

Apesar da ausência de lei que regulamente a participação da Comunidade indígena na lavra, o Departamento Nacional de Produção Mineral não terá, repita-se, qualquer ingerência na sua concessão ou autorização. Os pedidos de pesquisa e lavra em terras indígenas protocolados no DNPM antes da nova Constituição, que não foram aprovados ou rejeitados por este órgão perderam a sua validade. Quanto aos pedidos de mineração deferidos antes da Constituição de 1988, mas não iniciados após um ano da promulgação da Constituição, também perderam a sua validade em virtude do art. 43 do ADCT<sup>28</sup>.

## 5 Inconstitucionalidade do garimpo em área indígena

O Código de Mineração, Decreto-Lei N° 227/67, em seu artigo 70, considera a garimpagem como

o trabalho individual de quem utiliza instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semipreciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros, depósitos esses genericamente denominados garimpos.

A Constituição de 1988 somente confere legitimidade ao garimpo organizado. Motiva a organização dos garimpeiros em cooperativas, priorizando a concessão ou autorização a estas nas áreas em que tem atuação. Através do art. 21, XXV, a Constituição estabelece ser da União a competência para definição das áreas e das condições para o exercício da garimpagem. O art. 174, nos parágrafos terceiro e quarto, estabelece que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, que terão prioridade na autorização ou na concessão para pesquisa e lavra mineral. Com isso, visa restringir o trabalho isolado dos garimpeiros e o garimpo irregular, composto, em sua maioria, por mão-de-obra não absorvida nas atividades rurais ou nas áreas urbanas.

Apesar do reconhecimento da atividade garimpeira nos termos acima, o texto constitucional é taxativo em proibir a sua realização em terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, haja vista o art. 231, §7º<sup>29</sup>. Trata-se de um zelo constitucional em evitar conflitos entre índios e garimpeiros. A garimpagem, ainda que organizada em cooperativa, não poderá ser autorizada ou concedida se a área a ser pesquisada ou explorada for de ocupação tradicional dos índios. Não se aplica, nestas hipóteses, o art. 231, 3º, que exige a autorização do Congresso Nacional. No mesmo sentido, tem-se a Lei no.7.805/89, que institui o regime de permissão da lavra garimpeira, não deferindo a sua aplicação em terras indígenas (art. 23, alínea a). Referida lei, tipifica como criminosa a ação de garimpagem sem a competente permissão.

<sup>26</sup> Decisão publicada no Diário da Justiça de 6/8/90, página 16633 – *apud* SANTILLI, (1993, p.149).

<sup>27</sup> Ainda hoje, mesmo em face da clareza do texto constitucional, Comunidades Indígenas como a dos índios Cinta Larga, em Rondônia, são vítimas dos efeitos da atividade mineradora. Em áreas como esta, a mineração é banalizada pelos garimpos clandestinos, gerando problemas sociais de variada ordem, sob o descaso do Estado. Desde o ano de 1963, a Comunidade Indígena Cinta Larga vem sendo atormentada com a invasão exploratória. Apesar das restrições constitucionais à mineração e da proibição do garimpo em área indígena, algumas terras indígenas são freqüentemente ou continuamente esbulhadas, enquanto o Estado se mantém inerte aos problemas gerados na região. Em face do descaso do Estado e do cansaço de tanto esbulho, os índios Cinta Larga, reagiram energicamente gerando a morte de vinte e nove garimpeiros. Ato contínuo a sociedade, através dos meios de comunicação diversos, através dos parlamentares e de alguns atores do governo, repudiou a atitude dos índios, como que legitimando, por um único fato, toda a história de preconceito que a nação cultivou aberta ou às escondidas. Os homicídios foram qualificados como chacina, mas os anos de garimpagem irregular não foram percebidos pela sociedade.

<sup>28</sup> CF/88, Art. 43. Na da promulgação da lei que disciplinar a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais, ou no prazo de um ano, a contar da promulgação da Constituição, **tornar-se-ão sem efeito as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não hajam sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos.**

<sup>29</sup> CF/88, Art. 231, §7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§3º e 4º.

