

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

ROSAURA PEREIRA GONÇALVES

MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Porto Alegre

2015

ROSAURA PEREIRA GONÇALVES

MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2015

ROSAURA PEREIRA GONÇALVES

MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Apresentada em 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo
Orientador

Profa. Dra. Sonilde Kugel Lazzarin

Profa. Dra. Kelly Lissandra Bruch

RESUMO

O presente trabalho visa a estudar a possibilidade do desenvolvimento da atividade de mineração em terras indígenas. Para tanto, analisa o histórico do regime jurídico do subsolo adotado pelas Constituições brasileiras desde 1824, os regimes de propriedade imobiliária, os regimes específicos de bens públicos e o conceito de posse indígena. A seguir, analisa-se o regime da atividade de mineração e as pessoas aptas a desempenhá-la. Por fim, a partir do estudo do julgamento da Petição 3388/RR pelo Supremo Tribunal Federal, analisa-se a efetividade das disposições constitucionais adotadas para o regime das terras indígenas.

Palavras-chave: Mineração. Terras indígenas. Posse indígena.

ABSTRACT

This work aims to study the possibility of development of mining activities in indigenous lands. It analyzes the historical development of the subsoil legal regime adopted by Brazilian Constitutions since 1824, the real estate regimes, the public good specific regimes and the concept of indigenous ownership. Next, it analyzes the mining activity regime and the people who are able to perform it. Finally, from the study of the judgment of Petition 3388/RR by the Brazilian Supreme Court, it analyzes the effectiveness of the adopted constitutional arrangements to the regime of indigenous lands.

Keywords: Mining . Indigenous lands. Indigenous ownership.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. RECURSOS NATURAIS COMO ELEMENTO DA PRODUÇÃO	10
1.1 Generalidades.....	10
1.2 SUBSOLO	10
1.2.1 Regime do subsolo	10
1.2.1.1 Histórico do tratamento jurídico do subsolo.....	10
1.2.1.1.1 Constituição de 1824	11
1.2.1.1.2 Constituição de 1891	12
1.2.1.1.3 Emenda Constitucional de 1926	13
1.2.1.1.4 Constituição de 1934	14
1.2.1.1.5 Constituição de 1937	16
1.2.1.1.6 Lei Constitucional nº 6, de 1942.....	17
1.2.1.1.7 Constituição de 1946	18
1.2.1.1.8 Constituição de 1967	18
1.2.1.1.9 Emenda nº 1, de 1969	19
1.2.1.1.10 Constituição de 1988	20
1.3 SOLO.....	21
1.3.1 Solo rural	21
1.3.2 Solo urbano	21
1.4 SUPERSOLO	22
2 A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA	24
2.1 PROPRIEDADE PRIVADA E PROPRIEDADE PÚBLICA	25
2.2 Regimes de propriedade imobiliária	25
2.2.1 Propriedade urbana	26
2.2.2 Propriedade rural	27
2.2.3 Bens públicos.....	27
2.3 REGIMES ESPECÍFICOS DE BENS PÚBLICOS	28
2.3.1 Terras devolutas	28
2.3.2 Terras de marinha	30
2.3.3 Faixa de fronteira	31
2.3.4 Terras indígenas	31
2.3.4.1 Posse indígena.....	32

2.3.5 Disciplina da atividade de mineração	39
2.4 O caso "Raposaserra do Sol" à luz do regime da mineração em terras indígenas	49
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

A exploração de recursos minerais em terras indígenas é tema que enseja conflitos sociais, pois figuram, de um lado, os interesses econômicos das empresas de mineração e, de outro, o direito de usufruto dos índios às terras por eles ocupadas. Com efeito, a utilização das riquezas do subsolo constitui um dos diversos interesses que geram a incursão nas terras indígenas de pessoas empenhadas em usufruir dos seus recursos.

O § 1º do artigo 176 da Constituição Federal dispõe que lei estabelecerá condições específicas para a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas. Entretanto, a legislação que deveria regulamentar a matéria ainda não foi promulgada, apesar da existência de diversos projetos em tramitação na Câmara e no Senado Federal.

Com efeito, a lacuna normativa dá causa a inúmeros conflitos. De um lado, apresentam-se os interesses das empresas de mineração e dos garimpeiros, que veem nas terras indígenas uma fonte ainda inexplorada de recursos minerais. De outro, os interesses das comunidades afetadas, que encaram a possibilidade da exploração do seu habitat como uma ameaça ao seu modo de vida e, inclusive, à sua sobrevivência, em face dos impactos da mineração sobre a qualidade da água, os nutrientes do solo e a diversidade biológica. Ante o vazio normativo, o Poder Judiciário assume a responsabilidade de solucionar os conflitos por meio da interpretação das disposições constitucionais.

Assim, para bem compreender os mandamentos inseridos na Constituição Federal acerca do regime da mineração e das terras indígenas, o primeiro capítulo da presente monografia analisará a definição e o histórico do tratamento jurídico do subsolo a partir da Constituição de 1824 e os conceitos de solo e supersolo.

A seguir, o segundo capítulo analisará o conceito de propriedade e os diversos regimes que recaem sobre os objetos deste instituto, notadamente sobre as terras indígenas. Analisar-se-á, também, o conceito de posse indígena e a disciplina legal da atividade de mineração. Por fim, será examinado o julgamento da Petição 3388/RR, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, referente à ação popular intentada em face do ato de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima.

Assim, por meio dos métodos da análise histórica e analítico substancial, que analisa o fato, as disposições legais e sua conformidade com as disposições constitucionais, procurar-se-á identificar as diretrizes utilizadas pelo constituinte para estabelecer o regime aplicável à mineração e às terras indígenas.

1. RECURSOS NATURAIS COMO ELEMENTO DA PRODUÇÃO

1.1 Generalidades

Os recursos naturais, como os minérios, o solo e as fontes de energia, constituem, ao lado do trabalho, do capital e da organização, elementos da produção, entendida esta como a tomada de um objeto presente na natureza para sua conversão em bem.¹ Tal mudança é realizada quando o objeto se torna apto à satisfação de uma necessidade, o que pode ocorrer por meio de transformação (beneficiamento) do objeto ou pela sua utilização in natura.

Dentre os objetos, o presente estudo dirigir-se-á aos recursos naturais presentes no subsolo. Para tanto, será estabelecida a distinção entre o solo e o subsolo e estudado o regime da respectiva exploração.

1.2 SUBSOLO

Por “solo” entende-se a superfície da Terra, onde se assentam seres vivos e inanimados e onde tem lugar a respectiva existência. Por “subsolo” entende-se o espaço abaixo da superfície, acessível mediante atos de escavação para a obtenção de substâncias ali localizadas.

Na teoria dos bens, o solo e o subsolo classificam-se como corpóreos, na categoria de imóveis. Portanto, quando se fala em “regime do solo” e do “subsolo”, fala-se, a rigor, em regime da propriedade imobiliária.

Preliminarmente, analisar-se-á o regime jurídico do subsolo nas Constituições brasileiras.

1.2.1 Regime do subsolo

1.2.1.1 Histórico do tratamento jurídico do subsolo

Antes da Constituição de 1824, vigorava o sistema regaliano, que considerava os veeiros e minas de ouro ou prata ou qualquer outro metal como direitos

¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 187-188.

incorporados ao domínio do rei. Havia diversas disposições esparsas sobre o assunto, que foram consolidadas no Alvará de 13/05/1803.²

Segundo Lacerda e Rocha³:

No Brasil feudal, quando as capitanias hereditárias fixavam a política conveniente ao despotismo da realeza (Ordenações Manuelinas – 1512 e Filipinas – 1603), o sistema adotado, quanto à propriedade das minas, era o regaliano ou realengo, isto é, as minas existentes nas colônias pertenciam à Coroa.

Quanto a esse período, importa salientar a necessidade da Coroa Portuguesa de instituir mecanismos que lhe assegurassem a propriedade dos metais, especialmente para possibilitar o cumprimento do Tratado de Methuen, firmado com a Inglaterra, que a ela destinava o ouro extraído da colônia brasileira para compensar o saldo da balança de comércio decorrente da exportação de tecidos de lã por parte da Inglaterra e de vinhos por parte de Portugal.⁴

1.2.1.1.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824 assegurou, em seu artigo 179, inciso XXII, o direito de propriedade em toda sua plenitude, ensejando dúvidas acerca da propriedade da Coroa sobre as minas:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

O Decreto de 27/08/1829 determinou que a mineração em terras particulares executada por proprietários brasileiros, inclusive por meio de companhias, não

² OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 130.

³ LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. *Comentários ao Código de Mineração do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 4.

⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Adam Smith e o ouro de Minas Gerais (o Tratado de Methuen)**. Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 17, outubro de 1976, p. 231-289.

dependia de autorização ou licença. O mesmo foi estabelecido pelos Avisos nº 327, de 13/10/1831, e 55, de 04/02/1832, e pela Lei nº 19, de 08/10/1833. Essa última também autorizou o governo a contratar a mineração das terras públicas com indivíduos ou companhias nacionais ou estrangeiras. A seguir, os Decretos nº 1.993, de 12/10/1857, e nº 2.033, de 21/11/1857, possibilitaram a terceiros a mineração em terras particulares mediante desapropriação, o que foi aprovado pelo Poder Legislativo por meio do Decreto nº 982, de 22/10/1858. Tais disposições contribuíam para reforçar a tese de que as minas pertenciam ao particular dono do terreno.

Entretanto, em 22/10/1866 o Aviso nº 461 restaurou o direito regaliano, que caracterizava a legislação colonial, segundo o qual as riquezas minerais constituíam patrimônio do Estado, e a competência do governo para designar o número de datas minerais que os proprietários das terras podiam trabalhar.⁵

Parte da doutrina defendeu a tese de que a Constituição de 1824 deu início ao sistema da acessão, tornando o subsolo acessório do solo.⁶ Entretanto, tal sistema somente foi explicitamente incluído na Constituição de 1891.

1.2.1.1.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 trouxe disposição específica sobre a propriedade dos recursos minerais em seu artigo 72, §17, por meio do qual, além de assegurar o direito de propriedade em toda sua plenitude, especificou que as minas pertenciam ao proprietário do solo, ressalvadas as limitações estabelecidas por lei a bem da exploração desse ramo de indústria. Inaugurou-se, assim, o sistema da acessão, caracterizado por vincular a propriedade do subsolo à do solo ou superficiária⁷.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações

⁵ OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 131.

⁶ RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito Minerário: escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.

⁷ LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 4.

que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Por sua vez, o artigo 64 da Constituição declarou pertencentes aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus territórios.

Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

Portanto, as minas existentes nas terras públicas dos Estados a eles pertenciam, e, quando localizadas nas terras públicas da União, no território do Acre e no então Distrito Federal, constituíam patrimônio do ente federal.⁸ De outra parte, as demais minas pertenciam aos proprietários do solo.

A Lei nº 2.933, de 06/01/1915, expressamente reconheceu que as minas pertenciam à União, aos Estados ou ao proprietário do solo. Entretanto, antes mesmo de regulamentado, esse diploma foi substituído pela Lei nº 4.265, de 15/01/1921, que tratou especificamente das minas pertencentes à União, cuja pesquisa e lavra seriam por ela executadas ou por outrem mediante licença para a pesquisa e concessão para a lavra.⁹

1.2.1.1.3 Emenda Constitucional de 1926

A Emenda Constitucional de 03/09/1926 introduziu o tema da proibição de transferência a estrangeiros das minas, jazidas e das terras onde estivessem localizadas, quando necessárias estas à segurança e defesa nacionais, iniciando, assim, a sua progressiva nacionalização.

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)
(...)

⁸ OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 137.

⁹ *Ibidem*, p. 133.

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

a) As minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

b) As minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

As constituições seguintes estabeleceram restrições ao desenvolvimento da atividade da mineração por estrangeiros, conforme será visto no item 2.3.5 – Atividade de mineração.

