

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Pedro Abi-Eçab

Presença Indígena em Unidades de Conservação

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

SÃO PAULO  
2008

BANCA EXAMINADORA:

---

---

---

“Tudo deveria ser sempre reinventado retomando do zero, do contrário, os processos se congelam numa mortífera repetição.”

(Félix Guattari, *As três ecologias*).

## AGRADECIMENTO

Não existe autoria individual. Em última análise, somos um amálgama no qual se encontram reunidos fatos, pensamentos, idéias que reunimos ao longo de nossas existências. Somos as frases que ouvimos, as experiências que vivenciamos, as coisas que vemos, elos de uma corrente cujo início não é possível bem precisar e cujo final inexistente. Portanto, seria falso pensar que este trabalho foi obra de uma única pessoa.

Quero, dessa forma, agradecer de forma singela todos aqueles que me ensinaram algo de justo e que me fizeram crescer sem perder a capacidade de indignação: em última análise, são responsáveis em havendo algo de útil neste trabalho.

Especificamente, não poderia deixar de registrar minha gratidão à amiga Gláucia Savin, que me sugeriu o tema; ao Ministério Público do Estado de Rondônia, na pessoa do honrado procurador de justiça José Osmar de Araújo; à minha amada Ana Rafaela D'Amico, que colaborou com sugestões necessárias ao caráter interdisciplinar da obra, fugindo do hermetismo jurídico; e aos professores doutores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Regina Villas-Bôas Correa e Marcelo Souza Aguiar, cujas aulas foram de suma importância na aquisição do conhecimento utilizado neste trabalho. À professora Suzana Maria Pimenta Catta Pretta Federighi, exemplo profissional e acadêmico, agradeço a especial atenção durante a orientação na elaboração desta dissertação.

Guajará-Mirim, Rondônia, na cheia do Mamoré, 2008.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o problema da presença indígena em unidades de conservação, sob o prisma do Direito Ambiental. O tema é analisado sob o viés da colisão entre interesses metaindividuais constitucionais dos índios e da coletividade presente e futura ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

São estudados os conceitos e as características dos direitos fundamentais do homem, o princípio da historicidade que os caracteriza e, conseqüentemente, as chamadas gerações de direitos, passando pela ruptura entre o público e o privado, e aportando-se nos direitos metaindividuais, os quais são compostos por duas categorias: os direitos coletivos e os direitos difusos.

Em razão da diversidade de direitos fundamentais e da complexidade da sociedade contemporânea, as colisões entre direitos fundamentais tornam-se corriqueiras, sendo necessária sua solução por meio de um sistema de ponderação. São analisados os interesses em conflito, estudando-se o direito ao ambiente e seus princípios, assim como o direito do índio à terra e o regime jurídico das terras indígenas. O regime jurídico das unidades de conservação é exposto, mostrando o conflito de visões entre preservacionismo e conservacionismo.

Ao abordar a presença indígena em unidades de conservação, são percorridos temas como os mitos do bom selvagem e da natureza intocada, o processo de transfiguração étnica dos índios, e, a seguir, as duas hipóteses de presença indígena: a ocupação de unidades de conservação por índios e a criação de unidades de conservação em sobreposição às terras indígenas.

O trabalho propõe a releitura de determinados institutos como a intangibilidade da terra indígena, bem como o reconhecimento da supremacia do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, concluindo-se que a primeira, isto é, a intangibilidade, não prevalece sobre o segundo. Por outro lado, através de mecanismos de solução do conflito aplicando-se regras de ponderação, verifica-se que o problema não comporta uma solução exclusiva, mas sim soluções diferenciadas conforme o caso, excluindo-se, dessa forma, as soluções do tipo tudo ou nada.

Palavras-chave: Meio Ambiente, Unidades de Conservação, Indígenas.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the issue of indigenous people presence in conservation units, from the perspective of Environmental Law. The theme is analyzed with focus on the shock between the constitutional metaindividual interests of indigenous people and of the present and future collectivity, and the ecologically balanced environment.

The concepts and characteristics of the man's fundamental rights are studied, as well as the principle of historicity characterizing them and, consequently, the so-called generations of rights, passing through the rupture between public and private, then coming to the metaindividual rights, which are composed of two categories: fundamental rights and diffuse rights. Due to the fundamental rights diversity and to the contemporaneous society complexity, the shock between fundamental rights is becoming commonplace, with resolution becoming necessary through a weighting system.

Conflicting interests are analyzed, studying the right to the environment and its principles, as well as the indigenous people right to the land and the indigenous land legal system. The legal system of conservation units is shown, showing the preservationism vs. conservationism conflict of visions.

In addressing the presence of indigenous people in conservation units, themes such as the myth of the "*bon sauvage*" and of the untouched nature are discussed, as well as the ethnical transfiguration of indigenous people, and then two hypotheses of the indigenous people presence: the occupation of conservation units by indigenous people and the creation of conservation units superposing indigenous land.

The paper proposes the review of certain institutes such as the indigenous land intangibility, as well as the acknowledgment of the supremacy of the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment, coming to the conclusion that the first one, i.e. the intangibility, does not prevail over the second. On the other side, through conflict resolution mechanisms applying weighting rules, it is verified that the problem does not bear an exclusive solution, but rather differentiated solutions according to the case, thus excluding all-or-nothing solutions.

Keywords: Environment, Conservation Units, Indigenous People.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- AGU – Advocacia Geral da União  
APA – Área de Proteção Ambiental  
ACP – ação civil pública  
DJ – Diário da Justiça  
FUNAI – Fundação Nacional do Índio  
GT – grupo de trabalho  
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis  
ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade  
INCRA - Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária  
j. - julgado  
MPE – Ministério Público Estadual  
MPF – Ministério Público Federal  
MPU – Ministério Público da União  
PN – Parque Nacional  
PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente  
PNAP - Política Nacional de Áreas Protegidas  
PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
RESEX – Reserva Extrativista  
RIRN – Reserva Indígena de Recursos Naturais  
SNUC – Sistema nacional de Unidades de Conservação  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TCU – Tribunal de Contas da União  
TRF – Tribunal Regional Federal  
TI – Terra Indígena  
UC – Unidade de Conservação da Natureza

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	CRISE SOCIAL, CRISE CIENTÍFICA E MUDANÇA DE PARADIGMAS.....	9
3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
3.1	Conceito.....	16
3.2	Historicidade.....	17
3.3	As gerações de direitos fundamentais.....	19
3.4	Os direitos metaindividuais ou transindividuais.....	21
3.4.1	A ruptura entre o público e o privado.....	21
3.4.2	Interesses públicos primários e interesses públicos secundários.....	23
3.4.3	Interesses públicos primários e interesses difusos.....	24
3.4.4	Os direitos coletivos.....	24
3.4.5	Os direitos difusos.....	25
3.4.6	Direitos difusos das futuras gerações.....	26
3.5	Colisões entre direitos fundamentais.....	27
3.5.1	Regras e princípios.....	27
3.5.2	Colisões de princípios e conflito de regras.....	29
3.5.3	Sistema de ponderação.....	30
3.5.4	Ponderação no conflito entre direitos fundamentais.....	32
4	AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: DIREITO FUNDAMENTAL.....	35
4.1	Homem e ambiente.....	35
4.2	Conceito de bem ambiental.....	38
4.3	Emergência do bem ambiental.....	39
4.4	O Direito fundamental ao ambiente.....	40
4.5	O Direito Ambiental e seus princípios.....	43
4.5.1	Princípio da precaução.....	43
4.5.2	Princípio da prevenção.....	44
4.5.3	Princípio da transversalidade.....	45
4.5.4	Princípio do poluidor-pagador (ou usuário-pagador).....	46
4.5.5	Princípio da eqüidade no acesso aos recursos naturais.....	47
4.5.6	Princípio da solidariedade intergeracional.....	47
4.5.7	Função social da propriedade e da posse.....	48
4.5.8	Princípio da cooperação entre os povos.....	50
4.5.9	Princípio da proibição da retrogradação ambiental.....	50
4.5.10	Princípio da informação.....	51
4.5.11	Princípio da intervenção estatal obrigatória em defesa do ambiente.....	52
5	REGIME JURÍDICO DAS TERRAS INDÍGENAS.....	53
5.1	A questão indígena.....	53
5.2	Os índios e a Constituição de 1988.....	54
5.3	As terras indígenas e a Constituição de 1988.....	55
5.4	Natureza jurídica do direito dos índios à terra.....	58
5.5	Processo de demarcação.....	58
5.6	Outras espécies de áreas indígenas.....	60
5.7	Proteção do meio ambiente em terras indígenas.....	62
5.8	Função social da posse indígena.....	65
6	O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.....	68
6.1	Histórico.....	68
6.2	Conceito de unidade de conservação.....	70
6.3	As unidades de conservação.....	73
6.4	Conservacionismo e socioambientalismo: conflito de visões.....	75



7	PRESENÇA INDÍGENA EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.....	86
7.1	O mito do bom selvagem e o mito da natureza intocada.....	87
7.2	A transfiguração étnica.....	92
7.3	Serviços ambientais proporcionados pelas unidades de conservação .....	99
7.3.1	Unidades de conservação de proteção integral como áreas-fonte.....	99
7.3.2	Unidades de conservação como bancos genéticos.....	101
7.4	Ocupação de unidades de conservação por índios.....	102
7.5	Sobreposições entre áreas de unidades de conservação e áreas de terras indígenas.....	107
7.6	Casuística das sobreposições.....	114
7.6.1	Criação de unidades de conservação em terras tradicionalmente ocupadas por índios.....	114
7.6.2	Criação de terras indígenas sobre unidades de conservação.....	118
7.6.3	Sobreposição total entre UC e TI.....	119
7.6.4	Sobreposição entre TI e UC de uso sustentável.....	119
8	MECANISMOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO.....	122
8.1	Supremacia dos interesses difusos.....	122
8.2	Soluções extrajudiciais.....	127
8.2.1	Mediação.....	127
8.2.2	Compromisso de ajustamento de conduta.....	129
8.2.3	Recomendação.....	131
8.3	Soluções judiciais.....	132
8.3.1	Ação popular.....	132
8.3.2	Ação civil pública.....	133
8.3.3	Mandado de segurança coletivo e mandado de injunção.....	136
8.3.4	Ação penal.....	137
8.4	Eficiência na Administração pública.....	138
8.5	Mosaicos de áreas protegidas .....	139
8.6	A reserva indígena de recursos naturais (RIRN).....	140
8.6.1	O anteprojeto.....	140
8.6.2	Análise da proposta.....	142
8.7	Criação de áreas reservadas.....	144
8.8	Dignidade não se assegura apenas com terras: efetividade dos direitos fundamentais dos índios.....	145
9	CONCLUSÕES.....	148
10	BIBLIOGRAFIA.....	152

## 1 INTRODUÇÃO

O Planeta pede socorro.

Pela primeira vez na história, a proteção do ambiente é colocada como o objeto mais importante de atenção. De assunto secundário há algumas décadas, a condição da Terra é hoje o assunto primordial de todos os meios de comunicação. Vivemos, de fato, tempos de caos ambiental em escala planetária, a ponto da própria sobrevivência da raça humana ser questionada, diante da perspectiva de elevação dos oceanos, escassez de água potável, temperaturas escaldantes, empobrecimento dos solos e extinção de espécies. A Natureza está morrendo (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 45), e junta com ela poderão se extinguir (não sem antes viver algumas décadas em condições aterradoras) os humanos, causadores deste quadro.

Indaga-se qual será o legado às gerações futuras. Neste ponto, as poucas áreas de natureza preservada, vitais para a manutenção de biodiversidade e que poderiam constituir uma herança digna aos povos do amanhã, encontram-se sob permanente ameaça<sup>1</sup>, que assume diversas formas.

Isto porque até mesmo as populações tradicionais, dentre os quais incluem-se os índios, que de modo geral causavam impacto tolerável aos seus ecossistemas no passado, adquirem novos hábitos com o contato exterior, impregnando-se do modo de vida consumista e, para atender suas novas “necessidades”, exploram os recursos naturais de suas áreas de forma insustentável.

A Constituição da República assegurou aos indígenas o direito originário de posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas, ou seja, as terras habitadas em caráter permanente e utilizadas para suas atividades (CR, art. 231, *caput*, e § 1º). De outro lado, o texto constitucional também estabeleceu o direito das presentes e futuras gerações a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida (CR art. 225, *caput*), fazendo parte deste direito a definição, pelo Poder Público, de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, sendo sua supressão permitida apenas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a proteção (art. 225, § 1º, III), sendo tais dispositivos constitucionais

---

<sup>1</sup> Segundo a respeitada entidade Conservação Internacional, o bioma amazônico pode acabar em 40 anos, se concretizado o avanço em infra-estrutura de transportes, energia e industrial previsto para a região (Sample, 2007).

regulamentados pela Lei 9.985/2000, que dispões sobre as unidades de conservação da natureza e seu respectivo sistema.

Dessa forma, deveriam existir, de um lado, terras indígenas (TI) e, de outro, unidades de conservação (UC). Todavia, embora a escassez de terras certamente não se constitua em um dos problemas do Brasil, existem hoje, no território nacional, 55 casos de *sobreposição de áreas de terras indígenas e unidades de conservação*, revelando ineficiência das administrações federal e estaduais no processo de criação de ambas as modalidades de áreas.

Num país de superlativos, o problema é igualmente imenso. Estima-se que a área total das sobreposições de terras indígenas (TI) e unidades de conservação (UC) seja de 12.941.061 hectares (ou 129.410 quilômetros quadrados)<sup>2</sup>, ou seja, uma área maior que a dos Estados de Santa Catarina e Sergipe somados.

Do total de 55 casos (39 deles na Amazônia), 23 envolvem sobreposição das terras indígenas com unidades de conservação de proteção integral, ou seja, em áreas nas quais o estabelecimento de populações é vedado com o fim de preservação da biodiversidade, o que influencia diretamente no grau de conservação da Natureza, haja vista a possibilidade de redução do percentual do território nacional integralmente protegido.

Neste particular, embora seja apresentado pelo governo federal e por algumas organizações ambientais o índice de cerca 12% do território nacional como constituído por unidades de conservação, deve-se destacar que tal porcentagem inclui as áreas de proteção ambiental (APA), que, embora estejam incluídas no rol de unidades da Lei 9.985/2000 (art. 15), são, na verdade, restrições ao direito de propriedade, com grau de eficácia bastante questionável<sup>3</sup>. Assim, da área total apresentada como de UC (101.374.391 hectares) devem ser descontada a área total das APA federais e estaduais (32.011.504 hectares), restando 69.326.887 hectares (8,14% do território nacional) como composto por unidades de conservação, mais da metade delas (54,5%) de uso sustentável, mesmo descontando-se das APA do cálculo (se inseridas estas no cômputo geral, a proporção de áreas de proteção integral cai sensivelmente).

---

<sup>2</sup> Dados produzidos pelo Instituto Socioambiental (ISA) e mencionados em Ricardo *et al.* (2004, p. 593).

<sup>3</sup> As restrições impostas aos proprietários com imóveis abrangidos por APA têm grau de eficácia muito semelhante ao de restrições como a das áreas de preservação permanente e a reserva florestal legal (ambas previstas pela Lei 4.771/65, que instituiu o Código Florestal), ou seja, bastante reduzido.

Ocorre que o problema das sobreposições vem sendo solucionado, até o presente momento, com a prevalência absoluta e inquestionável do princípio do indigenato<sup>4</sup>, ou seja, com a exclusão (até o presente momento não-oficial, frise-se) da área sobreposta, reduzindo-se as dimensões das unidades de conservação. Prevalecendo este entendimento, as áreas sobrepostas (12.941.061 hectares) seriam integralmente excluídas subtraídas das UC, reduzindo de forma drástica o nível de proteção ambiental, dada a forma de uso autorizada pelo ordenamento à terra indígena. Restariam, dessa forma, 88.433.330 hectares (se incluídas as APA no cômputo geral das UC) e 56.385.826 hectares (se excluídas as APA). O segundo dado representa apenas 6,85% do território nacional, índice muito inferior ao mínimo de 10% recomendado internacionalmente<sup>5</sup>.

Todavia, além dos casos de sobreposições legais, há diversos casos de ocupação de unidades de conservação por índios, geralmente sob o argumento de que a área se constitui terra de ocupação tradicional indígena (apesar dos cerca de 10% do território nacional já declarado como TI). Tais invasões acarretam a pretensão de demarcação da área como terra indígena, o que implicaria em redução da área das UC.

É certo que as terras indígenas devem ser consideradas como parte da política ambiental de conservação, como o faz o Decreto 5.758/2006<sup>6</sup>, seja pela vastidão das mesmas, seja pelo impacto ainda razoavelmente baixo das atividades econômicas desenvolvidas pelos índios. Entretanto, em muitos casos, embora seja apontado por considerável parte da doutrina que os índios são autênticos preservadores da Natureza, fato é que suas práticas vêm se alterando consideravelmente, colocando em risco a preservação da biodiversidade. Ressalte-se que muitas sobreposições e invasões recaem sobre unidades de proteção integral, nas quais é vedada a permanência de humanos em seu interior. Nestas situações, transformar uma área desta categoria em terra indígena implica em reduzir sensivelmente o nível de proteção do ambiente.

---

<sup>4</sup> Conforme se abordará em momento oportuno, o princípio do indigenato significa que a posse pelos índios é congênita, eis que anterior ao estabelecimento do Estado brasileiro e, portanto, anterior ao ordenamento jurídico.

<sup>5</sup> Ainda assim, conforme alertam Dourojeanni e Pádua (2001, p. 75-76), essa porcentagem é arbitrária, pois especialistas em conservação como Michael Soulé o consideram insuficiente, e recomendam que um mínimo de 30% de cada ecossistema seja preservado estritamente para poder garantir a sobrevivência da biodiversidade.

<sup>6</sup> Cria o Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP).

A situação é deveras delicada, pois envolve não apenas vários grupos indígenas, mas diversos segmentos da sociedade civil (organizações indigenistas, humanitárias, ambientalistas, empresariais, dentre outros), da Administração Pública (órgão indigenista – Fundação Nacional do Índio (FUNAI) – órgãos ambientais federais – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA) e Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICM-Bio)<sup>7</sup> – e estaduais, INCRA, polícias de diversas esferas, dentre outros), sem falar no envolvimento recorrente do Poder Judiciário e Ministérios Públicos. No caso de alguns dos órgãos públicos, há uma mal disfarçada luta por poder e, conseqüentemente, maiores fatias de orçamento, muitas vezes em detrimento da própria atividade-fim. Além disso, por trás da discussão encontram-se diferentes concepções filosóficas (geralmente carregada de boa dose de vaidade) acerca do melhor encaminhamento da questão indígena e ambiental.

A presença indígena no interior de UC de proteção integral gera evidente um conflito de interesses jurídicos, já que, como toda a comunidade humana, os índios necessitam, para seu sustento e desenvolvimento, bem como da utilização de recursos naturais, o que é vedado naquela categoria de unidade, destacando-se que a adoção de novos costumes amplia sobremaneira o grau de impacto destes na Natureza.

Mesmo no caso de ocupação de UC de uso sustentável, nas quais a permanência de populações humanas é permitida segundo critérios, persiste a ilegalidade, pois é controversa a inclusão do índio no conceito de “populações tradicionais”, sobre o qual até hoje não existe consenso. O dispositivo da Lei 9.985/2000 que as conceituava foi vetado pelo Presidente da República, restando apenas o limite traçado pelo art. 18<sup>8</sup>, que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Além disso, não se pode esquecer que certas categorias de unidades de uso sustentável estão fundadas na pré-existência de populações em seu interior, como no caso das reservas extrativistas, criadas em função das populações seringueiras da Amazônia. A invasão destas áreas por índios acarreta risco iminente de conflitos.

---

<sup>7</sup> Tal órgão, criado a partir de cisão do IBAMA pela Medida Provisória 366/2007 (convertida na Lei 11.516/2007) tem, dentre várias funções, a de gerir as unidades de conservação federais.

<sup>8</sup> O referido artigo não conceitua “populações tradicionais”, mas dispõe que estas têm sua subsistência baseada no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte.

O legislador, consciente do problema, determinou, quando da aprovação da Lei 9.985, que os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenistas deveriam instituir grupos de trabalho para, no prazo de 180 dias a partir da vigência da Lei (19/7/2000) propor diretrizes a serem adotadas com vistas à solução do problema das sobreposições (art. 57). No entanto, o Grupo de Trabalho interministerial (GT) criado por ato conjunto dos Ministérios do Meio Ambiente e da Justiça (Portaria n. 261/2000) extinguiu-se em dezembro daquele ano sem cumprir a determinação, fato atribuído às insanáveis divergências entre ambientalistas e indigenistas<sup>9</sup>.

Ao editar o Decreto 5.758/2006, que instituiu o Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), o Poder Executivo federal determinou expressamente como objetivo da polícia de áreas protegidas “solucionar os conflitos decorrentes da sobreposição das unidades de conservação com terras indígenas e terras quilombolas” (item 3.2, I, “e” do Anexo ao Decreto). A própria autoridade da qual emanou o ato normativo se encarregou de não dar cumprimento à sua determinação.

Trata-se, assim, de problema agudo que:

1. afeta a qualidade ambiental e a biodiversidade das áreas ocupadas e, portanto, o direito ao ambiente das presentes e futuras gerações;
2. diz respeito à delimitação das terras indígenas, elemento que para estes povos possui grande importância;
3. abrange considerável parcela do território nacional;
4. diz respeito a vários órgãos públicos federais e estaduais e, portanto, influi na distribuição de grandes parcelas dos orçamentos dos Estados e da União;
5. relaciona-se à atuação de inúmeras organizações não-governamentais nacionais e estrangeiras das mais diversas finalidades;
6. está indiretamente ligado a interesses econômicos, pois no caso de unidades de conservação de proteção integral a utilização de recursos naturais é restrita;
7. está diretamente ligado a interesses eleitorais, pois a satisfação imediata de necessidades humanas, como a dos índios e de grupos que podem lucrar com

---

<sup>9</sup> Impossível não reconhecer, neste caso, mais um exemplo do vergonhoso costume nacional consistente na mais pura e simples desobediência à lei, no caso, pelo próprio governo federal, sendo possível cogitar-se na prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, conforme será oportunamente analisado.

estes, gera maior retorno político do que a manutenção de UC de proteção integral, geralmente de reduzida popularidade.

8. acarreta a dificuldade de gestão das áreas com *dupla afetação*, já que costuma ser ruim ou péssimo o relacionamento entre o órgão ambiental gestor da UC e o órgão indigenista (sem falar na dificuldade de entendimento com os índios<sup>10</sup>) acarretando sérios prejuízos para a gestão e, conseqüentemente, para preservação da área.

Além dos problemas acima, destaque-se o dissídio científico, já que estudiosos do assunto encontram-se divididos sob diversas denominações nem sempre bem delimitadas, mas muitas vezes opostas (“preservacionistas”, “conservacionistas” e “socioambientalistas”) as quais se engalfinham sem chegar a qualquer resultado útil. Dessa forma, enquanto as minguadas forças que deveriam estar reunidas em favor da proteção do patrimônio ambiental e da dignidade dos índios se enfrentam, grupos interessados na exploração econômica, em prejuízo da Natureza, ampliam cada vez mais suas fronteiras de atuação.

Além da incúria do Estado e do dissenso acadêmico, o tema não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina. Neste particular, afora o valioso e detalhado *Terras indígenas & Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições* (Ricardo *et al.*, 2004) editado pelo Instituto Socioambiental (ISA) – ainda assim uma coletânea de artigos – não se conhece trabalho específico sobre o tema (inclusive na seara jurídica), salvo artigos esparsos que, embora bastante úteis, carecem de uma visão mais aprofundada sobre a matéria.

A presente dissertação tem como objetivo analisar o problema da presença indígena no interior de unidades de conservação no Brasil, para isso traçando breves aspectos históricos, situação atual, problemática envolvida, além de apontar possíveis soluções para as mazelas constatadas.

O presente trabalho evidentemente não tem a pretensão de esgotar ao assunto e tampouco apresentar uma solução definitiva, mas sim analisar tão inquietante problema e propor alternativas que poderão fomentar o debate e resultar em encaminhamentos. O intolerável é quedar-se inerte diante do perigo de degradação ambiental de áreas protegidas de imenso valor, com prejuízo

---

<sup>10</sup> Apenas a título de exemplo, são conhecidos os casos de seqüestro realizados por indígenas, como o de pesquisadores pelos ianomâmis, no Parque Nacional Pico da Neblina, e a invasão de prédios públicos no Parque Nacional do Araguaia, dentre muitos outros.

irremediável para a biodiversidade e para o equilíbrio ecológico, além da indefinição sobre os limites territoriais das terras dos índios.

Estabelecido o panorama, a abordagem será feita a partir da análise da colidência de direitos constitucionais metaindividuais, no caso, o direito coletivo dos índios à terra e o direito difuso à proteção da biodiversidade representado pelas unidades de conservação.

Antes do enfrentamento da questão, todavia, serão tecidas breves considerações sobre a crise social e científica (das quais o Direito não escapa) experimentada nos tempos atuais, e que impõe, para a superação deste quadro, uma mudança de paradigma. Sendo os interesses em conflito positivados em nosso ordenamento como direitos fundamentais, um exame de seus traços característicos será trazido em seguida, a fim de situar no sistema jurídico a estatura de cada um. Nesta oportunidade, as diversas gerações de direitos serão estudadas, evidenciando a historicidade daqueles, ou seja, seu processo contínuo de afirmação bem como o progressivo grau de coletivização (chegando inclusive a proteger as futuras gerações humanas), além da inevitável colisão de direitos, dado o caráter cada vez mais abrangente destes e a complexidade da sociedade contemporânea. Diante destes conflitos, faz-se necessária a existência de mecanismos de solução, a fim de manter a *unidade* e a *ordenação* do sistema (Canaris, 2002, p. 10).

Merecerá atenção o meio ambiente, a relação do homem com este, redundando, nos tempos atuais, na emergência do bem ambiental em tempos de crise planetária. É estudado de forma geral o Direito Ambiental, responsável por reger e proteger o interesse difuso ao equilíbrio ecológico das presentes e futuras gerações, bem como os princípios norteadores desta disciplina. Em seguida, analisa-se o regime jurídico das terras indígenas, expondo a situação dos índios no cenário pós-Constituição de 1988. Após, é estudado o regime jurídico das unidades de conservação, seu histórico, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) inaugurado pela Lei 9.985 em 2000, e o embate entre conservacionismo e socioambientalismo, correntes com diferentes visões acerca do melhor rumo para a política ambiental do país.

A questão a fundo é finalmente enfrentada, sendo a presença indígena em unidades de conservação analisada após o exame dos mitos do *bom selvagem* e da *natureza intocada*, e do processo de *transfiguração étnica* dos indígenas. O problema desta presença é dividido em dois casos: ocupação de unidades de



conservação por índios e criação de unidades de conservação em sobreposição às terras indígenas. Após, são elaboradas propostas para encaminhamento do conflito, abordando-se a supremacia do bem ambiental, bem de difusão máxima, a necessidade de soluções negociadas, de eficiência na Administração pública, a proposta de reserva indígena de recursos naturais (RIRN) formulada pelo Instituto Socioambiental, a necessidade de ênfase nos mosaicos de UC e TI, e o destaque para uma mazela muitas vezes olvidada no debate: a de que a dignidade dos povos indígenas não se assegura apenas com a demarcação de terras.

No trabalho, foram empregados diferentes métodos de pesquisa e abordagem dos temas. O método dedutivo foi empregado para a partir de conceitos gerais, empreender a interpretação e compreensão de fatos particulares. O método indutivo foi invocado para, partindo de fatos particulares, alcançar conclusões gerais. Pelo método analítico-sintético buscou-se examinar textos para a extração de conclusões próprias. Finalmente, os métodos histórico e comparativo foram invocados para localizar o tema no contexto atual e traçar um panorama da situação em outros ordenamentos jurídicos.

Como opção metodológica, fugindo à praxe generalizada de desenvolvimento de capítulos autônomos para o conteúdo histórico e a análise de direito comparado, serão feitas inserções pontuais sobre tais perspectivas na medida em que se revelaram úteis para a compreensão do tema desenvolvido.

Quanto às técnicas de pesquisa, destaca-se a utilização das modalidades documental e bibliográfica, com a análise de leis e de outras fontes de direito sobre a matéria. Dada a necessidade de interdisciplinaridade, vigente para todo o trabalho jurídico mas em especial para o estudo do Direito Ambiental, foram usadas fontes bibliográficas de ciências como História, Sociologia, Antropologia, Biologia, Ecologia e Filosofia, pois somente como uma visão ampla é possível percorrer com segurança o caminho.

## 2 CRISE SOCIAL, CRISE CIENTÍFICA E MUDANÇA DE PARADIGMAS

“Uma nova gnose está em gestação”

(Santos, 2006, p. 83)

É de certa forma difícil não reconhecer um contexto de crise a assolar a sociedade mundial em suas mais variadas esferas. Muito embora sejam empreendidos grandes esforços pela comunidade internacional, a desigualdade econômica se amplia e as guerras não cessam. Mesmo diante do avassalador progresso das ciências, as doenças ainda matam milhões e o ambiente é devastado, colocando em risco a sobrevivência dos humanos e demais seres. Também a cultura e a filosofia encontram-se diante de momentos de impasse nunca antes experimentados.

No que tange ao Estado, a crise do modelo de Bem-Estar Social faz ressurgir o liberalismo, agora denominado *neoliberalismo*, embora os países em desenvolvimento como o Brasil não tenham sequer chegado a concretizar as promessas, isto é, a atender aos interesses sociais conquistados por países mais desenvolvidos, acarretando, como consequência, caos social decorrente de expectativas frustradas de imensa parcela da população. Diversos movimentos sociais, impulsionados pela necessidade de ver atendidos interesses como, por exemplo, acesso à terra, trabalho e habitação, muitas vezes utilizam tais bandeiras para dilapidar o patrimônio ambiental, em prejuízo da humanidade.

Na esfera do Direito, e analisando-se a realidade brasileira, nunca as instituições foram colocadas em xeque como nos tempos presentes. A crise é tamanha que a desobediência generalizou-se e a todo o momento fala-se num novo “pacto social” ou mesmo em “refundação do Estado”. O povo a tudo assiste boquiaberto, embasbacado com os sucessivos “golpes” aplicados no erário e na moralidade, assim como com a crescente devastação ambiental (veja-se o exemplo do incontrolável desflorestamento da Amazônia), absolutamente descrente na superação deste quadro.

A ciência, que deveria orientar o desenvolvimento da humanidade, parece não cumprir seu papel. Segundo Ernst Cassirer, um dos aspectos centrais desta crise reside na relação do homem com o conhecimento, pois, sob o paradigma

teórico moderno, o homem perdeu seu centro intelectual. Segundo o pensador, a metafísica, a teologia, a matemática e a biologia assumiram sucessivamente a orientação do pensamento sobre o problema do homem e determinaram a linha de investigação *sem uma linha mestra*, isto é, “sem um eixo central capaz de padronizar os esforços individuais”, disso resultando uma crise do conhecimento, pois teólogos, cientistas, políticos, sociólogos, biólogos, psicólogos, etnólogos e economistas abordam o problema unicamente a partir de seu próprio ponto de vista (Cassirer, 1997, p. 41).

Combinar tais perspectivas distintas era visto como algo impossível e sequer havia em cada uma das searas do conhecimento um princípio de aceitação geral, de modo que o fator pessoal passou a ser aquele que prevalecia, com cada autor sendo conduzido por sua própria concepção da vida humana.

Citando Max Scheler, o qual afirma que não possuímos mais qualquer idéia clara e coerente do homem, e que a multiplicidade cada vez maior das ciências particulares que se dedicam ao estudo do homem confundiu e obscureceu muito mais do que elucidou nosso conceito deste, Cassirer conclui que “em nenhum outro período do conhecimento humano o homem tornou-se mais problemático para si mesmo que em nossos próprios dias”. O antagonismo das idéias ameaça toda a extensão de nossa vida ética e cultural e não há qualquer entendimento, não há qualquer compreensão do caráter geral da cultura humana: encontramos-nos “perdidos em uma massa de dados desconexos e desintegrados que parecem carecer de toda a unidade conceitual” (ibidem, p. 42-43). Em suma, nossa riqueza de fatos não se traduz necessariamente numa riqueza de pensamentos.

Félix Guattari, por sua vez, diagnostica que:

“O mundo contemporâneo, emaranhando em seus impasses ecológicos, demográficos, urbanos, incapaz de assumir as extraordinárias mutações técnico-científicas que o atingem, de uma forma compatível com os interesses da humanidade, se engajou numa corrida vertiginosa, seja para o abismo, seja para uma renovação radical. As bússolas econômicas, sociais, políticas, morais tradicionais se desorientam, umas após as outras. Torna-se imperativo refundar os eixos de valores, as finalidades fundamentais das relações humanas e das atividades produtivas.” (Guattari, 1993, p. 116)

No campo do saber as conseqüências são evidentes. Neste ponto, atenta Edgar Morin, que “nossa educação nos ensinou a separar, compartimentar, isolar, e não a ligar os conhecimentos” (Morin, 2005, p. 46).

A crise impõe uma mudança de paradigmas, um novo enfoque sobre os problemas.

Para Boaventura de Sousa Santos, encontramos-nos numa fase de transição, consistente no fim de um ciclo de hegemonia de uma ordem científica (Santos, 2006, p. 18-19). Trata-se da transição do paradigma científico moderno, erigido na Renascença, consolidado no Iluminismo, e calcado na “total separação entre a natureza e o ser humano” (idem, p. 25), numa concepção de mundo em que “o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via de sua decomposição nos elementos que o constituem” (idem, p. 31), para um modelo contemporâneo em que a ciência não segue um estilo unidimensional, pressupondo uma *pluralidade de métodos* a fim de analisar o conhecimento como *totalidade indivisa*. Dessa forma, o conhecimento se processará através de *interações*, de intertextualidades, repudiando o dogma moderno da especialização e do hermetismo disciplinar (idem, p. 73-77).

Este processo de transição envolve também o abandono da idéia de que a natureza seria passiva, eterna e reversível, desprovida de dignidade própria. Sob este paradigma, o conhecimento humano não é contemplativo mas ativo, tendo a missão de conhecer a fim de dominar, pois o homem é senhor e possuidor dos recursos naturais. Em razão desta missão, o método científico moderno assentava-se na “redução da complexidade” (ibidem, p. 25-28), do objeto de estudo (Natureza).

Parece desnecessário atentar para o fato de que o caos social atual e a catástrofe ecológica que se avizinha decorrem justamente destes dois problemas: antropocentrismo e hermetismo científico. Em decorrência do primeiro, o homem mantém uma relação de dominação para com a Natureza, a qual existiria apenas como objeto para satisfação de necessidades e não possuiria um valor próprio que justificasse um saber contemplativo e uma postura de reverência. O hermetismo científico é a forma pela qual se instrumentaliza a relação do homem para com seu meio. Para dominar, é preciso simplificar a complexidade, quantificar, reduzir a leis, dividir de forma estanque e hierarquizada os ramos do saber

Para a superação deste quadro, devem ser removidos justamente estes dois pontos de partida do paradigma moderno. O antropocentrismo necessita dar lugar

ao biocentrismo, ou seja, à colocação da vida em todas as suas formas como valor fundante, não havendo relação de subordinação entre homem e Natureza. O saber, por seu turno, deixa de se estruturar a partir de esquemas rigidamente dissociados, de modo a vigorar a interação entre as ciências, igualmente sem uma relação hierárquica.

O conhecimento do paradigma emergente, para Boaventura Santos, não é dualista, mas sim um conhecimento que se funda na superação das distinções outrora familiares e tidas como insubstituíveis, como no caso da oposição entre ciências naturais e ciências sociais (*op. cit.*, p. 63-64). O conhecimento, assim, deve ser indiviso, alicerçado em interações e intertextualidades, ao contrário da especialização segregacionista do paradigma moderno, que tem a finalidade de policiar as fronteiras entre os ramos do saber e reprimir aqueles que as desejam transpor (*op. cit.*, p. 73-74).

Há que se olhar além do pretense *fim da filosofia*. A chave para a solução desta crise, aponta, encontra-se na *transversalidade* das ciências exatas e anexadas, humanas e não-humanas, em outras palavras, na *análise transdisciplinar dos problemas*. De fato, a apreensão existencial do objeto – processo essencialmente afetivo segundo Guattari e condicionado ao caráter simbólico do ser humano segundo Cassirer – não pode se dar de forma particularizada, ou melhor, segmentarizada, mas sim de forma ontologicamente transversal.

A superação da crise ocorre, desta forma, com o diálogo entre as ciências caracterizado pela *horizontalidade*, por uma visão do macrocosmo em detrimento da visão estrita do microcosmo. Numa escala ampla e sob um prisma filosófico, o conhecimento conecta-se a uma *ecossocia social*, que consiste “em desenvolver práticas específicas que tendam a modificar e a reinventar maneiras de ser” (Guattari, 2002, p. 15). Ainda para o referido autor,

“Significa dizer que a ecologia generalizada – ou ecossocia – agirá como ciência dos ecossistemas, como objeto de regeneração política, mas também como engajamento ético, estético, analítico, na iminência de criar novos sistemas de valorização, um novo gosto pela vida, uma nova suavidade entre os sexos, as faixas etárias, as etnias, as raças...” (Guattari, 1993, p. 116).

Como ensina Lenise Aparecida Martins Garcia, transversalidade e a interdisciplinaridade são modos de trabalhar o conhecimento que “buscam uma reintegração de aspectos que ficaram isolados uns dos outros pelo tratamento disciplinar”. Com isso, almeja-se “conseguir uma visão mais ampla e adequada da realidade, que tantas vezes aparece fragmentada pelos meios de que dispomos para conhecê-la e não porque o seja em si mesma” (Garcia, 2006).

No que tange à ciência jurídica, o momento também é de crise, evidenciada pela insatisfação generalizada, tanto da sociedade quanto dos operadores do Direito, com o grau de efetividade do ordenamento. Com efeito, o direito material não é respeitado nem por particulares e nem pelo Estado; e o processo, instrumento de efetivação dos direitos subjetivos, tanto na esfera civil quanto na penal não agrada aos seus destinatários.

Realmente, isolada no passado dos demais ramos do conhecimento humano em busca de uma pretensa teoria pura<sup>11</sup>, o Direito parece lutar, no presente, para recuperar o tempo perdido, tentando conectar-se às outras ciências<sup>12</sup> com o fim de alcançar efetividade<sup>13</sup>. Além disso, faz-se necessário superar as barreiras existentes entre os próprios microssistemas jurídicos, ou seja, entre seus diversos ramos. A autonomia dos subsistemas jurídicos é conquista que não deve se traduzir em isolamento de um ramo do Direito em relação aos demais e em relação às outras ciências humanas e não humanas<sup>14</sup>.