Assim, a garimpagem na área indígena é proibida constitucionalmente e tipificada como crime por lei<sup>30</sup>.

Apesar da clareza constitucional e objetividade legal, o garimpo é fato banal em áreas indígenas; representa uma das atividades mais nefastas ao equilíbrio ambiental e sociocultural de muitas comunidades. Apesar das atividades minerárias empresariais em terras indígenas estarem praticamente suspensas, haja vista a ausência da legislação federal específica, prevista pela Constituição, o garimpo clandestino se alastra nas terras indígenas, principalmente no norte, do País provocando danos irreversíveis.

## Conclusão

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas destinadas ao seu habitat, necessárias às suas atividades produtivas, à sua reprodução física e cultural e à preservação dos recursos ambientais essenciais ao seu bem-estar, segundo os seus usos, costumes e tradições. Cada comunidade indígena ocupa a terra de modo diferenciado, e essa forma de ocupação haverá de ser reconhecida, pois a própria definição de terra tradicionalmente ocupada está relacionada ao trinômio: usos, costumes e tradições. A Constituição cerca a área indígena de ampla proteção, por reconhecer que é na terra que os índios identificam a base de todos os seus direitos étnicos e culturais. Por esta razão, a atividade de mineração sofre restrições adicionais, quando realizadas em área indígena. A Constituição impõe três exigências básicas: a autorização do Congresso Nacional, a oitiva da Comunidade indígena envolvida e a sua participação no resultado da lavra, nos termos de lei federal. Como a sobredita lei federal não foi editada, a concessão ou autorização para atividades minerárias empresariais em áreas indígenas estão suspensas. Quanto ao garimpo, atividade individual, rudimentar, não empresarial, tem-se a proibição constitucional de sua realização em área indígena. A lei que trata do regime de permissão da atividade garimpeira exclui a possibilidade de sua licença em terras indígenas, tipificando como crime o exercício irregular, sem licença, da garimpagem.

## Referências

CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra indígena: história da doutrina e da legislação. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.19-52.

\_\_\_\_\_. Os índios no direito brasileiro hoje. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.53-102.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre as terras indígenas. **Terras dos índios Xocó: estudos e documentos**. (Org.) Beatriz Góis Dantas. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1984. p.3-19.

\_\_\_\_\_. Mineração em área indígena. **Informe jurídico da Comissão Pró-Índio**, Brasília, abr/ago de 1990. ano 2. n. 9/13.

LARANJEYRA, Raimundo. **Direito agrário**. São Paulo: Ltr, 1984.

MENDES JR. João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MENEZES, Joyceane Bezerra. **Posse indígena na Constituição Federal de 1988**. 1995. 180. f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1995.

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

MIRANDA, F. Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda no.1 de 1969**. São Paulo: R T, 1970. t. 6.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação do seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. **Terras indígenas do Brasil (PETI)**. (Org.) João Pacheco de Oliveira. Rio de Janeiro: Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI)/ Museu Nacional, 1987. p.76-94.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTILLI, Juliana. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. **Direitos indígenas e a Constituição**. (Org.) Sílvia Caiuby Novaes. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.145-160.

<sup>30</sup> Lei no.7.805/89, Art. 21 - A realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a penas de reclusão de 3 (três) meses a 3 (três) anos e multa.

Parágrafo único - Sem prejuízo da ação penal cabível, nos termos deste artigo, a extração mineral realizada sem a competente permissão, concessão ou licença acarretará a apreensão do produto mineral, das máquinas, veículos e equipamentos utilizados, os quais, após transitada em julgado a sentença que condenar o infrator, serão vendidos em hasta pública e o produto da venda recolhido à conta do Fundo Nacional de Mineração, instituído pela Lei nº 4.425, de 8 de outubro de 1964.

SILVA, José Afonso da. Auto-aplicabilidade do art. 198 da Constituição Federal. **Curso de direito indigenista**, Boletim Jurídico. Comissão Pró-Índio, São Paulo, 1984. ano V. n. 9/10.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.