1.2.1.1.4 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 separou a propriedade do solo daquela do subsolo e adotou o princípio da concessão ou industrial, segundo o qual o aproveitamento das minas e jazidas seria realizado mediante autorização ou concessão federal, com exceção das minas que já se encontravam em lavra quando de sua promulgação.¹⁰

Além disso, assegurou ao proprietário do solo a preferência na exploração dos recursos minerais ou a participação nos lucros. Tal preferência, que também veio a ser incluída nas Constituições de 1937 e 1946, não foi regulamentada e teve como consequência assegurar ao proprietário do solo o direito de manifestar interesse na exploração sem, contudo, impor-lhe qualquer dever de efetivá-la.¹¹

Seguindo a tradição inaugurada com a Emenda Constitucional de 1926, a Carta também restringiu a possibilidade de estrangeiros explorarem os recursos minerais, determinando que as autorizações ou concessões somente poderiam ser conferidas a brasileiros ou empresas organizadas no Brasil e que a lei regularia a nacionalização progressiva das minas e jazidas julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

A Constituição de 1934 possibilitava, ainda, aos Estados conferirem as autorizações e concessões para exploração das minas e jazidas localizadas em seus territórios.

¹⁰ LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 5.

¹¹ *Idem*.

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas.

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Disposições transitórias

Art 12 - Os particulares ou empresas que ao tempo da promulgação desta Constituição explorarem a indústria de energia hidrelétrica ou de mineração, ficarão sujeitos às normas de regulamentação que forem consagradas na lei federal, procedendo-se, para este efeito, à revisão dos contratos existentes.

A partir da Constituição de 1934, o direito do proprietário do solo sofreu limitação ao reconhecer o interesse da coletividade na atividade de exploração das riquezas do subsolo. Segundo Lacerda e Rocha, “aquela amplitude absoluta que caracterizava o conceito de propriedade – usar, gozar e dispor dos bens – modificou-se em virtude da prioridade existente dos interesses sociais e coletivos contra o individualismo acirrado”.¹² Entretanto, frisa-se que tal condicionamento não significou a abolição da propriedade, uma vez que ao proprietário do solo foram assegurados os direitos de preferência na exploração ou a co-participação nos lucros.

Quanto às jazidas pertencentes ao proprietário do solo, em conformidade com o regime da acessão, que vigorava anteriormente, o Decreto nº 24.642/1934 (Código de Minas) determinou que o direito do proprietário limitava-se à preferência na concessão de lavra ou à co-participação nos resultados da exploração (artigo 6º) e que, quando resolvida a propriedade da concessão, subsistiria o seu direito à co-

¹² LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração** do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 487.

participação nos resultados da exploração, assegurado pela Constituição Federal de 1934 ao proprietário do solo (artigo 7º, parágrafo único), uma vez que, cessada a lavra das minas conhecidas¹³, sua exploração e propriedade passariam a ser submetidas ao regime do referido Decreto (artigo 3º, §1º).

1.2.1.1.5 Constituição de 1937

Por sua vez, a Constituição de 1937 manteve a distinção entre a propriedade do solo e do subsolo e condicionou a exploração das riquezas minerais à autorização federal, que somente seria concedida a brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros.

O artigo 76 do Decreto-Lei nº 1.985/1940 previu regras referentes à autorização do Presidente da República para a participação de capitais estrangeiros nas empresas de mineração, que seria efetivada mediante decreto de autorização de alteração, fusão ou incorporação. No caso de pesquisa e lavra de jazidas de calcário, gipsita e argila, poderiam as empresas ser autorizadas a admitir sócios ou acionistas estrangeiros, quando destinados os minérios à fabricação de cimento e cerâmica, desde que predominassem capitais e trabalhadores de origem nacional.

As restrições referentes à nacionalidade das empresas, dos sócios ou acionistas também foram estendidas àquelas que utilizavam matéria-prima mineral, por força do disposto no artigo 49, §1º, do Decreto-Lei nº 1.985/1940 (Código de Minas).

De outra parte, a Constituição Federal de 1937 reservou ao proprietário do solo a possibilidade de optar por exercer o direito de preferência na exploração ou pela participação nos lucros.

Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

¹³ Consideram-se conhecidas as jazidas manifestadas ao poder público até o prazo de um ano, a contar da publicação do Decreto nº 24.642/1934 (artigo 5º), segundo o procedimento formal estabelecido em seu artigo 10.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Art 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.

Importa salientar a disposição expressa quanto à nacionalização progressiva das minas e jazidas e das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da nação (art. 144), que constou, também, no artigo 85 do Decreto nº 24.641/1934, o qual instituiu o primeiro Código de Minas.

Tal era a visão que o texto original do Estado Novo veio a consagrar acerca do interesse eminentemente público nas questões relacionadas a minas e energia. Chama atenção, ainda, a competência dos Estados fora do contexto federativo.

1.2.1.1.6 Lei Constitucional nº 6, de 1942

A Lei Constitucional nº 6, de 1942 esclareceu quanto à possibilidade de o governo permitir o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica já utilizadas industrialmente, por medida de conveniência pública, mantendo intactas as disposições quanto aos demais recursos minerais.

Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§ 1º - A autorização só será concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, podendo o Governo, em cada caso, por medida de conveniência pública, permitir o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica a empresas que já exercitem utilizações amparada pelo § 4º, ou as que se organizem como sociedades nacionais, reservada sempre ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 6, de 1942)

(...)

§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

A preservação do interesse privado na continuidade da exploração dava-se a juízo do Governo Federal, tendo em vista a iminência da declaração de guerra aos Países do Eixo.

1.2.1.1.7 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 restabeleceu a possibilidade de aproveitamento dos recursos minerais mediante concessão ou autorização e extinguiu o direito do proprietário do solo de co-participação nos lucros¹⁴, mantendo o seu direito de preferência para a exploração. Restabeleceu, também, a possibilidade de conferir autorização ou concessão apenas a brasileiros ou sociedades organizadas no país e retirou dos estados a competência para conceder autorização ou concessão para a exploração.

Art 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

Como será visto no item 2.3.5 (Disciplina da atividade de mineração), o novo tratamento rendeu ensejo a debates sobre a intensidade da restrição nacionalista.

1.2.1.1.8 Constituição de 1967

A Constituição de 1967 manteve o sistema dualista de propriedade e restabeleceu o direito do proprietário do solo à participação nos resultados da lavra, extinguindo o seu direito de preferência para exploração, conforme a redação a seguir:

¹⁴ SILVA, Jônathas. **A trajetória da propriedade mineral nos textos constitucionais republicanos.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 11, 1995. p. 30.

Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

No contexto da Constituição Federal de 1967, Lacerda e Rocha explicam que a adoção do sistema de concessão apenas restringiu o direito do proprietário do solo, sem, contudo, significar a abolição da propriedade:

É necessário assinalar, entretanto, que o sistema da concessão não arrebatou ou confiscou o direito do proprietário do solo, apenas o limitou quanto ao exercício útil e social do direito da propriedade territorial, pois que subsistiram, contemporânea e consecutivamente, as indenizações prévias (art. 16, inciso VII; arts. 23, 24, inciso XV; e art. 40, todos do Código de Minas de 1940); a preferência para a exploração ou participação nos lucros (§1º do art. 143 da Constituição de 1937, alterado pela Lei Constitucional nº 6, de 13.05.42); a preferência para a exploração (art. 153, §1º, da Constituição de 1946); participação, renda e indenização (art. 11, letra b, art. 27, e art. 47, inciso VIII do Código de Mineração) e a participação nos resultados da lavra (art. 168 da Constituição Federal de 1967).¹⁵

Entende-se que os institutos enumerados evidenciam limites ao exercício do Estado, consubstanciados no reconhecimento dos direitos do proprietário.

Chamam atenção a extinção do direito de preferência do proprietário e a manutenção da autorização ou concessão somente a brasileiros ou sociedades organizadas no país.

1.2.1.1.9 Emenda nº 1, de 1969

A Emenda nº 1, de 1969, manteve as disposições sobre a propriedade, a forma de exploração dos recursos minerais e o direito de participação nos resultados da lavra, ausente o direito de preferência na exploração.

¹⁵ LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 5.

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º A participação de que trata o parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto sobre minerais.

Como se vê, não houve modificação, nesse particular, em face do texto original.

1.2.1.1.10 Constituição de 1988

A distinção entre propriedade do solo e do subsolo foi mantida na Constituição de 1988, que elencou dentre os bens da União os recursos minerais, inclusive do subsolo (artigo 20, IX) e assegurou ao proprietário do solo apenas a participação nos resultados da lavra (art. 176), não havendo direito à preferência na exploração.

O §1º do artigo 176 condiciona o exercício da pesquisa e da lavra dos recursos minerais à autorização ou concessão da União. Em sua redação original, esse dispositivo permitia o exercício da atividade de mineração somente por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional. A partir da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, as autorizações ou concessões somente podem ser conferidas a brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Salienta-se a inovação introduzida pela Constituição Federal de 1988 ao determinar que lei deverá estabelecer as condições específicas quando a pesquisa e a lavra se desenvolverem em terras indígenas (artigo 176, §1º), e que, nesse caso, tais atividades somente podem ser efetivadas mediante autorização do Congresso Nacional, desde que ouvidas as comunidades afetadas e assegurada a sua participação nos resultados da lavra (artigo 231, §3º).

1.3 SOLO

1.3.1 Solo rural

O solo rural constitui bem passível de apropriação privada destinado às atividades típicas do setor primário.¹⁶ Cumpre registrar que o potencial de aproveitamento econômico para a criação de gado ou plantio faz as terras ocupadas por indígenas alvo de ocupação, o que gera disputas judiciais, cujo exemplo significativo foi o julgamento da Petição 3.388/RR pelo Supremo Tribunal Federal.

1.3.2 Solo urbano

A propriedade do solo urbano é disciplinada pelo disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, que institui o plano diretor como o instrumento apto a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Tal disciplina faz-se necessária em função da intensa movimentação populacional ocorrida devido ao fenômeno da industrialização, reclamando a intervenção do Estado na luta pelo espaço urbano mediante a edição de leis aptas a regular tal conflito, como o Decreto-Lei nº 58/1937, que dispôs sobre o compromisso de compra e venda de imóveis, a Lei nº 8.245/1991, referente a

¹⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 192-194.

locações, e a Lei nº 4.380/1964, que estruturou o Sistema Financeiro da Habitação.¹⁷

Cumprir mencionar, também, a Lei nº 6.766/1979, que prevê a possibilidade de parcelamento do solo urbano, que pode ser efetivada mediante loteamento, disciplinado como a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificação ou ampliação das vias existentes. Estes também podem ser parcelados por desmembramento, assim entendido a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Mais recentemente o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, disciplinando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

Qualifica-se, portanto, o solo como urbano quando ordenado a cumprir o destino urbanístico a que fica vinculado o proprietário.¹⁸

Embora a maior parte das disputas entre proprietários e indígenas levadas ao Poder Judiciário digam respeito ao solo rural, há, também, lides que versam sobre a ocupação do solo urbano.¹⁹

1.4 SUPERSOLO

Os recursos do supersolo compreendem a biodiversidade, objeto de proteção internacional, a exemplo da Convenção de Ramsar sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, que objetiva a proteção de alagados e de toda a fauna e flora ali existentes, assinada pelo Brasil em setembro de 1993 e ratificada em maio

¹⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 207-210.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 71.

¹⁹ Cf. BRASIL. Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Interdito Proibitório nº 2005.71.00.023683-6/RS. Município de Porto Alegre v. Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre RS. Juiz Federal Marcelo de Nardi, aguarda julgamento de superior instância. Disponível em: http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2005.71.00.023683-6&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

de 1996; a Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagem em Perigo de Extinção, em vigor no Brasil desde 1975, que visa a proteção da fauna e da flora silvestres; a Convenção sobre Diversidade Biológica, ratificada pelo Brasil em 1994, que se trata de uma convenção-quadro, genérica, a ser complementada por protocolos específicos mais precisos.²⁰

A fauna compreende os animais domésticos, classificados como bens semoventes, e os não-domésticos, considerados coisa de ninguém, e é disciplinada pelas Leis nº 5.197/1967 (Código da Caça) e nº 11.959/2009 (Código da Pesca).²¹ Cumpre mencionar, também, a flora, entendida como o conjunto da vegetação de um país ou região, que compreende a floresta, assim considerada a vegetação cerrada dotada de árvores de grande porte cobrindo extensão contínua, os produtos do extrativismo vegetal, como os frutos silvestres, a madeira, o látex da seringueira e as águas.²²

²⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 102-105.

²¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 226.

²² *Ibidem*, p. 237-245.