Como bem observa Guattari, o isolamento faz com que as objetividades-subjetividades sejam “levadas a trabalhar por conta própria”, em conseqüência, “O estrangeiro, o estranho, a alteridade maléfica são remetidos para um exterior que ameaça” e, na verdade “não há de fato um exterior” (1993, p. 131). Destarte, os limites entre o Direito Penal e o Direito Civil não podem, na verdade, ser restritos ao conteúdo da legislação civil ou penal, da mesma forma em que a atuação de

<sup>11</sup> Para Boaventura Santos, a ciência pura e a dogmática jurídica teoria pura foram o efeito, no Direito, do “esvaziamento” provocado pelo modelo cientificista moderno (*op. cit.*, p. 71).

<sup>12</sup> O operador do moderno Direito de Família, por exemplo, não prescinde de uma abordagem em que se serve de contribuições oriundas de assistentes sociais e psicólogos. O exame do material genético (ácido desoxirribonucléico, ADN) abala institutos outrora intangíveis como o da coisa julgada. O Direito Penal dissociado da sociologia revela-se uma falácia. O Direito Ambiental volta seus interesses para o aspecto socioambiental. Visando a um melhor gerenciamento dos recursos públicos, os Direito Administrativo cada vez mais se interliga aos estudos produzidos pelos estudiosos das ciências econômicas e de recursos humanos.

<sup>13</sup> Como bem ensinava Bobbio, o desafio da atualidade não consiste em fundamentar direitos, mas sim em protegê-los de modo efetivo (Bobbio, 2004, p. 45).

<sup>14</sup> Não sem razão Ricardo Luis Lorenzetti reconhece, com apoio em nomes como Umberto Eco, que “estamos assistindo a uma nova Idade Média”, em outras palavras, uma feudalização que no Direito tem efeito descodificante (Lorenzetti, 1998, p. 55).

operadores do direito não pode ocorrer sob uma perspectiva corporativista<sup>15</sup>, ou como se o Direito fosse um fim em si mesmo.

A falta de uma visão abrangente do macrocosmo jurídico-social encontra-se de tal forma enraizada que tem início nos bancos das instituições de ensino, no rebaixamento da utilidade dos cursos jurídicos, onde se ensina, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. “uma arte de saber fazer sem preocupar em saber por quê” (*apud* Coan, 2003, p. 11). Em outras palavras, perde-se a grandeza e a importância do macrocosmo em função de ótica tecnicista do microcosmo, e exemplo disso é que, diante desta “perda de globalidade”, “a verdade que se expressa é subjetiva, particularizada” (Lorenzetti, 1998, p. 57).

O problema vivenciado pela presença indígena em unidades de conservação é diretamente ligado à crise do paradigma científico moderno. De um lado, pela supremacia do valor social sobre o ambiental, resultando da visão antropocêntrica que ainda impregna órgãos governamentais e movimentos sociais. De outro, o hermetismo entre ciências sociais (antropologia, por exemplo) e ecologia. Não se trata de substituir o quadro de supremacia de uma ciência pela supremacia de outra, mas sim de harmonizar os valores em prol da solução do problema local (objetivo imediato) da permanência de humanos em áreas protegidas com vistas à superação do problema global (objetivo mediato) da perda de biodiversidade.

---

<sup>15</sup> Quantas vezes não se ouviu nas salas de aula: “Este problema é dos civilistas”, “Isto é por culpa dos processualistas”, ou, de outra forma, “isto acontece por culpa dos advogados”, “o Judiciário é conservador”, ou “o Ministério Público é arbitrário”; em síntese, vence a ótica do “isto não é da minha conta”, comodamente transferindo-se a responsabilidade para outro envolvido.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 Conceito

A conceituação da expressão “direitos fundamentais” é tarefa trabalhosa, sendo difícil defini-la de modo sintético. A razão disso decorre não apenas das diferentes correntes teóricas que analisaram o tema, mas especialmente pela evolução do conceito ao longo do tempo. Em decorrência destes dois fatores, surgiram diversas expressões para designá-los, como *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* e *direitos fundamentais* (Silva, 1998, p. 179).

A expressão *direitos naturais* não expressa a melhor idéia sobre o conceito que se pretende traçar, pois, como se verá melhor adiante, não existem direitos que sejam “naturais” no sentido de *inerentes* ou *inatos* à pessoa humana. Ao contrário, os direitos são positivados, refletindo um momento no processo histórico da civilização. *Direitos humanos* e *direitos do homem*, conquanto sejam terminologias bastante adotadas nos documentos internacionais, também não designam precisamente o instituto analisado, pois, de um lado, poder-se-ia dizer que só o homem é detentor de direitos (afirmativa que progressivamente tende a ser rechaçada pela inexorável tendência em reconhecerem-se direitos aos animais) e, de outro, há inúmeros outros direitos que não são essenciais (no sentido de primazia e irrenunciabilidade) ou fundamentais ao ser humano. Da mesma forma *direitos individuais* não possibilitam compreender o objeto a ser conceituado em sua totalidade mas apenas uma parte deste, principalmente pela consolidada tendência de coletivização destes direitos. Já a expressão *liberdades fundamentais* ou *liberdades públicas* são igualmente conceitos restritos, pois designam apenas os direitos denominados “de primeira geração”, voltados para a defesa do indivíduo contra a opressão estatal, e que serão melhor estudados adiante.

Enfim, resta a expressão *direitos fundamentais* ou *direitos fundamentais do homem*, que abarca toda amplitude que o conceito necessita, pois “direitos” referem-se à positivação de ideologias, prerrogativas e anseios (interesses), enquanto que “fundamentais” designa “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive” (Silva, 1998, p. 182). Dada a



tendência em se reconhecerem os direitos dos animais e vegetais, faz-se necessário, para o autor, acrescentar a expressão “do homem”.

### 3.2 Historicidade

O pensamento cristão e a filosofia jusnaturalista são apontados como fontes primeiras da elaboração da doutrina dos *direitos fundamentais*. Segundo a lição clássica dos jusnaturalistas, os direitos humanos seriam anteriores ao estabelecimento das regras criadas pela sociedade. As leis, dessa forma, apenas reconheceriam direitos já existentes e inalienáveis ao ser humano. Já o pensamento cristão primitivo<sup>16</sup> preconizava uma dignidade inerente ao ser humano, assim como uma igualdade entre todos, fruto da criação do homem à imagem de Deus, ambos anteriores ao surgimento das leis humanas.

José Afonso da Silva, todavia, afirma que embora as duas concepções filosóficas tenham enorme relevância no processo, elas próprias são influenciadas pelas condições históricas objetivas vigentes (Silva, 1998, p. 176). Assim, embora contribuam para a positivação de direitos fundamentais, não são o fundamento primordial destes.

Por esta razão, o conceito segundo o qual os direitos são inatos ao homem deu lugar ao pensamento segundo o qual os direitos do homem são marcados pela *historicidade*. Dessa forma, segundo a lição de Norberto Bobbio:

“Os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que estas lutas produzem” (Bobbio, 2004, p. 51).

Assim,

“Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos eles são

---

<sup>16</sup> Torna-se vital diferenciar o pensamento cristão original expresso de forma geral em diversos trechos dos Evangelhos da doutrina criada posteriormente pelas diversas correntes de seitas autoproclamadas “cristãs”.

mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.” (ibidem, p. 52).

Referido autor observa com lucidez que os direitos fundamentais não se encontraram desde sempre positivados ou mesmo almejados pela sociedade, até porque em momentos pretéritos alguns deles sequer eram vislumbrados<sup>17</sup>.

Da mesma forma, José Afonso da Silva afirma que,

“Não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas. São *direitos positivos*, que encontram seu fundamento e contudo nas relações sociais materiais de cada momento histórico. Sua *historicidade* repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo.” (1998, p. 180).

Da mesma forma, Fábio Konder Comparato (Comparato, 2003) ensina que os direitos humanos, ao invés de serem considerados como inerentes aos indivíduos, são fruto da afirmação histórica.

Assim, o consenso de uma determinada sociedade, fruto de suas ideologias e interesses, faz com que tais direitos sejam reconhecidos num dado momento histórico. De fato, o direito é fruto direto da luta<sup>18</sup>, e o resultado é que os direitos fundamentais são o reflexo dos valores acolhidos pelos povos num dado momento histórico.

---

<sup>17</sup> “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (Bobbio, 2004, p. 25).

<sup>18</sup> “Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. (...) Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham” (Ihering, 2006, p. 1).

### 3.3 As gerações de direitos fundamentais

O desenvolvimento dos direitos fundamentais do homem comprova a tese de que estes são direitos históricos.

Em primeiro lugar porque a luta entre os interesses da sociedade (ou de parte desta, pois não se pode acreditar que todas as mudanças ocorreram em benefício do povo como um todo) voltou-se a cada momento histórico contra um obstáculo e, por esta razão, “teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico” (Bobbio, 2004, p. 229). Em segundo lugar pela simples razão de que um direito, outrora sequer cogitado, sequer existente como anseio da sociedade, possa ser num dado momento histórico não apenas acolhido e positivado como dotado de preponderância sobre outros.

Dados estes dois fatores (diversidade de contendores e mudança dos interesses), a afirmação histórica dos direitos fundamentais evoluiu através do que se convencionou chamar de *gerações de direitos*. Conforme ensina Bonavides (2006, p. 563), foi Karal Vasak, em aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, que criou a consagrada delimitação didática dos direitos fundamentais em diversas categorias, *segundo seu desenvolvimento*.

Em um primeiro momento, tiveram lugar os *direitos de primeira geração*, ou seja, aqueles identificados com as liberdades públicas e dos direitos políticos, integrantes da primeira fase do constitucionalismo. São marcadamente direitos de caráter individual, que visam assegurar um direito de defesa da pessoa contra o Estado, como no caso do direito à vida, da liberdade de crença e de culto, do direito de expressar opiniões, do direito à propriedade, direito de reunião e de associação, das garantias processuais como o devido processo legal, dentre muitos outros. Exemplos de documentos sempre apontados como marcos desta geração são a Declaração de independência norte-americana (1776) e a Declaração francesa de Direitos do Homem (1789).

Já em meados do século XIX, os interesses voltam-se para novos objetivos, e as conquistas agrupam-se na chamada *segunda geração de direitos*, consistente nos chamados direitos sociais, que resultam do impacto causado pela Revolução Industrial, pela urbanização, e conseqüente nascimento da “classe operária”, não havendo em favor desta a real utilização dos direitos até então garantidos, pois a

fruição dos direitos trazidos pela *primeira geração* não asseguravam a dignidade de imensa parcela da população. De fato, sem um salário digno, sem acesso às condições dignas de trabalho, à saúde, à moradia e à educação, todos os direitos individuais daquela geração pareciam ilusórios. É nesse contexto que emergem as doutrinas socialistas<sup>19</sup>.

Consolidando o viés de coletivização, a *terceira geração de direitos* é aquela que se consolida a partir do período pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir da década de 60, e que tem por fulcro a tutela de interesses maiores da sociedade, tais como a proteção do ambiente, das relações de consumo, da infância e juventude, da moralidade administrativa, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos usuários do sistema de saúde, enfim, a proteção dos interesses de uma *universalidade indivisível e incomensurável* de pessoas.

Consoante os objetivos centrais de cada uma das gerações, estas foram costumeiramente relacionadas segundo sua ordem cronológica aos três ideais da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*. De fato, grosso modo refletem cada um destes valores. A primeira por voltar-se contra a opressão religiosa e estatal, e consistir na conquista das chamadas liberdades em sentido negativo, tão a então burguesia. A segunda por seu caráter social, que visava à superação das profundas desigualdades advindas da ampliação do abismo entre pobres e ricos com a Revolução Industrial. A terceira por envolver valores de máxima coletivização e indivisibilidade quase que total dos interesses, ligando inexoravelmente todos os seres humanos pelo valor da *fraternidade* (o que implica em *solidariedade*), única forma de superar problemas agudos como o caos ambiental e a desigualdade nas relações econômicas, por exemplo.

Recentemente, diversos autores têm apontado o surgimento de uma *quarta geração de direitos*, embora não haja consenso sobre seu objeto. Para Bobbio, dizem respeito ao patrimônio genético e sua manipulação (2004, p. 25-26). Bonavides, por sua vez, indica que este conjunto de direitos “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”, sendo formado pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo (2006, p. 571). Já Ricardo Luis Lorenzetti propõe que se trata do “direito de ser diferente” (sociodiversidade), ou seja, relativos

---

<sup>19</sup> São exemplos de constituições que incorporaram de forma pioneira a segunda geração de direitos fundamentais e o conceito de Estado de Bem-estar social (*Welfare State*) a Constituição mexicana (1917), a alemã (Constituição de Weimar, de 1919) além das Constituições polonesa e iugoslava, (ambas de 1921).

a um “processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro”, versando sobre temas como “direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte” (Lorenzetti, 1998, p. 154). A verdade é que ainda se trata de uma categoria heterogênea e vaga e possivelmente só quando assistirmos ao alvorecer de uma *quinta geração* é que poderemos realmente explicar em que consistiu a anterior.

A historicidade dessa forma, a partir da evolução dos interesses e, dessa forma, dos direitos é facilmente observável, como atenta Bobbio:

“Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo como estes últimos (por exemplo, o direito á instrução ou assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função das mudanças das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.” (2004, p. 26).

### 3.4 Os direitos metaindividuais ou transindividuais

#### 3.4.1 A ruptura entre o público e o privado

A divisão entre direito público e direito privado tornou-se clássica nos países cujo ordenamento se inspirou no sistema jurídico da Europa continental, como no caso do Brasil<sup>20</sup>. Segundo esta distinção o direito público diria respeito às questões do Estado (incluindo as relações entre este e os indivíduos), restando ao direito privado um caráter residual: regularia tudo o que não fosse regulado pelo direito público. Por esta dicotomia, criava-se uma distinção entre interesse individual e interesse social, entre o interesse privado e o interesse público.

De um modo geral, no direito da civilização ocidental, cuja fonte primeira foi o direito romano, o ordenamento de cada Estado sempre foi erigido levando em

---

<sup>20</sup> Segundo Marcos de Campos Ludwig, apoiado por sua vez na lição de René David, tal divisão não ocorreu em outras famílias jurídicas como, por exemplo, no direito inglês, cuja distinção reside entre o *common law* e o *equity law*, tendo sua fundamentação em critérios completamente diferentes. (in Martins-Costa *et al.*, 2002, p. 87-88).

consideração os conflitos de caráter individual. As declarações de direitos no início da era moderna consolidaram esta sistemática, que teve seu apogeu na Revolução Francesa, símbolo, como já visto, da chamada primeira geração de direitos fundamentais (Fiorillo, 2005, p. 3).

As profundas alterações sociais experimentadas em razão da Revolução Industrial, o surgimento de novos anseios na busca de dignidade para o homem, deram início a uma progressiva ampliação do espectro dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos seus titulares e aos bens da vida em jogo, processo que se verifica até os dias atuais. Uma destas conseqüências foi a instalação de uma sociedade caracterizada pela *conflituosidade de massa* na qual as situações que o Direito deve regular são tornadas cada vez mais complexas (Cappelletti, 1977, p. 130).

Para o referido autor, diante do intrincado desenvolvimento das relações socioeconômicas, surgem situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízo a um grande número de pessoas, muitas vezes incomensurável.

A partir desse processo, pôde se verificar que os bens não podiam mais ser atribuídos a um único interessado. Da mesma forma, a divisão entre os titulares destes bens não podia mais simplesmente ocorrer entre pessoas jurídicas e naturais ou entre estas e as pessoas jurídicas de natureza pública. Direitos como a saúde, a educação, a proteção à juventude ou à velhice, bens como o ar e a água não pertenciam apenas ao próprio indivíduo ou ao Estado.

Realmente, o momento “genético” dos interesses supraindividuais ocorre quando os interesses individuais, agrupando-se, “despojam-se de sua carga de egoísmo, para formar um novo ente”: o interesse coletivo em sentido amplo (Mancuso, 2004, p. 57).

Conforme anotou Cappelletti (1977, p. 132), estes interesses “coletivos” fizeram ruir esquemas tradicionais que haviam perdurado por séculos na ciência jurídica, pois colocou em xeque a clássica divisão entre o que era “público” (então entendido como o que dizia respeito ao povo ou ao Estado) e o que era “privado” (então considerado de livre disposição pelo titular individual). Em suma a divisão entre Direito Público e Direito Privado era irreparavelmente superada ante a realidade social, “infinidamente mais complexa, mais articulada, mais ‘sofisticada’ do que aquela simplista dicotomia tradicional” (idem, p. 135).

Este vácuo entre o público e o privado seria preenchido justamente pelos interesses sociais ou coletivos *lato sensu*. Tais interesses poderiam inserir-se perfeitamente no conceito de interesse público, não fosse a distorção do conceito de “público” cunhado pelo Estado Liberal, que no contexto das liberdades negativas da primeira geração de direitos fundamentais, designara como “público” *tudo aquilo que não fosse privado*<sup>21</sup>.

### 3.4.2 Interesses públicos primários e interesses públicos secundários

Dada a redefinição do papel do Estado, que deixou de ser Liberal para Social, passou-se a questionar sobre a coincidência dos interesses sociais com os interesses “públicos” (na acepção individualista). Numa sociedade de massa com conflitos de massa, na qual o Estado não atua negativamente mas positivamente, o “interesse público do governante” poderia não espelhar exatamente o “interesse público do governado”. Reconheceu-se, dessa forma, ser falacioso dizer que o interesse público (do povo) seria idêntico ao interesse do Estado e, para evitar a confusão desses papéis assumidos por este, a doutrina italiana fez a distinção entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*, segundo a consagrada definição de Renato Alessi (*apud* Rodrigues, 2005, p. 46).

O interesse público primário (ou interesse social) é o interesse público propriamente dito, reflexo dos anseios do povo, a quem cabe o Estado representar. Já o interesse público secundário (ou interesse estatal) diz respeito ao interesse da Administração pública, o qual não deveria, ao menos em tese, colidir com o interesse primário (embora de fato colida). Assim, os interesses secundários só poderiam ser buscados quando coincidentes com os interesses primários, o que é pouco observado cotidianamente.

---

<sup>21</sup> É lamentável que o Código Civil (Lei 10.406/2002) tenha mantido tal pensamento (dentre inúmeras outras obsolescências) através da redação do art. 98, segundo o qual bens públicos são aqueles que não são particulares, sendo procedente a crítica formulada por Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 30), para quem tal artigo “é carcomido e obsoleto, para não dizer ilegítimo”. Seria melhor que o recente diploma civil, intitulado por alguns como a “constituição do cidadão” tivesse incorporado a menção aos bens difusos e coletivos, como fez a Constituição da República (art. 129, *caput*, III) até para harmonizar-se com as Leis 7.347/85 e 8.079/90. Poderia, assim, ter disposto, ainda que em linhas gerais, uma diferenciação entre bens públicos, particulares e metaindividuais (ou transindividuais). Tal medida seria extremamente salutar não apenas os juristas, mas especialmente para o cidadão, dada a ampla divulgação que o Código tem.

### 3.4.3 Interesses públicos primários e interesses difusos

Reconhecido que o Estado nem sempre age segundo os interesses públicos propriamente ditos, resta o problema exposto por Marcelo Abelha Rodrigues de definir o conteúdo dos interesses primários, a fim de o Estado agir em consonância com estes. Para o referido autor, conceituar interesse público tão somente como o interesse geral, o bem-estar, o bem comum, “é ser demasiadamente abstrato e permanecer numa zona grísea a indefinida” (2005, p. 47). Com efeito, os interesses dos moradores de um bairro podem não se harmonizar com os habitantes de toda a cidade e, por sua vez, os interesses de todos estes podem confrontar com os indivíduos de uma região ou de um país.

Por esta razão, em razão de sua máxima amplitude, o interesse público primário nada mais é do que o interesse difuso, especialmente pelo fato da maioria das democracias como Brasil assegurarem um vasto rol de direitos em suas Constituições (criando os *Estados Democráticos de Direitos*). Ainda assim, como é amplo o catálogo de direitos, *o conteúdo do interesse primário só se definirá no caso concreto* (idem, p. 50), que, possivelmente, envolverá a colidência de dois ou mais interesses difusos, ou entre estes e direitos individuais ou de grupos, devendo o conflito ser solucionado através de regras de ponderação, conforme se analisará mais adiante.

Os interesses difusos distinguem-se dos interesses coletivos, os quais, juntos, compõe a categoria dos chamados *interesses metaindividuais*, ou seja, aqueles interesses que ultrapassam a esfera meramente individual.

### 3.4.4 Os direitos coletivos

Os interesses coletivos identificam-se com a segunda geração de direitos fundamentais, relacionados aos anseios de categorias ou grupos de pessoas, ligados entre si por uma relação jurídica, como no caso dos sindicatos, entidades de classe, associações de moradores de num determinado local, ou comunidades étnicas quantificáveis, como no caso de comunidades indígenas e quilombolas.

No direito brasileiro, por força da definição estabelecida pela Lei n. 8.078/90 (art. 81, parágrafo único, II), os direitos coletivos, ou direitos coletivos *stricto sensu* conforme Fiorillo (2005, p. 8), passaram a serem conceituados como aqueles



“transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

A primeira nota característica dos direitos coletivos, a *transindividualidade*, lembra, conforme já observado, que se tratam de direitos que extrapolam a esfera individual. Em segundo lugar, atenta-se para a marca da *indivisibilidade do objeto*, ou seja, não é possível fracionar o direito ou interesse e obter a fração ideal de cada titular. Entretanto, o terceiro componente do conceito deixa clara a *determinabilidade dos sujeitos ou titulares* do direito, os quais pertencerão a grupo, categoria ou classe de pessoas, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Dessa forma, a indivisibilidade está restrita à categoria, ao grupo ou à classe titular do direito (idem, p. 9).

A satisfação de um membro do grupo só implica a de todos os seus componentes, e a lesão de apenas um constitui lesão de todos.

Em termos históricos e de conteúdo, os direitos coletivos associam-se à chamada segunda geração de direitos, também chamados de direitos sociais, cujo maior exemplo foram os direitos trabalhistas e sindicais, bem como o direito à habitação e à terra.

#### 3.4.5 Os direitos difusos

Os interesses difusos, por sua vez, dizem respeito a um universo maior do que o interesse coletivo, pois seus titulares são em número *incomensurável* e ligados por uma simples situação fática. Dessa forma, enquanto o interesse coletivo apresenta menor amplitude o que o leva a se aglutinar a grupos sociais definidos, o interesse difuso pode mesmo concernir até toda a humanidade, pois o titular do direito é considerado simplesmente enquanto ser humano (Mancuso, 2004, p. 85-86).

Refletem, assim, um grau maior de universalidade ou coletivização, grau que se pode dizer máximo, dada a “escala crescente de coletivização” (idem, p. 58) e, conforme dispõe a Lei n. 8.078/90 (art. 81, parágrafo único, I), são direitos transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Do conceito se extraem três características. As já descritas *transindividualidade* e *indivisibilidade do objeto*, acrescidas da *indeterminabilidade*

*dos sujeitos ou titulares* do direito, ou seja, a *incomensurabilidade* dos interessados na proteção do direito, vez que todos ligados por simples circunstâncias fáticas, sendo que a satisfação de um só implica a de todos, e a lesão de apenas um constitui lesão de todos. Exemplo maior de difusão de um direito encontra-se no meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é composto de uma intrincada teia de incontáveis ramificações, exemplificadas pelo ar, a água dos oceanos, as florestas, podendo a interferência em um destes itens acarretar imprevisíveis alterações nas condições dos demais, atingindo não apenas os seres humanos mas todas as demais formas de vida.

Por esta razão, pode-se dizer que os direitos difusos representam o grau máximo de coletivização *lato sensu*, ou o grau máximo de metaindividualidade ou transindividualidade.

#### 3.4.6 Direitos difusos das futuras gerações

Como mais um reflexo do processo contínuo de coletivização dos direitos fundamentais, textos legais recentes têm positivado não apenas os interesses da geração atual de indivíduos, mas ampliado o espectro da proteção para as *gerações futuras*.

Na esfera internacional, a Declaração de Estocolmo (1972) já previa em seu Princípio 5 que “Os recursos não renováveis do globo devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos”. Tal disposição tem por fim específico proteger as futuras gerações contra o risco crescente de exaurimento dos recursos naturais.

Já a Convenção para a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, firmada em Helsinque (1992), adota a terminologia “futuras gerações”, dispondo que “os recursos hídricos são gerados de modo a responder às necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades.” (art. 2º, 5, “c”).

No ordenamento brasileiro, a Constituição de 1988 positivou no art. 225, *caput*, o direito e o interesse das futuras gerações a viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Referido dispositivo estabelece que tal ambiente é um bem de todos, sendo dever do “Poder Público e da coletividade” defendê-lo e

preservá-lo para que aquele desiderato seja alcançado. Trata-se, segundo José Afonso da Silva, de um “avanço extraordinário que o sistema constitucional deu na matéria” (Silva, 2002, p. 53).

Assim, dada a proteção do interesse das futuras gerações ao equilíbrio ecológico do ambiente, pode-se falar em um *direito de máxima difusão*, já que os titulares são não apenas a presente geração do planeta mas inclusive as futuras. Trata-se de efeito da progressiva coletivização de direitos fundamentais, de modo a abranger em seu espectro de proteção os interesses de gerações vindouras a viver em um meio sadio.

### 3.5 Colisões entre direitos fundamentais

A cada ganho da sociedade em pluralismo corresponde um ganho do Direito em complexidade<sup>22</sup>, especialmente em razão do surgimento de novos interesses e, por conta disso, de novos direitos, muitos dos quais poderão colidir em determinadas situações. É natural, assim, reconhecer que uma sociedade massificada e pluralista envolverá o choque de interesses metaindividuais entre si ou com interesses individuais, ou seja, colisões entre interesses e direitos de todas as gerações. Por esta razão Robert Alexy afirma que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais” (Alexy, 1999b, p. 68).

Para solucionar o problema, Alexy propõe seja delimitado: *a)* qual o destinatário, o titular do direito fundamental; e, *b)* sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados (1999b, p. 67). Para tanto, deve-se preliminarmente examinar se os direitos fundamentais têm o caráter de regras ou princípios.

#### 3.5.1 Regras e princípios

Atualmente se reconhece que as normas jurídicas são compostas de princípios e regras, e não apenas de regras, como anteriormente a velha hermenêutica entendia.

---

<sup>22</sup> Deve-se este ensinamento ao Prof. Marcelo Souza Aguiar, que o proferiu em aula da disciplina Teoria Geral do Direito, do curso de mestrado em Direito das Relações Sociais da PUC-SP, no dia 26.9.2006.

A palavra *princípio* nos remete a início. Dela extraímos a noção de onde começa algo. O começo, como ponto de partida, é fundamental para que se entenda o caminho a ser percorrido e, portanto, a compreensão de toda uma jornada só se faz recorrendo ao princípio.

Por esta razão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 545) conceitua princípio como o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. Em suma, princípios são os alicerces sobre os quais se apóia toda a estrutura, mas, na ciência jurídica, por muito tempo questionou-se qual seria exatamente sua função.

Bonavides ensina (2006, p. 259) que a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios não eram dotados de normatividade, servindo basicamente como referencial ético-valorativo, inspirando postulados de justiça. Já na segunda os princípios são efetivamente reconhecidos, mas a eles é atribuído um papel menor, já que relegados à função de suprir lacunas, jamais se sobrepondo às leis em sentido estrito<sup>23</sup>.

O pós-positivismo, por seu turno, inclui os princípios na categoria de normas e com importância igual ou superior à das as regras, conforme a visão de Bobbio:

“O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais.” (1996, p. 158).

Tal é a visão que se consolida na doutrina mundial na segunda metade do século XX (Lorenzetti, 1998, p. 316) e, nas últimas décadas deste, é positivada em diversas Constituições, nas quais os princípios são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.” (Bonavides, 2006, p. 264). Para Alexy, os princípios são *mandatos de otimização*, pois ordenam que se realize algo melhor na medida do possível, podendo ser cumpridos em diversos graus (1999b, p. 74-75).

Os princípios, então, são normas,

<sup>23</sup> Vê-se tal concepção estampada no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*.” (destacou-se).

“mas de um tipo especial. Têm uma estrutura deontológica, já que expressam um dever ser, mas são distintos das regras porque estas podem ser cumpridas ou descumpridas de um modo claro. O princípio, por sua vez, ordena que algo seja cumprido da melhor medida possível; é a busca do ótimo.” (Lorenzetti, 1998, p. 317).

Reconhecida a normatividade dos princípios, as normas passam a ser compreendidas como um gênero que se desdobra em regras e princípios (Bonavides, 2006, p. 276), tendo estes últimos uma função preponderante, eis que alicerces para aquelas, sendo “fonte primária de normatividade” e dotados de “dimensão normativa mais elevada” (idem, p. 283), que não podem contrariá-los.

Alguns deles contêm *conceitos jurídicos indeterminados*, como no exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caso, oferece-se uma maior mobilidade ao operador do direito, que exercerá uma operação valorativa para sua integração, sempre objetivando um resultado que encontre ressonância nas concepções socioculturais de determinado grupamento, requisito essencial à fixação de parâmetros de certeza e segurança jurídicas (Garcia, 2005, p. 91). Diante da complexidade da sociedade contemporânea – que impõe uma correspondente complexidade ao Direito – o estabelecimento de princípios torna-se imperativo, como forma de ofertar soluções jurídicas através de normas de maior abrangência contendo cláusulas mais genéricas, aptas a possibilitar a subsunção a um maior número de situações fáticas<sup>24</sup>.

### 3.5.2 Colisões de princípios e conflito de regras

A distinção entre regras e princípios fica mais clara quando se estuda o choque entre cada um deles. Isto porque as regras são normas que se cumprem na forma do “tudo ou nada”, pois:

---

<sup>24</sup> Por esta razão, “o legislador vai aumentando, pouco a pouco, o grau de abstração das normas, possibilitando, assim, ao intérprete, uma certa margem de manobra” (Souza, 1993, p. 115).

“são normas que podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então há de se fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos.” (Bonavides, 2006, p. 279).

Dessa forma, regras entram em conflito, no qual uma será aplicada em sua totalidade, em detrimento da outra, cuja aplicabilidade será afastada de forma integral. Em outras palavras, o conflito será resolvido ou através de cláusula de exceção contida numa das regras, ou por meio da declaração de nulidade de uma das regras (idem, p. 279).

O mesmo não se dá com os princípios, os quais, por serem *mandatos de otimização*, não têm sua colisão resolvida na base do “tudo ou nada”, mas sim através de ponderação, pois, enquanto os conflitos de regras se resolvem na dimensão de validade (uma das regras será necessariamente excluída para solucionar o conflito), as colisões de princípios se resolvem na dimensão de valor ou peso (nenhum dos princípios será declarado inválido).

### 3.5.3 Sistema de ponderação

Diante da abrangência dos princípios e do caráter plural, conflituoso e multifacetário da sociedade atual, é comum a *colisão* ou conflito aparente de princípios, reconhecendo Canotilho que *a convivência destes é conflitual*. Daí decorre a necessidade do estabelecimento de mecanismos de solução de colisões, ainda que não seja possível um padrão ou critério absoluto de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstratos (*apud* Espíndola, 2002, p. 244-246). O objetivo é a adoção de um sistema que obtenha o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

Como já visto, a colisão regras se resolve na dimensão da *validade* enquanto a colisão de princípios na dimensão do *valor*. Tal atribuição de valor se efetua, para Alexy, através de uma *regra de ponderação*, que visa atender à exigência de racionalidade prática na argumentação e no resultado do discurso jurídico (*apud* Padilha, 2006, p. 115).

A ponderação é realizada através do *princípio da proporcionalidade*, o qual, por sua vez, consiste de três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; todos os três expressando a idéia de

otimização, já que, para o autor, a função primordial dos princípios é a de servirem como *mandamentos de otimização* do sistema (Alexy, 2005, p. 338).

O *princípio da idoneidade* exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles deveriam servir. O *princípio da necessidade* pede, de dois meios que, em geral, fomentam igualmente o bem da vida, escolher aquele que intervém menos intensamente no outro bem. O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, regra de ponderação por natureza, estabelece que quanto mais alto é o grau de prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (idem, p. 339).

Dessa forma, pelo sistema de ponderação, os princípios, por serem mandatos de otimização, *podem ser cumpridos em diferentes graus*, na dependência das possibilidades fáticas e jurídicas (Padilha, 2006, p.112). Com efeito, não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido; ele apenas recua frente ao maior peso e importância, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição (Cristóvam, 2006, p. 232). Isto porque os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados no texto constitucional (Moraes, 2002, p. 61).

Tal sistemática veda a ponderação abstrata dos princípios em conflito, ou seja, a comparação dos direitos com base em uma hierarquia prévia. Inexistiria, na visão de Alexy, em superioridade *prima facie* dos princípios em conflito, ou seja, uma relação *a priori* ou *ex ante* de preponderância, dado que a ponderação somente poderia ocorrer diante do caso concreto.

Embora tal raciocínio seja correto para a maioria dos casos, inexistindo de fato princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão:

“Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos demais em praticamente todas as situações de colisão. Como exemplos podem ser citados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da proteção da ordem democrática e o direito à higidez do meio ambiente.” (Cristóvam, 2006, p. 235)

Por esta razão, o próprio Alexy admite o estabelecimento de um *sistema de condições de prioridade*, a fim de proporcionar informações sobre o peso relativo dos princípios. Em outras palavras, trata-se de estabelecer um *sistema de prioridades prima facie*, fixando a carga de argumentação e uma certa ordem no campo dos princípios, embora tal prioridade de um princípio sobre o outro poderá alterar-se no futuro, cabendo a quem pretender modificar essa prioridade encarregar-se da prova (Padilha, 2006, p. 122-123). No mesmo sentido Canotilho ensina que a ponderação entre os princípios ocorre “consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso” (*apud* Espíndola, 2002, p. 244).

Mesmo diante de mandados de otimização fortes e de um sistema de prioridades, inexistente hierarquia prévia, sendo que a preponderância decorrerá de circunstâncias fáticas e jurídicas a relação ao caso concreto. Isto porque:

“A relação de precedência não estabelece uma posição hierárquica absoluta ou o peso superior de um princípio frente ao outro, mas apenas estabelece as condições, no caso concreto, em que essa precedência se justifica (Padilha, 2006, p. 117).

Para a resolução da colisão entre princípios constitucionais, dessa forma, serão sopesadas prioridades (“peso” de cada norma) e consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância (Cristóvam, 2006, p. 233).

#### 3.5.4 Ponderação no conflito entre direitos fundamentais

Como assevera Lorenzetti, os direitos fundamentais podem opor-se entre si, gerando antinomias de difícil solução. Por isso,

“é necessário estabelecer um mínimo de hierarquia entre eles, ou então um sistema de solução de conflitos. Neste caso, falamos de direitos competitivos, que são aqueles que podem competir entre si, porque levam a soluções



distintas, porém é possível buscar um nível de equilíbrio mediante um juízo de ponderação.” (1998, p. 158).

Para o referido autor, “é possível buscar uma solução de equilíbrio transacional” (idem, p. 161), já que, como visto, a ponderação de princípios não implica na declaração de invalidade de algum deles, podendo coexistir em diferentes graus.

Entretanto, podem existir situações em que, no caso concreto, um direito fundamental terá de ser excluído a fim de fazer valer outro direito também fundamental. Esta questão instigante nos leva aos conflitos entre direitos fundamentais de diferentes gerações, especialmente entre os direitos coletivos e os difusos. É o caso, por exemplo, do conflito entre o direito de habitação e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, problema agudo vivenciado nas grandes cidades brasileiras, nas quais o acesso à moradia é buscado muitas vezes em áreas de preservação permanente.

Segundo Mancuso, no desenvolvimento dos direitos, pode-se visualizar uma “escala crescente de coletivização”, inserido no contínuo processo de despojamento de sua “carga de egoísmo” dos interesses individuais (2004, p. 57-58), os quais agrupam-se e coletivizam-se em sentido estrito. Não há fim neste processo, mas apenas uma progressiva coletivização, direcionada pelo norte simbólico da Revolução Francesa atribuído à terceira geração de direitos fundamentais: a fraternidade, valor que implica no dever de solidariedade.

Dessa forma, sem que se excluam os direitos fundamentais de cunho individual da primeira geração, estes são condicionados ao exercício mediante a concretização de direitos sociais e coletivos característicos da segunda geração. Num momento posterior, tanto os direitos de primeira como de segunda geração, sem que se tornem inválidos, são realizados desde que em consonância com os direitos difusos da terceira geração.

As gerações de direitos posteriores não excluem as anteriores justamente em razão das regras de ponderação, de modo que coexistem e são aplicadas todas como mandatos de otimização. Todavia, é inevitável a preponderância dos direitos e interesses de maior grau de coletivização, dada a possibilidade de realizarem em maior escala o interesse público primário, sobretudo quando estão em jogo valores

de universalidade máxima, como a garantia de vida digna num ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Fala-se, então, de supremacia dos interesses e direitos difusos sobre dos direitos individuais e sobre os coletivos *stricto sensu*. Neste ponto, conforme registrado por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, a Constituição da República de 1988 consagrou o “princípio da supremacia dos interesses difusos, que se sobrepõe em relação aos individuais, públicos e coletivos (em sentido estrito).” (Akaoui, 2006).

## 4 AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: DIREITO FUNDAMENTAL

### 4.1 Homem e ambiente

O ser humano, através do excepcional desenvolvimento de sua inteligência, adquiriu a capacidade de alterar substancialmente o meio em que vive. Porém, o progresso humano dissociado de uma ética ambiental fez com que velocidade destas alterações as situasse acima da capacidade de reposição natural. Dessa forma, a biosfera perdeu a sua faculdade de resposta contra a espécie hegemônica. Assim, Serge Frontier alerta que já não existe mais a capacidade da Natureza assimilar o impacto da ação humana a ponto de compensar desequilíbrios (“já não há mais *feed-back*”, diz o autor), tendo a humanidade atingido o ponto de ruptura do sistema (Frontier, 2001, p. 150).

As alterações produzidas pelo ser humano, especialmente em razão da descomunal necessidade de recursos naturais para atender ao consumismo desenfreado, repercutiram no ambiente planetário. Ainda assim, existe uma massa imensa de miseráveis parcialmente excluídos do jogo da sociedade de consumo, de modo que a catástrofe ambiental só tende a se ampliar conforme o mercado se estenda aos que saem da miserabilidade, devendo-se considerar, ainda, o progressivo aumento populacional.