2 A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A propriedade pode ser conceituada como um feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar o objeto²³. O artigo 1.228 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) define a propriedade como o direito de usar, gozar, dispor da coisa e de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Caio Mário da Silva Pereira entende a propriedade como um direito que compreende o poder de agir diversamente em relação à coisa usando, gozando ou dispondo dela²⁴.

O referido artigo também dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, e evitada a poluição do ar e das águas.

O tratamento constitucional do instituto da propriedade decorre da ideologia adotada pelo legislador constituinte. Tais disposições constitucionais constituem as bases da política econômica a ser efetivada. O direito positivo concretiza, portanto, a ideologia constitucionalmente adotada.

As diferentes disciplinas adotadas pelas constituições brasileiras referentes à propriedade dos recursos minerais revelam a progressiva proteção conferida pelo Estado a uma atividade industrial estratégica. Conforme esclarece Washington Peluso Albino de Souza:

A orientação monopolizadora do Estado nestes setores, veementemente combatida pela iniciativa privada, que mais uma vez tentou abalá-la com a bandeira da “desestatização” em “lobbies” milionários junto aos constituintes, tem sido, no entanto, a busca de reversão de um modelo colonialista de exportação de matérias-primas para as metrópoles econômicas e políticas.²⁵

Como se verá, não somente a propriedade desses recursos, mas também o desenvolvimento da atividade de mineração é objeto de proteção.

²³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 68.

²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 122.

2.1 PROPRIEDADE PRIVADA E PROPRIEDADE PÚBLICA

A propriedade privada é prevista pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental e como princípio da ordem econômica (arts. 5º, XXII e 170, II). O objeto da propriedade pública são os bens públicos ou de titularidade do Estado, conforme detalhado no item 2.2.3 – Bens públicos.²⁶

2.2 Regimes de propriedade imobiliária

A propriedade de bens imóveis adquire-se por transcrição, sucessão, usucapião e acessão.

A transcrição, regulada nos artigos 1.245 a 1.247 do Código Civil, constitui a publicidade conferida ao título translativo por meio do registro público, apto a operar a transferência do bem²⁷.

A acessão (arts. 1.248 a 1.259 do Código Civil) consiste no aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade devido a forças externas, e pode efetivar-se pela formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono do álveo, por plantações ou construções. Há formação de ilha quando surge uma extensão de terra em um rio; aluvião consiste no acréscimo paulatino de terras que o rio deixa naturalmente nos terrenos ribeirinhos e o que se forma pelo desvio das águas (aluvião própria) ou o acréscimo que se forma quando parte do álveo se descobre em razão do afastamento das águas (aluvião imprópria); a avulsão efetiva-se com o desprendimento, por força natural e violenta, de uma porção de terra que se vai juntar ao terreno de outro proprietário; o abandono do álveo ocorre com o abandono total e permanente do leito mediante a ação de forças naturais. Formação de ilhas, aluvião, avulsão e abandono de álveo constituem casos de acessão natural. Por sua vez, plantações ou construções constituem acessão artificial ou industrial, que podem ser efetivadas por meio de sementeira, plantação e edificação, adotando-se o princípio de que o acessório segue o principal, ou seja, o que se incorpora ao solo passa a pertencer ao seu proprietário.

²⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 155-156.

²⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 157-158.

A usucapião (artigos. 1.238 a 1.244 do Código Civil) é a aquisição da propriedade pela posse continuada durante certo tempo, exercida com a intenção de possuir como dono, de forma mansa, pacífica e contínua.²⁸

A forma extraordinária de usucapião possui como requisitos apenas a posse sem interrupção ou oposição durante certo prazo e com intenção de possuir como dono. Por sua vez, a usucapião ordinária, além desses requisitos, exige o justo título e a boa fé, conseqüentemente, encurtando-se o prazo. A expressão justo título corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência do domínio, ou seja, todo negócio jurídico apto a transferir a propriedade. Entretanto, a ineficácia desse título, gerada pelo fato de não ser o transmitente proprietário da coisa, não gozar do direito de dispor, transferir por ato nulo de pleno direito ou por erro no modo de aquisição, enseja a possibilidade de aquisição mediante usucapião. A boa fé afigura-se quando o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa.²⁹ A usucapião especial pode ser rural ou urbana, podendo essa ser coletiva, conforme previsto no artigo 10 da Lei nº 10.257/2011 (Estatuto da Cidade). Cita-se, também, a usucapião instituída no Código Civil pela Lei nº 12.242/2011, consistente na aquisição do domínio integral do imóvel cuja propriedade era dividida com o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar.³⁰ Por fim, menciona-se a usucapião constante no artigo 33 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que incide sobre trecho de terra inferior a 50 (cinquenta) hectares ocupado por silvícola durante 10 (dez) anos consecutivos.

A aquisição da propriedade por sucessão causa mortis efetiva-se a título de legítima ou por disposição testamentária, conforme regulado pelo Livro V do Código Civil.

2.2.1 Propriedade urbana

A propriedade urbana é resultado da projeção da atividade humana e é destinada ao exercício das funções urbanísticas. É formada e condicionada pelo

²⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 180.

²⁹ *Ibidem*, p. 185-189.

³⁰ *Ibidem*. p. 184.

direito urbanístico para o fim de cumprir sua função social específica de propiciar habitação, condições de trabalho, recreação e circulação humana.³¹

O artigo 182, §2º, da Constituição Federal de 1988 condiciona a função social da propriedade urbana ao cumprimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade constantes no plano diretor.

O §4º do mesmo artigo faculta ao Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública (desapropriação-sanção).³²

2.2.2 Propriedade rural

A Lei nº 8.629/1993, art. 4º, inciso I, conceitua imóvel rural como o destinado à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial. A Constituição Federal de 1988 estabelece a desapropriação do imóvel rural que não cumpra sua função social para fins de reforma agrária, mediante prévia indenização em títulos públicos, resgatáveis em até 20 (vinte) anos (art. 184).

O artigo 186 estabelece que a função social do imóvel rural é atendida quando cumpridos, simultaneamente, os requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 admite, também, a usucapião de imóvel rural (usucapião especial) com até 50 (cinquenta) hectares, que sirva de moradia e seja tornado produtivo pelo trabalho, conforme mencionado no item 2.2 Regimes de propriedade imobiliária.³³

2.2.3 Bens públicos

³¹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67.

³² *Idem*.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107-108.

Rodrigo Octávio leciona que o domínio público compreende os bens destinados ao uso indistinto e coletivo dos indivíduos, bens imprescritíveis, que se acham fora do comércio e não são passíveis de apropriação particular por qualquer dos meios de direito.³⁴ Esclarece, também, que formam o domínio público os logradouros públicos, as praias e mares costeiros e os rios e lagos navegáveis e fluviáveis.³⁵

O Código Civil de 2002 esclarece que os bens públicos se dividem em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum do povo (ruas, praias, estradas, praças) não se subordinam a qualquer discriminação ou ordem especial de fruição ou utilização, estão fora de comércio e são os únicos inalienáveis e imprescritíveis.³⁶ Por sua vez, os bens públicos de uso especial têm sua fruição atribuída por lei a determinada pessoa ou destinam-se à utilização pelo Poder Público para a concretização de sua função. Por fim, os bens públicos dominicais são os não afetados à utilização direta e imediata do povo, ou seja, constituem bens privados do Estado.³⁷

2.3 REGIMES ESPECÍFICOS DE BENS PÚBLICOS

2.3.1 Terras devolutas

Segundo Octávio, a propriedade das terras no Brasil foi constituída por concessões de sesmarias e por simples posses, sendo progressivamente transferidas do patrimônio do Estado para o domínio privado, expressa ou tacitamente e, em sua maior parte, a título gratuito.

Com o objetivo de regularizar tal situação, a Lei nº 601, de 18/09/1850, estabeleceu o domínio privado do Estado sobre as terras devolutas, assim compreendidas as que a) não eram aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; b) não estavam sob o domínio particular por qualquer título

³⁴ OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 62.

³⁵ *Ibidem*. p. 65.

³⁶ MELO, Albertino Daniel de. **Teoria geral dos bens – um ensaio jurídico**. Revista Forense, Rio de Janeiro, abril a junho de 1982. p. 17.

³⁷ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 657-658.

legítimo, sesmarias ou concessões, incursas ou não em comisso³⁸; e c) não eram possuídas legitimamente.

A mencionada lei determinou que as terras devolutas, vendidas e demarcadas, deviam ser cedidas a título oneroso para empresas particulares e colônias de nacionais e estrangeiros, e estatuiu os modos regulares de revalidar as concessões de sesmarias e legitimar a ocupação das terras simplesmente possuídas. Determinou, também, que as terras do domínio privado do Estado localizadas em uma zona de dez léguas nas fronteiras do Brasil podiam ser concedidas a título gratuito, com o objetivo de promover o rápido povoamento.³⁹

João Mendes Junior esclarece que a referida lei estabeleceu regras para revalidação das sesmarias e concessões dotadas de princípio de cultura e morada habitual. Também estabeleceu regras para legitimação e registro das posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária e cultivadas ou com princípio de cultura. O autor sinala, também, que a lei reservou das terras devolutas as necessárias para a fundação de povoações, para a abertura de estradas e para a colonização por indígenas, e explica que, obviamente, os índios que moravam em terras longínquas ou desconhecidas não podiam praticar tais atos para o processo de legitimação e registro, o que possibilitou a formação de registros fundados em invasões e expulsões que geraram lutas e carnificinas. Segundo João Mendes Junior:

Bem se compreende que o Legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existissem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois, o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem.

(...)

Em suma, quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estáveis: essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de Abril de 1680, que as reserva até na concessão das sesmarias.⁴⁰

³⁸ “O comisso se opera como sanção pelo escoamento dos prazos marcados na lei para o adimplemento das formalidades posteriores e, assim, depende do início do processo consequente à concessão.” OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 119.

³⁹ *Ibidem*, p. 115-117.

⁴⁰ JUNIOR, João Mendes. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ Hennies Irmãos, 1912. p. 56-60.

Por sua vez, o Regulamento nº 1.318, de 30/01/1854 declarou que as terras devolutas eram reservadas para aldeamento dos indígenas nos distritos onde existissem “hordas selvagens”.

Acerca da disciplina das terras devolutas também leciona Celso Bastos:

Originariamente pertenciam elas à Coroa portuguesa que as trespassou, em parte, aos particulares, sob diversas formas de doação (concessão de ‘sesmarias’ e de ‘data’). Com a Independência, à Coroa sucederam o Império e a República como proprietários das terras públicas que, ainda, sob qualquer forma, não houvessem sido transferidas às pessoas privadas. Daí resultar o princípio vigente até hoje segundo o qual são do domínio público todas as terras relativamente às quais não possam os particulares, através de títulos hábeis, fazer prova da sua propriedade.

O fato é que nem todas as terras foram trespassadas do domínio público para o particular, ou, embora o tendo sido, muitas delas volveram a pertencer à Nação, em razão de não cumprirem os donatários com os ônus que lhes incumbiam. Pois bem, a estas terras, cujo domínio jamais saiu do Poder Público (ou tendo saído a ele tornou), e que não se encontrem afetadas a uma utilização pública, dá-se-lhes o nome de devolutas.⁴¹

A Constituição Federal de 1988 estabelece que são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental (artigo 20, II). As demais terras devolutas constituem bens dos estados.

2.3.2 Terras de marinha

O Decreto nº 4.105, de 22/02/1868, determinou que os terrenos de marinha eram todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, iam até a distância de 33 metros para a parte da terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar médio. Por sua vez, eram considerados terrenos acrescidos aos terrenos de marinha os formados natural ou artificialmente do ponto do preamar médio para a parte do mar ou rio.⁴²

A definição atual encontra-se no Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002. p. 108.

⁴² OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924. p. 145.

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

Por força do inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, os terrenos de marinha e seus acrescidos constituem bens da União.

2.3.3 Faixa de fronteira

A Constituição Federal de 1988 dispôs que a faixa de fronteira compreenderá 150 quilômetros de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, pois é considerada indispensável à defesa nacional.⁴³

A Lei nº 6.634/1979 veda a instalação, nesta faixa, de empresas dedicadas à pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais, exceto aqueles de imediata aplicação na construção civil, salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional (art. 2º, IV, a). As empresas que se dedicarem a essas atividades deverão ter pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital pertencente a brasileiros, pelo menos dois terços de trabalhadores brasileiros e gerência ou administração composta por maioria de brasileiros com poderes predominantes.