O paradigma equivocado, eis que a sociedade atual se pauta por um modelo no qual o indivíduo é valorizado pela quantidade de bens que consegue acumular, é apontado como a causa fundamental do desastre ambiental que já vem se manifestando sobre a Terra. A infinita sede de acumulação só pode ser saciada pela progressiva exploração dos recursos naturais os quais são, evidentemente, finitos. De fato, “a Terra tem uma dimensão finita, e hoje nós já a investimos quase na totalidade” atenta Frontier (idem, p. 149).

Além da finitude dos recursos naturais, a população humana aumenta de modo incontrollável, espalhando-se por todos os pontos do planeta, o que acarreta o desaparecimento dos últimos santuários preservados, um dos mais importantes legados que poderiam ser deixados para as gerações vindouras.

A presença humana tudo altera e fruto desta acelerada antropização é a a diminuição da biodiversidade, hoje um fenômeno planetário em aceleração (ibidem,

p. 139). Todavia, como bem observa Edis Milaré, o dilema *desenvolvimento versus ambiente* é falso (2004, p. 51). Desde que redimensionados os desejos egoístas e supérfluos, é possível ao ser humano saciar suas necessidades e progredir em harmonia com a Natureza.

Imperioso, portanto, que se reconheça o planeta com um ser vivo, onde tudo está conectado e precisa estar sadio para que o todo funcione e se manifeste plenamente. O centro do universo não desde que com consoante balizamento ao é o Homem (antropocentrismo) mas sim a *vida* em todas as suas formas (biocentrismo), valor que se traduz na *biodiversidade*, isto é, a variabilidade de organismos vivos, a riqueza das diferenças. Trata-se da força da natureza que se perpetua por razões que o homem ainda se esforça para compreender e, mesmo sem entendê-la, tenta permanentemente dominá-la (Capelli, 2001, p. 64-65).

Para melhorar este panorama, as normas de Direito Ambiental cada vez mais vêm reconhecendo direitos próprios da natureza, independentemente do valor que esta possa ter para o ser humano (Antunes, 2002, p. 24). É o caso da Resolução 37/7 (1982) das Nações Unidas, a qual determinou que:

“toda a forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja sua utilidade para o homem e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.” (idem, p. 25).

A preocupação maior na atualidade, diz respeito à crescente extinção de espécies causadas pela presença humana, pois uma espécie não é introduzida e nem se extingue sem que sua presença ou ausência acarrete conseqüências em cadeia (Milaré, 2004, p. 211), no mais das vezes imprevisíveis e irreversíveis.

Por conta disso, não se pode olvidar que a concepção biocêntrica do meio ambiente é a única forma do homem preservar a si mesmo (Rodrigues, 2005, p. 66), pois interessa à própria sociedade humana a manutenção do equilíbrio ecológico, única forma de manter a sadia qualidade de vida, como dispõe de forma sábia o art. 225, *caput*, da Constituição da República.

Todavia, embora a preservação da biodiversidade seja interessante do ponto de vista da sobrevivência da espécie humana, a proteção de tal valor possui motivos éticos evidentes, ainda que estes tenham se perdido durante o decorrer do século

XX (Dourojeanni e Pádua, 2002, p. 221). Tal abandono dos valores éticos decorreu principalmente da associação do meio ambiente a um bem de interesse meramente econômico. A conjuntura de aquecimento global e caos ambiental planetário não fez com que a discussão retomasse a importância do valor ético: apenas fez com que o equilíbrio ecológico fosse visto como necessário à sobrevivência do Homem, sem atentar para o valor intrínseco da Natureza.

A adoção de um pressuposto ético nas relações entre Homem e Natureza é, dessa forma, providência necessária para o redimensionamento das relações entre aquele e esta. Para isso, faz-se necessário delimitar quais seriam os valores fundamentais desta ética ambiental (Bastos, 2006, p. 196), o que implica em rever justamente a concepção de universo de nossa sociedade, a qual, como já visto, é influenciada pela supremacia do homem sobre o meio, dominação esta consubstanciada na prevalência das ciências naturais, na visão de mundo mecanicista, de modo a quantificar toda a complexidade do universo em leis matemáticas, em detrimento de um saber contemplativo. O reducionismo impõe o sacrifício do belo em prol de uma visão simplificada do cosmos, com ênfase no Homem. A Terra, ao invés de ser vista como um organismo vivo e repleto de teias de vida de incomensurável complexidade, é considerada um repositório de bens de valor econômico, a serem desfrutados pela espécie humana.

Como possíveis paradigmas, surgem a ecologia profunda (*deep ecology*) também chamado de ecocentrismo e a ecologia rasa (*shallow ecology*), também conhecida como antropocentrismo alargado. Para a primeira corrente, o homem deixa de ser *a medida de todas as coisas* e é recolocado na linha de evolução, na qual não goza de qualquer privilégio. Todo o elemento do mundo vivo, assim como cada processo ecológico, possui valor intrínseco (idem, p. 199). Por outro lado, o antropocentrismo alargado também trata do combate à poluição e esgotamento de recursos naturais, todavia sob o enfoque da saúde e da opulência das populações humanas, sendo a Natureza protegida em razão de sua utilidade para o homem, o que constitui vício fundamental dada a ausência de um rompimento com o antropocentrismo vigente (ibidem, p. 199).

Não se trata, como aduz Lúcia Elena Arantes Ferreira Bastos, de *diabolizar* e tampouco *angelizar* a ciência e o progresso humano (ibidem, p. 200). A solução encontra-se, mais uma vez, no afastamento dos extremos. O desenvolvimento é necessário à espécie humana, todavia deve se processar segundo uma postura

ética para com o planeta. As atividades do Homem precisam, urgentemente, ser redimensionadas, reconhecendo-se o valor próprio dos demais seres vivos.

Isto implica o abandono da postura de *dono* ou *senhor* dos bens naturais auto-atribuída ao Homem, no reexame de sua cosmovisão, acarretando conseqüências práticas como a revisão de hábitos de consumo e valorização da Natureza sendo ela um fim em si mesma.

#### 4.2 Conceito de bem ambiental

Fixada a necessidade de revisão da relação homem-ambiente, mister se faz precisar o objeto de proteção, ou seja, o bem ambiental, tarefa difícil em razão de seu amplo aspecto, muitas vezes relacionado a tudo que nos envolve em todo o universo.

Meio ambiente, nos termos precisos do art. 3º, I, da Lei 6.938/1981, é o *conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*. Segundo a Constituição da República, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo sua preservação um direito das presentes e futuras gerações* (art. 225, *caput*).

Os dois conceitos acima se encontram, de modo a poder caracterizar o bem ambiental como *bem jurídico difuso, imaterial, extrapatrimonial e autônomo cujo equilíbrio é direito das presentes e futuras gerações* conforme ensina Marcelo Abelha Rodrigues (Rodrigues, 2005, p. 72). Para o autor, ao se tutelar o bem ambiental não se tutela apenas a sobrevivência, mas sim a vida com qualidade. Por esta relação de essencialidade, para a manutenção da vida saudável, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito que constitui ponto de partida para outros direitos. Pela estreita ligação e dependência da vida com o ambiente, *este direito é um limitador natural de outros direitos do homem* (ibidem, p. 72).

Dessa forma, embora os recursos naturais sejam fruíveis pelo ser humano, tal utilização não é exclusiva e nem deve ser considerada egoisticamente, porque tais bens são justamente os pilares do equilíbrio ecológico, objetivo da tutela do meio ambiente (ibidem, p. 73).

A natureza jurídica do bem ambiental não se resume à de bem de uso comum do povo, nos termos da legislação civil (Código Civil, art. 98)<sup>25</sup>, mas a de bem difuso, nos termos do art. 81, parágrafo único, I, da Lei 8.078/1990<sup>26</sup>. Mais além, é possível visualizar o ambiente como um *bem de difusão máxima*, haja vista que seus titulares são todos os seres humanos e, se assegurados direitos aos animais como é evidenciado em ordenamentos estrangeiros, seus titulares tendem a ser todas os seres vivos do planeta.

#### 4.3 Emergência do bem ambiental

Conceituado o bem ambiental, impõe-se fixar sua importância no ordenamento jurídico.

Definidos os direitos fundamentais como direitos históricos, surgidos ao longo do desenvolvimento da humanidade e com pesos atribuídos conforme as circunstâncias do momento, pode-se afirmar que o reconhecimento do bem ambiental, a partir de um interesse na proteção do meio ambiente é fato bastante recente, podendo ser situado no princípio do século XX, sob a influência de pensadores do século XIX como John Muir e Henry D. Thoreau. Todavia, a consolidação jurídica do bem ambiental dá-se apenas em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial e no início dos anos 60.

Com efeito, o direito ao meio ambiente saudável é apontado como o principal direito de terceira geração. Os “direitos da nova geração”, diz Bobbio, “nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico”, sendo o primeiro exemplo “o direito de viver em um ambiente não poluído” (2004, p. 229)

No contexto contemporâneo de crise ecológica planetária, quando especialistas se indagam quanto tempo nos resta de vida suportável sobre a Terra, o bem ambiental adquire ainda maior importância, o que comprova a tese de que os direitos fundamentais são fruto da conjuntura histórica. Tal é sua importância que,

---

<sup>25</sup> Como já salientado em nota do capítulo anterior, o legislador civil perdeu excelente oportunidade de atualizar de forma concreta a legislação civil, quando não definiu no Código de 2002 o que seria bem ambiental e tampouco o que seria bem difuso.

<sup>26</sup> Nos termos da mencionada Lei, são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

segundo Alexy, o Estado de Direito liberal deu lugar ao Estado de Direito social, o qual, atualmente, deu lugar ao Estado de Direito ecológico (1999b, p. 72).

A conclusão é a de que o bem ambiental é um *bem jurídico emergente* pois, embora já protegido como direito fundamental em tratados internacionais e nas constituições de diversos países, tem sua importância ampliada a cada dia, processo que tende a se manter enquanto não for solucionado o impasse ecológico causado pela humanidade. O reconhecimento desta emergência, no Direito, traz consequências para a hermenêutica jurídica, influencia o intérprete na aplicação da lei, especialmente nos casos de conflito de normas.

#### 4.4 O Direito fundamental ao ambiente

O ser humano possui o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, que propicie qualidade de vida às presentes e futuras gerações. Em nosso ordenamento, tal direito é assegurado de forma implícita em diversos trechos da Carta de 1988. Estampado no Preâmbulo, enuncia-se o objetivo de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o *bem-estar*, o *desenvolvimento*, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Embora o preâmbulo não seja considerado norma, este possui valor que não pode ser desprezado. Trata-se de um documento de intenções do diploma legal, não sendo juridicamente irrelevante, devendo ser utilizado como instrumento de interpretação e integração do texto que se lhe segue (Moraes, 2002, p. 49). A nosso ver, a expressão documento de intenções melhor se traduz por *proposta de princípios*, o que lhe dota de maior força interpretativa e torna imperioso o balizamento da exegese a partir do texto preambular.

A *segurança* (elevada à categoria de direito no art. 5º, *caput*), possui uma vertente ambiental, como forma de proteger as pessoas dos riscos decorrentes das atividades humanas, porque estas, em decorrência do grau de evolução tecnológica, oferecem hoje muitos perigos ao ser humano, como no caso da poluição por produtos tóxicos e dos organismos geneticamente modificados. *Segurança* se opõe ao *risco*, e é uma vida segura que nossa Lei Fundamental garante ao cidadão.



O *bem-estar* é um interesse geral do ser humano que não pode ser obtido fora de condições ambientais favoráveis. Não se conquista bem-estar através do processo de acumulação próprio da sociedade de consumo se não houver um meio ecologicamente equilibrado. A condição atual da Terra demonstra com clareza isso. Uma *sociedade fraterna* pressupõe solidariedade no uso e no cuidado dos recursos naturais, de modo que todos possam usufruir de outros bens e interesses como uma vida digna. Nesse sentido, construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* é objetivo fundamental da República (CR, art. 3º). Esta fraternidade pressupõe igualmente uma aliança intertemporal entre as presentes e futuras gerações.

O *desenvolvimento* pressupõe a proteção da Natureza, já que o termo traz a noção de melhoria, de evolução. Dessa forma o desenvolvimento humano ocorre ambientalmente, pois não é possível vislumbrar a melhora da situação humana num meio degradado.

Passando ao texto constitucional propriamente dito, um dos princípios da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição). Também está presente no art. 5º, *caput*, quando é garantido o direito à vida e à segurança. A vida fora de um ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é, dessa forma, proscrita, pois o que o Estado brasileiro quer garantir ao indivíduo é uma vida digna. Também o direito à *igualdade* previsto no *caput* do art. 5º possui uma dimensão ambiental, englobando a equitatividade presente e intergeracional no acesso aos bens ambientais.

Não se pode esquecer que o texto constitucional incorpora a vertente ambiental ao tratar da ordem econômica (art. 170) que tem dentre um de seus fins assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*, observados os princípios da *função social da propriedade* e de *defesa do meio ambiente*, dentre outros.

Mais diretamente, o art. 225, *caput*, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de *uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, *impondo-se ao Poder Público e à coletividade* o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e *futuras* gerações.”.

Evidenciando o largo espectro deste direito, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, entendeu ser

“o direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”<sup>27</sup>.

Assim, as inúmeras referências explícitas ou implícitas no texto constitucional ao *interesse ambiental* ou ao direito fundamental ao ambiente justificam-se em razão de sua amplitude, pois, segundo Reinaldo Pereira e Silva trata-se de “um dos mais destacados direitos fundamentais de congraçamento”, sendo “condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais” (Silva, 2007, p. 181).

Realmente, ao mesmo tempo em que o direito fundamental ao ambiente natural assume sua dimensão sócio-cultural, os demais direitos fundamentais assumem sua condicionalidade ambiental (ou sua vertente ambiental) (*op. cit.*, p. 182). Como ensina referido autor:

“o ambiente natural é prerrogativa humana individual, já que cada indivíduo humano depende de sua qualidade como garantia para o desenvolvimento das próprias potencialidades.” (*op. cit.*, p. 187)

---

<sup>27</sup> Mandado de segurança n. 22.164-SP, relator o Min. Celso de Mello, julgamento em 30/10/1995 e publicado no Diário da Justiça da União em DJU 17.11.1995.

A esse conceito acrescentem-se as futuras gerações, o que implica na necessidade de proteção do ambiente para que as populações humanas vindouras possam desfrutar das mesmas (ou melhores, se possível) condições para o desenvolvimento de suas aptidões e potencialidades, o que implica a obrigação do desenvolvimento sustentável (*princípio do desenvolvimento sustentável*), isto é, no dever das gerações buscarem o desenvolvimento sem comprometer as necessidades das gerações futuras, obviamente não subestimando as necessidades destas.

No que tange à verificação de sua efetividade, o direito fundamental ao ambiente natural, embora tenha por conteúdo a biodiversidade (genética, de espécies e de ecossistemas), somente assume contornos definitivos no caso concreto.

#### 4.5 O Direito Ambiental e seus princípios

Conforme já visto, os princípios são normas caracterizadas como alicerces de um sistema, mandamentos fundamentais que se irradiam sobre todo o ordenamento, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que é o sistema jurídico positivo (Mello, 2002, p. 545).

Em suma, princípios são os pilares sobre os quais se apóia toda a estrutura, daí a evidente importância de se conhecer os alguns dos principais princípios que regem o microsistema do Direito Ambiental, cuja consolidação é bastante recente, haja vista sua autonomia ter se firmado apenas na segunda metade do século XX e, entre nós, tem seu marco inicial fixado na Lei 6.398/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

##### 4.5.1 Princípio da precaução

Segundo tal princípio, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. Trata-se de conceito trazido pelo Princípio 15 da “Declaração

do Rio de Janeiro”, de 1992 (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, comumente chamada de *Rio-92* ou *ECO-92*). Tal princípio exige que, existente dúvida razoável em relação ao grau de perigo de qualquer atividade passível de produzir repercussões ambientais, seja ela evitada, ou se tomem as medidas pertinentes para que esse eventual dano, cientificamente não comprovado ainda, não chegue a produzir-se.

Como se vê, o princípio da precaução afirma que o desconhecimento ou mesmo a divergência científica sobre determinada atividade humana não podem servir como argumento para que não sejam adotadas as necessárias providências visando à defesa do ambiente. Em suma, *in dubio, pro ambiente*.

Tal princípio encontra-se implicitamente positivado no nível constitucional, como se vê art. 225, § 1º, IV, da Constituição, o qual exige estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou para a realização de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio. Na esfera infraconstitucional, o art. 1º, *caput*, parte final, da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) determina expressamente a “observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

Dado que o dano ambiental é tecnicamente irreversível (Akaoui, 2003, p. 197), o aspecto preventivo representado pelo princípio da precaução e pelo princípio da prevenção (o qual será analisado a seguir) trata-se, sem dúvida, do traço mais marcante e importante do Direito Ambiental brasileiro. Marcante, pois o diferencia da maioria dos demais ramos do Direito, que costumam atuar *a posteriori* e não forma preventiva; importante, pois o objetivo primordial será o de evitar a ocorrência do dano ambiental, eis que na maioria das vezes este será irreparável ou de difícil reparação<sup>28</sup>.

#### 4.5.2 Princípio da prevenção

Embora muitas vezes confundido com o princípio da precaução, com o qual realmente guarda semelhanças, o princípio da prevenção dele se diferencia pois consiste na adoção de medidas para que sejam evitados impactos ou riscos *cujas conseqüências já são conhecidas pela ciência*, enquanto a precaução lida com

<sup>28</sup> Antônio Herman Benjamin atenta que a finalidade preventiva justifica-se pois nem sempre o dano ambiental é reparável, e não raros são os casos em que a não se consegue valorar adequadamente um bem ambiental e, por conseguinte, o dano. (Benjamin, 1993, p. 235)

conseqüências sobre as quais paira a incerteza científica (Marchesan *et al.*, 2005, p. 29). O objetivo de ambos, porém, é idêntico: a adoção de medidas que evitem a ocorrência de significativo dano ambiental.

#### 4.5.3 Princípio da transversalidade

Durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (Rio-92) os países participantes reconheceram que, “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.” (Princípio 4).

Surge, então, a necessidade de aplicação do conceito de *transversalidade* (Guattari, 1993), ou seja, a ciência ambiental, como qualquer outra, não deve ser estudada isoladamente, mas incorporada às demais disciplinas, buscando-se uma intercomunicação entre estas. O resultado será que todos os ramos do saber e todas as atividades humanas devem incorporar a vertente ambiental<sup>29</sup>, afinal, da preservação do ambiente depende a continuidade da vida na Terra.

Milaré denomina o mesmo conteúdo sob o nome de *princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento*, consistente, para o autor, na obrigação de se levar em conta a variável ambiental em qualquer decisão – pública ou privada – que possa causar algum impacto negativo ao meio (2004, p. 140)<sup>30</sup>.

Acolhendo tal princípio, a Lei de Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/1999) estatui dentre os objetivos fundamentais da educação ambiental, o “desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos” (art. 5º, I). E no mesmo texto legal é estabelecida de forma expressa a obrigatoriedade de o Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 225 da Constituição da República, *definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental* (art. 3º, I)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Por exemplo, o órgão governamental de agricultura deve incorporar a vertente ambiental em suas políticas de atuação, assim como os órgãos de energia, de educação bem como os setores empresariais.

<sup>30</sup> Milaré relaciona tal princípio à exigência constitucional do estudo de impacto ambiental (EIA).

<sup>31</sup> A respeito: Yoshida, 2004.

O desrespeito a tal princípio evidencia-se na ausência de incorporação da vertente ambiental por órgãos como o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em razão da existência de inúmeros assentamentos ambientalmente insustentáveis instalados na Amazônia em tempo atuais, além de, mais diretamente ligado ao problema enfrentado neste trabalho, na Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e diversas organizações indigenistas não governamentais, muitas vezes co-responsáveis por condutas indígenas lesivas ao meio ambiente.

Infelizmente, o Brasil ainda carece de *sinergia* entre os diversos órgãos estatais e nos diferentes níveis políticos (federal, estadual e municipal), o que acarreta crise de eficiência, sendo imperioso reconhecer que as políticas ambientais só apresentarão resultados efetivos quando houver o reconhecimento de que elas devem operar de forma integrada (transversal) a outras ações do Estado, tais como infra-estrutura, energia, planejamento, agricultura, questão agrária, saúde, educação, segurança, etc. (Medeiros, 2004).

#### 4.5.4 Princípio do poluidor-pagador (ou usuário-pagador)

Toda atividade humana apresenta um custo e este custo sempre possui um componente ambiental, especialmente porque envolve a utilização de recursos naturais. Muitas vezes, durante este processo de produção necessário à satisfação das necessidades humanas, são produzidas *externalidades negativas* (reflexos negativos que repassados à sociedade, como a poluição da água ou do ar por uma indústria, o desflorestamento para implantação de atividade agropecuária, v.g.).

O princípio do poluidor-pagador visa a correção deste desequilíbrio, fazendo com que o produtor *internalize* (absorva) os custos sociais da sua atividade, ou seja, arque com custos de prevenção ou reparação de danos ambientais, e não simplesmente os transferindo à coletividade. Nesse sentido dispõe a Lei n. 6.938/1981, em seu art. 14, § 1º, que o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Embora a lei mencione a reparação de danos, a finalidade eminentemente preventiva do Direito Ambiental, consubstanciada nos princípios da precaução e da prevenção, impõe na adoção de práticas que evitem a

ocorrência de degradação ambiental, a serem custeadas pelo realizador da atividade.

#### 4.5.5 Princípio da eqüidade no acesso aos recursos naturais

Os seres humanos possuem necessidades e, para a satisfação destas, buscam os bens ambientais (água, solo, ar, florestas, animais, v.g.). Segundo o princípio do acesso eqüitativo aos recursos naturais, é preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos (Machado, 2002, p. 47).

Isto se deve ao fato da Natureza ser composta de bens cuja titularidade, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição, é comum (difusa), o que influencia seu uso e desfrute (*usus in res communis*).

#### 4.5.6 Princípio da solidariedade intergeracional

O pressuposto da aceitação da eqüidade no acesso aos bens ambientais alicerça também o princípio de que todos os seres humanos, *tanto das presentes como das futuras gerações*, têm direito à igualdade de acesso aos bens da natureza. A Constituição de 1988 positivou tal proposição, transformando-o em regra jurídica ao dispor, no art. 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo *para as presentes e futuras gerações*.

Ao comentar o art. 41 da Constituição Nacional da Argentina, cuja redação<sup>32</sup> é semelhante à do art. 225, *caput*, de nossa CR, Lorenzetti ensina a norma apresenta claramente o balanço entre o presente e o futuro, pois tradicionalmente era preferida a opção pelo maior valor presente de uma atividade, antes que por suas conseqüências futuras, que não eram consideradas nos cálculos (1998, p. 219). Alterando o paradigma, a norma obriga a realizar um balanço, um equilíbrio, que importa um juízo de previsibilidade abstrata futura sobre as conseqüências que uma

<sup>32</sup> “Todos os habitantes gozem do direito a um ambiente sábio, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras.”

atividade pode ter sobre as gerações futuras, e depois uma valoração entre elas e as presentes (idem, p. 219).

Conforme ensina Álvaro Valery Mirra, a Constituição impõe um dever das gerações atuais transferirem este “patrimônio ambiental” para as gerações futuras (*apud* Gomes, 1999, p. 175). Não se trata de transferir *algum* patrimônio ambiental (o que sobrar da destruição atual), mas sim o mesmo acervo que a presente geração tem acesso, em razão da solidariedade intergeracional. Por imperativo ético a qualidade da biota a ser legada por uma geração deve ser, no mínimo, igual (mas preferencialmente superior) à por ela recebida.

#### 4.5.7 Função social da propriedade e da posse

O direito de propriedade, outrora visto sob um prisma meramente privatista que lhe conferia um caráter absoluto, hoje deve ser visualizado sob uma ótica social. No sistema individualista erguido a partir da primeira geração de direitos fundamentais, a liberdade era entendida como o direito de fazer tudo o que não prejudicar a outrem, e, portanto, o direito de não fazer nada. De acordo com a teoria da *função social*, todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, fundado na máxima de *solidariedade*, o que encontra amparo no ideal de fraternidade próprio dos direitos metaindividuais (direitos coletivos *lato sensu*). O direito, portanto, não pode ser um fim em si mesmo, pois está a serviço da proteção da dignidade humana, motivo pelo qual Leon Duguit propunha que todo o ser humano teria uma função social a desempenhar (*apud* Tomacevicius Filho, 2005, p. 199).

No que tange à propriedade, deve o titular deste direito, pelo fato de possuir uma riqueza, fazer com que esta cumpra sua função social, diretamente relacionada com o interesse público da busca do bem comum (Figueiredo, 2004, p. 70). A fixação do bem comum como objetivo implica aceitar que a atividade de cada ser humano deve harmonizar-se com as demais atividades, de modo que a *solidariedade* passa a explicar todos os fenômenos de convivência (Tomacevicius Filho, 2005, p. 199). O conteúdo do direito de propriedade, por ser conferido pelo Estado, fica sujeito à consecução de determinados fins definidos pela ordem jurídica, podendo se exigir do titular do direito o atendimento a um conjunto de deveres positivos e negativos em face da coletividade (idem, p. 200).



Tal teoria firma-se no início do século XX, especialmente por sua positivação na Constituição mexicana (1917) e na Constituição de Weimar (1919)<sup>33</sup>. No Brasil, a Carta de 1988 estabelece que *a propriedade atenderá a sua função social* (art. 5º, XXIII). A função social também constitui princípio orientador de toda a ordem econômica (art. 170).

Seguindo o espírito constitucional, e ampliando o alcance especialmente para a matéria ambiental, dispõe o art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002 que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No que tange à posse, tradicionalmente a doutrina não a apontava como condicionada ao atendimento de uma função social, sob o argumento de que o texto constitucional não lhe fez menção, além de se constituir em mero estado de fato. Entretanto, embora o ordenamento pátrio não expresse literalmente que a posse tem uma função social a ser exercida, deixa claro em vários institutos sua funcionalização. Isto resta evidente no redimensionamento da usucapião do Código Civil de 2002, bem como implicitamente em diversas passagens do texto da Constituição.

Na lei civil comum, observa-se a função social da posse através da valorização da *posse-trabalho* (artigos 1.238, parágrafo único; 1.242, parágrafo único; e 1.228, §§ 4º e 5º, todos do Código Civil de 2002). Também está presente no tratamento da *desapropriação judicial por posse trabalho*, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º (Tartuce, 2005). De mera “situação de fato”, a posse cada vez mais ganha os contornos de direito, reconhecimento que acarreta, para o possuidor, ônus (deveres) decorrentes.

Assim sendo, *a propriedade e a posse são institutos que têm papéis a cumprir na sociedade*, o que significa dizer que a lei imporá limites positivos ao seu exercício, o que a torna, em consonância com os princípios jurídicos mais modernos, um *poder-dever*, de feições nitidamente promocionais. Posse e propriedade, dessa forma, passam condicionar-se à interesses difusos para a sociedade, consistentes

---

<sup>33</sup> Dispunha de forma inédita o art. 153 que “A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum”.

na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza, marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais; na promoção do bem de todos (CR, art. 3º), além de manutenção do equilíbrio ecológico, cuja proteção é dever de todos (CR, art. 225, *caput*).

Como exemplos de reflexos ambientais da função social da propriedade e da posse, tem-se a obrigação de preservação a reserva florestal legal (parcela do imóvel que não pode ser desmatada), de não destruir a mata ciliar (faixa de vegetação que margeia cursos d'água) e de não poluir as águas e o solo.

#### 4.5.8 Princípio da cooperação entre os povos

A Natureza é um bem difuso por excelência, não podendo ser simplesmente separada pela fronteiras políticas traçadas pelos homens. O ecossistema é global e a degradação do meio ambiente muitas vezes é *transfronteiriça*, ou seja, ultrapassa os limites políticos de um país. Assim, a poluição da atmosfera atinge todos os seres do planeta. O efeito estufa gera o derretimento de geleiras dos pólos que causará elevação dos oceanos e danos em todos as nações que possuam acesso ao mar. A contaminação de um rio que banhe vários países gerará prejuízos a todos seus habitantes, assim como o desflorestamento da Amazônia pode alterar o regime de chuvas em outras partes do planeta. Como ensina Celso Fiorillo “fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais” (Fiorillo, 2005, p. 46).

Como se vê mais uma vez, as condutas humanas não podem mais ser vistas sob um prisma egoístico e meramente individualista, já que podem causar reflexos à toda a sociedade. A humanidade ainda está longe de desvendar todos os segredos do planeta e deve, portanto, unir esforços na pesquisa e utilização racional dos recursos naturais.

#### 4.5.9 Princípio da proibição da retrogradação ambiental

O princípio da proibição da retrogradação ambiental se concretiza através da vedação da degradação ambiental. Nos termos da Lei 6.938/1981 (PNMA), degradação ambiental é a “alteração adversa das características do meio ambiente”

(art. 3º, II), ou seja, é a resultante dos processos de danos ao meio ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades (Milaré, 2004, p. 976).

Como da degradação ambiental advém conseqüências negativas para a qualidade de vida, o princípio da proibição da retrogradação visa proteger os processo ecológicos e o respectivo equilíbrio, essencial à vida sadia nos termos do *caput* do art. 225 da Constituição.

#### 4.5.10 Princípio da informação

A Declaração do Rio de Janeiro, documento elaborado como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (Rio-92), afirma em um trecho do Princípio 10 que “ao nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades”.

Segundo José Afonso da Silva, há que se fazer distinção entre liberdade de informação e direito à informação (Silva, 1998, p. 248). No primeiro caso tem-se o direito de informar, ligado à uma atividade profissional ou à simples manifestação do pensamento, enquanto que, no segundo, está-se diante de um direito coletivo em sentido amplo.

No caso da informação ambiental, trata-se de um direito difuso por natureza, típico de terceira geração, eis que se trata de interesse de uma coletividade indivisível, incomensurável, ligada entre si por circunstâncias fáticas<sup>34</sup>.

Com efeito, o direito à informação decorre do regime democrático e visa a proteção do homem, sobre o qual repercutem os efeitos da alteração do meio ambiente. A Constituição assegura de forma genérica o acesso à informação no art. 5º, XXXIII (direito de acesso às certidões), e na alínea “a” do inc. XXXIV do mesmo artigo (direito de petição). De forma específica, a Lei 6.938/1981, no art. 9º, VII e XI, estabelece a obrigação do Poder Público de manter cadastro de informações

---

<sup>34</sup> Ao fim de muitas discussões, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua 35ª Seção (1980), aprovou resolução convidando cada membro a colaborar para “a instauração de uma nova ordem mundial da informação e da comunicação, fundada, entre outros dados, sobre a livre circulação e uma difusão mais larga e mais equilibrada da informação, que garanta a diversidade de fontes de informação e o livre acesso.”. No plano internacional, foi a consolidação do caráter difuso do direito de ser informado.

ambientais e assegurar ao cidadão o acesso à estas informações (Marchesan *et al.*, 2005, p. 37). Mais especificamente, Lei 10.650/2003 veio a garantir a qualquer indivíduo, *independente da comprovação de interesse específico*, o direito de acesso à informação ambiental, positivando o caráter difuso do acesso à informação.

Assim, o direito à informação ambiental deve ser compreendido como pressuposto lógico da efetivação do princípio da participação popular, consagração do ideal de democracia participativa. Daí porque Bessa Antunes afirma que “o princípio democrático é aquele que materializa-se através dos direitos à informação e à participação” (2002, p. 32). Sem dúvida, uma das causas de perpetuação de práticas antiecológicas é a ignorância da sociedade sobre inúmeras informações relativas à seara ambiental.

#### 4.5.11 Princípio da intervenção estatal obrigatória em defesa do ambiente

O Estado, em todas as suas esferas, possui o dever de atuar em defesa do ambiente, sendo tal princípio positivado no art. 225, *caput*, da Constituição da República, ao dispor que incumbe ao Poder Público defender e preservá-lo ecologicamente equilibrado.

O administrador público deve observar tal regra, sob pena de sua ação ou omissão caracterizar ato de improbidade administrativa, ensejando a aplicação das sanções civis previstas na Lei 8.429/1992 (artigos 10 e 11, ou art. 9º, no caso de o agente tenha ilicitamente enriquecido com sua conduta lesiva ao ambiente) e criminais, previstas na Lei 9.605/1998 (art. 68, *v.g.*).

## 5 REGIME JURÍDICO DAS TERRAS INDÍGENAS

### 5.1 A questão indígena

Os índios, de senhores originários do território brasileiro, foram hoje relegados a uma condição marginal no processo histórico, econômico, social e político. De aproximadamente três a cinco milhões de indivíduos quando da chegada dos europeus no ano de 1500<sup>35</sup>, foram-se hoje reduzidos a cerca de 460.000, distribuídos em 225 sociedades indígenas, correspondendo a aproximadamente 0,25% da população brasileira, dos quais cerca de 100.000 a 190.000 vivem em áreas urbanas<sup>36</sup>. A maioria deles sobrevive em condições de miserabilidade, ofendendo o disposto no art. 1º, III, da Constituição da República, evidenciando-se não apenas o genocídio pretérito, mas a deficiência atual de medidas eficazes para a restituição da dignidade desses povos. Prova disso é a idade média de 17,5 anos, o fato de mais da metade possuir menos de 15 anos e a expectativa de vida de 45,6 anos (Bueno, 2002, p. 25).

Apesar disso, o panorama é de otimismo moderado, em razão das terras demarcadas como indígenas somarem atualmente cerca de 12% do território nacional (991.498 quilômetros quadrados<sup>37</sup>, área maior do que o território da França e da Inglaterra juntos) e nos últimos anos a população registrou retomada do crescimento, associada, dentre outros fatores, ao desenvolvimento de resistência às doenças trazidas pelo colonizador, ao fim dos contatos genocidas, e pelo efeito, ainda que mínimo, de políticas indigenistas adotadas após 1988. No entanto, o aumento populacional causará uma maior pressão sobre os recursos naturais de seus territórios, especialmente porque associado à incorporação de hábitos ambientalmente sustentáveis absorvidos da sociedade exógena.

A par deste problema, os indígenas conquistaram o direito de viver em espaços protegidos, em terras cuja titularidade é da União, assegurando a Constituição da República, no § 1º do art. 231, que os indígenas possuem *direitos originários às terras tradicionalmente por eles ocupadas e habitadas em caráter*

---

<sup>35</sup> Não há consenso entre os historiadores, embora o número aqui apresentado é demonstrado de forma racional por Darcy Ribeiro (1996, p. 127-130).

<sup>36</sup> [www.funai.gov.br](http://www.funai.gov.br), acesso em 21.9.2007.

<sup>37</sup> Fonte: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)

*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*.

Atualmente, dos cerca de 12% do território nacional composto de terras indígenas, 99% encontram-se na Amazônia legal, havendo grande desigualdade na distribuição populacional, já que 40% dos índios se encontram no 1% de terras indígenas distribuídas pelo restante do país (Ricardo *et al.*, 2004, p. 13-14).

## 5.2 Os índios e a Constituição de 1988

A questão indígena tem se pautado, desde a chegada dos europeus ao Brasil, pela ideologia da *assimilação* ou *integração* daqueles povos (Souza Filho, 1993, p. 309). Segundo o pensamento assimilacionista, que dominava amplamente nos meios administrativo e científico, o índio está destinado a se incorporar à sociedade neobrasileira, sendo a missão do Estado e da sociedade facilitar esta integração. A condição de índio, sob este prisma, seria um estado transitório, o que é evidenciado no texto do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973)<sup>38</sup>.

Com a promulgação da Carta de 1988, o paradigma integracionista é rompido, motivo pelo qual considera-se que é a partir de cinco de outubro de 1988 que os índios adquirem o direito de permanecerem índios (*op. cit.*, p. 310). Trata-se do reconhecimento do direito de *ser diferente*, da aceitação do pluralismo e da diversidade cultural pelo regime democrático brasileiro, garantindo-se ao indígena “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, como determina o art. 231, *caput*, da Constituição<sup>39</sup>.

O conceito de índio é aberto. Para José Afonso da Silva, “o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, índio é quem se sente índio.” (Silva, 1998, p. 815). Corretamente, referido autor aduz que os “índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. A evolução pode

<sup>38</sup> O art. 1º enuncia o “propósito de (...) integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.”.

<sup>39</sup> Visando harmonizar a legislação infraconstitucional com o Texto de 1988, revogando o Estatuto do Índio, desde 1991 tramita no Congresso Nacional projeto de lei (PL) n. 2.057/1991 que institui o *Estatuto das Sociedades Indígenas*, o qual procura adaptar a legislação ordinária aos novos parâmetros constitucionais, com base numa perspectiva mais centrada nos direitos coletivos dos povos indígenas do que nos direitos individuais dos índios (Santilli, 2005, p. 136). Entretanto, face o lapso existente desde a proposição, o projeto tornou-se defasado diante da evolução legislativa e encontra-se atualmente paralisado. Para agravar o quadro, a proposta recebeu na Câmara 51 emendas e 177 substitutivos, além de quatro projetos apensados.

ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças” (idem, p. 815-816). Com efeito, nenhuma cultura existe de forma absolutamente isolada, havendo sempre o intercâmbio com outros povos. Da mesma forma, é certo que nenhuma civilização é eterna, estando sempre sujeita a degradações ou degenerações, por ação agressiva externa ou por simples incúria interna.

Entretanto, com lastro no art. 1º, 1, “b”, e 2, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>40</sup>, pode-se conceituar juridicamente o índio como *o descendente de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais, que conserva suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas, e que possui consciência de sua identidade indígena.*

### 5.3 As terras indígenas e a Constituição de 1988

Durante todo o árduo processo de afirmação dos direitos indígenas, as terras a eles pertencentes constituíram sempre o ponto central de discussão, o que se deve a duas questões básicas. De um lado, a questão das terras é vital para os índios, pois, para estes, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural (Silva, 1998, p. 816; Souza Filho, 2006, p. 119). De outro, a disputa por terras possui um caráter fortemente econômico, por se tratar de um objeto de cobiça pelo ser humano, gerando evidente conflito de interesses entre o nativo e o invasor. Todos os povos em todas as épocas sempre se enfrentaram motivados pela ampliação de seus domínios territoriais.

Assim, mesmo diante da vastidão territorial do Brasil e da existência até hoje de consideráveis vazios demográficos – embora cada vez mais raros, reconheça-se – os interesses sobre terras sempre foram sobremaneira valorizados, ocasionado cruentas disputas.