2.3.4 Terras indígenas

O artigo 20, XI, da Constituição Federal de 1988 elenca dentre os bens pertencentes à União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a eles assegurando os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assim entendidas as 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 à sua reprodução física e cultural,

⁴³ GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 59.

segundo seus usos, costumes e tradições, destinando-as à sua posse permanente (artigo 231, §§1º e 2º).

Considerando que no Direito Civil a posse é a exteriorização da propriedade e, no caso das terras ocupadas pelos índios, não há falar em propriedade, faz-se necessário esclarecer o conceito de “posse” constante no artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

Souza Filho esclarece que:

... a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão-somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos, costumes e tradições. Não é, portanto, categoria de terra pública. Não é tampouco terra particular, privada, da comunidade ou povo indígena. Sendo assim, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade, propriedade não é.⁴⁴

A partir dessas considerações, passa-se ao exame do conceito de “posse indígena”.

2.3.4.1 Posse indígena

Para estabelecer o conceito de posse indígena faz-se necessário estudar os institutos da posse civil e do usufruto.

Há duas teorias que elucidam o conceito de posse civil: a teoria subjetiva, desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny, e a teoria objetiva, de Rudolf von Jhering.

Segundo a teoria subjetiva, a posse resulta de dois elementos: o *corpus*, que é o elemento material consistente no poder físico da pessoa sobre a coisa, e o *animus*, que consiste no elemento intelectual que representa a vontade de ter a coisa como sua. Logo, a simples apreensão física, sem a intenção de tornar-se dono, caracteriza-se como simples detenção.⁴⁵

Por sua vez, a teoria objetiva entende que *corpus* é a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa. O elemento material da posse é a conduta externa da pessoa, não havendo necessidade de que a pessoa exerça o

⁴⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 123.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 32.

poder físico sobre a coisa. O *animus* caracteriza-se pela vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário, independentemente de querer ser dono, ou seja, é possuidor quem procede com aparência de dono. Portanto, posse é visibilidade do domínio.⁴⁶

O artigo 1.196 do Código Civil adota a teoria objetiva da posse: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade.” Existe posse, portanto, sempre que verificada a exteriorização da propriedade, deixando de existir quando extinto o exercício dos poderes inerentes ao domínio.⁴⁷

O usufruto, disciplinado nos artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil, consiste no direito temporário de desfrutar um objeto na totalidade de suas relações, sem alterar sua substância. Constitui direito real, que assegura ao titular o poder de utilizar a coisa alheia diretamente, de modo que o usufrutuário não tem a propriedade, que pertence ao nu-proprietário; é temporário, não podendo se prolongar além da vida do usufrutuário; e intransmissível, podendo ser cedido apenas o seu exercício.⁴⁸

O usufruto constitui-se por determinação legal, como o dos pais quanto aos bens dos filhos menores (art. 1.689 do Código Civil); pela vontade, mediante negócio jurídico como testamento ou contrato; e por usucapião, que pode ser ordinária (que exige os requisitos justo título e a boa fé) ou extraordinária (que exige apenas a não interrupção ou oposição durante certo prazo e a intenção de possuir como dono).⁴⁹

São direitos do usufrutuário a) possuir a coisa e, portanto, utilizar os remédios possessórios contra terceiros e contra o nu-proprietário, b) fruir as utilidades da coisa, ou seja, utilizá-la conforme sua destinação e tirar todas as vantagens e proveitos do uso, c) perceber os frutos da coisa, d) administrar a coisa, respeitando sua destinação econômica, e e) ceder o exercício do usufruto a título gratuito ou oneroso, ressaltando-se que o direito em si é intransmissível, podendo ser objeto de cessão apenas o seu exercício, que será extinto em caso de morte do titular do direito.⁵⁰

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15-16.

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 36.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 309-311.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 317-318.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 319-320.

Enquanto perdurar o usufruto, constituem obrigações do usufrutuário conservar a coisa, que deve ser devolvida ao proprietário no mesmo estado em que foi recebida, fazer as reparações ordinárias visando a manter a coisa no estado em que a recebeu e pagar certas contribuições, como os impostos reais devidos pela posse.⁵¹

Por sua vez, a posse indígena é prevista nos artigos 198 e 231 da Constituição Federal de 1988, a seguir transcritos:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas 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.

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.

Os conceitos “posse indígena” e “usufruto” também constam nos artigos 22 a 25 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), a seguir transcritos:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades

⁵¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 321.

existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

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

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

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

Para bem entender as disposições constitucionais que asseguram aos índios o direito sobre tais terras, faz-se necessária a incursão sobre o olhar antropológico. Com efeito, tal proteção constitucional é fundamentada no reconhecimento das diferentes visões de mundo que embasam a relação do ser humano com o meio e a satisfação de suas necessidades. A tendência à percepção das categorias culturais como se fossem universais tem fundamentado críticas às regras constitucionais, não atentando, no entanto, para o reconhecimento das diferentes cosmovisões que norteiam tais dispositivos. Acerca da observância a essas diferenças leciona Camargo ao tratar do papel desempenhado pelos silvícolas na integração econômica da América Latina:

Estes dados, aparentemente de relevância mais sociológica do que jurídica, têm implicações sérias quanto à efetivação jurídica dos objetivos da integração. Se esta é posta como um desiderato, não se pode negar que tendem a ser afetados, conforme anteriormente dito, os interesses das tribos que se acham nos espaços territoriais em que autoridades reconhecidas de acordo com normas de um contexto cultural a eles completamente estranho pretendem fazer valer os respectivos poderes. Deveriam tais tribos, dentro da lógica da superioridade europeia, ser eliminadas por estorvarem o desenvolvimento da integração econômica ou, dentro da mesma lógica, ser convencidas, ainda que à força, das vantagens de se integrarem ao modo de vida europeu? Ou, pelo contrário, será que já não é tempo de perceber, como bem acentua Washington Peluso Albino de Souza, que a riqueza antropológica integra também o patrimônio cultural, que uma política econômica articulada com a preservação desse patrimônio tem sido responsável, sob a ótica do capitalismo, pela majoração dos rendimentos no que toca a empregos, lucros ou divisas, além de facilitar a integração entre nações diversas ou entre regiões diferentes dentro de um mesmo Estado? Isto é de ser lembrado, máxime ante a Convenção 169/OIT, mercê da qual também a cultura havida por primitiva merece o respeito que nutrimos pela cultura greco-romana.⁵²

⁵² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia pública e direito econômico: o encontro das águas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 203-204.

O caráter ilusório que se manifesta na tendência a conceber as categorias construídas para o contexto cultural cristão-ocidental como universais é explicada por David:

De que valem as nossas distinções de direito público e direito privado, de civil e de comercial, de direito imperativo e supletivo, de lei e regulamento, de direitos reais e direitos de crédito, de móveis e imóveis? Aquele que apenas estudar o direito francês considera estas oposições naturais e é tentado a atribuir-lhes um caráter necessário. O direito comparado faz-nos ver que não são aceitas em toda a parte, que podem estar em declínio ou mesmo ter sido abandonadas em certos países; mais que a sua origem, o direito comparado nos leva a interrogarmos sobre a sua justificação e o seu alcance reais no sistema do nosso direito nacional atual.⁵³

Porém, o mundo de hoje não é o mesmo. Estamos cada vez mais frequentemente em relação com homens, com juristas, que receberam uma formação diferente da nossa, não raciocinam seguindo os mesmos métodos, empregam conceitos distintos dos nossos, possuem uma visão do mundo e uma concepção do direito diferentes das nossas. São necessários, portanto, comparatistas para instruírem os juristas, antes que eles encontrem dificuldades para compreender os seus interlocutores e fazer-se compreender por eles; esta é a principal explicação para o moderno desenvolvimento dos cursos e dos institutos de direito comparado.

(...)

Vivendo em sociedade onde o direito é altamente considerado e olhado como apto para regular os mais variados aspectos das relações sociais, somos levados a pensar que o mesmo sucede em todos os países ou, pelo menos, em todas as sociedades que atingiram um nível de desenvolvimento comparável ao nosso. Somos levados a pensar também que o direito positivo é uma única realidade, esquecendo a antiga dualidade que durante séculos existiu, nos nossos próprios países, entre o direito tal como era ensinado nas universidades e as regras segundo as quais os tribunais statuam.

Para quem quer ter em consideração um direito estrangeiro, é necessário ter presente no espírito que o direito, tal como aparece nas suas fontes formais, não constitui o único fator de modelação das relações sociais. As regras e os procedimentos jurídicos que nós consideramos essenciais podem num outro meio desempenhar apenas uma função subsidiária, quase supérflua, uma vez que entram em jogo outros princípios reguladores das relações sociais.⁵⁴

A ausência de correspondência entre as noções, e mesmo entre as categorias jurídicas admitidas nos diversos países, constitui uma das maiores dificuldades com que se depara o jurista desejoso de estabelecer uma comparação entre os diversos direitos. Espera-se, na verdade, encontrar regras de conteúdo diferente; mas haverá uma certa desorientação, quando não se encontrar em um direito estrangeiro um modo de classificar as regras que nos parecem pertencer à própria natureza das coisas.⁵⁵

⁵³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 10-11.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 13.

Segundo José Afonso da Silva, a relação entre o indígena e suas terras não é regida pelas normas do Direito Civil, pois não se trata de uma simples posse no sentido de exteriorização dos poderes de proprietário, a posse para explorá-las, mas da base do seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana.⁵⁶ Ainda segundo o Professor do Largo São Francisco:

A *posse* das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios *não é a simples posse* regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat* no sentido visto antes. Essa ideia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a ideia essencial de *permanência*, explicitada pela norma constitucional.⁵⁷ (grifos do autor)

A matéria também é elucidada por Scaff:

Para o silvícola o elemento terra é o local onde ele extrai sua sobrevivência, e onde cultua seus deuses. Para os indígenas, a terra não se traduz por mercadoria passível de alienação, sendo mais o resultado de um enraizamento de tradições que o aprisiona àquele solo, onde viveram também seus imemoriais antepassados.⁵⁸

A dimensão da questão referente ao elemento territorial na cultura indígena é esclarecida, ainda, por Souza Filho:

É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo. 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 a arte de cada povo.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 869.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Mineração em terras indígenas e ordem econômica e social constitucional**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 296, outubro a dezembro de 1986. p. 154.

Na década de 70 o regime autoritário promoveu várias transferências de povos para territórios diferentes. A história dos nambiquaras e dos Paraná são eloquentes que dispensam teorizações. Os Paraná foram transferidos para o Parque Indígena do Xingu e passaram vinte anos em verdadeiro exílio, sempre pensando no retorno, até que conseguiram encontrar uma parte de seu território ainda desocupada e, por meio de ações judiciais e pressão política, retornaram recuperando a sua identidade quase perdida. Destituir, assim, um povo de seu território equivale a condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos.⁵⁹

Para o pensamento indígena, a natureza constitui a matriz através da qual se torna possível compreender a sociedade, pois toda atividade humana constituir-se-ia num contraponto à natureza, pautada pela necessidade de estabelecer o equilíbrio entre ambas. Para isso, tal raciocínio utiliza-se de categorias empíricas como céu e terra, alto e baixo, cru e cozido. Segundo Lévi-Strauss:

Seria, portanto, ingênuo de nossa parte imaginar que existe sempre e por toda parte uma correlação simples entre representações míticas e estruturas sociais, expressa por meio das mesmas oposições (...). Tal raciocínio significaria negligenciar, antes de mais nada, um fato: o número de oposições utilizadas pelo pensamento mítico varia segundo os grupos. Certos grupos se contentam em opor o céu e a terra, o alto e o baixo. Outros subdividem essas categorias unitárias em subcategorias, que utilizam para exprimir oposições não menos fundamentais do que as primeiras. Assim, a oposição macho/fêmea pode pertencer inteiramente à categoria do alto, em que dois princípios coexistirão (ou entrarão em choque), na forma da lua e do sol, se esses corpos celestes forem dotados de sexos diferentes, ou da estrela vespertina e da estrela matutina, do céu atmosférico e do firmamento etc.⁶⁰

De outra parte, cumpre frisar que a previsão constitucional da posse ecológica objetiva reconhecer a presença de diferentes elementos étnicos no Brasil, que resultam em uma cultura baseada no sincretismo. A formação de uma nova cultura a partir da dialética entre diferentes cosmovisões é presente no estudo de Washington Peluso Albino de Souza, valendo notar que a referência original ao “Aleijadinho” pode estender-se a toda formação cultural que decorra da síntese de tradições distintas:

Repete-se com esta, por seu turno, o que se verifica com as demais culturas, pois que nenhuma delas pode furtar-se à influência dos componentes que as integram e se afirmam num “sentido de conjunto”, de harmonia geral, embora contendo em seu bojo os dados contraditórios que lhe garantem a unidade a partir da diversidade. A ideia (de “Aleijadinho”)

⁵⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 120.