Visando atenuar os efeitos de um imenso débito histórico para com os índios, a atual Constituição da República (1988) inovou a ordem jurídica nacional, trazendo inúmeras disposições sobre os direitos dos indígenas, sendo a terra inegavelmente considerada o bem jurídico primordial pelo legislador constituinte, refletindo-se tal

---

<sup>40</sup> Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto legislativo 143/2002 e pelo Decreto 5.051/2004.

importância no fato do *caput* do art. 231 e seus seis parágrafos estabelecerem direitos ligados, direta ou indiretamente, à questão da terra.

No que tange à titularidade, as terras indígenas são reconhecidas como bens da União (CR, art. 20, XI). Todavia, dispôs o art. 231, *caput*, serem reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O § 1º conceituou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas 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. Tais terras, conforme dispõe o § 2º, destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º). Dessa forma, São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (§ 6º).

A posse indígena não se confunde com a posse prevista no Código Civil. Os índios têm a posse permanente, mas não podem transferi-la a terceiros, nem se tornarão proprietários, nem poderão ter este direito individualizado através de uma fração ideal, porque este é coletivo.

Outra disposição importante é a vedação estabelecida pelo § 5º de remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. A nosso ver, o *princípio da irremovibilidade dos índios* deve ser interpretado como aplicável somente aos territórios já demarcados.

Dessa forma, a Constituição traçou um regime jurídico para as terras dos índios, cujas linhas gerais são:



1. conceituação como aquelas por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições;
2. os direitos dos índios sobre as mesmas são originários;
3. usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes<sup>41</sup>;
4. irremovibilidade dos índios das referidas terras, salvo as exceções constitucionais previstas no § 5º do art. 231.

No que concerne ao direito *originário* de *posse permanente* sobre as terras por eles *tradicionalmente ocupadas*, consagrou-se o instituto do *indigenato*, ou seja, o direito à posse da terra baseado numa fonte tida como primária e congênita (Silva, 1998, 816; Souza Filho, 2006, p. 129). A raiz histórica do instituto encontra-se no primeiro documento apontado como reconhecedor do direito dos índios à terra no Brasil: o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que reconhecia a estes o direito às terras em que estivessem, pois os índios seriam os “primários e naturais senhores delas” (Silva, 1998, 818; Souza Filho, 2006, p. 124), não podendo à época tal direito ser suplantado pela concessão das sesmarias.

O direito do índio à terra é *originário* porque anterior à lei ou ato que o declare. A ocupação tradicional, fundamento do *indigenato*, não deve ser confundido, como explica José Afonso da Silva com a posse ou prescrição imemorial, ou com uma usucapião imemorial, pois

“O *tradicionalmente* refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra (...) Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.” (*op. cit.*, p. 818).

Para referido autor, o *indigenato* diferencia-se da simples ocupação, pois, enquanto a segunda é um título adquirido, porque dependente de requisitos

---

<sup>41</sup> A mineração, o aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos em terras indígenas são objeto do § 5º do art. 231, o qual exige para tanto autorização do Congresso Nacional, assegurando às comunidades afetadas o direito de serem ouvidas e terem participação nos resultados da lavra, na forma de lei regulamentadora.

legitimadores, o primeiro independe de legitimação, visto ser um título originário (idem, p. 819).

#### 5.4 Natureza jurídica do direito dos índios à terra

Sendo os índios um grupo de pessoas unidas por uma relação jurídica base, pode-se conceituar seus interesses específicos como coletivos em sentido estrito, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, da Lei 8.078/1990.

Dessa forma, o direito dos índios à terra consiste em direito coletivo, cujo objeto é de natureza indivisível (não é possível atribuir a cada indígena seu quinhão territorial), sendo os titulares pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica básica (ser índio). Além disso, o direito indígena à terra pertence a um número determinável de pessoas, aferível na atualidade de forma mais ou menos precisa através de levantamentos oficiais e de entidades indigenistas<sup>42</sup>.

Para a defesa dos seus direitos direito, as comunidades indígenas são partes legítimas para ingressar em juízo (art. 37 do Estatuto do Índio), intervindo no processo o Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio (FUNAI). Em se tratando de direitos coletivos, poderão utilizar-se da ação civil pública (Lei 7.347/1985), desde que organizados em associação civil.

#### 5.5 Processo de demarcação

O reconhecimento da terra indígena ocorre através de ato denominado *demarcação*, o qual, para Sérgio Leitão, possui natureza jurídica meramente declaratória, cujo objetivo é tão somente “precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional”. A terra indígena, dessa forma, “existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo” (Leitão, 1993, p. 67). José Afonso da Silva, seguindo a lição de João Mendes Junior, ensina que, por força do princípio do indigenato, as terras indígenas são *congenitamente possuídas* (Silva, 1998, p. 819).

Diante das afirmações de que a posse indígena seria *congénita* e que o ato de demarcação é *meramente declaratório*, poder-se-ia dizer que o direito

---

<sup>42</sup> A população das terras indígenas é exposta com razoável precisão em Ricardo *et al.* (2004, p. 622-661). Excluem-se destes dados os casos de populações ainda não contatadas, bastante reduzida, ressalte-se.

fundamental dos índios às suas terras seria um direito natural? A resposta para esta indagação é negativa e nos remete ao paradigma de historicidade dos direitos fundamentais, os quais, longe de serem naturais ou congênitos, são fruto da afirmação histórica. Além disso, a interpretação literal da expressão “direito originários”, desprezando a análise sistemática, leva a equívoco, como bem atentam Ana Maria D’Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos:

“Ressalta-se que admitir como declaratória a natureza do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena não significa compreender que o direito fundamental dos indígenas sobre suas terras seja natural. Diz-se que esse ato é declaratório por reconhecer o direito dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, garantido pelo art. 231 da CF/88.” (Lopes e Mattos, 2006, p. 232).

Para as autoras, utilizar apenas de interpretação literal na compreensão da expressão *direitos originários* resulta do extremo apego à *verba legis* e no desprezo absoluto do problema a reclamar resposta. A solução reside na interpretação lógico-sistemática do texto constitucional eis que, na verdade, o poder constituinte originário utilizou a expressão *direitos originários* no art. 231, *caput*, da Constituição, impregnado pela doutrina que classifica os modos de aquisição de direitos em originário e derivado. No primeiro, não há relação entre o adquirente e o titular precedente, ou o direito não era de ninguém ao ser-lhe adquirido o domínio. Por outro lado, os modos de aquisição derivados são os que se baseiam na transferência do titular do direito ao adquirente. No caso das terras indígenas, não há como negar que foram os índios seus primeiros titulares (*idem*, p. 227-228).

Repudia-se, dessa forma, a tese de que o direito dos indígenas à terra seja natural, anterior a qualquer ato administrativo. Ao contrário, como todo direito fundamental, o direito à terra indígena é resultado da aceitação de um interesse por um povo em um determinado momento histórico. Além disso, sua proteção depende do processo administrativo de demarcação das terras indígenas ou, em caso de omissão do Poder Público, da utilização de medidas judiciais.

Tal procedimento administrativo<sup>43</sup>, regulamentado pelo Decreto 1.775/1996, determina que a demarcação será fundamentada em estudo antropológico de identificação e delimitação, elaborado por grupo técnico especializado coordenado por antropólogo, formado com o fim de apurar a natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental das terras (Santos Filho, 2005, p. 99). Ao final do procedimento, Portaria será emitida pelo Ministro da Justiça demarcando a área (art. 2º, § 10º, I)<sup>44</sup>, sendo homologada através de Decreto do Presidente da República (art. 5º).

O procedimento traçado pelo Decreto 1.775, infelizmente, não obedece ao já mencionado *princípio da transversalidade* (4.3.3), pois não incorpora a vertente ambiental à questão da demarcação, o que é evidenciado pela inexistência de participação do órgão ambiental federal. Talvez por estar calcada no instituto do indigenato, poder-se-ia pensar que a posse das terras indígenas fosse pré-existente ao próprio Estado e, portanto, à legislação ambiental, o que é equivocado. A necessidade de transversalidade no procedimento de demarcação mostra que o tema comporta discussão mais aprofundada, bastando para isso pensar no reconhecimento de terras indígenas sobre áreas de relevante e delicada biodiversidade. Até o presente momento tal problema tem sido resolvido, sempre, com a prevalência do interesse indígena sobre o interesse ambiental, ignorando a colisão com o princípio fundamental do ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, à evidência, de colisão entre o direito coletivo dos índios à terra e o direito difuso ao ambiente.

## 5.6 Outras espécies de áreas indígenas

---

<sup>43</sup> Entendemos que, em caso de não reconhecimento voluntário pelo Poder Executivo, é possível a declaração pelo Judiciário, pois, conforme o art. 4º, I, do Código de Processo Civil, o interesse do autor pode se limitar à declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica (no mesmo sentido: Leitão, 1993, p. 69). Para tanto, caberia o ajuizamento de ação civil pública, eis que se trata de direito coletivo, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, da Lei n. 8.078/90, sendo que a Constituição da República assegura no art. 232 aos índios, suas comunidades (ou seja, é desnecessária personalidade jurídica) e organizações a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo sempre o Ministério Público (CR, art. 129, V).

<sup>44</sup> A Portaria de demarcação não é a única decisão possível ao Ministro da Justiça findo o procedimento de demarcação. Caso entenda pela necessidade de novas diligências, poderá o Ministro determiná-las, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias art. 2º, § 10º, II). Poderá ainda, através de decisão fundamentada, desaprovar a identificação da área, hipótese em que os autos retornarão ao órgão federal de assistência ao índio (inciso III).

A Lei 6.001/1973 prevê, que, além das terras indígenas de ocupação tradicional<sup>45</sup> das tribos indígenas, previstas no art. 231 do texto constitucional, a União pode estabelecer áreas reservadas, destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais (art. 26).

Dessa forma, a teor dos artigos 26 a 30 do Estatuto do Índio – os quais foram recepcionados pela CR-1988, diga-se de passagem – a União poderá declarar quatro espécies de áreas indígenas além da terra indígena prevista constitucionalmente: reserva indígena, parque indígena, colônia agrícola indígena e território federal indígena. A *Reserva Indígena* é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência (art. 27). Já o *Parque Indígena* é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região, respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios (art. 28)<sup>46</sup>. A *Colônia agrícola indígena*, por sua vez, seria área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivessem tribos aculturadas e membros da comunidade nacional<sup>47</sup> (art. 29). Por fim, previa-se o *Território Federal Indígena*, unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios (art. 30).

Como a Constituição assegura aos índios o direito de terras suficientes para sua organização social, costumes, crenças e tradições, assim como as necessárias para o incremento de suas atividades produtivas e as imprescindíveis à preservação do seu bem estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, é lógico que deverá a União disponibilizar mais território para esse fim, além dos tradicionalmente ocupados, o que se dará através da aquisição das terras

---

<sup>45</sup> Referida lei refere-se a terras de ocupação “imemorial”, o que, em razão da superveniência do art. 231 da Constituição de 1988, deve ser entendido como de ocupação *tradicional*.

<sup>46</sup> A figura do Parque Indígena só seria possível sob o pressuposto de que os índios seriam “parte da paisagem”, vivendo de forma absolutamente harmoniosa com a Natureza, o que hoje revela-se impraticável.

<sup>47</sup> Ou seja, os índios não eram considerados parte da comunidade nacional (Antunes, 2002, 814).

imprescindíveis por compra ou desapropriação por interesse social (art. 2º, III, da Lei 4.132/1962)<sup>48</sup>.

### 5.7 Proteção do meio ambiente em terras indígenas

Sendo as terras indígenas bens da União (CR, art. 20, XI) e competindo-lhe a este ente legislar sobre os direitos indígenas (CR, art. 22, XIV) bem como sobre florestas, caça, pesca, fauna e conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (CR, art. 24, VI), caber-lhe-ia a ela estabelecer diretrizes legais para a utilização dos recursos ambientais existentes nas terras indígenas. Tal omissão não é suprida pelas normas do Estatuto do Índio, pois suas regras não têm escopo preservacionista (Gazoto, 2007, p. 21), de modo que a solução encontra-se na própria Constituição, através da conjugação do art. 225 com o art. 231.

Isto porque quando o constituinte reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o fez não somente pela histórica dívida social que para com eles temos, mas, sim, pela sua forma cultural tradicional de relação com o meio ambiente, originalmente conservacionista. Assim, há uma premissa básica para justificar a proteção constitucional das terras ocupadas por indígenas: a continuidade de uma tradição conservacionista (idem, p. 21). Pode-se afirmar, assim, que as terras indígenas não visam resgatar um débito do passado, mas assegurar a qualidade de vida no futuro, não apenas dos índios, mas de toda a coletividade. Portanto, há um interesse difuso extra-indígena na preservação dos recursos naturais, da biodiversidade, do equilíbrio ecológico das terras dos índios.

Além disso, lembre-se que o Decreto 5.758/2006 inseriu as terras indígenas no gênero *áreas protegidas*, juntamente com as unidades de conservação e as terras de remanescentes de quilombos, o que evidencia a *função ambiental* daqueles territórios. Desse modo, as TI fazem parte da política brasileira de conservação da natureza, com inafastáveis reflexos sobre a utilização dos recursos naturais nelas existentes.

---

<sup>48</sup> Nesse sentido o Parecer AC-48 da Advocacia Geral da União, disponível em <http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/PARECER%20AGU%20AC%2048.doc>.

Portanto, dentro da definição de usufruto exclusivo indígena, deve-se fazer distinção entre o uso dos recursos naturais para atender as necessidades internas das tribos indígenas em conformidade com seus usos, costumes e tradições e a produção de excedentes para comercialização que objetivem sua subsistência. Na primeira hipótese, os recursos e bens da área podem ser utilizados sem qualquer restrição, *desde que de acordo com os usos e costumes tradicionais*. E, na segunda hipótese, a extração desses excedentes deve seguir os padrões legais de proteção ambiental, ou seja, deve ser balizada pela legislação aplicável, mormente a legislação ambiental (D'Ávila e Mattos, 2006, p. 229).

No que tange à questão específica da exploração florestal, a Lei 4.771/1965 (Código Florestal) determina serem de preservação permanentes, pelo só efeito daquela Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas (art. 3º, *caput*, “g”, e § 2º). Tal disposição foi derogada pelo art. 46 do Estatuto do Índio, que determinava:

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

A contradição entre o Código Florestal, que determinava serem as terras indígenas áreas de preservação permanente<sup>49</sup> e o Estatuto do Índio, que autoriza a exploração dos recursos naturais segundo critérios foi superada em 2001, por força da Medida Provisória 2.166-67, foi acrescentado ao Código Florestal o art. 3º-A, o qual determina que a exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal

---

<sup>49</sup> A área de preservação permanente (APP) é uma área sujeita a restrições de uso, com a função ambiental de preservação dos recursos hídricos, paisagem, estabilidade geológica, biodiversidade, fluxo gênico de fauna e flora e solo (Milaré, 2004, p. 963). Trata-se de um impedimento da utilização do espaço (Machado, 2002, p. 694), fundado constitucionalmente na função social da propriedade e da posse (CR, art. 5º, XXIII) e no direito ao meio ambiente (CR, art. 225, *caput*).

sustentável<sup>50</sup>, para atender a sua *subsistência*, respeitados os arts. 2º e 3º deste Código.

Vale destacar que, dessa forma, preenchidos os requisitos legais, especialmente com relação à legislação ambiental, os recursos naturais existentes em terras indígenas são alienáveis, não subsistindo o argumento de que, em decorrência do tradicional princípio civilista de que o bem acessório segue o principal, os recursos naturais seriam inalienáveis assim como as terras dos índios. Afinal, os direitos indígenas não podem ser interpretados tão somente à luz do direito civil ordinário, prevalecendo, neste caso, o princípio da especialidade das normas.

Com relação ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e a exploração de riquezas minerais, estes não podem ser realizados pelos índios, mas a Constituição lhes assegura a participação nos resultados, a ser regulamentada por lei ordinária (art. 231, § 3º).

Cabe à União, por seus órgãos de proteção ambiental, exercer o dever de fiscalização nas terras indígenas, para coibir atividades de mau uso dos recursos naturais, quer se trate de atividades de estranhos à comunidade indígena, quer para coibir práticas ilícitas dos próprios índios, desde que sua conduta caracterize desvio do padrão tradicional. Dessa forma, o direito de uso das terras pelas comunidades indígenas não é absoluto, sendo-lhe reconhecido na medida em que sua cultura é conservacionista, podendo haver intervenção do Poder Público na hipótese de desvirtuamento (Gazoto, 2007, p. 22)<sup>51</sup>.

Inúmeros casos de práticas predatórias desenvolvidas pelos índios em suas terras<sup>52</sup>, aliados à uma vergonhosa situação de impunidade (talvez alicerçada na

---

<sup>50</sup> O manejo florestal é o “conjunto de atividades de planejamento e controle da produção de uma floresta” (Milaré, 2004, p. 992). O *manejo florestal sustentável*, aprimoramento do conceito anterior, é a administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal (art. 3º, IV, da Lei 11.284/2006).

<sup>51</sup> Em sentido contrário, Márcio Santilli, dentre outros socioambientalistas, entende que o usufruto exclusivo mencionado na Constituição (art. 231, § 2º) autoriza a exploração pelos índios dos recursos existentes nas suas terras pode ocorrer “até de forma insustentável” (*sic*, in Ricardo *et al.*, 2004, p. 14). Trata-se, a nosso ver, de posicionamento que não encontra um mínimo de amparo no texto constitucional.

<sup>52</sup> Como, por exemplo, o caso da exploração de mogno pelos Caiapós, em níveis alarmantes segundo Bessa Antunes (2002, p. 817), ou a exploração de diamantes realizada na TI Roosevelt, com lucros vultosos para algumas lideranças Cinta Larga, ou ainda a devastação promovida pelos Pataxó no Parque Nacional Monte Pascal.



falsa crença de que o índio é inimputável), têm despertado atenção de órgãos como o Tribunal de Contas da União (TCU), que determinou à FUNAI, IBAMA e Departamento de Polícia Federal medidas para maior efetividade e rigor na aplicação da lei em relação à crimes variados – com destaque para condutas nocivas ao ambiente – cometidos por índios no interior de suas terras<sup>53</sup>.

Em resumo, o dever de preservação do meio ambiente, estabelecido pelo art. 225 da Constituição da República, é imposição feita a todos os brasileiros, sem distinção racial ou étnica (Antunes, 2002, p. 817).

## 5.8 Função social da posse indígena

Como já visto, não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, prevalecendo o princípio da convivência destes.

Nesse sentido, afirma de forma acertada Paulo de Bessa Antunes que o reconhecimento da autonomia cultural dos povos indígenas implica em direitos e deveres, tanto para a sociedade envolvente como para os próprios povos indígenas, os quais também possuem obrigações para com os outros setores e etnias da nossa sociedade (*op. cit.*, p. 817).

Assim, embora o indigenato seja visto como direito originário (o que se traduziria, para alguns, na condição de intocável), eis que seria anterior ao Estado e, portanto, anterior ao ordenamento jurídico, é possível vislumbrar exceções, em caso de colisão com outros direitos fundamentais. Tal colidência resolve-se com base em regras de ponderação e na máxima da razoabilidade, sopesando-se os interesses em colisão.

A Constituição foi bastante clara (art. 231, § 1º) ao condicionar o direito indígena à terra desde que a utilização da mesma se faça “segundo os usos, costumes e tradições” daqueles povos (os quais originariamente eram conservacionistas, conforme já mencionado), bem como à “proteção de seus recursos naturais”. Assim, embora o tema ainda não tenha sido examinado com profundidade pela doutrina<sup>54</sup>, não é possível enxergar o direito indígena à terra como

---

<sup>53</sup> Acórdão n. 560/2007, votação unânime, publicado no Diário Oficial da União de 13.4.2007, seção I, p. 283-284.

<sup>54</sup> Conforme atenta Bessa Antunes, o interesse da literatura jurídica nacional sobre a matéria indígena tem sido escasso (Antunes, 2002, p. 807).

incondicional, pois deverá atender aos requisitos de *conservacionismo* e *sustentabilidade ambiental*.

Embora se trate de questão evidentemente delicada, cujos reflexos excedem o objetivo deste trabalho, pode-se falar em *função social da posse indígena*, já que o direito à terra destes povos visaria a proteção de sua dignidade, de seu referencial histórico e cultural, de sua identidade como povo, associados estes fatores à proteção dos recursos naturais, ou seja, do meio ambiente. Vislumbra-se, portanto, que o emprego das terras em finalidade diversa, com o vilipêndio da cultura indígena ou do meio ambiente, por exemplo, poderia acarretar restrições sobre o direito dos povos indígenas (lembre-se que tais terras são bem da União), já que em nenhum ordenamento democrático o direito deve se prestar a ferramenta para abusos. Assim, ao contrário do que afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2006, p. 129), a posse indígena não seria intocável. Esta “intocabilidade” seria aplicável como defesa contra particulares e contra pretensões estatais (ou seja, interesse público secundário), mas não oponível ao direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, quando desenvolvidas atividades ambientalmente insustentáveis pelos indígenas. Assim, concordamos com Luís Wanderley Gazoto, para quem o direito de uso das terras pelos povos indígenas não é absoluto, devendo haver intervenção do Poder Público em caso de desvirtuamento da tradição conservacionista (2007, p. 22).

Com efeito, nenhum direito deve ter outro objetivo mediato que não a promoção da dignidade da pessoa humana, objetivo fundamental da República brasileira (art. 1º, III, da CR) e a preservação do equilíbrio ecológico (art. 225, *caput*, da CR), condição *sine qua non* para a perpetuação da vida digna sobre a Terra. Com a terra indígena não poderia ser diferente, pois esta existe por duas razões fundamentais e indissociáveis, tais sejam: a promoção da dignidade do índio e o respeito ao meio ambiente, este bem de todos e essencial à sadia qualidade de vida da humanidade.

Portanto, os índios não podem se envolver com projetos ou atividades que ocasionem a perda da posse de suas terras ou que comprometam a sustentabilidade de seus recursos, pois o fundamento da posse indígena é a necessidade de utilização tradicional das mesmas, nos termos do § 1º do art. 231 da CR.

## 6 O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

### 6.1 Histórico

A origem das unidades de conservação remonta à Antigüidade, havendo exemplos como o da proibição da caça, da pesca e do corte de árvores em extensa região por parte do imperador Ashoka, da Índia (252 a.C.), a criação de uma área protegida no ano de 684 d.C. em Sumatra, na Indonésia, pelo rei Arivijya e a proteção dos locais de reprodução da vicunha pelos incas (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 51-52).

Na era moderna, o marco inicial dos espaços territoriais nos quais a interferência humana no ambiente estaria sujeita a restrições encontra-se na criação dos Parques de Yosemite e Yellowstone (1872), nos Estados Unidos, com a finalidade de proteger a Natureza e conservar sítios de excepcional beleza. Na Nova Zelândia, os nativos maoris exigiram que o governo criasse o Parque nacional do Tongariro (1894), com o fim de conter a expansão da atividade madeireira e a ovinocultura. A criação destes primeiros parques ocorreu sob a influência de um pensamento que veio a se desaguar no ambientalismo do século XX.

É certo que o movimento pela criação de áreas protegidas no mundo originou de necessidades de cunho antropocêntrico, voltando-se especificamente para a proteção de sítios de excepcional beleza, aliado ao aspecto turístico e recreacional. Contudo, durante o século XX, sob a influência do pensamento ecocêntrico e conseqüente reconhecimento do valor intrínseco de todas as formas de vida, a ênfase passa a ser a preservação da Natureza, ainda que com a desconsideração das necessidades das populações humanas. Já no final daquele século, por força de inúmeros movimentos sociais, o pêndulo começa a retornar para o homem, procurando-se criar áreas que aliem a presença humana e a conservação do ambiente, almejando um equilíbrio muitas vezes improvável e que, na maioria dos casos, redunde em prioridade para o aspecto humano em detrimento da biodiversidade (Q.C e Craig, 2004).

O Brasil tem, de certa forma, acompanhado o movimento ambientalista mundial, combinado com o quadro político interno. Entre nós, a criação de áreas protegidas é recente e ocorreu de forma assistemática, só se concretizando a partir

da década de 1930. Refletiu (e ainda reflete), de um lado, os diferentes “projetos nacionais” adotados por cada um dos regimes políticos vivenciados pelo país, e, de outro o longo processo de aparelhamento e estruturação do Estado, seu principal executor (Medeiros, 2004). Este desenvolvimento pode ser dividido em três fases: da década de 1930 até 1963, do período da ditadura militar até 1985 e a partir da redemocratização.

No primeiro período, sob a influência da criação dos parques estadunidenses, o governo de Getúlio Vargas cria o que se poderia chamar de um primeiro sistema de proteção ao meio ambiente, especialmente a partir da inclusão, na Constituição de 1934, de dispositivo que definia ser responsabilidade da União e dos Estados “proteger belezas naturais e monumentos de valor histórico e artístico” (art. 10, III). Soma-se a isso a vigência, no mesmo ano, dos Códigos de Caça e Pesca, Florestal e de Águas. Nesse contexto é criada a primeira unidade de conservação brasileira<sup>55</sup>, o Parque Nacional do Itatiaia (1937), para atender a finalidades turísticas e de pesquisa.

Já o período militar pós-1964 coincide com a maturação do movimento ambientalista pelo mundo, especialmente pela ampliação da degradação a nível planetário e pelas reações da sociedade internacional como, por exemplo, a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, que resultou na Declaração de Estocolmo (1972). Ambientalistas brasileiros aproveitam o contexto internacional favorável e obtêm do regime militar a criação de várias unidades de conservação. Além disso, estes pioneiros do ambientalismo nacional souberam tirar proveito do fato do movimento ecológico não estar associado à atividade consideradas “subversivas” pelo militares<sup>56</sup>. Neste período é elaborada a Lei 6.939/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Revolucionário sob muitos aspectos, este diploma legal desencadeou um processo dinâmico e evolutivo que iria muito além dele mesmo, e resultaria na autonomia do Direito Ambiental no Brasil.

Após a Constituição de 1988 e do estabelecimento do Estado democrático de Direito, surge um novo panorama, com inúmeros movimentos sociais adquirindo força de expressão. De um lado, o ambientalismo se consolida, agora respaldado no

---

<sup>55</sup> O termo “unidade de conservação” não existia à época.

<sup>56</sup> A respeito dos heróicos pioneiros do movimento ambientalista brasileiro, e das grandes dificuldades por eles enfrentadas para criar inúmeras unidades de conservação pelo país, mesmo no contexto delicado do regime militar, recomenda-se a leitura de Urban (1998).

art. 225 da Lei fundamental, e novos instrumentos legais são criados, possibilitando a criação de áreas protegidas em dimensão nacional. De outro, movimentos populares reivindicam terras de posse tradicionais, como no caso dos índios, quilombolas, seringueiros, caiçaras, dentre outros. A Lei 9.985/2000, após longa e tormentosa tramitação, é promulgada, e refletirá o novo dilema do ambientalismo.

## 6.2 Conceito de unidade de conservação

A formação de um conceito de *unidade de conservação* – termo que, aliás, é criação genuína do legislador pátrio – foi lenta e só se concretizou quando inúmeros espaços protegidos já existiam no país. No exterior, a expressão *áreas protegidas* é a mais utilizada, embora não exista unanimidade. De fato, a fixação de um conceito não foi imediata, problema gravado em razão das diversas espécies que compõe o gênero. Até o ano de 1970, conheciam-se mais de 900 categorias, especialmente em razão das denominações adotadas pelo ordenamento de cada país, muitas vezes para designar o mesmo tipo de área protegida. Por esta razão, a União Internacional para Conservação da Natureza (UICN), a pedido das Nações Unidas, mantém uma lista das diversas categorias de áreas protegidas, que atualmente são seis (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 56-58):

Categoria I – áreas naturais selvagens (áreas naturais utilizadas com fins científicos e de proteção estrita);

Categoria II – parques nacionais (áreas naturais utilizadas principalmente para conservação de ecossistemas e recreação);

Categoria III – monumento natural (área protegida utilizada para conservar características naturais específicas);

Categoria IV – área de manejo de *habitats*/espécies (áreas utilizadas principalmente para a conservação, com intervenção de mínima gestão);

Categoria V – paisagens manejadas (áreas terrestres ou marinhas, utilizadas principalmente para conservar paisagens);

Categoria VI – área protegida com recursos manejados (área de reserva de recursos manejados).

Como se percebe, a lista de categorias possui um grau decrescente de proteção, conforme é ampliada a escala de utilização dos recursos naturais da área (manejo).

No Brasil, desde que foi criado o Parque Nacional de Itatiaia, numerosos diplomas legais e infralegais trataram de forma assistemática das *unidades de conservação*, conquanto esta expressão ainda não fosse adotada pelos textos. A Lei 4.771/1965 (Código Florestal) previa a criação de parques nacionais, estaduais e municipais, reservas biológicas e florestas nacionais, estaduais e municipais (art. 5º, “a” e “b”). A Lei 6.902/1981 criava as figuras da estação ecológica e da área de proteção ambiental; a Lei 6.938, do mesmo ano, previu a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e de relevante interesse ecológico; e o Decreto 89.336/1984 dispunha sobre as reservas ecológicas e sobre as áreas de relevante interesse ecológico. Em 1987, a Resolução 11 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) classifica como unidades de conservação diversas categorias de espaços territoriais nela elencados. Entretanto, nenhum destes diplomas trazia um conceito jurídico de unidades de conservação (Rodrigues, 2005, p. 18).

A Constituição da República, promulgada em 1988, determinou que o Poder Público, para assegurar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deveria definir em todas as unidades da federação *espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos* (art. 225, § 1º, III). Dessa forma, o espaço territorial especialmente protegido é o instrumento jurídico para a garantia do direito constitucional das presentes e futuras gerações ao ambiente sadio e equilibrado (Rodrigues, 2005, p. 25).

Desde logo se percebe que o legislador infraconstitucional, ao adotar a expressão “unidades de conservação” (UC), não seguiu a terminologia da Constituição, afastando-se do termo *espaços territoriais especialmente protegidos*. O que poderia parecer mera opção terminológica do legislador ordinário reflete, na verdade, uma impropriedade, conforme atenta Benjamin:

“(...) conservação não é gênero, muito menos gênero do qual preservação seria espécie. Muito ao contrário, ‘conservação’ é ela própria modalidade (= espécie) de proteção especial da natureza, contrapondo-se à preservação: esta como garantia integral da biota; aquela, mais flexível, contentando-se em impor certos requisitos à exploração, dita sustentável, dos recursos naturais. Por isso mesmo, a Convenção da Biodiversidade, na linha da Constituição

Federal, prefere reportar-se a ‘espaços protegidos’, essa, sim, expressão-gênero, sob a qual se incluem ‘conservação’ e ‘preservação’” (2001, p. 288).

Dessa forma, a Lei 9.985 inapropriadamente afasta-se do conceito mundialmente utilizado de *área protegida*, elegendo a espécie (conservação) como gênero, bem como ignora a norma constitucional que determinava ao Poder Público definir “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”. Na mesma linha de raciocínio, equivocou-se o legislador ao inserir a “preservação” como uma das missões da conservação (art. 2º, II, da Lei 9.985), já que ambas são formas de proteção. Possivelmente uma das razões para a afronta ao texto constitucional, e confusão terminológica, reside no fato de o legislador ter adotado o conceito de “conservação” estabelecido pela UICN, segundo a qual esta compreende a utilização sustentada, a *preservação*, a manutenção, a restauração e a melhoria do ambiente natural (Rodrigues, 2005, p. 31). Uma maior precisão na diferenciação entre preservação e conservação seria desejável, haja vista que sobre estes conceitos se assentam os dois grupos de categorias de unidades criadas pela Lei 9.985, além de persistir acirrado debate (como se verá adiante) em torno das correntes teóricas que julgam representar a melhor estratégia de proteção.

Outrossim, de forma bastante didática, como se observa no extenso rol de definições do art. 2º da Lei 9.985, o legislador conceituou UC como o *espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção* (inc. I).

Em 2006, foi criado pelo Decreto 5.758 o *Plano Nacional de Áreas Protegidas* (PNAP). Este diploma legal introduziu o termo “áreas protegidas”, incluindo neste gênero as unidades de conservação, as terras indígenas e as “terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos” (item “2” do Anexo ao Decreto). Dessa forma, a UC passou a ser espécie do gênero área protegida.

O resultado disso é que a política de proteção da biodiversidade, no Brasil, se fará através das *áreas protegidas*, isto é, das unidades de conservação, terras indígenas e as terras de remanescentes das comunidades de quilombos, cada uma delas com diferentes níveis de proteção.

### 6.3 As unidades de conservação

A ausência de um regime jurídico para as unidades de conservação só seria sanada em 2000, quando, após quase dez anos de tramitação, foi promulgada a Lei 9.985, criando o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), cuja missão primordial é a de concretizar o direito previsto no art. 225 da Constituição, ou seja, a proteção do meio ambiente equilibrado.

Sendo um sistema, aspira o legislador a existência de concatenação entre as ações públicas e privadas que busquem a proteção da natureza através de espaços protegidos. Quer-se evitar, desse modo, a fragmentação através de vários diplomas legais, como ocorreu outrora. No dizer de Cristiane Derani, um sistema significa elaboração racional coordenada (Derani, in Benjamin *et al.*, 2001, p. 608), isto é, um todo coeso e ordenado, de modo a potencializar a proteção do meio ambiente, sem que se perca o objetivo em meio a um cipoal legislativo.

As unidades foram divididas em dois grupos (arts. 7º, 8º e 14) consoante a utilização direta ou indireta de seus recursos naturais. De um lado, as unidades de conservação de *proteção integral*<sup>57</sup> (também conhecidas como de uso indireto<sup>58</sup>), cujo objetivo básico é preservar a natureza, sendo vedada a permanência humana no seu interior e admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, salvo exceções previstas em Lei (§ 1º). De outro, as *unidades de uso sustentável* (também conhecidas como de uso direto<sup>59</sup>), com o objetivo básico de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais (§ 2º)<sup>60</sup>.

O grupo das UC de proteção integral (ou uso indireto) é composto pelas seguintes categorias: Estação Ecológica (art. 9º), Reserva Biológica (art. 10), Parque Nacional (art. 11), Monumento Natural (art. 12) e Refúgio de Vida Silvestre (art. 13). Por sua vez, constituem o grupo de unidades de uso sustentável (ou uso direto) a Área de Proteção Ambiental (art. 15), a Área de Relevante Interesse Ecológico (art. 16), a Floresta Nacional (art. 17), a Reserva Extrativista (art. 18), a Reserva de

<sup>57</sup> *Proteção integral* é definida como a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais (art. 2º, VI).

<sup>58</sup> *Uso indireto*: aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais (art. 2º, IX).

<sup>59</sup> *Uso direto*: aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais (art.2º, X)

<sup>60</sup> *Uso sustentável* é definido como a exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável (art. 2º, IX).



Fauna (art. 19), a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 20) e a Reserva Particular do Patrimônio Natural (art. 21)<sup>61</sup>. Estas unidades do SNUC constituem a principal forma de conservação *in situ*<sup>62</sup>, embora José Eduardo Ramos Rodrigues opine ser possível a existência de outras modalidades de áreas de proteção extra-sistema (Rodrigues, 2005, p. 37).

Com relação à Reserva de Biosfera, figura prevista no art. 41 da Lei do SNUC, não é pacífico seu enquadramento como UC. Embora José Eduardo Ramos Rodrigues a coloque como tal (idem, p. 188-190), melhor seria dizer que Reserva da Biosfera não é UC, mas uma forma de gestão territorial integrada, um conjunto de unidades de conservação próximas e as suas zonas de amortecimento ou corredores, compondo um grande mosaico no qual as unidades e áreas protegidas necessariamente não são contíguas e são consideradas as áreas núcleo da grande “Reserva”, que pode incluir também as propriedades particulares do entorno. Assemelha-se na prática a uma Área de Proteção Ambiental (APA), com áreas protegidas em seu interior.

A criação das UC pode ocorrer por qualquer ato do Poder Público (art. 22, *caput*, da lei do SNUC), de modo que podem originar-se de atos administrativos infralegais como decreto, portaria e resolução (Rodrigues, 2005, p. 88). Para sua desafetação ou redução de limites, entretanto, exige-se lei específica (art. 22, § 7º). Cada ente político (União, Estados e Distrito Federal e municípios) está legitimado a criar unidades de conservação. Benjamin (2001, p. 47) acertadamente aponta a possibilidade de criação de UC por meio de decisão judicial, como forma de suprir omissão do Poder Público, acrescentando-se a incidência, no caso, do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CR, art. 5º, XXXV).

Toda UC possuirá seu *plano de manejo* (art. 27 do SNUC), isto é, documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das

---

<sup>61</sup> Embora tenha sido inserida no rol das UC de uso direto, a reserva particular do patrimônio natural (RPPN) é, pelos atributos discriminados no art. 21, uma unidade de proteção integral.

<sup>62</sup> Conservação *in situ*, nos termos do art. 2º, VII, é a “conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características”. Em apertada síntese, trata-se de conservação realizada no ambiente natural. A conservação *ex situ* pode ser exemplificada pelos hortos florestais, jardins botânicos, parques públicos urbanos e jardins zoológicos, nos quais o ambiente é modelado artificialmente pelo homem, e onde os processos ecológicos, inerentes ao ambiente natural, não podem ser mantidos, preservando-se assim apenas as espécies e não suas interações.

estruturas físicas necessárias à gestão da unidade (art. 2º, XVII). Deverá abranger a área da unidade de conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas (§ 1º). Trata-se de verdadeiro estatuto individual, elaborado especificamente para cada unidade segundo suas peculiaridades.

Como os ecossistemas não se resumem aos limites territoriais definidos pelos homens, é necessária a conectividade entre as UC (evitando “ilhas” de proteção), razão pela qual o SNUC prevê a criação dos *corredores ecológicos*, porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais (art. 2º, XIX). Outro favor imprescindível para a aumentar a proteção da biodiversidade é a fixação de *zonas de amortecimento*, consistentes no entorno de uma UC, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade (art. 2º, XVIII).

Para dotar de maior eficiência a gestão destas áreas, o SNUC prevê a criação de *mosaicos de unidades de conservação* (art. 26 da Lei 9.985 e arts. 10 e 11 do Decreto 4.340/2002). Desse modo, quando existir um conjunto de UC de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas, constituindo um mosaico, a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.