⁶⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **O cru e o cozido**. São Paulo: Cosac Naify, 2004. p. 376.

que nos é transmitida está carregada destas forças internas contraditórias que definem a estrutura e o equilíbrio das culturas e são condicionantes de sua evolução, de suas adaptações históricas, das modificações progressivas ou regressivas que lhes garantem a própria existência. Nem se confunda, entretanto, cultura com uma “colcha de retalhos”, como bem adverte Malinowski. Longe de se compor de “tiras e de farrapos”, nela encontramos todos os elementos afirmativos da vida social, harmonizados, entrosados e interinfluindo-se.⁶¹

Registra-se, por oportuno, o entendimento de que a síntese de diferentes elementos não implica em uma tentativa de assimilação, com objetivos políticos, por uma cultura supostamente dominante, mas apenas reconhece que a interação entre elementos diversos, embora enseje a autorreflexão, também implica na impossibilidade de manter estáticos tais elementos.

O objetivo das disposições constitucionais vigentes funda-se, portanto, nas diferentes cosmovisões dos grupos que compõem a sociedade.

Essas observações fazem-se necessárias para demonstrar as razões por que muitas das observações feitas em torno das demarcações como um entrave ao desenvolvimento econômico radicam em pressupostos que não se coadunam com a visão de mundo das populações interessadas.

2.3.5 Disciplina da atividade de mineração

O Decreto-lei nº 227/1967, que instituiu o Código de Mineração, estabeleceu os seguintes regimes de aproveitamento de substâncias minerais:

- a) autorização, expedida mediante alvará do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral, que autoriza ao interessado a realização de pesquisa com o objetivo de fazer a prospecção da jazida mineral (artigo 2º, II);
- b) concessão, decorrente de Portaria do Ministro de Minas e Energia, que outorga a lavra mineral, geralmente ao pesquisador, visando à exploração industrial da jazida (artigo 2º, I);
- c) licenciamento, obtido perante a Prefeitura e registrado no DNPM, que assegura ao proprietário do solo o aproveitamento de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil (artigo 2º, III e Lei nº 6.567/1978);

⁶¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. “**Aleijadinho**” símbolo de cultura autônoma. Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 48, janeiro de 1979, p. 7-8.

- d) permissão de lavra garimpeira, expedida mediante Portaria do Diretor-Geral do DNPM, conceituada pela Lei nº 7.805/1989 como o aproveitamento imediato de jazimento mineral que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possa ser lavrado, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa (art. 1º, parágrafo único); e
- e) monopolização, a que estão submetidas substâncias minerais regidas por leis especiais, como o petróleo, gás e materiais nucleares (artigo 2º, V).⁶²

A referida norma conceitua pesquisa como a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico (art. 14), somente podendo ser outorgada a autorização a brasileiros, pessoa natural, firma individual ou empresas legalmente habilitadas (artigo 15).

Lavra é conceituada como o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis até o seu beneficiamento (artigo 36 do Decreto-Lei nº 227/67).

Garimpagem é definida como o trabalho individual de quem utiliza instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em garimpos (artigo 70, I, do Decreto-Lei nº 227/67).⁶³ Ressalta-se que a permissão de lavra garimpeira não se aplica a terras indígenas, conforme disposto no artigo 231, §7º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 23 da Lei nº 7.805/1989.

Para viabilizar as atividades de pesquisa e lavra, o Decreto-Lei nº 227/67 instituiu servidões de solo e subsolo da propriedade onde se localiza a jazida e das limítrofes (artigo 59), mediante indenização prévia do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes da ocupação (artigo 60), para viabilizar a construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias, a abertura de vias de transporte e linhas de comunicações, a captação e adução de água necessária aos serviços de mineração e ao pessoal, a transmissão de energia elétrica, o escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento, a abertura de passagem de pessoal e material, de conduto de ventilação e de energia elétrica, a utilização das aguadas

⁶² LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 30 e 35.

⁶³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 481.

sem prejuízo das atividades pré-existentes e o bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho (artigo 59, parágrafo único, “a” a “h”).

Cumprе ressaltar que a Lei nº 6.001/1973 prevê a prerrogativa da União de intervir em área indígena para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional (artigo 20, §1º, f).

Menciona-se, também, que a disciplina da atividade de mineração é permeada pela responsabilidade ambiental. A Constituição Federal de 1988 determina que aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão competente, na forma da lei (art. 225, §2º). Segundo Paulo Affonso Leme Machado, trata-se de uma das formas de responsabilidade jurídica da exploração ambiental⁶⁴. Esclarece-se que o dever de recuperar o meio ambiente abrange a atividade de pesquisa mineral, conforme determina o art. 19 da Lei nº 7.805/89: “o titular de autorização de pesquisa, de permissão de lavra, de concessão de lavra, de licenciamento ou de manifesto de mina responde pelos danos causados ao meio ambiente.”

O dever de evitar-se a poluição e, não se pode negar, o perigo de uma empresa mineradora extinguir-se ou até ficar insolvente após a exploração de uma mina, obriga a que a atividade de recuperação seja realizada ao mesmo tempo em que se faz a exploração dos recursos minerais.⁶⁵

A recuperação da área deve ser efetuada juntamente com a exploração. Além disso, cumpre a quem explorar os recursos minerais não cometer degradação também no momento da recuperação.

Também dispõe o artigo 47 do Decreto-Lei nº 227/1967 (VIII a XI) que cumpre ao titular da concessão responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra, promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local, evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos, evitar poluição do ar e da água e proteger e conservar as fontes.

Devido ao papel relevante que desempenha na economia e aos conhecidos efeitos colaterais, as Constituições do Brasil estabeleceram restrições à prática da

⁶⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 696.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 699.

atividade de mineração. A disciplina referente à restrição da exploração das riquezas do subsolo por empresas estrangeiras tem início com a Emenda Constitucional de 1926 à Constituição de 1891 e perpassa os demais diplomas constitucionais vigentes no Brasil desde então, que adotaram diferentes fórmulas com o intuito de restringir a participação de estrangeiros na atividade. Sinala-se que a doutrina diverge sobre tal objetivo, conforme se extrai da lição de Darcy Azambuja, que entende que a participação de acionistas estrangeiros não apenas era permitida, mas também estimulada⁶⁶:

A Constituição de 1934 dispunha que as empresas de mineração fossem organizadas no Brasil, isto é, fossem brasileiras, e tanto a sua interpretação como a legislação ordinária permitiam que ditas empresas admitissem acionistas estrangeiros.

A Constituição de 1937 determinou que essas empresas fossem “constituídas exclusivamente por brasileiros”.

A Constituição de 1946 restabeleceu o texto da de 1934, exigindo somente que tais empresas sejam “organizadas no país”.

A atual Constituição, sempre que entendeu proibir ou restringir a participação de estrangeiros em determinadas empresas brasileiras, o fez expressa e categoricamente. A conclusão se impõe por si mesma: a atual Constituição permite a participação de acionistas estrangeiros nas empresas de mineração.

E é fácil demonstrar que não somente permite como também tem por fim o preceito constitucional estimular, atrair a participação de acionistas estrangeiros nessas empresas.

Por sua vez, quanto à restrição à autorização ou concessão para estrangeiros, Pontes de Miranda⁶⁷ entende que:

A regra jurídica do art. 161, § 1º, não é regra jurídica de monopólio, nem, a *fortiori*, de estatalização. Trata-se, simplesmente, de regra jurídica de *capacidade de direito*. Como regra jurídica de legitimação ativa, diz-nos que Brasileiros e sociedades organizadas no país *podem* obter autorizações ou concessões para aproveitamento de recursos minerais e de energia elétrica. Lida como regra jurídica de exclusão (= de incapacidade de direito), por ela ficam excluídos da legitimação ativa os estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, e as sociedades que não se organizaram no Brasil (= as sociedades organizadas no estrangeiro), mesmo se brasileiras. (grifos originais)

Quaisquer autorizações ou concessões só se conferem a Brasileiros ou empresas organizadas no Brasil (quer dizer – não basta serem pessoas jurídicas de direito brasileiro, nem, portanto, pessoas jurídicas somente regidas pelo direito brasileiro): exige-se que, desde a organização, só o Brasil seja interessado, para que não haja reclamação quanto à proteção de

⁶⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Empresas de mineração – faixa da fronteira – estrangeiros**. Revista Forense, Rio de Janeiro, Maio, 1951. p. 391.

⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1 de 1969. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 284.

capitais estrangeiros invertidos no Brasil. (A Constituição não disse que hão de ser pessoas jurídicas brasileiras, ou pessoas jurídicas só regidas pelo direito brasileiro; a Constituição exigiu mais: exigiu que se organizem no Brasil, para que algum elemento dela não permita que outro Estado se repute interessado e possa intrometer-se, negocial ou diplomaticamente, no assuntos a que se refere o art. 168, §1º. Não é usual a referência à organização; surgiu diante de certas tendências no direito a distinguir a nacionalidade ou ligância estatal e a submissão a certa lei, ao passo que, antes, o estatuto jurídico determinava a nacionalidade).

De fato, a Emenda Constitucional de 1926 proibiu a transferência a estrangeiros das minas, jazidas e terras onde estivessem localizadas, quando necessárias à segurança e defesa nacionais. A Constituição de 1934, por sua vez, que inaugurou o sistema dualista de propriedade, determinou que as autorizações ou concessões para aproveitamento industrial das minas e jazidas seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil (art. 119, §1º). A determinação da Constituição de 1937 referiu-se à possibilidade de aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais mediante autorização federal concedida a brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, disposição que foi mantida pela Lei Constitucional nº 6 de 1942. As Constituições de 1946 e 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 restringiram o aproveitamento de recursos minerais à autorização ou concessão federal concedidas a brasileiros ou sociedades organizadas no país. Por sua vez, a Constituição de 1988 condicionou o aproveitamento das jazidas e recursos minerais à autorização ou concessão da União concedida a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional. Por fim, a Emenda Constitucional nº 6/1995 alterou tal redação para autorizar o desenvolvimento da atividade por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país.

A diversidade de definições adotadas pelos textos constitucionais enseja a necessidade de esclarecer o tema da nacionalidade da pessoa jurídica, que, conforme explica Barbosa Lima Sobrinho⁶⁸, possui diversas variáveis a serem consideradas:

Discute-se tudo, até mesmo o critério para a classificação dos sistemas adotados. Loussouarn, por exemplo, distingue entre os critérios fundados no contrato e os que se baseiam na nacionalidade dos sócios ou na personalidade jurídica da entidade. Lefebvre d'Ovidio admite, também, três sistemas gerais: o da constituição da sociedade, o da sede social e o do

⁶⁸ SOBRINHO, Barbosa Lima. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963. p. 67-68.

controle econômico, nas suas diferentes fórmulas de aplicação. Espínola fala em seis sistemas: o da autorização, o da nacionalidade dos sócios, o do lugar da constituição da sociedade, o da qualidade dos destinatários (no caso das fundações), o do centro da exploração e o da sede social. Gordon vê apenas dois sistemas gerais: a concepção continental europeia fundada na sede social, e a anglo-saxônia, baseada no lugar da constituição da sociedade.

O referido autor entende que os critérios referentes à nacionalidade estrangeira dos sócios da pessoa jurídica e o lugar onde residem exercem papel preponderante sobre os demais critérios adotados pelos textos constitucionais, pois, revelariam a sua intenção de participação na comunidade nacional.