#### 6.4 Conservacionismo e socioambientalismo: conflito de visões

O tema “unidades de conservação” condensa os mais acirrados debates no seio do ambientalismo brasileiro, o qual encontra-se atualmente dividido entre os que são favoráveis à presença de pessoas no interior das unidades de conservação e os que entendem que tal presença é prejudicial ao ambiente. A Lei do SNUC, buscando caminhar entre os extremos, reuniu estas diferentes visões.

De início ressalta-se a inexistência de consenso até mesmo sobre as denominações das correntes envolvidas no debate. Ora o antagonismo é apresentado através da dicotomia preservacionismo *versus* conservacionismo, ora como conservacionismo *versus* socioambientalismo; e ora como ambientalismo *versus* socioambientalismo.

Para melhor entendimento, o quadro a seguir indica a proposta de cada corrente, sua denominação e a correspondente oposição<sup>63</sup>:

Proposta:	<i>A proteção da Natureza deve ser feita preponderantemente através de unidades de conservação de proteção integral, ou seja, sem a permanência humana no interior, sendo permitido apenas o uso indireto dos recursos naturais para fins científicos, educacionais e turísticos</i>	<i>A proteção da Natureza deve ser feita preponderantemente através de unidades de conservação de uso sustentável, ou seja, com a permanência humana no interior, sendo permitido o uso direto dos recursos naturais</i>
Denominação e respectiva oposição:	Preservacionismo	Conservacionismo
	Conservacionismo	Socioambientalismo
	Ambientalismo	Socioambientalismo

Preferimos adotar a terminologia conservacionismo e socioambientalismo, pois tais termos refletem a opção primordial de cada corrente, isto é, a conservação da Natureza e o aspecto social ou humano do ambiente, respectivamente.

Esta “fissura” no movimento ambientalista surgiu no fim da década de 80 e consolidou-se durante toda a década de 90. Embora muitas vezes não seja possível observar uma demarcação nítida entre as duas correntes – felizmente por haver integrantes ponderados em ambas – é possível dizer que os conservacionistas propõem que a biodiversidade é mais bem protegida através de áreas intocadas (as unidades de conservação de proteção integral), enquanto os socioambientalistas afirmam o direito de permanência humana nas áreas protegidas (através de

<sup>63</sup> Esta divisão do movimento ambiental é bastante tênue, além de não ser unanimemente reconhecida. Deste modo, a diferenciação aqui exposta não esgota o tema, haja vista a existência de inúmeras nuances nas diversas correntes, sendo as diferenças entre elas bastante tênues.

unidades de conservação de uso sustentável e terras indígenas), conferindo, assim, prioridade aos interesses das populações tradicionais e indígenas. Frise-se que, de modo geral, os conservacionistas não excluem de forma absoluta a necessidade de UC com uso sustentável, da mesma forma que os socioambientalistas não negam a necessidade de existência de UC de proteção integral, embora cada corrente proponha a preponderância de um dos modelos.

Para o socioambientalismo, favorável à permanência de populações humanas no interior das UC, o modelo brasileiro de proteção de áreas protegidas é uma imposição do imperialismo internacional, e não atende às nossas necessidades socioeconômicas, ampliando a pobreza e a desigualdade. Além disso, afirma que as populações tradicionais contribuem não apenas para a conservação mas para a melhoria (*sic*) da biodiversidade (Bensusan, 2006; Ricardo *et al.*, 2004), ao inserir espécies exóticas e promover uma seleção das melhores espécies nativas. Argumentam, ainda, que a presença de populações no interior de várias das UC é anterior à sua criação e que a exclusão destas representa uma injustiça, pois as classes degradadoras e economicamente dominantes seriam privilegiadas em detrimentos dos moradores tradicionais.

Na verdade, a idéia de que a floresta tropical, por si só, é “um nada”, veio do colonizador europeu e mantém-se hoje em razão de políticas ditas sociais que pretendem contentar segmentos da sociedade com a distribuição de espaços e suas respectivas riquezas naturais (Pádua, 2004, p. 16).

Já para o conservacionismo, o ser humano, acarreta impacto ao ambiente, pois a vasta maioria das formas de vida não têm capacidade de se adaptar aos ambientes criados pelo próprio homem (Neves, 2003, p. 2720). Este impacto é variável conforme os recursos tecnológicos disponíveis mas nunca inexistente, o que coloca em risco a biodiversidade local, especialmente no caso de ecossistemas únicos ou ameaçados, motivo pelo qual as áreas protegidas devem proibir a presença humana em seu interior, salvo para finalidades científicas, educacionais e turísticas. Isto se aplica às populações tradicionais, pois estas causam degradação aos ecossistemas, o que tende a se ampliar com o aumento destas e com o acesso a recursos tecnológicos de maior lesividade.

A visão socioambientalista permite o uso dito sustentável nas UC e assume um significado de salvar a Natureza para algum fim. A participação humana é admitida, em harmonia e com intuito de proteção. A Natureza não é um fim em si

mesma, existindo para proporcionar o bem-estar do homem (antropocentrismo moderado). Já para o conservacionismo, o ambiente é importante porque tem valor intrínseco. Portanto, o ser humano passa a ser *uma espécie* e não mais *a espécie* (biocentrismo). A biodiversidade necessita ser salva como imperativo ético do homem, além da necessidade de assegurar às futuras gerações espaços preservados livres da ação humana, além dos serviços ambientais que só os ecossistemas preservados podem proporcionar.

Como se observa, o movimento socioambiental adota um paradigma de tendência antropocêntrica, calcado na prioridade da dignidade da pessoa humana, pressupondo a idéia de que a presença do homem é necessária à melhora da qualidade ambiental, dada a interação benéfica das populações tradicionais com o meio. Os conservacionistas, embora não excluam a participação popular na proteção do ambiente, defendem que as populações humanas devem contribuir com a proteção da área interior e de entorno das UC, além de participarem de atividades educacionais e turísticas, afora as finalidades científicas, de grande importância; mas vivendo preferencialmente *fora* das áreas protegidas.

Uma das críticas dirigidas ao socioambientalismo reside na exeqüibilidade da promessa de realizar o desenvolvimento sustentável no interior de unidades de conservação. Com efeito, é preciso atentar para o fato de que o conceito de “desenvolvimento sustentável”, bastante difundido na atualidade, tem dado margens a múltiplas interpretações, muitas delas inteiramente incompatíveis com a finalidade para o qual foi criado, o que enseja a necessidade de cautela quando se afirma que um determinado empreendimento ou atividade é “ambientalmente sustentável” (Ricardo *et al.*, 2004, p. 83).

No caso das reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, por exemplo, as populações tradicionais, incumbidas da missão de viver no interior da UC de forma sustentável, vêem-se atualmente diante do desafio de não comprometer a manutenção da biodiversidade e ainda atender à crescente demanda pelos bens de consumo e estilo de vida a que a maioria dos indivíduos aspira, e que, freqüentemente, são incompatíveis com a conservação dos ecossistemas em que vivem. Em muitos casos, acabam concordando com a alienação dos recursos naturais a setores econômicos predadores, os quais, aliás, demonstram-se sempre mais interessados na criação de unidades de uso

sustentável do que unidades de proteção integral, haja vista a possibilidade de acordos com as comunidades<sup>64</sup>.

Ainda assim, mesmo práticas ditas “tradicionais” possuem impacto ambiental considerável, como no caso da caça insustentável praticada pelas comunidades tradicionais amazônicas<sup>65</sup>.

De outro lado, na crítica às UC de proteção integral formulada pelo socioambientalismo encontram-se resquícios visíveis da velha idéia marxista de luta de classes, latente no argumento de que tais áreas se prestariam ao desfrute de uma minoria privilegiada e degradadora, em detrimento de populações tradicionais que se veriam privadas do uso dos recursos naturais. O socioambientalismo fala em “perversidade preservacionista”, sob a alegação de que os beneficiados com a criação de áreas de proteção integral seriam populações “responsáveis pelo modelo predatório que resultou na necessidade de se reservar áreas para a proteção ambiental”, enquanto as populações sacrificadas são aquelas que conservaram a Natureza (Bensusan, in Ricardo *et al.*, 2004, p. 70). Tal pensamento é equivocado, por ignorar o caráter difuso do direito ao ambiente equilibrado. Com efeito, toda a humanidade é beneficiada quando da criação de uma UC e não apenas os turistas que freqüentarão um Parque ou as populações tradicionais que residirão em uma Reserva Extrativista.

A crítica socioambiental segundo a qual as UC de proteção integral da atualidade se resumiriam ao ideário liberal dos primeiros parques modernos como Yellowstone e Itatiaia, pois teriam como objetivo o recreio e o lazer de classes abastadas é falso. Na atualidade, o objetivo primordial dos parques é a proteção da biodiversidade, sendo o turismo uma função nitidamente secundária, permitida em pequena fração da área. Além disso, os parques são apenas um dentre as inúmeras modalidades de áreas de uso indireto.

---

<sup>64</sup> É o caso da Reserva Extrativista (RESEX) Estadual Rio Pacaás Novos (Rondônia), na qual seringueiros celebraram contrato de compra e venda de gigantesca quantidade de madeira com empresário madeireiro local, conforme apurado em inquérito civil público (autos de n. 2007001060002975, Ministério Público do Estado de Rondônia, 2ª Promotoria de Justiça de Guajará-Mirim). Segundo apurado, há uma tendência de estabelecimento de contratos de compra e venda de madeira *in natura* entre seringueiros e empresários do setor madeireiro em todas as RESEX estaduais de Rondônia, em violação ao art. 18 da Lei do SNUC, que prevê a exploração de madeira apenas de forma *complementar e comunitária*. Como se vê, os próprios seringueiros aliam-se aos madeireiros para a exploração de recursos naturais.

<sup>65</sup> Redford estimou em 14 milhões o número de aves abatidas por ano na Amazônia (*apud* Milano, in Benjamin *et al.*, p. 19), o que desfaz o mito da insignificância de certas condutas quando analisadas globalmente. Além das aves, a exploração da caça e da pesca da tartaruga, o consumo de ovos de gaivotas e biguás (tidos como “fortificantes” pelo conhecimento “tradicional”) também deve ser considerada.

Embora seja alegado por alguns que o modelo de conservação que exclui as populações humanas foi concebido com base numa visão estática dos ecossistemas, já que o homem influenciaria benéficamente (*sic*) a dinâmica sobre o ambiente (Bensusan, 2006, p. 132), deve-se lembrar que tal juízo assenta-se numa ótica antropocentrista segundo a qual a Natureza não seguiria um caminho tão bom sem a presença humana. Crer que os ecossistemas são melhorados em maior grau pela interferência humana do que se a evolução seguisse seu próprio curso é reduzir a compreensão do ambiente ao papel de acessório do Homem, pois deste dependeria.

Os socioambientalistas formularam, quando de seu surgimento, críticas salutares. A principal delas dizia respeito à exclusão das populações tradicionais do modelo de proteção, sendo notório que, sem o envolvimento da sociedade civil local, a proteção da natureza dificilmente se efetivaria. Além disso, muitas UC foram criadas ignorando a existência de populações em seu interior. Realmente, a população local precisa ser envolvida nas atividades de proteção e educação ambientais, visando tanto a melhoria de sua qualidade de vida como a maior eficiência do sistema de UC.

Entretanto, muitos aspectos da participatividade são inexecutáveis, ou criados de forma deliberada para transmitir um verniz democrático ao processo de criação e gestão das UC. Referimo-nos, por exemplo, às consultas públicas para criação das unidades<sup>66</sup>. As populações residentes no entorno muitas vezes são terminantemente contrárias à criação de qualquer área protegida. É a situação atualmente vigente na região amazônica, já que qualquer discurso pró-ambiente é visto como nefasto, haja vista o fato das populações rurais e urbanas locais dependerem, direta ou indiretamente, de atividades predatórias. Evidente que o fornecimento de informação através de audiências públicas é imprescindível, a fim de demonstrar a importância da proteção da Natureza, procurando atrair setores degradadores e a população em geral, de modo a atenuar o abismo existente. O dilema surge quando, mesmo após ampla divulgação de informação, a comunidade é contra a criação da UC. Não se cria a unidade? Cria-se em desacordo com o que o povo decidiu? Ou se obedece à

---

<sup>66</sup> Mercadante (1999, p. 224) propõe que a criação de uma UC “deve ser precedida de uma ampla consulta à sociedade”. O Decreto 4.340/2002 veio a dispor expressamente sobre a consulta pública para a criação de unidade de conservação, que “tem a finalidade de subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade” (art. 5º).

vontade popular (em respeito às consultas públicas) ou tudo não passa de encenação (como tem ocorrido freqüentemente).

Olvida-se que o direito ao ambiente é difuso e pertence inclusive às futuras gerações. A sociedade brasileira pode ser favorável à preservação da floresta amazônica, mas os residentes na Amazônia podem não ser. A análise dos programas políticos dos principais representantes eleitos pela população de Estados como Rondônia, Pará e Roraima nos níveis municipal, estadual e federal bem demonstra que a proteção do ambiente não se encontra de forma concreta em nenhum deles; muito pelo contrário, aliás. Nesse contexto, é de se questionar o *tipo* de participação popular a ser incorporada no processo de criação e gestão das UC.

Por esta razão procede a crítica de José Eduardo Ramos Rodrigues em relação ao peso das consultas públicas, que:

“na maior parte dos casos tenderá a ter caráter meramente plebiscitário e demagógico, além de subordinar questões de relevância para o País e a humanidade a interesses estritamente locais. (...) O Colégio eleitoral adequado para decidir sobre a criação de uma Unidade de Conservação, obviamente, deveria ser toda a população do país, e, talvez, até do mundo” (Rodrigues, 2005, p. 93).

O correto é que questões técnicas sejam decididas por especialistas, enquanto questões políticas pelos cidadãos. Não se trata de elitismo ou oposição à democracia como bem frisa Rodrigues (*idem*, p. 94) mas sim de cumprimento pelos administradores de seu papel. Tal qual Pilatos ao lavar suas mãos, o sistema de consultas para criações de UC, pode, na maior parte das vezes, encobrir a omissão do mau administrador sob o verniz de democracia fornecido por uma consulta pública de questões técnicas pela insipiente população local.

Observa-se, dessa forma, que o socioambientalismo, em que pese a relevância e procedência de inúmeras críticas por ele formuladas, tem proporcionado uma distorção da visão do bem ambiental, privilegiando o local em detrimento do global, priorizando, ainda que de forma inconsciente, o retorno em dividendos eleitorais em prejuízo da biodiversidade, diminuindo sua amplitude difusa em privilégio de grupos específicos.



Com efeito, no plano político o movimento socioambiental ganhou espaço e hoje predomina, até porque, como ensina Bobbio (1986), o político é um empresário cujo capital se mede pela quantidade de votos que possui e, neste ponto, os votos das populações tradicionais, dos índios e dos setores econômicos interessados no apossamento das riquezas naturais das áreas protegidas pesam muito mais na balança do que o dos interessados na criação das unidades de conservação de uso indireto, as quais, na maioria das vezes, geram a revolta das populações atingidas. Afinal, a biodiversidade não vota.

Assim, embora a Lei do SNUC tenha refletido bem a divisão entre socioambientalismo e conservacionismo, e seu legislador tenha com rara sabedoria posicionado-se entre os extremos, procurando orientar-se pela conciliação das correntes e prevendo tanto a existência de unidades de conservação de proteção integral (ou de uso indireto) como de uso sustentável (ou direito), a vontade política dos governos estaduais e federal manifestada desde a década de 90 até o presente deixa clara a opção pelo paradigma socioambiental.

O resultado atual é uma tendência consolidada de gradual redução da proporção do peso das UC de proteção integral no cômputo geral, seja reclassificando-as como de uso sustentável, seja declarando-as integral ou parcialmente terras indígenas, o que se atribui ao maior peso dos interesses políticos como erradicação da pobreza e distribuição de terras, infelizmente em detrimento do bem ambiental. Torna-se justificável, dessa forma, o receio de que as futuras gerações herdarão poucas áreas integralmente protegidas.

O problema não é exclusivo do Brasil e vivencia-se em toda a América Latina, na África, Austrália e Nova Zelândia. Na África, o sistema de manejo comunitário refletiu a adoção do paradigma socioambiental e tendeu a valorizar muito mais o aspecto humano, em detrimento da conservação, que passou a ser finalidade secundária. O mesmo sistema foi implantado na Austrália (a partir no modelo africano), porém sem êxito, assim como ocorreu no Zimbábue. Isto porque tanto na Austrália como na África os indígenas demonstraram má-vontade em participar da conservação da vida silvestre, o que se verificou mais acentuadamente nas áreas mais pobres e nas áreas em que a natureza era considerada um empecilho à agropecuária (Jeffery Q.C. e Craig, 2004, p. 235).

Como alerta Adrián Monjeau, o problema de áreas protegidas “com ou sem gente” não é uma encruzilhada de “sim ou não”, mas de “onde, quando e como”. O

homem necessita de espaço, *mas não é possível que se ocupe todo o espaço, porque os processos naturais também necessitam de espaço, estando alguns destes tão vulneráveis aos distúrbios que não resistem à presença de atividades humanas*. Conservar estes espaços é indispensável não só em razão da biodiversidade, mas também para garantir a manutenção dos serviços que o ecossistema proporciona à sociedade humana (Monjeau, 2007)<sup>67</sup>.

A nosso ver, o equilíbrio proposto pela Lei 9.985 era uma posição acertada, pois ambos os modelos poderiam e deveriam coexistir de forma a maximizar a proteção da Natureza. Todavia, o maniqueísmo permanece a dominar o discurso de ambas as correntes, olvidando que a melhor opção para preservação do ambiente e dignidade das populações tradicionais consiste em conjuntos (mosaicos) de unidades, compostos de áreas de proteção integral e áreas de uso sustentável. Como bem destaca Adrián Monjeau:

“el péndulo oscila actualmente entre ambos paradigmas de manera maniquea sin haber alcanzado por el momento una síntesis que funcione en el terreno y que pueda replicarse globalmente” (Monjeau, 2007).

Como conseqüência deste embate ideológico, atualmente a tendência geral na América Latina é a ênfase no estabelecimento de unidades de uso sustentável (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 80), o que tem acarretado grandes desproporções e, conseqüentemente, violações ao direito fundamental ao ambiente. É o que se observa com relação à quantidade de UC federais, com péssima distribuição entre as de proteção integral (126) e as de uso sustentável (601), respectivamente 17,33% e 82,67% do total de unidades<sup>68</sup>. Com relação à extensão, as UC de proteção integral totalizam 23.754.760 hectares (aproximadamente 42% do total) e as de uso sustentável 31.638.607 (aproximadamente 58% do total)<sup>69</sup>. Na esfera estadual, onde as injunções de grupos políticos locais são notoriamente superiores, o quadro é ainda mais discrepante: as UC de proteção integral totalizam 7.826.845 hectares (aproximadamente 17% do total) e as de uso sustentável 38. 154.179 hectares

---

<sup>67</sup> As chamadas *áreas-fonte* de fauna são um dos exemplos de serviço ambiental prestados pelas UC de proteção integral ao homem, inclusive às populações tradicionais que praticam caça. O assunto será melhor estudado adiante.

<sup>68</sup> Fonte: [www.ibama.gov.br](http://www.ibama.gov.br). Dados atualizados até dezembro de 2006.

<sup>69</sup> Ricardo *et al.*, 2004, p. 662. Dados atualizados até novembro de 2004.

(aproximadamente 83% do total)<sup>70</sup>. Conforme relata Mercadante (2007), nos últimos quatro anos foram criados pela União 19.193.400 hectares de UC de proteção integral e 11.304.300 hectares de UC de uso sustentável, o que aponta claramente para o aumento do desequilíbrio, fruto da opção política do governo federal.

O crescimento desproporcional do número e das áreas das UC de uso direto transmite uma ilusória sensação de tranquilidade (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 83), especialmente no caso das Áreas de Proteção Ambiental (APA), que, na verdade, encontram-se mais próximas de restrições ao direito de propriedade do que de unidades de conservação<sup>71</sup>. Se descontada a área total das APA federais e estaduais (32.011.504 hectares), do total de áreas apresentado como composto por UC federais e estaduais (101.374.391 hectares) restam 69.326.887 hectares. Ainda assim, mais da metade desta área é de uso sustentável.

Esta desproporção entre as unidades de proteção integral e de uso sustentável demonstra o rumo adotado pelo Estado brasileiro em sua política ambiental, evidenciando a opção pelo paradigma antropocêntrico, no qual a conservação é considerada mais eficaz quando da existência de populações humanas no interior das unidades de conservação.

A discussão entre conservacionismo e socioambientalismo traz inegáveis efeitos sobre a questão da presença indígena no interior das UC, pois, conforme se adotado o paradigma socioambiental, a permanência destes no interior será não apenas permitida como incentivada, sob o argumento de que isto maximiza a proteção do ambiente, conforme defendem os socioambientalistas. De outro lado, o conservacionismo alerta para o impacto ambiental da presença de qualquer sociedade humana, mesmo a indígena, em unidades de proteção integral. Se a cultura indígena tradicional já ocasionava impacto aos ecossistemas, a desintegração cultural e a conseqüente adoção de métodos exógenos para

---

<sup>70</sup> *Op. cit.*, p. 662-663.

<sup>71</sup> Nos termos do art. 15 da Lei do SNUC, a APA é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (*caput*). Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma APA (§ 2º). A grande difusão da APA (UC com menor grau de proteção ambiente) no Brasil reside provavelmente no fato de não implicar em desapropriação, constituindo uma forma barata de ampliar os percentuais do território considerados como área protegida, ainda que de duvidosa eficácia.

satisfação de novas necessidades trazidas pela sociedade capitalista tende a acarretar prejuízos incomensuráveis à biodiversidade.

## 7 PRESENÇA INDÍGENA EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

“A atividade humana é sempre modificadora do meio ambiente”  
(Derani, in Benjamin *et al.*, 2001, p. 240).

A presença indígena no interior de unidades de conservação pode ocorrer de dois modos básicos. O primeiro se verifica quando é criada UC sobre terra indígena e vice-versa, situação que tem sido denominada como *sobreposição de áreas*. No segundo caso, pode ocorrer a ocupação de área da UC por índios posteriormente à criação desta. As duas hipóteses serão analisadas neste capítulo. Antes, todavia, para melhor entendimento do assunto, serão expostos e analisados alguns aspectos que envolvem a discussão, muitas vezes apaixonada, do tema.

Isto porque, para a corrente socioambientalista, um dos argumentos em favor da presença de índios no interior das unidades de conservação é o de que estes não apenas são preservadores da Natureza, mantendo com esta uma relação de profunda harmonia, como melhoram (*sic*) o ambiente através de seus usos e costumes. A primeira parte desta idéia trata-se, a nosso ver, de regra que comporta exceção, ou talvez, com a progressiva mudança de hábitos dos indígenas, passe a ser definitivamente a exceção.

De fato, um dos maiores mitos que existe é que os índios são protetores inatos da Natureza (Dourojeanni e Pádua, 2002, p. 148; Neves, 2003). Com o baixo avanço tecnológico de sua cultura original, a atividade de subsistência indígena realmente possui impacto ambiental reduzido, se comparada às atividades da sociedade exógena. Todavia, o contato com a sociedade envolvente e conseqüente despertar de novos desejos, além do acesso à recursos tecnológicos, tende a potencializar a condição de agressivos exploradores dos recursos naturais. Os casos de altos índices de biodiversidade associados à presença de populações indígenas devem-se menos ao caráter preservacionista destas do que à baixa densidade populacional associada aos parques recursos tecnológicos de agressão à natureza que dispõem (Milano, in Benjamin *et al.*, p. 28-29<sup>72</sup>).

---

<sup>72</sup> O autor cita evidências científicas relatadas por Myers, Redford, Bodmer & Penn Jr., Chagnon, Rocha e Dourojeanni.

## 7.1 O mito do bom selvagem e o mito da natureza intocada

O conceito do *bom selvagem* foi consagrado por Rousseau, embora tenha sua origem possivelmente em Montaigne, que não apenas tinha um criado indígena como conviveu com os nativos no Brasil, durante a tentativa francesa de colonização da França Antártica (1556-1558), atual Rio de Janeiro. Em seu ensaio *Dos Canibais*, Montaigne traça um quadro idílico da vida selvagem, com a finalidade especial de atacar os malefícios da civilização. Surgia a idéia do bom selvagem, reiterada por Locke e Espinoza e pelos humanistas do século XVIII, destacando-se Montesquieu, que louvou o igualitarismo existente entre os índios (Bueno, 2002, p. 24).

Foi Rousseau (1958), entretanto, quem consolidou o mito em seu *Ensaio sobre a origem da desigualdade entre os homens*, obra em que atribui à este estado do homem características positivas, segundo seu pensamento inerentes aos indivíduos que viviam no estado de natureza. Um dos fatores básicos seria o ambiente natural extremamente abundante e acolhedor, a ponto de parecer ter sido criado na medida exata para servir ao homem, particularmente em termos de recursos alimentares, sendo, aliás, a preservação uma das poucas preocupações, senão a única, do homem no estado de natureza (Leopoldi, 2002, p. 159-160).

As necessidades do homem primitivo, segundo Rousseau, seriam tão módicas que poderiam ser facilmente saciadas. Os homens estariam, assim, longe do grau de conhecimentos necessários para desejar adquirir outros maiores, sendo desnecessária a previdência, e o espetáculo da natureza, de tão familiar, se tornara indiferente, quadro que em muito se assemelharia à condição original dos índios brasileiros.

A relação homem-natureza seria, portanto, permeada por um ingrediente idílico marcado por uma complementaridade absoluta entre aqueles elementos. O equilíbrio dessa relação só se rompe quando passa a inserir-se num contexto dominado pela sociedade e pela civilização com as conseqüências necessariamente negativas que elas trazem.

Todavia, a nostalgia do estado de natureza não desperta no homem o desejo de volta ao passado, já que nesse caminho não só *não há retorno possível*, como *algumas facilidades tornadas disponíveis na vida em sociedade submetem os indivíduos a novas necessidades das quais não podem nem querem livrar-se* (Leopoldi, 2002, p. 162).

Embora o “bom selvagem” rousseauiano não passe de um estado hipotético criado pelo filósofo de Genebra para criticar a desigualdade e a opressão existentes na sociedade européia, a associação entre aquele e as populações indígenas do passado e do presente acabou marcando tão fortemente o estudo destas sociedades, e é ainda tão vigorosa, que continua permeando em larga medida o pensamento antropológico da atualidade (idem, p. 168). Em verdade,

“a idéia do ‘bom selvagem’ rousseauiano não se aplica, como às vezes se quer fazer crer, à realidade indígena. Ele foi criado mais como uma figura contrastante com o homem civilizado e, por extensão, com a sociedade civil que é o objeto por excelência das críticas devastadoras do pensador de Genebra. As sociedades indígenas que poderiam parecer vivenciar o estado de natureza de Rousseau não se enquadram nele: *as paixões que movem e infelicitam os civilizados não estão menos presentes entre os índios de qualquer época e de qualquer região.*” (idem, p. 172, destacou-se).

Como se percebe, a idéia do bom selvagem aproxima-se muito mais de um estado hipotético utilizado por Rousseau para a crítica das mazelas da sociedade do que uma situação efetivamente vivenciada pelas populações indígenas. Muito antes de Rousseau, Shakespeare já zombara do idealismo de Montaigne em sua peça *A Tempestade*, quando retratou em seu personagem Caliban um selvagem rude e cruel, mostrando a universalidade das virtudes e defeitos do homem (Bueno, 2002).

Conforme ensinam com propriedade Marc Dourojeanni e Maria Tereza Jorge Pádua:

“Os índios não são nem bons nem maus... são simplesmente pessoas que buscam melhorar suas vidas e que fazem o que podem para sobreviver, especialmente porque em sua maioria são pobres. Nas reservas indígenas de pequeno tamanho, os índios destroem os recursos e degradam os solos tanto ou mais que qualquer cidadão.” (2002, p. 148)<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Na verdade, como que ecoando resquícios do mito do bom selvagem, percebemos nas manifestações de entidades civis e órgãos públicos (incluindo o Ministério Público e o Judiciário) que muitas vezes uma mesma atividade é considerada danosa quando realizada por não-índios, porém “tradicional” ao ser efetuada por indígenas.

Dessa forma, pode-se afirmar a ingenuidade da idéia de que o contato dos indígenas com o modelo de sociedade de matriz europeia instalada na América acarretou a degeneração de uma cultura dotada de pureza idílica. O exemplo do alcoolismo, sempre apontado como culpa do homem branco, que introduziu a aguardente entre os índios, mostra a superficialidade de certas idéias, já que a utilização de alucinógenos bastante potentes sempre foi hábito destes povos. Todavia, como a obtenção da cachaça em quantidade era mais fácil do que a demorada elaboração dos tradicionais chás, a ingestão acabou por perder seu caráter ritualístico e banalizou-se. O fato é que no interior de uma aldeia indígena, a inserção de inúmeras práticas e produtos exógenos – fato inerente ao contato de civilizações – é normalmente vista como um avanço tecnológico pelos próprios índios.

No aspecto ambiental, o *mito do bom selvagem* se encontra com o *mito da natureza intocada*, ou seja, a idéia de que a existência de um ambiente intacto, livre da influência (e da degradação) humana, não passa de uma ilusão. Assim, para determinadas correntes do ambientalismo (socioambientalismo, por exemplo), preservar áreas sem a presença humana seria acreditar que em algum lugar o ambiente desenvolveu-se sem a interferência do homem. Pregam, ainda, que o contato de populações tradicionais com o ecossistema gera um ganho ambiental, através do manejo de espécies. Para os conservacionistas em sentido estrito, o mito da natureza intocada mostra que o ser humano inexoravelmente interfere negativamente no meio, acarretando perda de biodiversidade, o que justifica a existência de áreas protegidas nas quais o acesso seria restrito.

De outro lado, o socioambientalismo argumenta, a partir da mesma idéia de que a natureza intocada seria uma ilusão, que o homem ocupou desde tempos imemoriais todo o planeta e a natureza exuberante de determinadas áreas deve-se justamente à benéfica interferência humana (Diegues *apud* Neves, 2003, p. 2724). Em outras palavras, pretendem chegar à conclusão oposta com o mesmo argumento.

Uma teoria científica, no entanto, parece desmistificar tanto o mito do bom selvagem como o da natureza intocada, mostrando que as civilizações primitivas acarretaram danos ambientais de grande magnitude, através de um modo de vida ambientalmente insustentável. Trata-se da teoria de Martin sobre a extinção da megafauna americana.



Procurando explicar a espantosa diferença entre a fauna de grande porte (chamada megafauna, geralmente compreendida por animais de peso superior a 44 quilos) existente na África e na América do Sul, o paleontólogo Paul Martin veio a propor um modelo tão revolucionário quanto plausível, devidamente analisado por Fernandez (2005, p. 23-47).

Fósseis encontrados em todo o continente americano demonstram que habitava neste continente um vasto leque de espécimes de grande porte, composto, no caso da América do Sul, por animais pastadores como preguiças-gigantes (megatérios e eremotérios) de cerca de seis metros de comprimento, imensos tatus (os gliptodontes), hipopótamos (toxodontes, endêmicos da América), camelos (litopternas, também endêmicos). Na América do Norte habitavam os bisões de chifres longos (*Bison latifrons*) além do famoso tigre-de-dente-de-sabre, maior que os atuais leões africanos. Da mesma forma ocorria na Austrália e Nova Zelândia, onde fósseis comprovam a extinção de fauna de grande porte.

Toda esta megafauna desapareceu durante o Pleistoceno-Holoceno<sup>74</sup>. A América do Norte perdeu 73,3% dos gêneros de sua megafauna, a América do Sul 79,6% e a Austrália 86,4%. Entretanto, na África, a perda de megafauna durante o Pleistoceno foi bastante menor: 14,3% (Fernandez, 2005, p. 32).

A explicação para a diferença de perda de biodiversidade entre o continente africano e os demais foi formulada por Martin através de uma hipótese conhecida como *prehistoric overkill* (ou excessiva matança pré-histórica). Enquanto na África, continente no qual a presença humana é antigüíssima, o homem evoluiu lado a lado com a fauna, na América e na Oceania o homem foi introduzido muito recentemente.

Dessa forma, na África os grandes animais puderam evoluir ao lado do ser humano, desenvolvendo instintos de sobrevivência. No continente americano, todavia, a presença dos ameríndios é recentíssima (o sítio arqueológico mais antigo é o de Monte Verde, no Chile, e data de cerca de 12.800 anos), tendo a migração ocorrida através do Estreito de Bering (que estava seco durante o Pleistoceno) acarretado um choque inesperado para a fauna, que nunca tivera contato com os humanos. O homem, por sua vez, teve diante de si caça tão abundante quanto indefesa, gerando uma matança generalizada e conseqüente extinção da megafauna. Semelhante processo foi constatado na Austrália e Nova Zelândia, sendo um dos indícios os vestígios arqueológicos encontrados nos "sítios de

---

<sup>74</sup> Aproximadamente 12.000 anos atrás.

matança e churrasco” dos maoris, no qual imensas quantidades de fósseis carbonizados foram encontrados associados a restos de carvão e utensílios maoris.

A hipótese de Martin exclui a proposta de explicar a extinção da megafauna a partir de alterações climáticas do Pleistoceno, especialmente porque esta última não explica o assincronismo das extinções ao longo do tempo e do espaço, justamente quando do início da presença humana em cada região dos continentes (*op. cit.*, 2005, p. 37).

A partir do modelo de Martin pode-se contestar veementemente a idéia moderna do bom selvagem da Oceania e da América, idéia esta que não permite ver com clareza o profundo significado de nossa espécie, voltada para a exploração dos recursos naturais de forma insustentável seja qual for seu grau de evolução, podendo o potencial de destruição ser ampliado consoante o aprimoramento tecnológico, embora não excluído pela simples condição primitiva. Neste ponto, a única diferença entre o ameríndio e o europeu consiste no seu potencial de degradação, conforme o avanço tecnológico de cada civilização.

Assim, da mesma forma que a Revolução Industrial ampliou sobremaneira o grau de degradação ambiental da Europa e, depois, do planeta, a degradação na América iniciou de forma tão abrupta quanto avassaladora quando a preguiça-gigante aproximou-se curiosa e mansa para olhar melhor aqueles novos e estranhos bípedes que chegavam com objetos pontiagudos nas mãos.

Por esta razão é correta a afirmação de Fábio Olmos Neves de que realmente a natureza intocada é um mito que comprova a nocividade da interferência humana, sendo

“exatamente por isso que não temos uma biota atual mais rica e vivemos em um planeta mais pobre do que aquele em que nossos antecessores viveram. (...) o impacto humano generalizado na vasta maioria dos ecossistemas resultou em perda de biodiversidade” (Neves, 2003, p. 2725).

Dessa forma, embora o mito da natureza intocada seja invocado pelo socioambientalismo para justificar a interação benéfica entre as populações primitivas e o ambiente, há razões científicas para crer que os ecossistemas

atualmente existentes seriam muito mais diversificados sem tal interferência<sup>75</sup>. Por esta razão, é indispensável a existência de espaços naturais onde a atividade humana sobre os processos naturais seja minimizada, dentre outras razões, para transmitir um legado benéfico em termos de biodiversidade às gerações vindouras.

## 7.2 A transfiguração étnica

Analisando o problema da ampliação das práticas degradadoras pelas comunidades indígenas em razão da inserção destas no sistema capitalista, José Eduardo Ramos Rodrigues manifesta sua inquietação acerca do tema:

“resta saber quais serão as conseqüências dessa inserção para tais populações, especialmente no caso de povos indígenas. Conseguirão essas culturas resistirem às influências do moderno sistema capitalista?” (Rodrigues, 2005, p. 141).

Ao que indicam os fatos recentes, a resposta é evidente e confirma o temor manifestado pelo autor.

O potencial de degradação é inerente ao ser humano e varia apenas segundo o desenvolvimento tecnológico da cada sociedade<sup>76</sup>; e este potencial de degradação acompanha o grau de sofisticação de suas necessidades. Assim, tão logo as comunidades indígenas tomam contato com novas técnicas e utensílios, surgem novas necessidades a serem atendidas e novas técnicas para satisfazê-las.

Inexoravelmente, “as sociedades tradicionais evoluem” (Frontier, 2001, p. 144) e, com a finalidade de obter bens (geralmente de maior valor agregado que os seus), tende a especializar-se “numa lógica de produção e de exportação intensivas e pouco diversificadas, vergando-se às necessidades” da sociedade urbana. Dessa forma, o rural assume função de troca, organizando-se os transportes de matérias-primas num sentido e de objetos transformados no outro. Este fluxo forçado de

---

<sup>75</sup> Por esta razão, afirma Fábio Olmos Neves que “provavelmente não existem áreas que nunca foram alteradas por povos pré-columbianos. Mas partir desta constatação e usá-la como argumento de que isto causou um aumento da biodiversidade é resultado de raciocínio falho ou má-fé” (*op. cit.*, p. 2724).

<sup>76</sup> Exemplo de que a degradação ambiental já existia no Brasil antes de 1500, embora em escala ainda pequena, é trazido por Warren Dean, cujas pesquisas demonstraram que após a chegada dos portugueses, em um primeiro momento a Mata Atlântica chegou a expandir-se, pela redução das queimadas praticadas pelos indígenas (*apud* Pádua, 2004, p. 13).

matéria/energia e a “de-diversificação” provocam a desestruturação do seu sistema socioeconômico (*op. cit.*, p. 147)

Conforme demonstrou em estudo minucioso Darcy Ribeiro (1996), o índio experimenta um processo inexorável de mudança cultural resultante das situações de interação com as frentes de expansão. Além disso, ao analisar os efeitos do impacto da civilização sobre as populações indígenas, constatou-se que a assimilação pretendida por alguns estudiosos e pelo governo não só não era salutar como impossível. Isto porque o indígena não se incorpora à sociedade neobrasileira, embora sofra um *processo de deculturação* que o leva da condição de índio específico à de índio genérico, destribalizado e marginalizado junto ao sistema econômico nacional, o que se denomina *transfiguração étnica*, e é definida como:

“o processo através do qual as populações tribais que se defrontam com as sociedades nacionais preenchem os requisitos necessários à sua persistência como entidades étnicas, mediante sucessivas alterações em seu substrato biológico, e sua cultura e em suas formas de relação com a sociedade envolvente.” (*op. cit.*, p. 26).

Em poucas palavras, transfiguração étnica é “o trânsito da condição de índio específico, conformado com a tradição de seu povo, à de índio genérico, quase indistinguível do caboclo.” (*idem*, p. 12), processo cuja causa reside no poder da sociedade envolvente, que atua como “uma força irresistível de desintegração” (*idem*, p. 246).