Os critérios do controle econômico podem ser diretos ou indiretos, desdobrando-se em novos sistemas jurídicos. No fundo, todos os sistemas procuram a sua base num fator, que traduza a influência dominante na pessoa jurídica. O próprio critério da sede social subentende o domínio da sociedade pela assembleia de acionistas, ou pela diretoria, fixadas na sede social. O critério da autorização pressupõe que a sociedade seja autorizada, ou que se venha a constituir, no lugar em que se encontram os capitais que a controlam. Mas a convicção de que todos esses critérios falham e a certeza de que pode haver uma oposição irredutível entre a pessoa dos sócios ou os capitais investidos e a nacionalidade resultante de um daqueles outros critérios, levou os doutrinadores e as legislações a procurarem sistemas mais identificados com o controle econômico.⁶⁹

(...) E a verdade é que, na realidade da vida, não há como separar totalmente a pessoa jurídica das pessoas dos sócios que a compõem. Quem representa a vontade suprema da sociedade? Sua direção, sem dúvida. Mas quem vota nas assembleias gerais? São, de certo, pessoas físicas. Por isso todos sabemos quem controla, efetivamente, tal ou qual pessoa jurídica. Conhecemos as pessoas que as dominam. Sabemos-lhes os nomes. E isso é uma realidade, que ninguém consegue destruir, ou apagar. Não há, pois, como separar de todo a pessoa jurídica das pessoas físicas que a integram, senão por força de uma ficção. A pessoa jurídica é uma construção jurídica. Mas se a procurarmos, se queremos estabelecer relações comerciais com ela, fechar transações, concluir contratos, há que procurar sempre alguma pessoa física, dirigir-se a ela, merecer-lhe a atenção, conquistar-lhe a boa vontade. Ora, se uma pessoa física tem essa influência e esse poder na pessoa jurídica, seria fugir à realidade não levar em consideração a sua presença ou a sua atividade.⁷⁰

Há uma realidade na pessoa moral, mas essa realidade está sujeita a outra realidade, ou por ela influenciada: é a das pessoas físicas que a integram. Sem a pessoa física, a sociedade não existiria nem funcionaria. Basta a presença dessa necessidade, para estabelecer uma interdependência, que é uma realidade indiscutível ou irrecusável. Quem dirige uma pessoa jurídica? Segundo a construção jurídica, uma diretoria e uma assembleia. Na realidade, dirigem-na as pessoas físicas que compõem essa diretoria e essa assembleia. Se aceitamos a tese da realidade da pessoa jurídica, é

⁶⁹ SOBRINHO, Barbosa Lima. A nacionalidade da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963. p. 85-86.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 91.

para que essa realidade vá até o fim e admita, também, a realidade das pessoas físicas, que compõem a sociedade e a dirigem e controlam.⁷¹

Conforme exposto, a Constituição Federal de 1988 determina que a pesquisa e lavra dos recursos minerais somente podem ser efetuadas no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país (art. 176, §1º). Logo, não há autorização constitucional para que pessoas físicas estrangeiras desempenhem tais atividades. Quanto às pessoas jurídicas, necessário atentar, além das disposições constitucionais, para as regras sobre nacionalidade dispostas nas Leis nº 4.131/1962 e 6.404/1976.

A Lei nº 4.131/1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, determina que o registro dos reinvestimentos de lucro dos capitais estrangeiros será devido quando se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil controlada por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro (art. 3º, c e parágrafo único).

Por sua vez, a Lei nº 6.404/1976, que regulamenta as sociedades por ações, determina que a sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira (art. 265, §1º).

De outra parte, o artigo 269 da mesma lei determina que, quando constituído grupo de sociedades, a respectiva convenção deverá conter a declaração da nacionalidade do controle do grupo (inc. VII), que estará sob controle brasileiro se a sociedade de comando for controlada por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, pessoas jurídicas de direito público interno ou por sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle daquelas pessoas (parágrafo único).⁷²

Verifica-se, portanto, que ambas as leis adotam o critério do local onde residem as pessoas físicas para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica. Entende-se que, para efetivar a restrição ao desempenho da atividade de mineração por estrangeiros no Brasil, necessário observar também os requisitos quanto à nacionalidade das pessoas jurídicas.

⁷¹ SOBRINHO, Barbosa Lima. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963. p. 95.

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 519.

As disposições mencionadas permitem, portanto, identificar as pessoas aptas a desenvolver a atividade de mineração no Brasil, que reflete uma questão de soberania nacional.

Devido ao significativo impacto que causa no meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu restrições para o desenvolvimento da atividade de mineração em terras indígenas a fim de conferir efetividade aos dispositivos constitucionais que lhes asseguram a proteção da cultura, a manutenção da sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigos 231, caput e 210, §2º).

Além das já elencadas restrições à atividade de mineração, para que possa ser desenvolvida em terras indígenas a Constituição Federal de 1988 determina o cumprimento dos seguintes requisitos: edição de lei para a definição de condições específicas e para a participação dos indígenas no resultado da lavra (artigos 176, §1º e 231, §3º), oitiva das comunidades afetadas e autorização do Congresso Nacional para a pesquisa e a lavra (artigos 49, XVI e 231, §3º).

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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.

§ 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.

Santilli leciona que “até que o Congresso Nacional aprove lei regulamentando o cumprimento de tais exigências constitucionais, nenhuma atividade minerária pode ser desenvolvida em terra indígena.”⁷³

Conforme visto, a pesquisa e a lavra dos recursos minerais constituem atividades distintas. A primeira visa à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico; a segunda, à exploração da jazida, desde a extração das substâncias minerais até o seu beneficiamento. Vale frisar que a autorização de pesquisa não implica automaticamente em concessão de lavra e, portanto, entende-se necessárias duas autorizações distintas emitidas pelo Congresso Nacional, uma para a pesquisa e outra para a lavra.⁷⁴

De outra parte, a oitiva das comunidades afetadas visa a assegurar sua influência na decisão a ser adotada pelo Congresso Nacional. Santilli entende que o procedimento que melhor assegura a efetividade da oitiva das comunidades indígenas é a sua realização na área a ser afetada, conforme segue:

Entendemos ainda que a melhor forma de consulta às comunidades indígenas é através de audiência in loco, na própria Área Indígena afetada. Uma representação parlamentar teria a oportunidade de verificar as condições sociais, políticas e econômicas da localidade em que se desenvolveriam as atividades minerárias, avaliar diretamente os seus impactos e ouvir vários membros da comunidade indígena sobre o assunto. Esta seria a melhor maneira de se garantir uma consulta concreta e eficaz às comunidades indígenas e uma correta avaliação do projeto minerário em questão pelo Congresso Nacional.⁷⁵

Defende, também, que a escolha da empresa titular dos direitos de pesquisa e lavra dos recursos minerais em terras indígenas seja realizada por procedimento licitatório, com a finalidade de assegurar seja escolhida a que possuir melhor capacitação técnica, propostas de preservação ambiental e prevenção de impacto sobre as comunidades indígenas. Ao mesmo tempo, a licitação asseguraria isonomia no tratamento a todos os interessados em desenvolver essa atividade em terras indígenas, bem como a publicidade e a transparência do procedimento.⁷⁶

Indispensável, também, a realização de prévio estudo de impacto ambiental para fornecer informações aptas a subsidiar a tomada de decisão do Congresso

⁷³ SANTILLI, Juliana. **Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas**. In: Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 147.

⁷⁴ *Ibidem* p. 148-149.

⁷⁵ *Ibidem* p. 150.

⁷⁶ *Ibidem* p. 151.

Nacional sobre a possibilidade do desenvolvimento da atividade de mineração em terra indígena. Sinala-se que tal exigência é estabelecida pela Constituição Federal como condição para qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV) e que a atividade de mineração mereceu menção especial do texto constitucional: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.” (art. 225, §2º). Santilli esclarece que o estudo de impacto ambiental deve contemplar, inclusive, a hipótese de não execução do projeto. Em suas palavras:

No caso da mineração em terras indígenas, isto significa que será de toda conveniência que a equipe multidisciplinar aponte as outras reservas conhecidas e exploráveis da mesma substância mineral em outras partes do país, fornecendo, assim, *alternativas de localização do projeto* que não impliquem em submeter comunidades indígenas ao enorme impacto gerado pela mineração em suas terras, bem como confrontar a hipótese de não execução do projeto. Não há por que submeter as comunidades indígenas ao impacto gerado pela mineração em suas terras quando há reservas conhecidas e exploráveis da mesma substância mineral em outras partes do país, suficientes para o atendimento das necessidades nacionais.⁷⁷ (grifos originais)

Outra ferramenta indispensável para subsidiar a decisão do Congresso Nacional é o laudo antropológico, uma vez que o especialista detém a competência técnica para apreender e explanar, tão completamente quanto possível, o impacto que uma atividade que modifica significativamente o ambiente ocasiona sobre comunidades cuja cosmovisão é baseada nos elementos da natureza, conforme mencionado no item 2.3.4.1 – Posse indígena. Vale frisar que a previsão legal da obrigatoriedade da presença do laudo antropológico efetivaria a disposição contida no item 3 do artigo 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051/2004, que dispõe:

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

⁷⁷ SANTILLI, Juliana. **Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas**. In: Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 156.

Frisa-se, também, a proibição constitucional expressa da atividade de garimpo nas terras indígenas, constante no §7º do artigo 231 da Carta: “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”⁷⁸ A Lei nº 7.805/1989, que dispõe sobre o regime de permissão de lavra garimpeira, também exclui de sua incidência a atividade de garimpagem em terras indígenas: “Art. 23. A permissão de lavra garimpeira de que trata esta Lei: a) não se aplica a terras indígenas.” Sobre tal restrição, Santilli esclarece que:

Felizmente, o Constituinte, ao proibir a garimpagem, reconheceu os efeitos devastadores do garimpo sobre as comunidades indígenas, constatados em inúmeras experiências catastróficas, entre as quais destaca-se a invasão garimpeira na Área Indígena Yanomami. Suas consequências se tornaram amplamente conhecidas: contaminação dos rios com mercúrio, inviabilização da pesca e da caça, devastação das matas ciliares, e a disseminação da malária que, em algumas aldeias, atingiu 90% da população, e, juntamente com a desnutrição, viroses e agudas infecções, ocasionou altíssimos e insuportáveis níveis de morbidade. *Não resta dúvida, portanto, de que a garimpagem constitui grave ameaça à sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas, e não pode ser admitida em nenhuma hipótese dentro de suas terras.*⁷⁹ (grifos originais)

2.4 O caso "Raposa Serra do Sol" à luz do regime da mineração em terras indígenas

Ante tais considerações, analisam-se as conclusões lançadas no julgamento da Petição 3388, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 19 de março de 2009, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto. O precedente consistiu em ação popular ajuizada em 20 de maio de 2005 pelo Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto contra a União visando à declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima, na fronteira entre Brasil, Venezuela e

⁷⁸ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

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

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

⁷⁹ SANTILLI, Juliana. **Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas**. In: Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 159-160.

Guiana, ocupada por índios das etnias Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona.

O tema referente ao desenvolvimento da atividade de mineração em terras indígenas foi abordado no voto do Ministro Menezes Direito, que sustentou haver incongruência, à primeira vista, entre os §§3º e 6º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988. O Ministro relatou o entendimento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, exposto em parecer publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional (O aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas. Ano 9, nº 36. Jul-set/2001. pp. 257-287), que defende “ser impossível juridicamente a edição de decreto legislativo autorizando obra para instalação de usina hidrelétrica sem prévia regulamentação, via lei complementar, dos casos de interesse público relevante da União, exigida no §6º do art. 231”, e sustenta que o aproveitamento dos recursos hídricos é um serviço público da competência da União, o que dispensa a exigência da edição de lei complementar. O Ministro salientou, ainda, o entendimento daquela autora de que nem mesmo lei ordinária é exigida para o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, podendo a norma do §3º do artigo 231 ser aplicada de imediato, sem a necessidade da existência de lei. O Ministro registrou, também, o entendimento de Juliana Santilli, no sentido de que para a exploração de recursos hídricos em terras indígenas deve haver autorização do Congresso Nacional e prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público da União.

A seguir, Direito esclareceu que a lei de que trata o §3º do artigo 231 é exigida somente para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras, “nada mais”, e que a lei complementar de que trata o §6º do artigo 231 é requisito para a exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos existentes nas terras indígenas. Em suas palavras: “Não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente, do potencial energético ou a pesquisa e a lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União.” O Ministro relatou que o Congresso Nacional tem adotado esse entendimento no que se refere à exploração dos potenciais energéticos, que é partilhado pela União, conforme exposto nos autos da Suspensão Liminar nº 125/PA, relatada pela Ministra Ellen Gracie.

A seguir, o Ministro ressaltou que a edição de uma lei prévia para a exploração de potenciais hidráulicos e riquezas minerais em terras indígenas é exigência constante também no § 1º do artigo 176 da Constituição Federal e que havia alguns projetos de lei sobre o assunto em andamento.

Direito salientou que os indígenas não podem explorar os recursos hídricos e potenciais energéticos sem a autorização do Congresso Nacional e o cumprimento dos demais requisitos exigidos em lei, uma vez que não têm assegurado pela Carta Magna tais privilégios, e também que não podem criar obstáculos ou impor exigências ao desenvolvimento dessas atividades.

O Ministro esclareceu que a Constituição Federal distingue o solo do subsolo para fins de tratamento dos direitos de propriedade e que, estando ou não aflorada, a jazida é parte distinta do solo. Informou que a garimpagem é a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com o aproveitamento imediato do jazimento mineral que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral e, portanto, constitui espécie de lavra, regida pela Lei nº 7.805/1989, devendo ser autorizada previamente pelo DNPM, que outorgará o título minerário. Concluiu que, sendo o objeto de sua exploração uma jazida, não há como reconhecer diferença entre os índios e os não índios no que se refere à lavra garimpeira, pois aqueles têm direito apenas ao usufruto das riquezas do solo, devendo, portanto, obter a adequada permissão. Encerrando o tema da mineração em terras indígenas, o Ministro informou que seria examinada no momento próprio a questão da recepção de dispositivos da Lei nº 6.001/1973 (arts. 22, 24, 39, 44 e 45) e do Decreto nº 88.985/1983, que regulamenta os artigos 44 e 45 dessa lei, que tratam da garimpagem em terras indígenas.

Inovando ao conferir efeitos mandamentais à ação popular, o Ministro Menezes Direito elencou as seguintes condições referentes à mineração, “impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras”:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;

(II) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(V) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; (...) a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

De fato, os §§3º e 6º do artigo 231 da Constituição Federal abordam temas totalmente diversos. O §3º refere-se ao aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais. Para tanto, são necessárias a autorização do Congresso Nacional e a oitiva das comunidades afetadas, assegurada a participação dos índios nos resultados da lavra, na forma da lei. Por sua vez, o §6º refere-se à determinação para a edição de lei complementar que regulamente a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas e a exploração das suas riquezas naturais do solo, rios e lagos quando houver relevante interesse público da União. Menciona-se, também, que o §1º do artigo 176 da Constituição Federal determina que a lei estabelecerá condições específicas para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e lavra dos recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas.

Portanto, a obra para instalação de usina hidrelétrica em terra indígena requereria não a edição de lei complementar regulamentadora dos casos de relevante interesse público da União, mas a autorização do Congresso Nacional, a oitiva das comunidades afetadas e a observância à lei decorrente da disposição do §1º do artigo 176 da Constituição Federal. Ou seja, sobre o caso incidem as regras dispostas no §3º do artigo 231 e no §1º do artigo 176, não havendo incidência das regras constantes no §6º do mesmo artigo. Esclarece-se, também, que o fato de o aproveitamento de recursos hídricos se inserir na competência da União não afasta o regime específico que a Constituição Federal estabeleceu para os casos em que tal atividade deva ser desenvolvida em terras indígenas.

De outra parte, o entendimento de que a lei complementar de que trata o §6º do artigo 231 “não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente, do

potencial energético ou a pesquisa e a lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União” também adota, indevidamente, regras constantes em ambos os parágrafos. Com efeito, a existência de relevante interesse público da União é condição para a ocupação, domínio, posse, exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos das terras indígenas e não para o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, pesquisa e lavra de recursos minerais, que requerem, conforme visto, autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades afetadas e a observância à lei decorrente da disposição do §1º do artigo 176 da Constituição Federal.

Entende-se que as condições estabelecidas pela Constituição para a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos visam a assegurar o efetivo exercício da posse das terras indígenas que, conforme visto, se trata da posse ecológica, cujos aspectos foram delineados no item 2.3.4.1 – Posse indígena. Assim sendo, a possibilidade de os próprios indígenas explorarem tais recursos sem a observância a quaisquer regras constitui uma inovação significativa que, de fato, não encontra respaldo na Constituição Federal.

Quanto ao entendimento de que os indígenas não podem criar obstáculos ou impor exigências ao desenvolvimento dessas atividades, frisa-se que um dos requisitos para a tal aproveitamento consiste na oitiva das comunidades afetadas (§3º do artigo 231 da Constituição Federal), que exerce a função de subsidiar a autorização do Congresso Nacional para o desempenho das atividades, consistindo em uma ferramenta que visa a conferir proteção aos direitos de posse e usufruto dos índios sobre as terras que ocupam, não devendo, portanto, ser entendida como mero entrave à exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos.

Quanto ao exercício da atividade de garimpagem pelos índios em suas terras, esclarece-se que há significativas diferenças entre lavra e garimpagem, uma vez que a lavra visa ao aproveitamento industrial da jazida e a garimpagem, por sua vez, consiste no trabalho individual desenvolvido com instrumentos rudimentares. De outra parte, inadmissível concluir que a garimpagem depende de autorização (sic) do DNPM, na forma da Lei nº 7.805/1989, uma vez que o seu artigo 23 expressamente exclui da incidência de suas regras a garimpagem em terras indígenas: “Art. 23. A permissão de lavra garimpeira de que trata esta Lei: a) não se aplica a terras indígenas.”

Quanto às condições elencadas para o usufruto dos índios sobre suas terras, entende-se que tal instituto se assemelha ao disciplinado pelo Direito Civil, que implica na obrigação do usufrutuário de conservar a coisa e nos direitos de possuí-la, utilizar remédios contra terceiros e o nu-proprietário, fruir suas utilidades, perceber seus frutos, etc. Quanto à disciplina constitucional sobre a exploração dos recursos existentes nas terras indígenas, entende-se que o §6º do artigo 231 da Constituição Federal somente autoriza a sua ocupação, domínio e posse e a exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos quando o interesse público da União for relevante, adotando-se a premissa de que o adjetivo qualifica esse requisito; que a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos e a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas não constituem direitos de usufrutuário, mas atividades econômicas que devem observar as regras contidas no §3º do artigo 231 da Constituição Federal, que não visam a assegurar preferências às comunidades indígenas para o desempenho de tais atividades, mas a protegê-las dos impactos que causam sobre o meio em que vivem; e que não se aplica às terras indígenas o regime de permissão de lavra garimpeira, por expressa disposição constante no artigo 23 da Lei nº 7.805/1989.

Merecem destaque as previsões de implementação de exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional, em face do interesse da política de defesa nacional, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas. Conforme exposto, a exploração de recursos minerais deve observar as regras contidas no §3º do artigo 231 da Constituição Federal, referentes à oitiva das comunidades afetadas e autorização do Congresso Nacional. De outra parte, a prerrogativa da União intervir em área indígena para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional é prevista no artigo 20, §1º, f, da Lei nº 6.001/1973.

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia apresentou o histórico do tratamento jurídico conferido às terras indígenas no Brasil, com amparo na doutrina de João Mendes Júnior (Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos), e esclareceu que, a partir da Constituição de 1934, a posse dos indígenas sobre suas terras foi reconhecida. Ressaltou que a Constituição de 1988 transformou o então Território de Roraima em estado-membro da federação brasileira (art. 14 do ADCT)

e que as terras indígenas – de propriedade da União – precediam o estado. Defendeu a demarcação da terra indígena de forma contínua, pois necessária à preservação da identidade dos indígenas.

Acerca do tema do risco à soberania devido à demarcação da área indígena abrangendo terras situadas na faixa de fronteira, a Ministra entendeu que não há restrição constitucional a isso, proporcionando, inclusive, a um só tempo, a garantia da integridade do território nacional e o respeito à cultura indígena. Afirmou, também, que há o dever constitucional de a União intervir em terra indígena para garantir a soberania e a segurança nacional, podendo, inclusive, as Forças Armadas e a Polícia Federal afastar a presença de quaisquer brasileiros, índios ou não, das áreas tidas como necessárias para a defesa do interesse nacional, não havendo incompatibilidade entre os deveres da União e a demarcação da terra indígena.

No que concerne à mineração, acompanhando em parte o voto do Ministro Menezes Direito, a Ministra Carmen Lúcia propôs a alteração das condições por ele delineadas para fazer constar:

a) o usufruto das riquezas do subsolo, dos rios e lagos das terras indígenas não inclui a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, dependentes de autorização do Congresso Nacional, ficando os primeiros sujeitos à sua submissão ao interesse público, nos termos do §6º do art. 231 da Constituição;

b) o usufruto dos bens das terras indígenas exclui a garimpagem e a faiscação, dependente este, se for o caso, dependente de permissão prévia;

Entende-se prejudicada a primeira proposição, em face da pluralidade de assuntos ali tratados, que, conforme visto, possuem diferentes disciplinas. Com efeito, o usufruto exclusivo dos índios abrange apenas as riquezas do solo, rios e lagos das terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, §2º), somente podendo ser excepcionado em caso de relevante interesse público da União, na forma de lei complementar (art. 231, §6º). Por sua vez, as riquezas do subsolo, assim como o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos dependem de autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas, assegurada a sua participação nos resultados da lavra (art. 231, §3º).

A exigência de permissão para o exercício da garimpagem e da faiscação pelos índios afronta o disposto no artigo 23 da Lei nº 7.805/1989, que exclui de sua incidência as terras indígenas, devendo ser observado o disposto no artigo 44 da Lei nº 6.001/1973, que dispõe: “Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas,

somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas.”

O Ministro Ricardo Lewandowski aduziu que não há restrições no texto constitucional à ocupação de áreas de fronteira pelos índios, ressaltando que o artigo 231, §5º, prevê a possibilidade de o Congresso Nacional referendar decisão do Executivo para retirar grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania nacional. Classificou as terras indígenas como bens de uso especial, destinados à atividade-fim do Estado, ou seja, assegurar a preservação física dos índios e de seu patrimônio cultural. Por fim, acompanhou o voto do Relator, complementado pelo voto do Ministro Menezes Direito, e considerou isento de quaisquer vícios o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau ressaltou o domínio da União sobre as terras indígenas e afirmou que a faixa de fronteira está mais adequadamente protegida quando composta de terras indígenas. Sustentou haver nos autos evidência de que a demarcação da terra indígena de forma contínua atendia às necessidades de deslocamento dos índios, uma vez que a agricultura indígena obedecia à necessária rotatividade do solo, de sorte a prevenir seu esgotamento e permitir o plantio durante todo o ano, classificando-se, portanto, como terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições, em conformidade com o §1º do art. 231 da Constituição Federal. Por fim, acompanhou o voto do Ministro Menezes Direito.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que o direito à posse da terra pelas comunidades indígenas é oriundo da própria Constituição Federal, competindo à União tão-somente demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Concluiu pela regularidade do processo de demarcação e pela inexistência de risco lesão à segurança nacional. Não se manifestando sobre as condicionantes apresentadas pelo Ministro Menezes Direito, julgou improcedente o pedido formulado na ação popular.

Já o Ministro Cezar Peluso asseverou que a demarcação da terra não implica e nem tolera restrições às atividades das Forças Armadas, consistentes em entrar no território, sair, permanecer, construir unidades, estradas, aeroportos, obras de infraestrutura, etc. Por fim, acompanhou a solução proposta pelo Ministro Menezes Direito.