Inicialmente, durante o período colonial e sob o signo da escravidão, as sociedades indígenas foram deculturadas de seu patrimônio original pra serem depois aculturadas em novas proto-células étnicas que se configuravam como proletariados externos de metrópoles colonialistas. Já no momento contemporâneo, embora as novas ondas de expansão civilizatória já não estejam armadas com o poder deculturativo da escravidão para erradicar os traços e valores dos contingentes indígenas, mesmo assim

“estão armadas de força suficiente para subjugar as etnias tribais e para desagregar suas estruturas sócio-econômicas, a fim de engajar na mão-de-obra regional os índios dela desgarrados, e para compelir, mesmo aqueles

que permaneçam apegados à etnia tribal, a se integrarem no sistema econômico nacional.” (idem, p. 27).

Com efeito, mesmo com a garantia de respeito aos seus territórios e com uma cada vez maior proteção de seus direitos, o *poder deculturativo da sociedade ocidental manifesta-se mais forte e dissimulado sob as práticas corriqueiras da economia de mercado e da sociedade de consumo*. A subjugação à força dá lugar à sutil escravidão do simples *efeito demonstração*, fazendo com que o indígena experimente a crescente necessidade de obter bens como, por exemplo, eletrodomésticos, eletroeletrônicos, veículos, embarcações motorizadas, roupas, cosméticos, móveis e brinquedos. A posse destes bens lhe trará honra e respeito.

Diante da expansão “civilizadora”, que se apresenta à análise como um *conjunto uniforme de fatores dissociativos*, aos quais cada tribo pode reagir diferencialmente, mas aos quais reagirá *sempre e necessariamente*, três são as reações possíveis para os indígenas:

1. A fuga para territórios ermos (para isso muitas vezes invadindo UCs), com o que apenas adiam o enfrentamento;

2. A reação hostil aos invasores, que transtorna toda a vida tribal pela imposição de um estado de guerra permanente e de difícil manutenção; e

3. A saída final, que é “a aceitação do convívio porque este representa, efetivamente, uma fatalidade inelutável. Nela cairá necessariamente cada tribo, seja ao fim de longos períodos de fuga ou de prolongada resistência afinal tornada impraticável, seja como resultado de uma opção diante do inevitável, assente na esperança de controlar a nova situação”. E, uma vez estabelecido o convívio e à medida que as relações se amiúdam e se estreitam, os índios se vêem submetidos a uma série de desafios, “todos eles conducentes a transfigurações sucessivas no seu modo de ser e de viver.” (idem, p. 245).

Essa alteração do modo de vida redundará na *destribalização* e na *marginalidade*, decorrentes da ruptura do *ethos* tribal e do conflito decorrente dos valores trazidos pela civilização, os quais se sobrepõem aos valores tribais, pois estes agora são considerados “fracos” ou ineficazes para explicar a nova realidade envolvente, dando lugar à assimilação dos valores econômicos da sociedade envolvente, no caso, os valores da economia capitalista, adotando-se “atitudes

racionalistas e competitivas nas relações intergrupais em prejuízo dos antigos sistemas de sanções e recompensas.” (idem, p. 379).

Desse modo, forma-se gradualmente o *índio genérico, despojado de seu patrimônio cultural primitivo*. Este índio não é assimilado pela sociedade brasileira – salvo casos isolados – e permanece marginalizado, prestando-se à mão-de-obra barata ou ao fornecimento de riquezas naturais existentes em seus territórios, que hoje cada vez menos podem ser vilipendiados diretamente pelos brancos, o que impõe a exploração diretamente pelo índio ou através de parcerias.

Sendo implantada como um “rebento de uma matriz exógena com a qual se manterá sempre vinculada”, a etnia nacional (índio genérico) não se estrutura para si, mas como um proletariado externo posto a serviço de seu centro reitor, que lhe fornecerá os bens de consumo de que necessita. Sua função básica será, por isto, a de fornecimento de mão-de-obra ou de bens naturais “de acordo com técnicas e procedimentos prescritos no exterior” (idem, p. 246). Instados a participar da economia regional, seu sistema de provimento de subsistência – outrora ambientalmente sustentável – desorganiza-se, ocasionando a quebra de antigos núcleos de cooperação interna e aumentando cada vez mais sua dependência em relação à sociedade nacional externa.

Por outro lado, tendo que produzir bens de que necessite a sociedade envolvente, no aspecto econômico o índio se engaja, por exemplo, a tarefas da economia extrativista, atuando como bandos móveis que devassam as matas à procura de produtos de valor mercantil (madeiras, castanha, copaíba, palmito, animais e seus subprodutos, por exemplo), inclusive desajolando violentamente eventuais outros grupos indígenas que encontrem no caminho. Há, também, o engajamento na economia pastoril, seja criando seu pequeno rebanho bovino, seja arrendando suas terras para pecuaristas, seja oferecendo-se como mão-de-obra para aqueles, ressaltando-se que nos dois primeiros exemplos o índio desmata, se preciso for, os espaços necessários. Estas atividades, juntamente com as agrícolas, provocam progressivas (e agressivas) transformações na paisagem, criando condições econômicas e ecológicas novas em que o sistema adaptativo tribal se torna inoperante e ambientalmente insustentável.

Um dos efeitos imediatos do convívio pacífico é a mudança do status relativo dos grupos locais e de seus líderes. Segundo Ribeiro,

“aqueles que primeiro estabelecem relações com os invasores passam a desempenhar a função de intermediário no contato com a grande sociedade, procurando aproveitar-se da situação para se impor aos outros, muitas vezes pela guerra mais cruenta.” (idem, p. 299)<sup>77</sup>.

Outras das várias alterações verificadas a partir do contato com a civilização são:

1. Predomínio de uma visão mais objetiva do mundo, própria do capitalismo, mediante a aprendizagem de novos sistemas de mensuração e novos sistemas de troca, especialmente pelo uso da moeda<sup>78</sup>;

2. A introdução do conceito de propriedade e de herança, acarretando a quebra do sistema coletivista em que se assentava a economia tribal<sup>79</sup>.

Em suma, o contato com a civilização traz inúmeros efeitos, os quais conduzem de forma inevitável à desintegração dos grupos tribais como sistemas econômicos autônomos, levando-o ao engajamento dos indivíduos ao sistema produtivo regional (idem, p. 379), com evidentes reflexos ecológicos, haja vista a insustentabilidade do modelo adotado, eis que nada mais é do que a versão mais selvagem do capitalismo praticado geralmente na fronteira de expansão, como se verifica atualmente na região amazônica, principalmente.

O descaso para com os índios e os reflexos da transfiguração étnica têm acarretado alianças entre as comunidades e setores econômicos de feição predatória, com vistas a lucros imediatos para ambas as partes, em prejuízo para o ambiente. São os casos dos Cinta Larga e Yanomami, que firmaram alianças com o garimpo ilegal; dos Kayapó, que cederam ao assédio das madeireiras; os

<sup>77</sup> O contato pessoal com alguns indígenas da TI Uru-Eu-Wau-Wau permitiu confirmar a atualidade da afirmação anterior. Na aldeia São Luís, alguns membros, bem como um funcionário de uma ONG que os assistia, afirmaram que a existência de garimpeiros à procura de ametista no interior do território contava com a anuência expressa do cacique, o qual supostamente recebia parte dos dividendos do garimpo ilegal. Situação ainda mais delicada é a vivenciada na TI Roosevelt, onde lideranças indígenas Cintas Largas auferem vultosos lucros com a exploração de diamantes, através de “parcerias” com garimpeiros. Mais de R\$ 5 milhões serão gastos pelo governo federal para desmantelar o garimpo na TI, que só existe em razão da cooperação (para não dizer gerenciamento) dos Cintas Largas, que inclusive exigem a saída da Polícia Federal da área, até mesmo praticando cárcere privado de autoridades para isso (Arruda e Freitas, 2007).

<sup>78</sup> O modo de vida místico, as lendas, a complexidade cultura dão lugar à visão de mundo simplista do capitalismo.

<sup>79</sup> Com a inserção do conceito de propriedade, o indivíduo passa a ser valorizado por seus semelhantes pelos bens que possui. Em razão disso, a acumulação de bens torna-se imperiosa e, possuindo apenas recursos naturais, estes serão oferecidos ao empresariado da sociedade exógena. Esta corrida pela apropriação de bens da natureza é ambientalmente desastrosa.

Taurepang, Macuxi e Wapichana, parceiros de pecuaristas e arroteiros; e dos Pareci, mais recentemente, envolvidos com sojicultores, dentre muitos outros exemplos (Villas-Bôas, *in* Ricardo *et al.*, 2004, p. 120-121).

O resultado é que o índio idílico desaparece pouco a pouco, à medida que os costumes e práticas exógenas tornam-se corriqueiras.

Não bastasse isso, a adoção de critérios capitalistas acarreta a competição entre populações indígenas pelos recursos de um território, que culmina com a dizimação intencional dos índios ou com a *transformação do seu hábitat de forma tão drástica que torna inoperante seu antigo sistema adaptativo* (Ribeiro, 1996, p. 497-498). Ora, o sistema adaptativo é justamente o alicerce da sustentabilidade ambiental, consistente na reposição da matéria/energia retirada do meio através do uso de recursos naturais.

Embora seja acertada a assertiva de Santilli (2004, p. 12) de que não é correto imputar a incorporação de atitudes impactantes para o meio ambiente exclusivamente aos índios, mas também aos atores da sociedade envolvente, pouco adianta adotar uma postura maniqueísta e imputar “culpa” a algum dos envolvidos, até porque todas as civilizações, sempre que tomaram contato com outras, compartilharam hábitos e tecnologias. *A mundialização civilizacional* se desenvolve para o pior e para o melhor. Para o pior, acarreta destruições culturais irremediáveis ao homogeneizar e padronizar costumes; para o melhor, produz hábitos, costumes e gêneros de vida comuns através das fronteiras nacionais, étnicas e religiosas, rompendo barreiras de incompreensões entre indivíduos e povos, desenvolvendo setores de laicização, racionalidade e cosmopolitismo onde não intervêm mais as proibições e maldições religiosas (Morin, 2005, p. 37)<sup>82</sup>.

O resultado é que o *modus vivendi* das populações tradicionais cada vez mais se assemelha ao da sociedade exógena, sendo, portanto, conforme o caso, uma ameaça concreta à biodiversidade de unidades de conservação de proteção integral e até mesmo às de usos sustentável.

É por isso que o alerta formulado pelo então Ministro do Meio Ambiente José Sarney Filho possui inegável validade:

---

<sup>82</sup> Atenta o referido autor que existem também contracorrentes que sacralizam a nação e a etnia, restabelecendo as compartimentações e rejeições, havendo neste processo profunda ambivalência (idem).



“a realidade é que estamos perdendo biodiversidade devido à atuação predatória de certos grupamentos indígenas em suas áreas de direito e em áreas legalmente protegidas” (*apud* Ricardo *et al.*, 2004, p. 16).

A conclusão forçosa é de que a sustentabilidade do modo de vida das sociedades indígenas já contatadas pela sociedade brasileira encontra-se séria e inexoravelmente comprometida, sendo necessário um esforço coordenado por parte de órgãos governamentais e entidades civis indigenistas em termos de projetos de educação ambiental e capacitação para atividades econômicas sustentáveis. Todavia, tais esforços não teriam o condão de fazer a sociedade indígena retroagir a um estado de vida primitivo. A transfiguração é um processo irresistível quando deflagrado, só podendo ser evitado a partir da total ausência de contato com a sociedade exógena.

### 7.3 Serviços ambientais proporcionados pelas unidades de conservação

A mensuração os serviços ambientais prestados ao homem pelas unidades de conservação é, portanto, elemento vital para demonstrar como as áreas de proteção integral visam beneficiar interesses do próprio ser humano<sup>84</sup>. Nesse sentido, se concretizada através políticas públicas, a remuneração dos serviços ambientais prestados pelas UC pode gerar benefícios para as comunidades indígenas e, em acepção mais ampla, para a humanidade, sendo exemplos disso, respectivamente as áreas-fonte e os bancos genéticos.

#### 7.3.1 Unidades de conservação de proteção integral como áreas-fonte

Assim, dentre os inúmeros argumentos para a manutenção e expansão das unidades de proteção integral, há um que interessa especificamente às próprias populações tradicionais. Trata-se das *áreas-fonte*, espaços protegidos em que o ecossistema, livre da interferência humana de subsistência, produz um excedente de

---

<sup>84</sup> Conforme relatam Dourojeanni e Pádua, uma recente avaliação de uma floresta no estado de Baden-Wurtemberg, na Alemanha, atribui o valor de US\$ 659/hectare/ano para serviços ambientais e de US\$ 421/hectare/ano para madeira e outros bens. No Brasil, avaliação feita na Estação ecológica Jataí (São Paulo) constatou que cada hectare produz US\$ 731 por ano em serviços ambientais (2001, p. 271-272). Não é por acaso ou filantropia que grandes empresários estrangeiros encontram-se adquirindo terras preservadas na Amazônia.

fauna apto a saciar as necessidades das comunidades locais, as quais praticam a caça de forma insustentável em suas próprias áreas.

Estudos realizados na Amazônia têm demonstrado que mesmo a caça dita de subsistência, aquela praticada por comunidades tradicionais e indígenas, causa o declínio populacional, e até mesmo a extinção local, de algumas espécies, principalmente as mais sensíveis a distúrbios em seu habitat, como os porcos-domato queixada (*Tayassu pecari*) e cateto (*Pecari tajacu*) e a anta (*Tapirus terrestris*) (Peres, 1996; Bodmer *et al.*, 1997; Carrillo *et al.*, 2000; Cullen *et al.*, 2000; Peres, 2001; Robinson e Bennett, 2002).

Os estudos que compararam a presença de fauna cinegética<sup>85</sup> em áreas com e sem atividades de caça, comprovaram o desaparecimento das espécies mais sensíveis e mais procuradas pelos caçadores, principalmente o queixada (*Tayassu pecari*), anta (*Tapirus terrestris*) e os veados (*Mazama* sp.) (Redford, 1992; Peres, 1996; Cullen *et al.*, 2000; Lopes & Ferrari, 2000; Carrillo, *et al.* 2002). Lopes e Ferrari (2000) acreditam que a caça de subsistência por cerca de 50 anos é suficiente para causar a extinção local de espécies.

Em seu trabalho *A Floresta Vazia*, Redford (1992) demonstra que a presença de uma exuberante floresta não garante a manutenção da fauna, pois as interferências humanas, como a caça de subsistência, afetam enormemente as populações de mamíferos herbívoros. A diminuição dos indivíduos desse grupo causa importantes implicações para a conservação, pois a ausência de algumas espécies causa profundas repercussões na floresta, afetando-a em sua composição, estrutura e potencial de regeneração (Carrillo *et al.*, 2000; Redford 1992). Como em geral as espécies usadas como fonte de proteína (espécies cinegéticas) são os mamíferos herbívoros, que são grandes dispersores de sementes, a dispersão de algumas espécies vegetais, e conseqüentemente a dinâmica florestal, ficam seriamente comprometidas.

Carrillo *et al.* (2000) destaca que as unidades de conservação servem como *área-fonte* de recursos para as populações que residem e caçam nas áreas próximas. Áreas protegidas são necessárias para conservar a floresta amazônica para as futuras gerações. Entretanto, são necessárias novas formas de utilização dos recursos naturais (manejo) para o tipo de áreas protegidas que incluem comunidades locais que se utilizam dos recursos naturais. As comunidades

---

<sup>85</sup> Espécies animais utilizadas como fonte de proteína na dieta humana.

tradicionais na Amazônia utilizam animais silvestres como fonte de proteína e para obtenção de dinheiro (comercializando-os vivos, suas peles ou penas), levando muitas vezes as populações dessas espécies à sobre exploração, e em alguns casos à extinção local.

Uma alternativa para remediar a *sobrecaça* é manter áreas sem a presença de caça próximas às áreas de exploração, uma técnica de manejo conhecida como *source-sink strategy* (estratégia de áreas-fonte). Essa estratégia é mais do que necessária para garantir o uso da vida silvestre por longo tempo. A implementação dessas áreas, sem caça, na Amazônia podem ajudar enormemente os esforços de conservação desse bioma (Bodmer, 2000).

A tese das áreas-fonte, ao mesmo tempo em que demonstra a falácia da sustentabilidade de atividades tradicionais, conclui que as áreas de proteção integral, ou seja, espaços sem a presença humana, são necessários para as próprias comunidades, haja vista possibilitarem a produção de um excedente de fauna que servirá às suas necessidades, além da manutenção de recursos hídricos e de bancos genéticos.

### 7.3.2 Unidades de conservação como bancos genéticos

Como bem afirma Cristiane Derani, as atividades econômicas modificam o ambiente de tal modo que o próprio crescimento restringe o futuro desenvolvimento econômico e social. Como o sistema econômico é dissipativo e não se auto-perpetua, o mercado tende a colonizar todos os campos da sociedade, de modo que as unidades de conservação surgem como espaços geográficos retirados do modo de apropriação moderno, com vistas à proteção da qualidade ambiental, já que a conservação de ecossistemas encontra-se fortemente ligada à manutenção de bancos genéticos que devem servir de fonte de conhecimento e de desenvolvimento tecnológico. Assim, a existência de espaços preservados proporciona uma *melhoria ambiental* que representa o mais valioso capital para investimento (Derani, in Benjamin *et al.*, 2001, p. 240-247).

Que detém conhecimento detém poder e maior capacidade de acumulação de riquezas. Por esta razão, a pesquisa científica encontra-se disseminada em todos os dispositivos legais relativos às quase todas unidades de conservação (art.11, § 3º; art. 13, § 4º; art. 15, § 3º; art. 17, § 4º; art. 17, § 4º; art. 18, § 4º; e art. 20, § 5º, do

SNUC). Algumas categorias como a Estação Ecológica e a Reserva Biológica, ao excluírem de seu espaço qualquer forma de apropriação para o desenvolvimento de atividades cotidianas, constituem-se em banco de conhecimentos e recursos (idem, p. 245).

Todavia, a presença humana nas UC de proteção integral subverte o ideal legislativo, colocando em risco a manutenção da biodiversidade (especialmente num contexto de alteração dos costumes indígenas) e, por conseguinte, gerando perdas irreparáveis nos bancos genéticos que poderiam propiciar benefícios incomensuráveis para as futuras gerações. Dessa forma, a manutenção e ampliação de unidades de proteção integral são vitais para salvaguardar bancos genéticos, um bem cujos titulares são principalmente as futuras gerações, pois a elas caberá descobrir as infinitas possibilidades de uso dos mesmos.

#### 7.4 Ocupação de unidades de conservação por índios

Expostos os subsídios dos itens anteriores, os quais têm por função evitar a adoção de falsos paradigmas acerca da relação entre o índio e o meio e da importância dos bens e interesses em conflito, pode-se adentrar à questão de fundo: a presença de indígenas em unidades de conservação.

A primeira hipótese de presença indígena no interior de unidades de conservação a ser examinada é a de invasões perpetradas por estes após a criação daquelas. Em outras palavras, a unidade já se encontra criada e é ocupada, muitas vezes sob o argumento de que se trata de área de ocupação tradicional indígena.

Conforme registra José Eduardo Ramos Rodrigues (Rodrigues, 2005, p. 141-142), índios têm invadido diversas unidades de conservação estaduais no Estado de São Paulo<sup>86</sup>, incentivados por alguns servidores da FUNAI, alicerçados no argumento falacioso de que os indígenas, por serem senhores ancestrais da área que hoje compõe o Brasil, teriam o direito de se estabelecer onde bem entendessem. No Paraná, o Parque Nacional do Superagui foi invadido em 1992 por índios vindos do Rio Grande do Sul e Santa Catarina e que, segundo a imprensa local, teriam sido transportados pela própria FUNAI. O detalhe é que não havia ocupação indígena área quando da criação do Parque (Neves, 2003, p. 2733).

---

<sup>86</sup> Os exemplos mais conhecidos são a ocupação do Parque Estadual Intervalles (criado pelo Decreto estadual 40.135 de 8.6.1985) e da Estação Ecológica Estadual Juréia-Itatins (Decreto estadual 24.646 de 20.1.1986).

Este triste quadro é observável não apenas em São Paulo e Paraná, mas também na Amazônia, onde inclusive entidades indigenistas têm incentivado a ocupação de unidades de conservação, sempre sob a alegação de que se tratam de áreas de ocupação tradicional dos índios<sup>87</sup>.

Na verdade, sendo o nomadismo um traço peculiar de muitos povos indígenas (embora cada vez menos verificado, dada a crescente sedentarização), sem dúvida tal raciocínio, se levado às últimas conseqüências, faria com que toda e qualquer área do país possa ser reivindicada como terra indígena.

Embora em alguns casos os índios busquem as unidades de conservação em razão de estas contarem com um ambiente ainda preservado, observa-se que outras razões norteiam esta prática na maioria das vezes. Um delas é que a invasão dá-se justamente naquelas pois se tratam de áreas desprovidas de povoação e, portanto, sem resistência à invasão. Outro fator preponderante é o de que o órgão ambiental geralmente dispõe de poucos funcionários e pouca ou nenhuma atividade de fiscalização, também acarretando ausência de oposição. Também para o Estado é muito mais cômoda a ocupação de unidades de conservação e não de terras particulares, pois o desobriga do ônus decorrente das desapropriações.

Feita a ocupação, o problema em geral é de complicada resolução. Passam a fazer parte da articulação atores como entidades indigenistas, socioambientalistas, ambientalistas, Ministérios Públicos Federal e Estadual, órgão ambiental estadual ou federal, órgão indigenista, sem falar no envolvimento das diversas polícias, haja vista que muitas condutas redundam em infrações penais. Ações de desocupação (desintrusão) são bastante raras na prática. Assim, como a ocupação de áreas de mananciais por populações urbanas carentes geram inúmeros questionamentos sociais, políticos e jurídicos, a invasão de uma UC por índios é assunto ainda mais delicado, pois se trata de uma cultura cercada de peculiaridades, sendo eventuais medidas de desocupação vistas como “politicamente incorretas” por inúmeros setores da sociedade. Além disso, o imenso débito histórico da nação brasileira para com estes povos é costumeiramente invocado, como se isso implicasse em autorização para abusos.

---

<sup>87</sup> Instigados por membros do Conselho Missionário Indigenista, comunidades de diversas aldeias do vale dos rios Mamoré e Guaporé vêm reivindicando áreas da Reserva Biológica Estadual do Traçadal, Reserva Extrativista Estadual Rio Pacaás Novos, Reserva Extrativista Federal Barreiro das Antas e Parque Nacional Serra da Cutia. Lembre-se que a região já possui oito terras indígenas demarcadas, que totalizam mais de três milhões e seiscentos mil hectares, área maior do que a da Bélgica, o que evidencia o exagero da pretensão.

Para prejuízo do ambiente, até o presente momento tais invasões têm acarretado a manutenção dos índios no interior das UC, sendo feito acompanhamento por vários órgãos a fim de minorar os impactos ambientais. É o que ocorre, por exemplo, na Estação Ecológica Juréia-Itatins e à Terra Indígena Kwaray Porã, Iguape – SP<sup>88</sup>, na qual o Ministério Público Federal expediu recomendação para a criação de um grupo de trabalho envolvendo organismos indigenistas e ambientais, vem realizando o monitoramento das atividades desenvolvidas pelos índios e propondo alternativas econômicas de menor impacto ambiental (Oliva e Costa, 2007).

Trata-se de iniciativa louvável – porque representa alguma forma de enfrentamento do problema – se comparada com a postura omissa verificada pelos diversos órgãos públicos na maioria dos casos de invasões. Entretanto, a nosso ver, a solução adotada é inconstitucional, pois desrespeita o direito do art. 225 da CR ao permitir a presença humana no interior de UC de proteção integral que abriga ecossistema delicado e em vias de extinção. No caso em tela, semelhante a muitos outros, as soluções adotadas visam atenuar as condições de miserabilidade vivenciadas pelos indígenas, embora acarretem sempre uma redução do nível de proteção à Natureza, sem atacar as causas remotas do problema: ineficiência do órgão indigenista (FUNAI) e carência de políticas públicas voltadas para o bem-estar dos índios.

Com efeito, a aceitação da invasão por índios, ou qualquer outra população, de unidades de conservação despreza totalmente o direito fundamental ao ambiente das presentes e futuras gerações.

Conforme adverte Benjamin (2001, p. 54-55), ao analisar a situação de populações tradicionais no interior de UC de proteção integral, a aceitação da permanência de pessoas em *habitat* onde isso for incabível implicaria na transformação, pela porta dos fundos, desta categoria de unidade em UC de uso sustentável, *baixando-se o nível de tutela da natureza*, o que só pode ser feito por lei específica, de acordo com a Constituição Federal e com a Lei n. 9.985/2000.

Válido, dessa forma, o alerta de Adrián Monjeau:

---

<sup>88</sup> A Estação Ecológica estadual Juréia-Itatins foi invadida por uma dissidência de índios da TI Kwaray Porã. Não bastasse a estação ecológica abrigar um dos últimos redutos da escassa Mata Atlântica, dentre os inúmeros problemas vivenciados em decorrência desta invasão encontram-se a extração de palmito e a caça predatória, além do impacto natural da presença humana.

“Ante las presiones sociales por el uso de recursos dentro de áreas protegidas, los manejadores se ven impulsados a bajar la categoría de protección en parte del área protegida” (Monjeau, 2007).

Neste ponto, destaque-se ser incabível a reclassificação de UC de proteção integral invadida em UC de uso sustentável, pois, além de legalizar o abuso, implicaria rebaixar o nível de proteção ambiental, favorecendo determinado grupo humano em detrimento da biodiversidade, bem de toda a humanidade.

Violar-se-ia, se adotada tal postura, o princípio da proibição da retrogradação ambiental, aceitando-se a passagem de um estado mais benéfico ao ambiente (UC de proteção integral) para um estado de maior degradação (TI). Além disso, é ofendido também o princípio da prevenção, pois é inadmissível a permissão através de omissão pelo Poder Público de condutas humanas que acarretem prejuízo ao ambiente sem a prévia avaliação deste impacto e a adoção de medidas que o coíbam.

Fato é que a presença humana, de qualquer espécie, no interior de UC de proteção integral constitui ameaça à proteção da biodiversidade (especialmente no nível de proteção que a categoria da área exige) e, portanto, violação ao direito fundamental ao meio ambiente.

Não vemos, nesta primeira hipótese de presença indígena em unidades de conservação, caso de colisão de interesses metaindividuais constitucionais, ou seja, conflito entre o interesse coletivo indígena (CR, art. 231) e o interesse difuso ambiental (CR, art. 225), já que a invasão de UC por comunidades indígenas posteriormente à sua criação não encontra amparo legal, ainda que sob o argumento de que se tratam de terras de ocupação antiga. A Constituição assegurou no *caput* do art. 231 aos indígenas a posse sobre as terras *tradicionalmente* por eles ocupadas, e não às terras *imemorialmente* ocupadas.

Sobre o tema os Tribunais já se manifestaram de forma clara. O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão plenário, decidiu que “os incisos I e XI do artigo 20 da atual Constituição não abarcam terras (...) que só em tempos imemoriais foram ocupadas por indígenas.”<sup>89</sup>. No mesmo sentido, entendeu-se que as regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de

---

<sup>89</sup> Recurso extraordinário (RE) n. 335887 – SP, julgado pela 1ª Turma e relatado pelo Ministro Moreira Alves (publicado no DJU em 26.04.2002, p. 00080).

1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas<sup>90</sup>. Por fim, a Súmula 650 da referida Corte não deixa dúvidas: “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”<sup>91</sup>.

Como interpretar a expressão “passado remoto”? Há julgados que afirmam não se poder considerar terra tradicionalmente ocupada por indígenas aquela que, há mais de um século, já não registra traço de cultura indígena<sup>92</sup>. Entretanto, diante da aceleração do tempo da era contemporânea, fruto da globalização, do encurtamento das distâncias e da informação instantânea, por exemplo, cremos que lapsos bem menores (uma ou duas décadas, por exemplo) sem a presença indígena demonstrariam que a terra deixou de ser tradicionalmente ocupada.

Acrescentando mais um argumento à discussão, se os Tribunais afirmam que terrenos de “antigos aldeamentos indígenas não podem mais ser considerados bens da União Federal, se sobre tais terras já existem cidades, bairros e vilas”<sup>93</sup>, e se decidiram também que a mera alegação de posse imemorial das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não se sobrepõe ao direito de propriedade, que também tem assento constitucional e protege os particulares que a elas vêm dando aproveitamento sócio-econômico e agropecuário<sup>94</sup>, com muito mais razão deve-se reconhecer que áreas de antigos aldeamentos não podem mais ser consideradas terras indígenas se sobre as mesmas já existem unidades de conservação, cuja finalidade é tão importante quanto à das “cidades, bairros e vilas”, ou seja, garantir a concretude do direito fundamental ao meio ambiente.

Assim, em repúdio à praxe estabelecida sem qualquer amparo legal segundo a qual os índios são inimputáveis por seus atos, podendo invadir livremente unidades de conservação – sem falar em cobrar “pedágios” em rodovias, ocupar

---

<sup>90</sup> RE n. 219983-SP, 2ª Turma, relator o Ministro Marco Aurélio (DJU 17.09.1999, p. 59).

<sup>91</sup> Em sentido contrário à Súmula, julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendendo que a posse imemorial encontra abarcada pelo art. 231 da CR, possibilitando pedido de efeitos reivindicatórios pelos índios (apelação cível n. 1999.01.00.030341-8-BA, relator o Juiz convocado Evandro Reimão dos Reis, 3ª Turma suplementar, publicado no DJU 29.05.2002, p.136).

<sup>92</sup> Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apelação cível n. 402744 – SP (processo n. 97.03.088743-0), 2ª Turma, relator o Juiz convocado Maurício Kato (DJU 07.11.2002, p. 428).

<sup>93</sup> Dois idênticos julgados da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: as apelações cíveis de n. 402744 – SP (processo n. 97.03.088743-0), 2ª Turma, relator o Juiz convocado Maurício Kato (DJU 07.11.2002, p. 428); e n. 70220 – SP (processo n. 98.03.079029-3), relatora a Desembargadora Sylvia Steiner (DJU 03.01.2001, p. 95).

<sup>94</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 6ª Turma, agravo regimental no agravo de instrumento n. 2006.01.00.008313-6/BA, relatora a Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues (DJU 4.12.2006, p.176).



prédios públicos, seqüestrar pessoas e comercializar animais silvestres e seus subprodutos, apenas para citar alguns dos muitos exemplos – tal ato deve receber o tratamento legal previsto em lei, seja na esfera civil com a desocupação e reparação de danos ambientais, seja na esfera penal, punindo-se os crimes contra o ambiente nos termos da Lei 9.605/1998.

Neste caso é inaplicável o princípio da inamovibilidade indígena previsto no § 5º do art. 231 da Constituição, já que este diz respeito tão-somente à impossibilidade de remoção dos índios das terras que se encontrem ocupando de forma tradicional, o que não abrange invasões de terras. A interpretação em sentido contrário levaria à conclusão absurda segundo a qual os índios jamais poderiam ser retirados de onde quer que estivessem.

Direitos constitucionais não podem transformar-se em mandato para abusos. A luta por dignidade numa sociedade democrática repleta de veículos para o atendimento de demandas como políticas públicas sociais do Poder Executivo, imprensa livre e atuante, organizações não-governamentais de diversas searas, Ministério Público com atribuições cada vez mais amplas e cada vez mais próximo da sociedade, bem como o Poder Judiciário que vem buscando a superação de suas mazelas e melhor prestação jurisdicional, não pode ser feita através de atos criminosos e que causem dano ao mais precioso e vital bem difuso: o meio ambiente.

#### 7.5 Sobreposições entre áreas de unidades de conservação e áreas de terras indígenas

Afora a ocupação de unidades de conservação por índios, a outra manifestação do problema da presença destes em UC diz respeito à sobreposição de áreas das unidades com as áreas de terras indígenas, ou seja, a existência de atos legais de criação das referidas figuras mencionando espaços geográficos que coincidem total ou parcialmente. O problema tem sua origem na conhecida cabal falta de eficiência do Estado brasileiro, tanto em razão de falhas técnicas de medição e demarcação das áreas, como pela ausência de coordenação e cooperação entre os diversos organismos governamentais (indigenista e ambiental) envolvidos na criação das áreas protegidas.

Da total falta de coesão na ação estatal, tanto entre órgãos federais quanto entre estes e órgãos estaduais, criam-se unidades de conservação onde haviam comunidades indígenas estabelecidas e terras indígenas são demarcadas aniquilando total ou parcialmente unidades de conservação. Ao todo, existem 55 casos de sobreposição de áreas de TI e UC, sendo que as áreas sobrepostas totalizam quase 13 milhões de hectares (Ricardo *et al.*, 2004, p. 592-593).

Como já dito, visando a solução do problema, o legislador da Lei 9.985/2000 estabeleceu, no art. 57, que no prazo de 180 dias seria criado grupo de trabalho com a finalidade de propor diretrizes a serem adotadas para regularização da situação. O grupo de trabalho foi criado e dissolveu-se sem chegar a um consenso. Isso se explica em razão da discussão sobre o tema raramente cingir-se ao aspecto técnico, envolvendo não apenas o duelo de ciências como a Ecologia e a Antropologia, como ambientalistas e indigenistas, além dos órgãos governamentais interessados em maiores fatias de território e, por consequência, maiores verbas orçamentárias. Sobretudo, a maior ausência, como em muitos problemas nacionais, é a de “vontade política” aos mandatários do povo em enfrentar a delicada questão.

É no aspecto quantitativo que reside o primeiro argumento contra a impossibilidade de supressão integral das áreas de UC sobrepostas. A área das terras indígenas é aproximadamente o dobro da área das unidades de conservação (Ricardo *et al.*, 2004, p. 12), isto é, cerca de 12% do país é destinado à terras indígenas enquanto que apenas aproximadamente 6% do território nacional foi declarado unidade de conservação, índice de preservação muito inferior ao de outros países da América Latina como Venezuela (61,4%), Equador (33,7%), Costa Rica (23,7%), Guatemala (19,9%), Panamá (19,7%), Chile (18,8%), Colômbia (8,2%) e México (8,1%), dentre outros, lembrando-se ser recomendável que ao menos 10% de cada ecossistema seja incluído em áreas protegidas, embora alguns especialistas afirmem que só um percentual de 30% pode garantir a manutenção da biodiversidade (Dourojeanni e Pádua, 2001, p. 75-76). Como se vê, excluir o total de áreas sobrepostas (12.941.061 hectares) do total de unidades de conservação representaria um vergonhoso agravamento do já insuficiente grau de proteção brasileiro, a ensejar questionamento relativo à violação do disposto no art. 225, *caput*, e § 1º, III, da Constituição.

Em reforço a estes dados, pode-se constatar a desproporção visível entre a proteção dos interesses indígenas e a do interesse ao ambiente ecologicamente

equilibrado, haja vista que a parcela do território nacional demarcada como terra indígena se traduz numa relação de aproximadamente 350 hectares por índio, enquanto que o total de unidades de conservação equivale a cerca de 0,2 hectares por brasileiro (Araújo, in Benjamin *et al.*, 2001, p. 326). Certamente não se está a fazer coro com a afirmação repulsiva repetida por inúmeros políticos (na maioria das vezes motivados por razões escusas) de que “há muita terra para pouco índio”. Todavia, o que não se pode admitir é a manutenção ou incremento das terras indígenas à custa da diminuição das unidades de conservação, ampliando o quadro que já é de grande desigualdade.

Na seara do Direito, a interpretação dada ao problema até o presente momento parte da premissa de que os direitos territoriais indígenas são originários por força constitucional e, dessa forma, anteriores ao estabelecimento do próprio Estado, de modo que “o status jurídico das Terras Indígenas sobrepõe-se ao das Unidades de Conservação” (Sérgio Leitão, in Ricardo *et al.*, 2004, p. 20). Este raciocínio – a nosso ver equivocado – enxerga uma hierarquia de valores inexistente (como se o art. 231 preponderasse sobre o art. 225 da CR), e tem sido usado para afastar um princípio fundamental de estatura constitucional como o do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, descartado sumariamente frente ao interesse coletivo indígena à terra.

Em primeiro lugar, o princípio da originalidade da posse indígena (indigenato) é aceito como se fosse inatacável, verdadeiro dogma jurídico. Olvida-se que o direito coletivo dos índios à terra é, como todos os demais direitos fundamentais, um direito histórico, ou seja, sujeito à afirmação e confrontação frente a outros direitos considerados fundamentais num dado momento.

A origem teórica do indigenato, como já dito, reside no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, época em que sequer se vislumbrava a positivação de um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O instituto, na verdade, sempre teve por finalidade proteger os índios e suas terras dos abusos cometidos pelo Estado e por particulares na apropriação de seus espaços e riquezas, isto é, um mecanismo essencialmente de defesa da posse indígena em face do modo de apropriação capitalista, cujos resquícios são até hoje visíveis. Tal princípio não se aplicaria atualmente, nos mesmos moldes, em face do direito fundamental difuso ao meio ambiente. A hermenêutica deve se realizar sob os prismas histórico e sistemático, moldando o indigenato de acordo com novos valores de maior peso,

especialmente a necessidade urgente de preservação da biodiversidade, como instrumento imprescindível à sadia qualidade de vida não apenas das presentes como principalmente das futuras gerações.

Além da necessidade de releitura do princípio do indigenato, deve-se considerar, diante do conflito com outro direito fundamental (meio ambiente ecologicamente equilibrado) a necessidade de ponderação de ambos, os quais, por serem princípios, nunca poderão ser afastados peremptoriamente como o seriam as regras. Dessa forma, a interpretação meramente dogmática segundo a qual o direito do art. 231 prevalece sempre sobre o do art. 225 da Constituição é absolutamente equivocada. Nesse sentido, deve-se admitir como premissa que o problema das sobreposições de TI e UC nunca será resolvido na base do tudo ou nada, mas sim através da ponderação caso a caso dos interesses e peculiaridades envolvidos. E por solução caso a caso deve-se entender a possibilidade de soluções diferenciadas para cada uma das 55 situações de sobreposição.

Antes que se adentre à ponderação dos princípios em conflito, deve-se afastar o pensamento segundo o qual a colisão seria apenas aparente, pois a biodiversidade seria protegida em idêntico grau tanto se o espaço territorial fosse considerado TI como UC. Isto porque, como já visto à exaustão, não bastasse a atividade indígena dita de subsistência representar impacto ao ambiente, o processo de transfiguração étnica tende a incorporar aos hábitos tidos como tradicionais tecnologias e práticas ainda mais impactantes, sendo evidente que o nível de proteção dos ecossistemas é muito mais elevado na forma de UC de proteção integral.

Não bastasse isso, lembre-se que, para Márcio Santilli, dentre outros, o direito constitucional dos índios de usufruto exclusivo das riquezas existentes em suas terras significa que podem explorar os seus recursos “até de forma insustentável (*sic*), pois a eles pertencem os recursos e a decisão de explorá-los” (Ricardo *et al.*, 2004, p. 14).

Causa preocupação, dessa forma, esta interpretação do direito de usufruto, aliado ao quadro de alteração dos costumes indígenas decorrente do contato com a sociedade envolvente (transfiguração étnica), havendo fundamentação teórica para o uso dos recursos naturais das TI até de forma “insustentável”, o que evidentemente encontrará apoio entre setores econômicos como madeireiros,

pecuaristas e empresários do agronegócio<sup>95</sup>, já que está se falando em cerca de 12% do território nacional, boa parte dele repleto de essências florestais nobres, minérios e água, sendo cada vez mais comuns as associações entre populações tradicionais para a alienação dos recursos naturais existentes em suas terras.

Assim, visto que a colisão entre os princípios dos arts. 231 e 225 da Constituição é real, e, considerados ambos como *mandatos de otimização*, realizáveis conforme o peso e as circunstâncias do caso concreto, cabe realizar a ponderação destas variáveis. Para isso, conforme já dito anteriormente, a ponderação dos interesses em conflito envolve o princípio da proporcionalidade, o que se decompõe em *idoneidade (aptidão)*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Considerando a *idoneidade* ou *aptidão*, devemos indagar se a presença indígena em unidades de conservação representa o meio adequado para proteção de seus direitos: a presença de índios no interior de UC é o meio pertinente para o cumprimento de seus direitos constitucionais?

Ainda que a resposta a esta pergunta seja afirmativa, é imperioso advertir que não se legitimam a proteção ou tutela de interesses de um grupo em detrimento do interesse público (Martins, 2007, p. 105). Em outras palavras, há no Brasil outras formas de se assegurar vida digna aos índios e o cumprimento de seus direitos constitucionais sem que isto ocorra no interior de unidades de conservação de proteção integral. Citam-se como exemplos a desapropriação de áreas particulares para a criação de terras indígenas (já que não é crível que somente as áreas de UC foram objeto de ocupação tradicional) e, mais importante que isso, a efetivação de políticas públicas que promovam o bem-estar dos índios, através de fomento de atividades econômicas ambientalmente sustentáveis, acesso à educação e saúde, dentre outros.

A *necessidade*, segundo componente da proporcionalidade, afasta de plano a permanência de índios no interior de UC de proteção integral, pois existem outros meios hábeis a se dar efetividade à dignidade dos índios, sendo totalmente desproporcional que UC de proteção integral seja transformada em TI, como a única forma de dar cumprimento ao direito de organização social, costumes, línguas,

<sup>95</sup> Para Santilli, os índios podem associar-se livremente para fins de exploração dos recursos naturais das TI, desde que esta associação não lhes seja lesiva (*op. cit.*, p. 13). Por este raciocínio, poderiam celebrar contratos com empresários do ramo madeireiro a fim de alienar a madeira existente em suas terras e, posteriormente, arrendá-las a pecuaristas ou sojicultores, desde que não o fizessem por valores inferiores aos praticados no mercado, o que é absurdo.

crenças, tradições e terras próprias fosse justamente no interior de áreas que visam proteger a biodiversidade ameaçada. Outrossim, não se pode aceitar o objetivo velado de determinados setores governamentais e da sociedade civil de estabelecer terras indígenas justamente sobre unidades de conservação, com a finalidade não tão velada de evitar os custos e os dissabores políticos de desapropriar áreas particulares para tal fim. Frise-se que tal medida representaria diminuir os escassos 6% do território nacional declarados como UC.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, compreendida como a relação existente entre os danos causados e os resultados a serem obtidos, também não possibilita a preponderância das áreas de TI sobre as de UC, já que o dano disso obtido (redução do nível de proteção da biodiversidade) não acarretaria necessariamente o bem-estar dos povos indígenas, reconhecidos atualmente como “bilionários de terras” (já que possuem o equivalente a três territórios da Alemanha) embora vivam na maioria dos casos em vergonhosa miserabilidade. Por outro lado, se declaradas as áreas sobrepostas como UC em diminuição às terras indígenas (o que se alega em teoria, haja vista que a colisão de princípios não se resolve na base do tudo ou nada), o resultado em termos de proteção da biodiversidade compensaria amplamente danos decorrentes da diminuição das terras indígenas já que o abismo entre a vida atual dos índios e o grau de bem-estar almejado não é motivado pela escassez de terras, mas sim pela ausência de um projeto público efetivo de dignidade para estes povos.

Restaria, por fim, a análise do “peso” dos princípios em jogo, deixada propositalmente por amor à argumentação para o presente momento, de modo a não ensejar a possível crítica de que, se considerada previamente a importância dos princípios, antes da ponderação, toda a isenção do raciocínio poderia estar comprometida em virtude de um juízo de prioridade pré-concebido. Mesmo assim, como já visto (3.5.3), a doutrina admite a formulação de um juízo prévio de prioridades (ainda que não absoluto), fixando a carga de argumentação e uma certa ordem no campo dos princípios (Padilha, 2006, p. 122-123; Cristóvam, 2006, p. 233; Canotilho *apud* Espíndola, 2002, p. 244). Como afirma Alexy, quanto menor é a medida de realização de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de realização do outro (2005, p. 339).

No caso em análise, caberia discutir qual o peso dos princípios em jogo, de modo a identificar a prioridade a incidir no conflito concreto.

De um lado encontra-se o direito à terra indígena e o princípio do indigenato (CR, art. 231), refletindo o direito fundamental coletivo de um grupo, direito este de segunda geração. De outro, o direito ao estabelecimento de espaços territoriais protegidos na forma de unidades de conservação, meio de concretização do direito de terceira geração das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida dos titulares (CR, art. 225, *caput*, e § 1º, III).

O direito ao ambiente equilibrado constitui interesse de difusão máxima de toda a humanidade e das futuras gerações, e o bem ambiental encontra-se terrivelmente ameaçado nos tempos atuais, a ponto de colocar em risco a própria sobrevivência da espécie humana, impondo o reconhecimento de uma emergência ambiental que repercute inexoravelmente na hermenêutica jurídica, até porque os direitos fundamentais são históricos, sujeitos à revisões. O direito à terra indígena, por seu turno, representa interesse coletivo, que, embora fundamental, possui menor abrangência, ou seja, menor grau de coletivização. Não nos parece justo fazer prevalecer o interesse coletivo de grupo sobre o interesse difuso das presentes e futuras gerações, ainda mais num momento histórico de caos ecológico planetário.

Ademais, quando se compara o risco de extinção da fauna e da flora como a da Mata Atlântica com o de culturas indígenas da região, como a Guarani, o que se confronta é a eliminação definitiva de *formas de vida* com existência material objetiva e não duplicáveis, com a de *conjuntos de idéias, hábitos e tradições* que existem na esfera cultural e que se transformam ao longo do tempo. A distinção, embora menosprezada, é importante pois *reparar a perda biológica é impossível*, enquanto tradições culturais podem ser preservadas de diversas formas e até resgatadas (Neves, 2003, p. 27121).

Além disso, como é notório, a construção de um modelo de bem-estar para os índios brasileiros depende hoje muito mais de políticas públicas nas searas de educação, saúde e desenvolvimento sustentável do que o mero reconhecimento de territórios.

Não se trata jamais de privar os índios de suas terras (aspecto fundamental para sua vida digna), mas de obter através da ponderação de interesses mediante juízo de razoabilidade a obtenção de solução justa conforme o caso concreto, que poderá representar a invalidade do ato de criação da UC, a diminuição do território indígena como forma de possibilitar o estabelecimento de áreas intangíveis através

da UC de proteção integral, a instituição de UC de uso sustentável, ou, ainda, uma combinação de algumas ou todas as soluções, através da formação de mosaico de áreas protegidas

## 7.6 Casuística das sobreposições

Para melhor entendimento da matéria é útil a análise de situações fáticas, ainda que não se tenha a pretensão de esgotar o tema, dada a existência de dezenas de casos, cada um com suas peculiaridades. Procuramos, entretanto, apresentar determinados exemplos de acordo com a problemática jurídica específica e, sem embargo das propostas de solução formuladas no capítulo seguinte, são tecidas considerações perfunctórias que podem vir a constituir sugestões para encaminhamento da questão.

### 7.6.1 Criação de unidades de conservação em terras tradicionalmente ocupadas por índios

Há diversos exemplos de unidades de conservação criadas em locais nos quais habitavam comunidades indígenas. Embora possa parecer que tais populações foram simplesmente ignoradas, o fato é que foram consideradas, por seus hábitos à época tradicionais, como se fosse parte da própria Natureza.

É o caso da Ilha do Bananal, primeiro parque a ter sua criação proposta no Brasil, por André Rebouças em 1876. Em 1959 criou-se o Parque Nacional do Araguaia, com ciência de que comunidades indígenas residiam em seu interior, o que não foi considerado, à época, um entrave à preservação da Natureza, até porque a interação entre índios e a sociedade envolvente era mínima<sup>96</sup>. Ao longo dos anos, a área do Parque sofreu sucessivas reduções, primeiramente com a criação do Parque Indígena do Araguaia (1971), abrangendo cerca de dois terços da Ilha do Bananal e, em 2001, houve o reconhecimento da TI Inãwébohona (Boto Velho) e, com a demarcação iniciada em 2003 da TI Utaria Wyhyna/Hirari Berena, a totalidade da área restante do Parque restará sobreposta às terras indígenas (Macedo, in Ricardo *et al.*, 2004, p. 478). Deve-se destacar que a ilha, além de grande beleza,

---

<sup>96</sup> Deve-se frisar que, à época, inexistiam critérios científicos fixados para a criação de uma ou outra modalidade de UC, até porque sequer existia um *sistema* como o atual SNUC.



abriga fauna aquática e terrestre extremamente rica (Pádua in Ricardo *et al.*, 2004, p. 479), agora ameaçados pelo arrendamento por parte dos índios de terras desmatadas à pecuaristas da região e pela pesca predatória.

Parece-nos que seria possível uma conciliação dos interesses em conflito, mantendo-se parte da Ilha como Parque, sem a presença indígena, viabilizando visitação controlada e garantindo a participação das comunidades indígenas das terras vizinhas nos lucros. Entretanto, é forçoso reconhecer que os índios raramente aceitam qualquer restrição ambiental às suas atividades. Conforme afirma Marcos Pereira Rufino:

“O grupo formado pelos indigenistas e ‘amigos dos índios’, por sua vez, não são nada tolerantes com a idéia de que sobre uma Terra Indígena possa incidir qualquer espécie de interferência administrativa ou legal que esteja fora do âmbito dos interesses indígenas. Pois algo do gênero seria, de uma só vez, uma espécie de profanação tanto do texto sagrado (os artigos 231 e 232 da Constituição) quanto ao santuário (a TI).” (Rufino in Ricardo *et al.*, 2004, p. 512)<sup>97</sup>.

Não bastasse isso, o Parque assistiu à queimadas que consumiram mais de 100.000 hectares de sua vegetação, originadas da coivara dita tradicional, invasão do posto do IBAMA e seqüestro de servidores públicos pelos índios.

Segundo José Eduardo Ramos Rodrigues, a Constituição impede apenas a criação de unidades de conservação de proteção integral em sobreposição à terras indígenas, não proibindo que seja criadas unidades de uso sustentável, pois os povos indígenas não estariam excluídos do conceito de populações tradicionais estabelecido pela Lei n. 9.985/2000 (*op. cit.*, p. 140).

A nosso ver, é perfeitamente possível a criação de tanto de unidades de uso sustentável como de proteção integral sobre terras indígenas (demarcadas ou não), nestes segundo caso, desde que não impliquem na remoção das comunidades, em respeito ao § 5º do art. 231 da Constituição. No caso da criação de UC de uso sustentável, as populações permaneceriam na área e apenas teriam de se sujeitar

<sup>97</sup> Apenas um dos muitos exemplos é do delegado de polícia e dos dois policiais militares mantidos reféns por índios da aldeia Umutina, em Barra do Bugres (Mato Grosso). Os indígenas se revoltaram depois de uma apreensão de 400 quilos de pescado que irregularmente saía da terra indígena (Agência Estado, <http://www.ae.com.br/institucional/ultimas/2007/dez/04/2436.htm>, acesso em 4.12.2007).

às restrições ambientais constantes do plano de manejo, documento que regulamenta o uso dos recursos naturais existentes. Já no caso da criação de UC de proteção integral, esta se constituiria a partir da diminuição da área da TI, a fim de possibilitar a proteção integral de recursos naturais ameaçados. Diante da vastidão territorial de determinadas terras indígenas, trata-se de medida perfeitamente possível e recomendável a fim de preservar a biodiversidade.

Não se aplicaria, nesta hipótese, o disposto no § 6º do art. 231 da Constituição, que dispõe serem nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas. Isto porque, em razão do princípio da convivência dos direitos fundamentais, tal disposição deve ser ponderada em conjunto com o direito previsto no art. 225, § 1º, III, da Constituição, que não se pode ser sumariamente excluído.

A nulidade prevista no § 6º do art. 231 não prevalece de forma abstrata sobre a instituição de UC (alicerçada no art. 225 da CR), subordinando-se à aplicação do juízo de ponderação e excluindo-se, por exemplo, soluções que eventualmente descartem de forma absoluta algum dos princípios. Se se tratam de terras tradicionalmente ocupadas, não pode a criação de UC privar os índios de suas terras, desalojando-os. Se se trata de área cuja proteção da biodiversidade se faça imperiosa, possível a mitigação da posse indígena, a fim de preservar o direito ao ambiente.

Com relação ainda à vedação constitucional imposta no art. 231, § 6º, lembre-se que a instituição de UC sobre terra indígena não importa em alteração do domínio (as terras indígenas são bens da União e assim permaneceriam) e nem ocupação (na UC de proteção integral é vedada a permanência humana e na UC de uso sustentável os índios poderiam continuar habitando-a). No que diz respeito à posse, a UC seria criada de modo a não importar na remoção das populações (§ 5º do art. 231), excluindo-se de seus limites as áreas habitadas.

A idéia criação de UC de proteção integral sobre área de TI é, com efeito, bastante inovadora e certamente precisará ser debatida nos meios acadêmico e administrativo pois, com a crítica, poderá ser aperfeiçoada, de modo a dar o devido cumprimento ao art. 225 da Constituição, afastando-se o posicionamento equivocado de que o art. 231 estabelece um direito incontestável e de importância maior que o da proteção do meio ambiente. A crescente sedentarização das comunidades indígenas em detrimento do nomadismo implica na desnecessidade de

vastos espaços territoriais para estas, o que, somado à adoção de práticas ambientalmente insustentáveis e à necessidade de preservação da biodiversidade (especialmente diante de endemismos que mereçam especial atenção), deve levar à redefinição de áreas de TI como de UC de proteção integral.

Há, no entanto, impedimentos à transformação da área total de UC de proteção integral em TI se houver perigo para a biodiversidade, especialmente no caso de ecossistemas frágeis ou em vias de extinção, o que deverá ser avaliado caso a caso, sob pena de inconstitucionalidade, dada a violação do art. 225 da CR.

Porque oportuno, deve-se recordar que o socioambientalismo, além de postular a prevalência do indigenato sobre a área da unidade de conservação, afirma inexistir conflito de interesses entre indígenas e biodiversidade, haja vista atribuírem caráter conservacionista às atividades econômicas dos mesmos.

Todavia, como já visto no capítulo quinto, o ordenamento brasileiro autoriza aos índios não apenas o desenvolvimento de atividades de subsistência primitivas como as que eram tradicionalmente desenvolvidas desde tempos imemoriais. O Estatuto do Índio (art. 46) e o Código Florestal (art. 3º-A) permitem a exploração de recursos florestais através de manejo, modelo que, embora considerado “sustentável” (e lembre-se que o conceito de sustentabilidade é extremamente vago) possui evidentemente impacto muito superior às atividades apontadas como “tradicionais”, cujos exemplos mais recorrentes eram a caça, a coleta e a roça de subsistência.

Dessa forma, além do impacto decorrente das atividades ditas tradicionais, adiciona-se o incremento decorrente das atividades ditas sustentáveis, próprias do homem branco, dentre as quais a retirada de madeira através de manejo florestal, com inegáveis efeitos em termos de perda de biodiversidade, ainda que preferível ao corte raso e a queimada.

O rumo da legislação evidencia claramente o aumento das possibilidades de exploração econômica das terras indígenas o que, se de um lado assegura o contentamento das lideranças dos índios e de grupos econômicos ligados às atividades como a madeireira, agropecuária e mineradora, de outro certamente não se coaduna com o regime de proteção de biodiversidade almejado pelas unidades de conservação, especialmente das de proteção integral.

Seria equivocado, dessa forma, crer que a conservação da biodiversidade não seria prejudicada com a prevalência das terras indígenas sobre as UC em caso

de sobreposições, ou com a reclassificação de UC de proteção integral em UC de uso sustentável, o que fundamenta a necessidade de manutenção dos espaços integralmente protegidos, sob pena de frontal violação ao direito fundamental do art. 225 da Constituição.

#### 7.6.2 Criação de terras indígenas sobre unidades de conservação

Como já visto, os arts. 225 e 231 da Constituição contêm princípios, ou seja, mandatos de otimização que se realizam na medida do possível e de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Por sua natureza principiológica, seus conflitos não se resolvem na forma de tudo ou nada, coexistindo e dosando-se através de uma *via de mão dupla*.

Dessa forma, também é possível o reconhecimento de área de UC como TI, ponderando-se no caso concreto os interesses em conflito, não sendo possível uma solução abstrata e idêntica válida para todos os casos.

Com efeito, existem muitos casos de áreas habitadas por populações indígenas transformadas em UC de uso sustentável ou de proteção integral, seja por não se considerar os índios um óbice à preservação (como ocorreu no caso do Parque Nacional do Araguaia) seja por não se saber da existência desses em razão do completo isolamento (situação ainda existente nos dias atuais, especialmente na Amazônia). Nessas situações seria possível a declaração de redução da área de uma UC (através de lei, nos termos do art. 22, § 7º da Lei 9.985/2000) com o fim de criar a TI.

Obviamente tal procedimento seria precedido da ponderação diante do caso concreto. Há ecossistemas delicadíssimos e em vias de extinção, como no caso da Mata Atlântica, hipótese em que a margem de ponderação seria sensivelmente mais estreita. Já na Amazônia, onde ainda restam maiores espaços territoriais e maior possibilidade de salvaguardar a biodiversidade, haveria um espectro maior para o sopesamento dos interesses, desde que os espaços em questão não envolvam áreas de grande endemismo ou ambiente específicos e raros, também existentes neste bioma.

#### 7.6.3 Sobreposição total entre UC e TI

O caso da sobreposição do Parque Nacional (PN) de Pacaás Novos e a TI Uru-Eu-Wau-Wau é exemplar. Criado em 1979 pelo Decreto 84.019, o PN foi inteiramente absorvido pela criação da TI em 1991 (Decreto 275), isto é, os 764.801 hectares do Parque encontram-se integralmente no interior dos 1.867.117 hectares da TI. De fato, já existiam índios na região quando da criação do PN o qual foi, todavia, simplesmente ignorado quando da criação da TI, evidenciando a ausência absoluta de coordenação dos diversos setores governamentais, que poderiam ter buscado desde o início uma solução intermediária.

Atualmente, o parque encontra-se inviabilizado, sendo impedida pelos índios qualquer tentativa de visitação, prejudicando inclusive as atividades de fiscalização ambiental. A gigantesca TI, cuja área é mais que três vezes superior à do Distrito Federal, é habitada por apenas 180 índios (Ricardo *et al.*, 2004, p. 655). Excluindo-se a área do Parque, restariam ainda 61% da TI (1.102.316 hectares).

A busca de uma solução de razoabilidade através da ponderação dos interesses em conflito é imperiosa, sob pena de se inviabilizar por completo o Parque. Sugere-se a realização de estudos através de equipe multidisciplinar com a finalidade de manutenção da UC (ainda que com redução de sua área, em virtude de aldeias e sítios indígenas eventualmente existentes em seu interior). A gestão compartilhada (indígena-ambiental), embora de difícil concretização, é a única saída. A existência da UC em questão é necessária devido à sua importância biológica, uma vez que abriga as nascentes dos principais rios de Rondônia, além de espécies vegetais raras, o que encontra respaldo no direito fundamental do art. 225 da Constituição, lembrando-se que das atividades científicas, educacionais e turísticas do Parque podem advir benefícios para os Uru-Eu-Wau-Wau, inclusive através da geração de renda através de atividades não predatórias.

#### 7.6.4 Sobreposição entre TI e UC de uso sustentável

Trata-se da hipótese de solução mais simples do que as anteriormente analisadas, em razão das unidades de conservação de uso sustentável não impedirem a permanência humana em sua área<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> A maior facilidade de resolução do problema de sobreposição entre UC de uso sustentável e TI, bem como o de invasões de índios neste tipo de UC, tem motivado a pretensão de inúmeros setores governamentais e da sociedade civil em simplesmente recategorizar as UC de proteção integral como de uso sustentável, como forma de obter uma saída mais cômoda para a questão. Embora tal medida seja possível em alguns casos, a forma como se pretende adotá-la (abstratamente para todos os

Temos que, nesta situação, ressalvado o posicionamento dos que entendem não ser a terra indígena passível de restrições ambientais, seria perfeitamente possível a criação de uma UC deste grupo sobre uma TI, pois na hipótese ocorreria apenas um acréscimo de restrições ambientais além das já existentes no regime jurídico das terras indígenas (ver, a respeito, 5.6 e 5.7), não impedindo a vida das populações nem suas atividades econômicas, desde que ambientalmente sustentáveis.

Como exemplo de sobreposição a ser resolvida sob este prisma, encontra-se a das TI Potiguara e TI Potiguara de Monte-Mor, reconhecidas respectivamente pelo Decreto 267/1991 e pelo Despacho 49 de 21.5.2004 da FUNAI, sobre a Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE) de Manguezais da Foz do Rio Mamanguape, criada pelo Decreto 91.890/1985 (todos no Estado da Paraíba). Nesse caso, parcela das áreas das TI foi declarada sobre parcela da área da ARIE, havendo sobreposição parcial (Ricardo *et al.*, 2004, p. 596)<sup>99</sup>.

Nos termos do art. 16, *caput*, da Lei 9.985, a ARIE (originalmente incluída no ordenamento nacional pelo Decreto 89.336/1984) é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza. Composta de terras públicas ou privadas, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização do espaço, respeitados os limites constitucionais (§ 2º). A partir da ponderação dos princípios em conflito (arts. 225 e 231 da CR), conclui-se ser perfeitamente possível a manutenção integral desta UC sobre TI, haja vista que a atividade indígena é apenas subordinada às novas condicionantes ambientais, em virtude da razoabilidade das restrições, cujo fundamento é o art. 225 da Constituição.

Outro exemplo envolvendo coincidência de parte das áreas de UC de uso sustentável e TI é o da sobreposição da TI Karitiana (Decreto 93.068/1986) e da Floresta Nacional (FLONA) Bom Futuro (Decreto 96.188/1988), ambas no Estado de Rondônia (*ibidem*, p. 613).

---

casos de sobreposições e invasões) é nitidamente inconstitucional, pois simplesmente acarretaria uma redução do nível de proteção da biodiversidade, impondo retrogradação ambiental.

<sup>99</sup> Situação bastante semelhante à sobreposição parcial da TI Ibirama- La Klãnô com a ARIE Serra da Abelha, em Santa Catarina (*idem*, p. 598).

Nos termos do art. 17 da Lei 9.985, a FLONA é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas (*caput*), sendo admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade (§ 2º). Como se vê, tem-se mais um exemplo em que a restrição ambiental imposta pela criação da UC de uso sustentável sobre parte da TI seria plenamente razoável, destacando-se que as comunidades indígenas locais poderiam inclusive ser beneficiadas com os proventos oriundos da concessão de exploração florestal, nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei 11.284/2006.

## 8 MECANISMOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

Fixado o problema, cabe ao operador do Direito buscar soluções, analisando os pressupostos que nortearam o raciocínio. Dessa forma, num primeiro momento serão expostos os fundamentos eleitos para o enfrentamento do conflito e, a seguir, diversos tópicos trarão as múltiplas propostas de solução.

### 8.1 Supremacia dos interesses difusos

O ordenamento jurídico contemporâneo é caracterizado pela complexidade sistêmica, reflexo da sociedade multifacetária atual, com tendência de ampliação, dada a progressiva evolução tecnológica, aliada ao reconhecimento do direito de ser diferente (sociodiversidade).

Esta complexidade, entretanto, impondo desafios cada vez maiores ao Direito, reforça a necessidade dos pressupostos sistêmicos de *ordenação* e *unidade*. Cumpre ao operador jurídico a manutenção da eficácia sistêmica, norteada sempre pela busca do bem comum, sob pena de caos social.

A sociodiversidade é erigida ao patamar de princípio fundamental, mas se subordina a outro princípio que se concretiza mais e mais a cada uma das gerações de direitos fundamentais: o da *coletivização*. E este, por sua vez, encontra-se alicerçado no *princípio da solidariedade*, marco indelével da terceira geração de direitos, dotado de *status* constitucional por força do art. 3º, I, da Constituição de 1988, não havendo outro caminho para a busca do bem comum senão através deste.

A solidariedade é um valor primordial a orientar o Direito Ambiental, o que se reflete em princípios como, por exemplo, o do *poluidor-pagador*, da *equidade no acesso aos recursos naturais*, da *solidariedade intergeracional*, *função social da propriedade e da posse* e da *cooperação entre os povos*<sup>100</sup>.

A solidariedade ambiental, por sua vez, implica numa *solidariedade intergeracional*, que é traço de união entre as presentes como as futuras gerações, compromissadas à preservação da vida sadia sobre a Terra, o que só é possível em um ambiente ecologicamente equilibrado, implicando na proteção da biodiversidade,

---

<sup>100</sup> Ver, a respeito, o capítulo 4º.



isto é, da vida em todas as suas formas. A *supremacia da biodiversidade* é necessária seja em razão de seu caráter vital para a manutenção da vida digna, seja como imperativo ético da raça humana.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano. Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.”<sup>101</sup>.

Por ocasião deste acórdão, o Ministro Celso de Mello entendeu que os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, *para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes*, o que provocaria inaceitável comprometimento (intergeracional) da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural<sup>102</sup>.

Em prol da solidariedade, o Direito deve ser cada vez mais flexível – através de um sistema aberto<sup>103</sup> – único meio de viabilizar resposta aos mais variados e inesperados questionamentos. Para isso, princípios outrora considerados intocáveis têm sido revistos, como no caso do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, verdadeiros dogmas do Direito brasileiro, classicamente considerados alicerces

---

<sup>101</sup> Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 3540-DF, Tribunal Pleno, relator o Ministro Celso de Mello, julgamento ocorrido em 1.09.2005. O STF já decidira que *os direitos de terceira geração consagram o princípio da solidariedade* (mandado de segurança n. 22.164-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 30/10/1995, DJU 17.11.1995).

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> “O direito não é a expressão de uma sociedade estática fossilizada, mas sim de uma realidade extremamente contingente e dinâmica. Daí que o sistema jurídico – especialmente nas sociedades modernizantes, onde as mudanças se processam com grande rapidez – não podem recusar o contato com o sistema social” (Souza, 1993, p. 105)

sobre o qual se assentava o ordenamento nacional e positivados como direitos fundamentais (CR, art. 5º, XXXVI), o que lhes dava a condição de cláusula pétrea (CR, art. 60, § 4º, IV). Como prova de que não há princípios absolutos e prevalece o sistema de ponderação entre direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, reviu ambos os conceitos, procedendo a uma releitura à luz da solidariedade, decidindo-se que o direito coletivo adquirido de um grupo (no caso, os aposentados) não poderia prevalecer sobre o princípio da solidariedade.

No mencionado julgamento, a idéia de que o direito adquirido e o ato jurídico se constituiriam como dogmas jurídicos foi afastada, preferindo-se um juízo de ponderação que, no caso concreto, considerou prevalente o princípio da solidariedade. Nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, as cláusulas pétreas são:

“Construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma pretensão oportunista e utilitarista, a fazer abstração de vários outros valores protegidos pelo nosso sistema constitucional.”<sup>104</sup>

Como acrescentou referido magistrado:

“O princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição. Numa palavra, estamos diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderação com outros princípios, desse confronto podendo resultar no afastamento pontual de um deles.”<sup>105</sup>

Poderia, dessa forma, o direito coletivo dos índios à terra preponderar em todos os casos sobre o meio ambiente, sem o exame da razoabilidade, da proporcionalidade, do sopesamento dos interesses em jogo? Parece-nos que não.

Isto porque, como ensinava Bobbio, não existe direito fundamental irrefutável (2004, p. 36). Com efeito, referido autor afirmava que, na verdade, só existem dois direitos absolutos e irrenunciáveis: o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado (idem, p. 40). Afora isso, os direitos tidos como fundamentais se

<sup>104</sup> Voto proferido nos autos da ação declaratória de inconstitucionalidade n. 3105 - DF (DJ 18.2.2005, p. 4).

<sup>105</sup> Idem.

modificam conforme as condições históricas, os carecimentos, as transformações técnicas e os interesses da sociedade e das classes no poder, podendo no futuro emergir pretensões que no momento sequer poderíamos imaginar, como o de respeitar a vida dos animais (idem, p. 38).

A época atual tem demonstrado, através dos interesses, carecimentos e transformações técnicas, que a Humanidade encontra-se diante de um caos ecológico em escala planetária, pouco importando, neste momento indagar quais os povos responsáveis por este quadro: todos devem contribuir de forma solidária para a preservação da biodiversidade e do equilíbrio ecológico.

Dessa forma, atribuir ao indigenato a condição de princípio absoluto, ou seja, um dogma jurídico, é, parafraseando as palavras do Ministro Joaquim Barbosa, postura conservadora e antidemocrática, porque impede a salutar revisão do conceito, o sopesamento quando em confronto com outros valores constitucionais fundamentais, cristalizando, esclerosando o Direito, o que afronta o traço de historicidade dos direitos fundamentais.

A tese de supremacia absoluta do indigenato sobre as unidades de conservação tampouco é razoável porque mitiga de forma contundente instrumento para a plenitude do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado<sup>106</sup>. Pode constituir pretensão oportunista e utilitarista porque possibilita o reconhecimento de mais terras indígenas sem a necessidade do ônus governamental decorrente das inevitáveis desapropriações, além de deixar margem para setores interessados na exploração de recursos naturais em TI, uma saída jurídica para a vedação de uso direto inerente às áreas de proteção integral.

O indigenato não está acima da garantia ao meio ambiente, isto é, inexistente uma superioridade *prima facie* do primeiro sobre o segundo. O interesse coletivo de um grupo não pode prevalecer, de forma absoluta, sobre um interesse difuso que pertence a toda a humanidade. Isto não implica igualmente na superioridade indiscutível do bem ambiental como se dogma fosse. Da mesma forma que a proteção do ambiente sofre temperamentos em prol do desenvolvimento sustentável, a garantia ao território indígena pode sofrer restrições ou reduções em razão das necessidades ambientais.

---

<sup>106</sup> Lembre-se, neste particular, que a prevalência das TI sobre as UC acarretaria uma diminuição do já reduzido percentual de 6% das unidades de conservação no Brasil.

Considerada a essencialidade do bem ambiental, direito de máxima difusão e ligado umbilicalmente à sobrevivência da espécie humana e das demais formas de vida, não podem prevalecer interpretações que transformam outros princípios constitucionais em dogma. Por esta razão, é inconstitucional, por violar os arts. 1º, III, 3º, I, e 225 da CR o entendimento segundo o qual as terras indígenas superpõem-se às unidades de conservação.

Na busca de solução para o problema deve-se, portanto, consolidar uma “via de mão dupla”, através da aplicação de regras de ponderação diante do caso concreto, substituindo o unilateralismo hermenêutico vigente até o presente momento, no qual o interesse indígena prevalece de modo inexorável sobre o ambiental. Por esta razão, a maior parte das propostas formuladas a seguir baseia-se na ponderação dos interesses, a fim de possibilitar sua concretização na medida do possível, aceitando-se como premissa básica que, em virtude do maior grau de coletivização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da necessidade de aplicação do princípio da solidariedade, os interesses de grupo (índios) sofrerão maiores mitigações em face do interesse difuso de proteção da biodiversidade.

Dessa forma, de acordo com a casuística seria elaborada uma solução própria para cada situação, desde que consoante balizamento mediante regras de ponderação. Afora a questão das invasões de UC, que somente poderá ser resolvida com a desocupação (voluntária ou forçada), é possível apontar, a partir dos exemplos apresentados no capítulo anterior<sup>107</sup>, soluções-padrão, que seriam aprimoradas diante do caso concreto:

1. Redimensionamento dos limites da UC (de qualquer tipo) e da TI, ou apenas de uma delas, a fim de eliminar a sobreposição;
2. No caso de sobreposição entre TI e UC de uso sustentável, além da solução prevista no item anterior, compatibilização do uso da terra pelos índios com as restrições próprias da categoria da unidade;
3. Transformação da área sobreposta em mosaico de áreas protegidas, ampliando-se ou diminuindo-se os limites das UC e TI, ou ainda criando-se novas áreas<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Ver 7.6.

<sup>108</sup> Medida recomendável especialmente no caso de sobreposições totais como a do PN de Pacaás Novos e TI Uru-Eu-Wau-Wau (ver 7.6.3).

É certo que problema dessa magnitude não comporta uma solução unitária, devendo ser enfrentado de forma pluridimensional. Como já visto, a crise científica e social impõe a necessidade de transversalidade e interdisciplinaridade<sup>109</sup>. Para isso, contribuirão a economia, a ecologia e a biologia, o direito e a antropologia. Portanto, para compelir a adoção das três alternativas acima expostas, ou ainda para complementá-las, serão necessárias a adoção de várias outras medidas. Dessa forma, as sugestões a seguir formuladas representam diversos modos de encaminhamento da questão do ponto de vista jurídico e político, e possivelmente nenhuma delas será viável se adotada de forma isolada.

## 8.2 Soluções extrajudiciais

### 8.2.1 Mediação

O art. 57 da Lei 9.985/2000 determinou que caberia a um grupo de trabalho (GT) propor diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização do problema das sobreposições entre UC e TI. Criado o referido grupo, dadas as profundas divergências internas, este foi extinto pouco depois sem que se fosse alcançado o papel a que se propunha. Por falta de consenso, disputas internas, além de uma assustadora incomunicabilidade entre as instituições, as necessárias “diretrizes” não foram elaboradas, o que, embora lamentável, era previsível.

Para facilitar o diálogo e, assim, a obtenção de consenso em tão delicado tema, e diante de atores públicos e privados imbuídos de espírito de competição, a escolha de um mediador seria medida recomendável.

O termo mediação significa, dentre outras coisas, o ato de servir de intermediário entre pessoas ou grupos a fim de dirimir divergências (Houaiss, 2007) o ato ou efeito de mediar; intercessão, intervenção, intermédio, interposição.

Como meio alternativo de solução de controvérsias, a mediação constitui

“um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito

---

<sup>109</sup> Ver capítulo 2.

em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflito” (Águida Arruda Barbosa *apud* Silva, 2007, p. 169).

Em outras palavras, a mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, entendendo melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. Tem espectro interdisciplinar e pode ser vista como ferramenta importante para a abordagem do impasse sob diversas perspectivas (Silva, 2007, p. 169).

Importante frisar que a responsabilidade e a autoridade para chegar à composição do impasse competem aos próprios envolvidos na controvérsia (*idem*, p. 170). Ao mediador cabe, sem induzir as partes a um acordo, gerar oportunidades para que as partes diminuam suas resistências e se abram à comunicação necessária, com vistas ao melhor encaminhamento da controvérsia, com especial atenção ao estabelecimento de um diálogo (*idem*, p. 173-176).

Meios alternativos de solução de conflitos, através da busca do consenso e de mecanismos que o possibilitem, vêm sendo a tônica nas organizações, na legislação e na atuação dos órgãos estatais na administração da justiça, uma vez que é extremamente vantajoso que as partes se comuniquem para verdadeiramente alcançar a superação do impasse (*idem*, p. 34). Afinal, não apenas as relações humanas privadas como as relações entre os diversos organismos governamentais exigem o estabelecimento de mecanismos que visem à continuidade e ao aprimoramento delas, o que é estimulado através do consenso.

Certamente é polêmica a utilização de mediação versando sobre direitos considerados indisponíveis. Mas, como já visto, a aplicação dos direitos fundamentais do homem em casos concretos pressupõe ponderações (Alexy, 1999b, p. 62).

Como destaca Fernanda Tartuce Silva,

“O tema da indisponibilidade dos direitos vem sendo tratado como verdadeiro ‘tabu’ impeditivo da celebração de acordos, razão pela qual é preciso atentar para não resvalar em preconceitos, dogmas e opiniões sem embasamentos sólidos que limitam a dimensão de tal noção; a disponibilidade é um conceito

legal indeterminado no qual se revela mais útil destacar suas características do que fixar sua definição.” (*op. cit.*, p. 36).

Como ensina a referida autora, sob o manto da indisponibilidade, podem ser encontrados direitos de diferentes matizes, parecendo às vezes estar excluída por um tratamento legal mais rigoroso a possibilidade de negociação ampla e irrestrita em seus termos. Todavia, alguns aspectos podem vir a ser convencionados consensualmente entre as partes, sendo importante uma abertura de mentalidade no tocante à possibilidade de composição quanto a pelo menos alguns aspectos dos mais diversos direitos e interesses (*op. cit.*, p. 36).

No que tange ao problema da presença indígena em unidades de conservação, a instituição da figura de um mediador poderia ocorrer no ato de instituição do grupo de trabalho previsto no art. 57 da Lei 9.985/2000. Embora tal grupo já tenha sido criado e extinto, como o problema não foi solucionado espera-se a criação de um novo, o qual, contendo a figura de um mediador imparcial e especialmente capacitado para o exercício da tarefa, teria chances de êxito muito maiores.

Além disso, conquanto o mencionado dispositivo legal tenha estabelecido com missão do grupo de trabalho propor diretrizes apenas para solução do problema das sobreposições, nada impediria que o ato de criação determinasse que fossem propostos encaminhamentos também para a questão das invasões de unidades de conservação por índios.