O Ministro Marco Aurélio entendeu haver litisconsórcio passivo necessário na ação popular e a conseqüente necessidade de citação do Ministro de Estado da Justiça e do Presidente da República. Reputou necessária, também, a reabertura da instrução probatória, uma vez que o laudo antropológico que subsidiou o processo de demarcação da terra indígena foi alvo de questionamentos. Asseverou ser direito humano a proteção da propriedade privada. Sustentou que o simples reconhecimento de que terras privadas, intituladas pelo Estado, cuja legalidade dos títulos foi apurada em processo judicial transitado em julgado, nunca pertenceram aos respectivos proprietários poderá levar o Brasil a responder no cenário internacional. Aduziu que a correta demarcação somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da ótica do resgate de dívida histórica e romântica, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios. Sustentou “discrepar, a mais não poder, da razoabilidade” a existência de cerca de dezenove mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada, doze vezes maior do que o município de São Paulo, onde vivem cerca de onze milhões de habitantes. Defendeu a política indigenista dirigida à integração, que teria resultado no avanço intelectual de descendentes de índios, não havendo cogitar-se de isolamento da população indígena por meio da delimitação territorial contínua para afastar da área os não índios. Sustentou que a faixa de fronteira é de importância fundamental para a defesa do território brasileiro, o que torna imprescindível a participação do Conselho de Defesa Nacional na demarcação, uma vez que a terra indígena está localizada na tríplice fronteira entre Guiana, Venezuela e Brasil. Por fim, julgou procedente o pedido de declaração da nulidade do processo de demarcação e traçou parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, com a audição de todas as comunidades indígenas afetadas e de posseiros e titulares de domínio, levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena e audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

O Ministro Celso de Mello entendeu não haver nulidades no processo demarcatório da terra indígena. Sustentou que a existência de terras indígenas ao longo da faixa de fronteira não se revela incompatível e nem compromete os interesses estratégicos do Brasil ou a defesa do território nacional, pois a faixa de fronteira estaria mais adequadamente protegida quando composta por terras

indígenas. Votou pelo não acolhimento da pretensão inicial, com amparo no voto do Ministro Menezes Direito.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu não haver óbice jurídico para o ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas na terra demarcada e aduziu que a presença das populações indígenas em regiões inóspitas pode contribuir para um melhor controle das fronteiras, não havendo, portanto, qualquer obstáculo jurídico para a ocupação indígena em áreas consideradas faixa de fronteira. Salientou que são proibidas a garimpagem e a faiscação em terras indígenas e que não integram o usufruto dos índios, por expressa vedação da Lei nº 7.805/1989. Entendeu ser possível o desempenho dessas atividades com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas e desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional. Ressaltou, também, que as terras indígenas constituem bens da União. Votou pela parcial procedência da ação, acompanhando o voto do Ministro Menezes Direito, e acrescentou às condições a necessidade de participação efetiva dos estados e municípios no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Quanto ao tema da garimpagem em terras indígenas, cumpre mencionar, conforme exposto anteriormente, que a Lei nº 7.805/1989 dispõe que a permissão de lavra garimpeira ali regulamentada não se aplica a terras indígenas, o que difere da vedação à atividade de garimpagem em terras indígenas.

De outra parte, cumpre ressaltar que a ação popular, prevista no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e regulada pela Lei nº 4.717/1965, visa à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio do ente federado, conforme dispõe o seu artigo 1º: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios...”. Mancuso leciona acerca dos tipos de sentença factíveis na ação popular: as que implicam na resolução do mérito, nos casos de procedência, improcedência ou procedência parcial; as que apenas atestam o esgotamento dos atos praticáveis em primeiro grau, nos casos de ausência de pressupostos do processo ou da ação ou nulidade processual não suprida; e as que pronunciam “uma sorte de *non liquet*, assim abortando o processo,

quando o juiz constate colusão entre as partes, isto é, quando ‘autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei’”.⁸⁰

O autor esclarece que a sentença que julga procedente a ação popular para desconstituir o ato impugnado não esgota a sua finalidade, sendo necessário que ao decreto de nulidade se siga a condenação dirigida ao responsável, uma vez que o ato ilícito gera prejuízo e justifica a atribuição de natureza condenatória reparadora à sentença que acolhe o pedido do autor.⁸¹ Classifica como necessário e imanente esse efeito condenatório, operando como outro efeito principal, cumulado em ordem sucessiva à pretensão desconstitutiva.⁸² O autor leciona, também, que a efetividade da prestação jurisdicional autoriza o juiz a atuar de ofício quando, ao julgar procedente a ação, verificar que o autor, por lapso, não formulou certos pedidos, como, por exemplo, impor multa diária ao réu (art. 461, §4º, do CPC).⁸³

No caso concreto, o objeto da ação referiu-se ao pedido de declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005, do Ministério da Justiça. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação “parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final”. Entende-se, portanto, que o julgamento de parcial procedência do pedido implica em considerar que houve nulidade em algum aspecto do referido ato, o que ensejaria a possibilidade de aduzir efeitos condenatórios ou mandamentais à decisão. Entretanto, o STF inovou ao declarar válida a referida Portaria e, ao mesmo tempo, estabelecer diretrizes sobre futuras demarcações.

No julgamento da Petição 3388, embora o Ministro Relator tenha esclarecido que o objeto da ação popular era tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁸⁴, foram estipuladas condições para os futuros procedimentos de demarcações, conforme exposto pelo Ministro Menezes Direito, que registrou “A ideia da Corte foi a

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 276-277.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 290.

⁸² *Ibidem*. p. 291.

⁸³ *Ibidem*. p. 292.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em 18 dez. 2015. p. 336 e 549.

de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas”⁸⁵, e pelo Ministro Gilmar Mendes⁸⁶:

Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso.

Creio que amanhã, nós teremos a oportunidade de resolver as questões, fixar os aspectos ligados à parte dispositiva, inclusive quanto à eventual repercussão da decisão sobre novos procedimentos administrativos, até mesmo os que estão em curso de demarcação.

A decisão de hoje tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema – inclusive por meio de verificação *in loco* de suas reais dimensões – levam em conta esse conteúdo propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação.

Registra-se a posição divergente do Ministro Joaquim Barbosa, que votou pela improcedência da ação⁸⁷:

Não estamos seguindo o devido processo legal. Nós estamos examinando uma ação que foi proposta com um objetivo, com o pedido específico claro. Nós estamos prestando a jurisdição dando outro resultado que ninguém sabe de onde surgiu. Não foi debatido em nenhum momento.

A validade e a natureza das condicionantes incorporadas ao acórdão foi objeto de embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público Federal. O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, esclareceu que o julgamento não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros processos que discutam matéria similar, e que a decisão proferida na Petição 3388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki elucidou que as condicionantes representam os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a conclusão de procedência parcial do pedido. Registrou que os efeitos da sentença não estão circunscritos às partes, pois produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal, e que a eficácia universal do julgado é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas pela superior autoridade da chancela da mais alta Corte de Justiça. O que não significa que

⁸⁵ *Ibidem*, p. 848.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 737-738 e 761.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em 18 dez. 2015. p. 756.

terceiros prejudicados estejam inibidos de ingressar com ação própria para deduzir pretensões legítimas. Quanto à eficácia temporal, o Ministro esclareceu que supõe a manutenção do estado de fato e de direito adotados como pressupostos do julgamento e registrou que a decisão não inibe futura atuação do legislador e do próprio Poder Judiciário para promover a revisão ou complementação dos termos das condicionantes.

CONCLUSÃO

A importância estratégica da atividade de mineração e o seu significativo impacto ambiental ensejam disciplina específica. Os textos constitucionais brasileiros regulamentaram de diferentes formas a propriedade dos recursos minerais mediante um processo de progressiva nacionalização, por meio de institutos como a separação entre propriedade do solo e do subsolo e a restrição à participação de estrangeiros na atividade.

Igual relevância foi conferida pela Constituição Federal de 1988 aos índios ao assegurar-lhes a preservação da sua cultura e o reconhecimento à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e a utilização de sua língua materna e processos próprios de aprendizagem (arts. 231, caput e 210, § 2º). A fim de conferir efetividade a tais garantias, a Carta Magna reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conferiu a titularidade da propriedade à União, destinou-as à sua posse permanente, e estabeleceu o regime de usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos do solo (arts. 20, XI e 231). A posse indígena, que difere da posse civil, não constitui a exteriorização da propriedade (inclusive porque propriedade não há), mas reflete a relação da comunidade com o meio ambiente.

A Constituição também condicionou à existência de relevante interesse público da União a ocupação, domínio e posse das terras indígenas e a exploração das riquezas do solo, na forma de lei complementar. Além disso, declarou nulos e extintos quaisquer outros atos de ocupação, domínio e posse das terras indígenas (art. 231, § 6º). Inexistem, portanto, direitos reais de terceiros sobre tais terras, pois constituem bens da União afetados ao uso dos índios.

Visando a proteger as comunidades indígenas dos impactos que a atividade da mineração causa ao meio ambiente, uma vez que sua subsistência está intimamente atrelada aos recursos naturais do solo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a competência do Congresso Nacional para autorizar a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas, determinou que sejam ouvidas as comunidades afetadas e assegurou aos índios a participação nos resultados da lavra, na forma da lei (art. 231, § 3º). Embora esse dispositivo possa ser interpretado de forma restritiva, somente para regulamentar a participação nos resultados da

lavra, o § 1º do artigo 176 da Constituição Federal dispõe que lei estabelecerá condições específicas para a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas.

Observa-se, portanto, que a Constituição determinou a edição de leis acerca da possibilidade de exploração dos recursos do solo em caso de relevante interesse público e sobre a mineração em terras indígenas. Caso adote-se interpretação restritiva do disposto no art. 231, § 3º, também é necessária lei que estabeleça a forma de participação nos resultados da lavra.

O fundamento de tais disposições constitucionais reside no reconhecimento de culturas que entendem a natureza como elemento central de sua cosmovisão e que, por isso, utilizam os recursos do solo de forma menos impactante, uma vez que não visam ao lucro, mas à sobrevivência mediante a exploração sustentável.

Com efeito, devido ao elevado risco de contaminação dos recursos naturais, ao desenvolvimento da atividade de mineração deve ser contraposto o direito das comunidades tradicionais de sobrevivência, com a manutenção de sua cultura. Entende-se não mais pairarem dúvidas acerca do referido risco após a catástrofe ambiental ocorrida na cidade de Mariana, em Minas Gerais, consistente no rompimento de duas barragens de lama da empresa Samarco Mineração S.A., que gerou poluição no Rio Doce e no litoral do estado do Espírito Santo.

De fato, a inexistência de disposições legais sobre o tema da mineração em terras indígenas tem requerido a atuação do Poder Judiciário na tentativa de resolução dos conflitos. Embora tal atuação revele a intenção de conferir efetividade às disposições constitucionais, a pluralidade de assuntos dispostos na Constituição Federal requer um exame técnico aprofundado e o debate entre os grupos interessados, de forma a assegurar que as regras que reconhecem aos índios o direito de preservação de sua cultura, dispostas na Constituição Federal, sejam efetivamente aplicadas. Para tanto, faz-se necessária a edição de leis que regulamentem os dispositivos constitucionais mencionados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Empresas de mineração – faixa da fronteira – estrangeiros**. Revista Forense, Rio de Janeiro, Maio, 1951.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BRASIL. Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Interdito Proibitório nº 2005.71.00.023683-6/RS. Município de Porto Alegre v. Comunidade Indígena Kaingang do Morro do Osso de Porto Alegre RS. Juiz Federal Marcelo de Nardi, aguarda julgamento de superior instância. Disponível em: http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=2005.71.00.023683-6&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>. Acesso em 18 dez. 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

_____. **Advocacia pública e direito econômico: o encontro das águas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

LACERDA, Carlos Alberto de Melo; ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O cru e o cozido**. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Malheiros: 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Albertino Daniel de. **Teoria geral dos bens – um ensaio jurídico**. Revista Forense, Rio de Janeiro, abril a junho de 1982.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos estados segundo a Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva & C, 1924.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito Minerário: escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTILLI, Juliana. **Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 145-160.

SCAFF, Fernando Facury. **Mineração em terras indígenas e ordem econômica e social constitucional**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 296, outubro a dezembro de 1986.

SILVA, Jônathas. **A trajetória da propriedade mineral nos textos constitucionais republicanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 11, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, Barbosa Lima. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963.

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

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Adam Smith e o ouro de Minas Gerais (o Tratado de Methuen)**. Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 17, outubro de 1976.

_____. “Aleijadinho” símbolo de cultura autônoma. Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 48, janeiro de 1979.

_____. Teoria da constituição econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.