Com relação à escolha do mediador, deve este contar com preparo científico de natureza interdisciplinar, não necessitando obrigatoriamente de formação jurídica (*op. cit.*, p. 191). Para resguardar a imparcialidade diante de tema tão polêmico e apaixonante, é recomendável que a escolha não recaia sobre profissional ou estudioso que atue especificamente nas áreas ambiental e indigenista, o que reforçaria a confiança dos envolvidos no grupo de trabalho.

### 8.2.2 Compromisso de ajustamento de conduta

Todo o quadro demonstrado ao longo deste trabalho evidencia inércia dos órgãos públicos federais, redundando em claro descumprimento da lei, em prejuízo do interesse coletivo dos índios e do interesse difuso ambiental.

Para compelir tais entes a adotar as posturas necessárias para o respeito de interesses metaindividuais, a Lei 7.347/1985 prevê em seu art. 5º, § 6º, que os órgãos públicos legitimados para o exercício da ação civil pública poderão tomar dos interessados *compromisso de ajustamento de sua conduta* às exigências legais, aparelhado de cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial. Os legitimados ativos são o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquia, empresa pública ou fundação, além de órgãos públicos que não tenham personalidade jurídica própria (estes por força do art. 82, III, da Lei 8.078/1990).

Para instrumentalizar tal via diante do problema em análise, deve-se delimitar quais entes estariam legitimados a tomar o compromisso e qual o conteúdo deste.

Com relação à primeira indagação, evidente que nem todos os entes mencionados no art. 5º, *caput*, estariam legitimados para tomar ajuste de conduta dos envolvidos, haja vista a necessidade de *pertinência temática* para atuação, o que excluiria, por exemplo, os entes estaduais e municipais (salvo no caso de UC estadual ou municipal). Além disso, como certos órgãos são interessados, automaticamente estariam excluídos do rol de legitimados. O IBAMA e o ICM-Bio não poderiam tomar compromisso da FUNAI e vice-versa, o que não impede que tais órgãos o colham, por exemplo, das comunidades indígenas, como na situação das invasões de UC, nem que celebrem acordos institucionais entre si.

Restariam legitimados, por fim, a Defensoria Pública da União<sup>110</sup> e o Ministério Público Federal (MPF), haja vista a presença de interesse indígena (Lei complementar 75/1993, art. 5º, III, “e”) e pelo fato de as terras serem bens da União (CR, art. 20, IX). Entretanto, em se tratando de presença indígena em unidade de conservação estadual, cremos ser imprescindível a interveniência do Ministério Público do Estado (MPE) respectivo juntamente com o MPF, haja vista sua atribuição para atuar em proteção do direito difuso ao ambiente na esfera estadual. Com efeito faleceria legitimidade ao MPF para atuar isoladamente na defesa de UC

---

<sup>110</sup> Em que pese possa soar estranha a legitimidade da Defensoria Pública da União para celebrar ajuste de conduta relativo ao caso, inexistente óbice legal para isto, devendo-se frisar que esta é expressamente legitimada para defender interesses difusos e coletivos, dentre os quais se inserem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e os interesses coletivos dos índios. A atribuição constitucionalmente outorgada ao Ministério Público para defender judicialmente os direitos interesses das populações indígenas (CR, art. 129, V) não exclui a atribuição da Defensoria Pública para defesa dos indígenas hipossuficientes, individual ou coletivamente.



estadual, assim como o MPE não poderia atuar isoladamente na proteção de UC federal.

No que tange ao conteúdo do compromisso, o termo de ajuste poderia, dentre inúmeras medidas, obrigar os interessados ao cumprimento do disposto no art. 57 da Lei 9.985/2000, não apenas criando-se o grupo de trabalho, mas propondo as diretrizes ali exigidas, além de obrigar os Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente, quando da edição do ato de criação do grupo de trabalho, a nomear um mediador para condução dos debates. Afora o problema das sobreposições, o compromisso poderia objetivar a desocupação de UC, a execução de medidas de políticas públicas para o atendimento das necessidades dos índios, dentre outras condutas. Em todos os casos, necessariamente seriam fixadas cominações para o caso de descumprimento.

A mediação, mencionada anteriormente, poderia se constituir numa etapa prévia para a elaboração do ajuste de conduta, fazendo com que os antagonistas chegassem a um consenso, o qual seria formalizado com a participação do Ministério Público.

### 8.2.3 Recomendação

Dispõe a Lei 8.625/1993<sup>111</sup> que caberá ao Ministério Público, para defesa dos direitos previstos na Constituição da República, emitir recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito (art. 27, parágrafo único, IV). No âmbito do Ministério Público da União, a Lei Complementar 75/1993 dispõe caber a este órgão expedir recomendações, visando o respeito dos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis (art. 6º, XX).

A recomendação consiste em ato formal não coercitivo no qual é expressamente traduzida a vontade da ordem jurídica pelo Ministério Público, que toma posição e sugere a realização de determinada conduta referente a um caso concreto, com o escopo de atingir finalidade de interesse público primário (Gomes, 2003, p. 237). Tal ato pode ser dirigido ao investigado em inquérito civil ou a qualquer pessoa física ou jurídica que se encontre em situação de lesão ou ameaça

---

<sup>111</sup> Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

de lesão a direito difuso<sup>112</sup>. A recomendação tem, assim, a função de cessar ou apenas evitar a lesão ao interesse tutelado.

Cabe ressaltar que a recomendação não é ordem, pois não tem caráter impositivo. Não acarreta, se descumprida, conseqüências jurídicas automáticas dela decorrentes, mas sim aponta o caminho considerado correto pelo Ministério Público diante da lei, sugerindo que seja seguido, sob pena de adoção das medidas cabíveis (idem, p. 238).

Como é dever do agente público responder de forma escrita qualquer solicitação escrita a ele dirigida, a recomendação tem o condão de obrigar o destinatário a fornecer resposta escrita e obviamente fundamentada ao Ministério Público. Dessa forma, conforme a *teoria dos motivos determinantes do ato administrativo*, a resposta vinculará o agente público aos termos por ele formulados. Além disso, é inegável que a recomendação possui força política, pois emanada de instituição do porte do Ministério Público, e principalmente quando especifica as conseqüências penais, civis e administrativas em caso de descumprimento (idem, p. 239).

A recomendação poderá ser utilizada tanto para buscar solução na ocupação de UC por índios como para obter o cumprimento do disposto no art. 57 da Lei 9.985/2000, com vistas à superação do problema das sobreposições; sem falar na busca da concretização das políticas públicas de bem-estar para as comunidades indígenas.

### 8.3 Soluções judiciais

Esgotadas as possibilidades de solução extrajudicial do conflito, cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, prestar a tutela jurisdicional, direito fundamental nos termos do art. 5º, *caput*, XXXV, da Constituição. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que deverá pacificar o conflito de pretensões (lide) dizendo o direito no caso concreto.

#### 8.3.1 Ação popular

---

<sup>112</sup> Embora aconselhável, não é imprescindível que a recomendação seja expedida no bojo de inquérito civil ou peças de informação.

Criada pela Lei 4.717/1965, a ação popular teve seu espectro ampliado pela Constituição de 1988, que assegurou a qualquer cidadão ser parte legítima para propô-la visando a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5º, *caput*, LXXIII).

Entretanto, este instrumento de extrema relevância para a participação popular na defesa de bens difusos como o ambiente e a moralidade administrativa, visto que colocado à disposição de qualquer cidadão, infelizmente tem sido pouco utilizado na prática. Como bem lembra Fernando Akaoui, é necessário que a coletividade se convença de que legar a defesa do meio ambiente apenas aos órgãos públicos ou às associações civis não é suficiente, visto que as condutas degradadoras se multiplicam cada vez mais e a cooperação de todos é necessária para a preservação dos valores ambientais (2003, p. 44).

Este instrumento processual é passível de utilização para controle das ações ou omissões administrativas lesivas ao meio ambiente. Poderia ser utilizada, portanto, para sanar a omissão consistente na dissolução do grupo de trabalho previsto no art. 57 da Lei 9.985/2000 sem que as necessárias conclusões fossem apresentadas ou, ainda, ser manejada para obter a desocupação de unidade de conservação invadida por índios. No primeiro caso, figurariam no pólo passivo os órgãos responsáveis pela política ambiental de conservação e indigenista<sup>113</sup>. No segundo, a demanda seria ajuizada em face dos mencionados órgãos e das comunidades indígenas invasoras.

### 8.3.2 Ação civil pública

Dentre os instrumentos processuais existentes na legislação para defesa do meio ambiente, sem dúvida destaca-se em primeiro plano a ação civil pública (ACP). Introduzida em nosso ordenamento pela Lei 7.347/1985 e aperfeiçoada pela Lei 8.078/1990, tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º) e poderá ser ajuizada pelo Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e

---

<sup>113</sup> Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (que assumiu tal função do IBAMA) e Fundação Nacional do Índio, respectivamente.

Municípios), por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º). É certo que, de todos os legitimados, o Ministério Público tem se destacado como o mais freqüente usuário deste remédio processual.

Vale destacar que, para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (art. 83 da Lei 8.078/1990). Ou seja, a ação civil pública pode adquirir a forma de demanda declaratória, visando à responsabilização civil, objetivando obrigação de fazer ou não-fazer, ou veiculando pretensões possessórias, ou ainda adotando a forma de mandado de segurança e mandado de injunção, por exemplo. Enfim, não há mais limitação ao tipo de ação, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos difusos e coletivos (Nery, 2004, p. 1.415)<sup>114</sup>. Por esta razão, a ação civil pública é qualquer demanda não penal ajuizada por legitimado do art. 5º da Lei 7.347/1985 visando à proteção de interesse metaindividual (Souza, 2002, p. 19).

Com relação à legitimação ativa para a propositura da demanda, repetem-se as mesmas observações formuladas com relação aos legitimados para tomar compromisso de conduta: a Defensoria Pública da União e o Ministério Público Federal são legitimados em razão da existência de interesse indígena, mas, diante de dano ou ameaça de dano à unidade de conservação estadual, estará evidenciada a legitimidade obrigatória da Defensoria e do Ministério Público estaduais. Neste caso, por ser competente a Justiça Federal (CR, art. 109, I e XI) a ação civil pública seria proposta pelo órgão estadual em litisconsórcio com o Ministério Público Federal, ou mesmo sem a presença deste no pólo ativo, já que os legitimados não poderiam ser tolhidos de sua atuação na defesa do direito difuso no caso de eventual discordância com o MPF quanto às medidas a serem adotadas, o que constituiria violação ao acesso à justiça, por afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição.

---

<sup>114</sup> Nesse sentido, o IBAMA ajuizou a ação de reintegração na posse (autos de nº 2005.70.02.007922-9, Seção Judiciária de Foz do Iguaçu – PR), somente em face dos índios que ocupavam o Parque Nacional do Iguaçu. A liminar acabou por ser deferida, tendo sido desocupado o Parque pela Polícia Federal, em cumprimento à decisão judicial. Neste caso, a “reintegração” na verdade não visa tão somente reaver a posse direta das terras do Parque ao IBAMA, mas sim proteger o interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atuando a autarquia federal como substituto processual em defesa do interesse da coletividade.

Realmente não é aceitável que somente o MPF, em razão da presença de interesse indígena, possa atuar perante a Justiça Federal, impedindo o Ministério Público Estadual ou mesmo a Defensoria do Estado de buscar a defesa dos interesses metaindividuais envolvidos, especialmente no caso de unidade de conservação estadual. Por esta razão é acertado o posicionamento de Nelson e Rosa Maria Nery, no sentido de que “tanto o MP da União pode ajuizar ACP na esfera estadual, quanto o MP estadual na justiça federal”, pois a legitimidade ativa para a ACP “não é exclusiva, mas concorrente” e “tanto o MP da União quanto os Ministérios Públicos dos Estados, indistintamente e em qualquer matéria, têm legitimidade para a propositura” (2004, p. 1.426-1.247)<sup>115</sup>.

Diante do problema abordado nesta obra, a ACP poderia ser utilizada na esfera ambiental propriamente dita, objetivando tanto o problema da sobreposição como o da ocupação de UC por índios. Assim, poderia pleitear desde a obrigação de fazer consistente na instalação do grupo de trabalho previsto na Lei do SNUC bem como na sua conclusão em tempo razoável, já que entendemos ser aplicável aos procedimentos administrativos a norma contida no art. 5º, *caput*, LXXVIII, da Constituição da República<sup>116</sup>, até a desocupação de unidade de conservação invadida por indígenas. O pólo passivo seria composto da mesma forma que o da ação popular.

Para além da proteção do bem ambiental, a ACP poderia ter por finalidade a imposição de sanções civis decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, na forma da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Isto porque, diante do princípio da intervenção estatal obrigatória em defesa do ambiente previsto no art. 225, *caput*, da CR, é evidente que a omissão dos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento do disposto no art. 57 da Lei 9.985/2000 (Ministros do Meio Ambiente e da Justiça, presidente do órgão ambiental e indigenista) acarreta violação dos princípios da legalidade e da eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da CR, e no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

---

<sup>115</sup> De forma revolucionária, os referidos autores entendem inclusive que legitimados estaduais poderiam propor ações civis públicas em outros Estados, haja vista que, neste caso, não se busca a defesa de interesse estadual, mas sim de direito difuso, motivo pelo qual o Estado de São Paulo estaria legitimado, por exemplo, a ajuizar ação civil pública no Estado do Amazonas (*op. cit.*, p. 1.246).

<sup>116</sup> *In verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No caso, os interessados na celeridade deste procedimento administrativo do grupo de trabalho são os índios e os titulares do bem ambiental, os quais têm o direito de não esperar indefinidamente pela solução do problema.

Outrossim, não se pode deixar de registrar, além da violação de princípios da Administração Pública (art. 11), o fato de a conduta omissa dos agentes públicos resultar em dano ao erário (art. 10 da Lei 8.429/1992), vez que a incúria do administrador acarreta prejuízo para os cofres públicos<sup>117</sup>. Havendo incidência nas condutas típicas dos arts. 10 e 11, cabem respectivamente as sanções dos incisos II e III do art. 12 da Lei 8.429/1992.

### 8.3.3 Mandado de segurança coletivo e mandado de injunção

Embora pouco utilizados se comparados com a ação civil pública, o *mandado de segurança coletivo* e o *mandado de injunção* constituem remédios processuais aptos a buscar tanto a tutela do direito dos índios como o da coletividade detentora do direito difuso ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação ao mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição, são legitimados ativos partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, desde que em defesa dos interesses de seus membros ou associados, para proteger direito líquido e certo. É o caso, por exemplo de comunidades indígenas ou de entidades de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil. A medida é cabível havendo ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Tanto no caso das sobreposições como das ocupações de UC por índios, a ilegalidade consiste na ausência de posturas para solução do problema, violando-se os direitos líquidos e certos dispostos no art. 57 da Lei do SNUC (no caso das áreas sobrepostas) ou ao art. 225, *caput*, da CR (no caso das UC invadidas).

Já com relação ao mandado de injunção (art. 5º, LXX, da CR), este também pode ser instrumento de grande importância sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de remédio processual constitucional que tem a missão de suprir a omissão legislativa

---

<sup>117</sup> Pode-se questionar se os danos ambientais (perda de biodiversidade, por exemplo) decorrentes da postura omissa não configurariam uma das formas de dano ao erário. Muito embora o bem ambiental seja difuso e não simples bem público (basta lembrar, para isso, a diferença entre interesse público primário e secundário), existe obviamente interesse difuso na defesa do erário.

diante das normas equivocadamente chamadas de “programáticas”. Na espécie, cuida-se de obter, através do provimento jurisdicional, as Portarias dos Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente que reativem o grupo de trabalho, dando cumprimento ao art. 57 da Lei do SNUC.

No que tange à legitimidade ativa para esta medida, não há como estabelecer qualquer restrição quanto à pessoa que irá impetrá-lo, já que o art. 225, *caput*, deixa claro que o ambiente é direito de todos. Além disso, evidente que os índios terão legitimidade ativa, haja vista seu interesse em fazer valer o direito de delimitação de suas terras. Com relação ao pólo passivo, deverá figurar o ente regulamentador em mora no caso, a União, dada a inércia dos Ministros da Justiça e do Meio Ambiente.

#### 8.3.4 Ação penal

Embora considerado um ramo do Direito que atua em caráter subsidiário, o Direito Penal é um instrumento imprescindível quando existentes violações aos mais caros bens jurídicos, como no caso do meio ambiente<sup>118</sup>. O direito de ação penal é exercido de forma exclusiva pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição, salvo no caso de desídia deste órgão, hipótese em que o texto constitucional prevê a chamada ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX).

Seja diante do problema das sobreposições, diante da clareza da disposição contida no art. 57 da Lei 9.985/2000, seja com relação às ocupações de UC por índios que perduram há anos sem soluções, o bem ambiental é violado pela omissão (leia: falta de vontade política) dos administradores públicos. Não se questiona, neste ponto, a prevalência dada ao elemento humano (privilegiando-se os índios) ou à biodiversidade; o intolerável é a ausência de qualquer providência por parte dos responsáveis, impondo-se a utilização de instrumentos penais com a finalidade de obter a proteção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

---

<sup>118</sup> Razão pela qual o chamado princípio da insignificância, que refere-se aos ditos “crimes de bagatela” não se aplica na esfera do Direito Ambiental Penal, pois, em ecologia, “não se deve subestimar ou descartar fatores que parecem ser pouco significativos, porque pequenas imprecisões e alterações podem desencadear grandes transformações.” (Milaré, 2004, p. 1006). Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Princípio da insignificância – Inaplicabilidade – Crime contra o meio ambiente – Natureza, verdadeiro patrimônio da humanidade, cuja existência e exploração racional é assegurada a esta e às futuras gerações, que não pode sujeitar-se à tese de que eventual lesão seja insignificante em matéria penal.”(5ª Câmara Criminal, apelação criminal n. 486.599-8, relator o desembargador Antônio Armando dos Anjos).

Como já visto, a lei é bastante clara, o que nos remete inevitavelmente à conduta típica prevista no art. 68 da Lei 9.605/1998, consistente em deixar, aquele que tiver o dever legal de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. Neste tipo incidem os agentes públicos omissos diante do problema, mencionados anteriormente. Vale destacar que a consumação do ilícito se verifica quando o agente deveria agir para cumprir sua obrigação legal e não agiu.

Como acentua Akaoui, crimes como o descrito no art. 68 se mostram de imensa relevância, na medida em que a responsabilidade social dos agentes públicos que atuam nessa área também não é pequena (Akaoui, 2003, p. 199).

#### 8.4 Eficiência na Administração pública

Uma das mais recorrentes e populares críticas à Administração Pública consiste na sua cabal ineficiência, cristalizada na “burocracia” do aparelho estatal e que redundava na incapacidade de atender de forma satisfatória aos anseios da coletividade.

Embora já previsto de forma implícita na redação original da Constituição (art. 74, II, e art. 144, § 7º, por exemplo), e afirmado pela doutrina (Meirelles, 1995, p. 90)<sup>119</sup> foi em 1998, por força da Emenda Constitucional 19, que o princípio de eficiência foi positivado expressamente em nosso ordenamento, devendo a Administração Pública a ele obedecer (CR, art. 37, *caput*).

O princípio hoje fomenta, no plano jurídico, uma *administração de resultados*, na persecução da finalidade pública, do atendimento ao interesse público primário. Com efeito, um mínimo de eficiência administrativa é exigência que integra a noção de boa administração. E uma boa administração liga-se, de forma inexorável, à idéia de Justiça (Araújo Jr., 2005). A gestão pública, como atividade necessariamente *racional e instrumental*, voltada a servir ao público, na *justa proporção das necessidades coletivas*, acarreta a inadmissibilidade jurídica do comportamento administrativo *negligente, contra-produtivo, ineficiente*. Portanto, uma atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere-se a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: racionalidade e otimização no uso dos meios, e,

---

<sup>119</sup> Muito antes da Emenda 19/1998, o autor já afirmava que “o dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional (...) abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração.” (idem).



satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública, devendo ambas estarem conjugadas (Modesto, 2000).

Igualmente na defesa do meio ambiente e na promoção do bem-estar para as populações indígenas há a necessidade de eficiência administrativa, que se traduz na racionalidade e otimização de políticas públicas ambientais (eficiência ambiental) e sociais (eficiência social) que atinjam seu desiderato de forma satisfatória. A junção dos dois termos traria a idéia de *atividade administrativa de resultado visando-se à otimização dos recursos existentes no meio ambiente de forma intergeracional e com o menor impacto ambiental possível, considerando-se a necessidade de preservação da biodiversidade como um fim em si mesmo*.

Na prática, a persistência do problema das sobreposições bem como das invasões de UC releva não apenas intransigência (quando não rivalidade) de setores governamentais (ambiental e indigenista) como a *inexistência de uma política articulada de proteção ambiental*, evidenciando a ausência de respeito ao princípio da transversalidade. É somente através de políticas públicas eficientes, ou seja, racionais, integradas, otimizadoras e satisfatórias, que o problema será resolvido, o que não impede a adoção de medidas judiciais como a ação popular e a ação civil pública já mencionadas.

## 8.5 Mosaicos de áreas protegidas

Pelo fato de os ecossistemas não se resumirem (e portanto não se manterem) aos limites territoriais definidos pelos homens, é necessária a conectividade entre as UC (evitando “ilhas” de proteção), razão pela qual o SNUC prevê a criação dos *corredores ecológicos*, porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais (art. 2º, XIX). Outro favor imprescindível para aumentar a proteção da biodiversidade é a fixação de *zonas de amortecimento*, consistentes no entorno de uma UC, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade (art. 2º, XVIII).

Para dotar de maior eficiência a gestão destas áreas, o SNUC prevê a criação de *mosaicos de unidades de conservação* (art. 26 da Lei 9.985 e arts. 10 e 11 do Decreto 4.340/2002). Desse modo, quando existir um conjunto de UC de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas, constituindo um mosaico, a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.

Tendo em vista que o Decreto 5.758/2006 prevê que a proteção da Natureza se fará através das Áreas Protegidas, ou seja, das unidades de conservação, das terras indígenas e das terras de remanescentes de quilombos, e como na maioria dos casos tais áreas são contíguas ou próximas umas das outras, nada mais racional do que a integração em corredores ecológicos e mosaicos de proteção.

Para tal, como forma de tornar eficiente a proteção objetivada, imperioso que as áreas protegidas sejam geridas de forma integrada e compartilhada, de modo a coordenar os esforços dos órgãos públicos, entidades privadas e populações envolvidas<sup>120</sup>. Além disso, ao invés de indigenistas e ambientalistas se digladiarem em disputas por terras, deveriam unir forças na ampliação das áreas protegidas como um todo. Para os índios, as unidades de conservação de proteção integral podem servir, conforme o caso, como fonte de caça, geração de renda decorrente do turismo e conhecimento tradicional, e exploração de bancos genéticos. Para a biodiversidade, a proximidade da UC de proteção integral com TI pode inibir invasores de terras e outros infratores ambientais como caçadores, pescadores e garimpeiros, por exemplo. Se respeitados os limites, todos têm a ganhar.

## 8.6 A reserva indígena de recursos naturais (RIRN)

### 8.6.1 O anteprojeto

Com o objetivo de viabilizar a conservação ambiental em terras indígenas e solucionar o problema das sobreposições, o Instituto Socioambiental (ISA) apresentou, durante a tramitação do projeto de lei que instituiu o Sistema Nacional

---

<sup>120</sup> Como bem ressalta Aurélio Virgílio Veiga Rios, segundo o qual nenhuma política de administração das Unidades de Conservação terá êxito se estiver pautada na exclusão das populações locais (Ricardo *et al.*, 2004, p. 83)

de Unidades de Conservação, anteprojeto que criava a Reserva Indígena de Recursos Naturais (RIRN). Tal idéia, que chegou a ser incluída pelo relator deputado Fernando Gabeira, foi infelizmente excluída em virtude da oposição de setores do IBAMA, FUNAI e de algumas organizações indígenas (Santilli, 2005, p. 164-165).

Em linhas gerais<sup>121</sup>, a RIRN era definida como uma unidade de conservação federal que se destinaria a “proteção dos recursos naturais existentes em terras indígenas”. Seria criada por decreto presidencial, após solicitação das comunidades indígenas que detivessem direitos de ocupação sobre a área específica a ser protegida, desde que aprovada pelo órgão ambiental federal com fundamentação da sua relevância ambiental.

Criada a RIRN, seu plano de manejo seria elaborado “em conjunto” pela comunidade indígena e pelos órgãos indigenista e ambiental, os quais poderiam convocar a cooperação de instituições públicas e privadas com reconhecida atuação na área. Tal plano especificaria as atividades de fiscalização, de manejo de recursos naturais, de pesquisa ou visitação que poderiam ser realizadas, e as eventuais restrições de uso a que as comunidades indígenas ocupantes se sujeitariam, além das atribuições do órgão ambiental na área. Ficariam proibidas as atividades não especificadas no plano de manejo, bem como as que implicassem “desmatamento, exploração de madeira e minérios”.

A gestão da reserva ficaria a cargo da comunidade indígena, que poderia “requisitar” (*sic*) o apoio do órgão indigenista e do órgão ambiental para a realização de atos de proteção e fiscalização na unidade.

Sobre as unidades de conservação já criadas que ocupassem, total ou parcialmente, sobre terras indígenas, o anteprojeto dispunha que o Poder Público federal deveria, no prazo de dois anos, sob pena de nulidade dos atos de criação da unidade, instituir grupos de trabalho específicos compostos por representantes da comunidade indígena ocupante, do órgão indigenista e ambiental e eventualmente outras instituições públicas ou privadas de reconhecida atuação na área, com o fim de “analisar caso a caso as sobreposições e propor medidas” que compatibilizassem a coexistência da unidade de conservação com a terra indígena sobre a qual incidisse.

Caso o grupo de trabalho decidisse pela incompatibilidade da coexistência da UC com a TI, estabelecia-se que o Poder Público federal deveria, no prazo de um

---

<sup>121</sup> Íntegra do projeto encontra-se em Santilli (2005, p. 165) e Fanny (2004, p. 15).

ano: I – reclassificar a área incidente como RIRN; II – retificar os limites da UC de modo a subtrair a área incidente sobre a TI; e III – revogar o ato de criação da UC, quando sua área original fosse totalmente incidente sobre a TI e se comprovasse a impossibilidade de compatibilização ou reclassificação.

Nos casos de reclassificação ou compatibilização da coexistência das unidades de conservação com as terras indígenas, deveriam se previstas “formas de compensação às comunidades indígenas” pelas restrições. Tal compensação se faria preferencialmente através de programas de auto-sustentação econômica das comunidades.

Por fim, o anteprojeto previa que não se prejudicaria “em nenhuma hipótese o livre trânsito dos índios em suas terras”, bem como que a criação da RIRN não prejudicaria a atuação do órgão indigenista.

#### 8.6.2 Análise da proposta

Embora não se possa considerar a proposta de criação da RIRN uma solução completa para o problema, trata-se da idéia mais corajosa e realizável já formulada para enfrentamento da questão (é forçoso reconhecer que o tema tem merecido pouca atenção), eis que procurou ponderar os interesses em conflito e obter, a partir de uma composição entre eles, uma conclusão intermediária.

Aos índios representaria a manutenção integral de suas terras, sem a alteração de limites de seus territórios. O para estes ônus consistira unicamente na aceitação de um plano de manejo, especificando as diversas atividades a serem exercidas na área. Talvez este tenha sido o ponto central sobre o qual se opuseram a FUNAI e as comunidades indígenas e entidades civis indigenistas, já que representaria a aceitação de regras a serem observadas pelos índios, os quais geralmente não aceitam se submeter a qualquer restrição. Com efeito, a RIRN em muito se assemelharia a uma Reserva Extrativista (RESEX), na qual a comunidade tradicional está sujeita a restrições no uso dos recursos naturais<sup>122</sup>.

É visível a diferença entre a RIRN e o sistema atual de uso de recursos naturais das terras indígenas, onde as restrições são genéricas e, portanto,

---

<sup>122</sup> Nos termos do art. 18, “caput”, da Lei n. 9.985/2000, são permitidos o extrativismo e, complementarmente, a agricultura de subsistência e a criação de animais de pequeno porte, sendo objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

provocam dúvidas em todos os envolvidos no cotidiano etnoambiental (índios, FUNAI, IBAMA, ICM-Bio, órgãos ambientais estaduais e municipais, Polícias Militar, Civil e Federal, Ministério Público Federal e Estadual, organizações civis ambientalistas e indigenistas e socioambientalistas, dentre outros). Essas dúvidas transformam-se na maioria das vezes em infrutíferos embates entre estes envolvidos, acarretando prejuízos para as comunidades, para o ambiente e para a sociedade em geral.

Dentre as razões para o insucesso da proposta reside talvez o temor dos índios com relação às restrições a que se submeteriam (o que pode ter sido visto como uma diminuição de sua autonomia), bem como pela autorização expressa de atuação do órgão ambiental federal na TI (o que certamente foi interpretado por índios e alguns indigenistas como uma “perda de poder”), além da provável intransigência de setores dos órgãos ambiental e indigenista federais, ávidos por supremacia.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a RIRN em muito se assemelharia à reserva extrativista, categoria de unidade de conservação que na atualidade tem se demonstrado de reduzida eficácia, tanto na conservação dos recursos naturais como pela ausência de um grau mínimo de bem-estar para as comunidades tradicionais<sup>123</sup>. Isto porque as populações tradicionais têm progressivamente adotado práticas insustentáveis (pecuária e alienação de madeira a madeireiros, por exemplo), o que não tem impedido o empobrecimento de suas populações, acarretando êxodo<sup>124</sup>. Nesse quadro, caberia indagar o que faria o modelo de reservas indígenas de recursos naturais ter êxito.

A partir dos elementos trazidos nesta dissertação pode-se afirmar que a proposta da RIRN, embora uma medida de imensa valia para a solução do problema de sobreposições de TI e UC, não pode ser considerada a única, especialmente porque não resolve o problema do risco de perda de biodiversidade nas áreas de excepcional relevância ambiental, nas quais a permanência humana deve ser vedada. Além disso, embora estabeleça um *ganho ambiental* em relação ao regime de uso dos recursos naturais das terras indígenas, a RIRN ainda mantém o princípio do indigenato acima do bem ambiental, não representando uma solução

---

<sup>123</sup> José Eduardo Rodrigues registra sua preocupação com a viabilidade desta categoria de UC (2005, p. 178-179).

<sup>124</sup> A maioria das unidades destas categorias apresenta decréscimo populacional.

proporcional e razoável para a colidência dos interesses do art. 225 e do art. 231 da Constituição.

Pensamos que o ideal seria a composição de mosaicos a partir de áreas de sobreposição, que seriam divididas em reservas indígenas de recursos naturais (RIRN) e áreas de proteção integral como estações ecológicas, reservas biológicas ou parques, conforme o caso, alternativa que conciliaria a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentado das comunidades indígenas.

Em suma, a reclassificação da área de sobreposição como RIRN é uma medida certamente válida, porém desde que adotada em conjunto com outras, pois problema de tamanha envergadura não comporta solução única.

### 8.7 Criação de áreas reservadas

Parte do problema da presença indígena no interior das unidades de conservação se deve à necessidade de terras para algumas das referidas comunidades, especialmente no Sul e Sudeste do país. Embora o Estatuto do Índio possibilite uma solução jurídica e justa para a questão, através do estabelecimento de áreas reservadas<sup>125</sup>, a União tem se esquivado em cumprir a lei, possivelmente em virtude dos custos decorrentes das necessárias desapropriações, sendo-lhe muito mais cômodo ver áreas que já são públicas e despovoadas, como as unidades de conservação de proteção integral, invadidas pelos índios, tornando letra morta o teor dos artigos 26 a 30 da Lei 6.001/1973.

Trata-se de postura omissa que somente poderá ser reformulada com medidas como o ajuizamento de ações civis públicas visando obrigação de fazer consistente no estabelecimento de áreas reservadas ou mesmo visando a imposição de sanções por improbidade administrativa, eis que evidente a violação aos princípios da Administração Pública tais como a legalidade, a lealdade e a eficiência.

Diante do direito constitucionalmente assegurado aos índios de possuírem as terras bastantes para sua organização social, costumes, crenças e tradições, assim como as imprescindíveis à preservação do seu bem estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231), é imperioso que a União adote as medidas necessárias a fim de disponibilizar mais territórios para esse mister, desde que não se situem em UC.

---

<sup>125</sup> Conforme já analisado em 5.6.

## 8.8 Dignidade não se assegura apenas com terras: efetividade dos direitos fundamentais dos índios

Pode passar despercebido por muitos o fato de que, enquanto academicamente são travados apaixonados debates, a condição de vida da maior parte dos indígenas em nosso país aproxima-se da indigência. Em verdade, a situação parece refletir exatamente as mesmas injustiças da distribuição de renda da população brasileira, considerada uma das piores do planeta.

De um lado, observam-se índios ricos (certamente ricos a ponto de não poderem mais ser classificados apenas como “classe média”) como alguns líderes Cinta Larga que, desfrutando dos benefícios da exploração ilegal de uma das maiores jazidas de diamantes do mundo (a existente na Terra Indígena Roosevelt), passeiam em Espigão do Oeste e Cacoal (Rondônia) dirigindo suas caminhonetes de luxo, divertindo-se com prostitutas não-índias, e passando alguns dias em suas belas casas localizadas na área urbana do município<sup>126</sup>.

Todavia, trata-se evidentemente de uma exceção à regra. Na esmagadora maioria dos casos as comunidades indígenas têm enfrentado miséria, fome e doenças, com índios morrendo de inanição em seus territórios devidamente demarcados. Deram-lhes terras, muitas terras, e mais nada. Embora o assunto pareça extrapolar o objeto desta dissertação, a constatação é a de que a enorme dívida pretérita do Brasil para com os indígenas não apenas está longe de ser quitada como, em muitos casos, está até ampliando.

Isto mostra o quão equivocado é o raciocínio segundo o qual bastam aos índios terem suas terras demarcadas e protegidas para que esteja garantida sua dignidade. Como já visto, o processo de transfiguração étnica é irreversível para as comunidades que já entraram em contato com a sociedade brasileira, sendo que a proteção contra este contato, embora buscada atualmente como uma das mais eficazes medidas de proteção, parece se tornar utopia.

---

<sup>126</sup> Embora não existam dados oficiais, estima-se que a alta do preço dos imóveis urbanos e rurais na região de Cacoal (uma das cidades mais prósperas de Rondônia) seja em grande parte estimulada pela demanda dos líderes Cinta Larga. O mais rico deles, João Bravo, possui 22 empregados brancos e uma frota de seis veículos. A extração mensal de diamantes rende um total de R\$ 10 milhões, dividido entre índios, garimpeiros e demais componentes da cadeia de extração e contrabando (Mendes, 2007).

O fato é que de nada adianta demarcar vastidões territoriais a índios já contatados sem que lhes seja proporcionado acesso a educação e saúde de qualidade, auxílio técnico a projetos de desenvolvimento sustentáveis, bem como meios legais para fazer valer seus direitos como amplo acesso à Justiça<sup>127</sup>.

Talvez o exemplo mais flagrante de demagogia relativo à política indigenista seja o de não se positivar um novo modelo de patentes que assegure o conhecimento tradicional associado à biodiversidade como um direito. O atual modelo da Lei 9.279/1996, calcado na ética concorrencial capitalista, define a descoberta como invenção (art. 6º), chancelando a biopirataria do conhecimento tradicional.

O desenvolvimento de um novo medicamento, por exemplo, pode levar anos a um custo de centenas de milhões de dólares. Milhares de compostos são testados para chegar a um que seja adequado, mas o atalho pode estar na floresta, no conhecimento da medicina indígena, podendo representar para os laboratórios norte-americanos, europeus e japoneses uma considerável economia<sup>128</sup>.

Portanto, a necessidade de alteração legislativa é urgente, dado o vasto potencial de bioprospecção do Brasil, tanto por sua abundante biodiversidade, como pelo valioso conhecimento de suas comunidades indígenas. Sem os bilionários dividendos advindos de um regime mais democrático de patentes, os índios são lesados, recebendo em troca vastidões territoriais que não se convertem em vida com dignidade. A exemplo de promessa legislativa vazia de ações governamentais, lembre-se que o Decreto 5.758/2006, ao traçar o Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), elencou como uma das “estratégias” *garantir a repartição eqüitativa de benefícios quando houver acesso a recursos biológicos e ao*

---

<sup>127</sup> Não se pode esquecer, ainda, que embora alguns grupos indígenas brasileiros careçam escandalosamente de terras, outros têm superfícies muito superiores às suas necessidades (Dourojeanni e Pádua, 2002, p. 148).

<sup>128</sup> Apenas a título de exemplo, as mulheres wapixana (Roraima) guardam para emergências médicas uma noz chamada tipir. Segundo a tradição daquele povo, a raspa do tipir estanca hemorragias e impede infecções, além de servir como anticoncepcional. O tipir também é abortivo. Tal conhecimento não passou despercebido ao bioquímico Conrad Gorinsky, presidente da Fundação para Etnobiologia, sediada em Londres. Ele nasceu em Roraima, onde conviveu com os índios wapixana e morou até os 17 anos. Com os índios, Gorinsky conheceu a árvore cuja semente é usada como anticoncepcional e uma planta que possui uma substância venenosa, utilizada pelos wapixana na pesca. O químico obteve junto ao Escritório de Patentes Europeu o direito de propriedade intelectual sobre os compostos farmacológicos das plantas amazônicas e se associou à empresa canadense Greenlight Communications para produzir e comercializar os medicamentos. O Brasil, e em especial os wapixana, não recebem nenhum benefício por essas patentes (<http://www.inova.unicamp.br/inventabrasil/ropu.htm>). Não é de se estranhar, como se vê, a elevada quantidade de entidade não-governamentais estrangeiras que procuram “auxiliar” os índios.



*conhecimento tradicional associado, relacionados às terras dos povos indígenas* (item II, “b”, do Anexo). Além disso, o PNAP estabelece o compromisso governamental de difundir a política nacional de acesso e uso de recursos genéticos e conhecimento tradicional associado (item II, “g”), o que inegavelmente renderia dividendos às comunidades indígenas. Todavia, neste ponto deve-se frisar que a Medida Provisória 2.186/2001, editada justamente com a finalidade de proteger o conhecimento das comunidades tradicionais e garantir-lhes benefícios decorrentes de sua exploração ainda “não pegou”, permanecendo apenas como mais uma promessa não cumprida. O conhecimento tradicional constitui preciosa fonte de riquezas, e, se concretizado por políticas públicas, poderia gerar benefícios para as comunidades muito maiores do que a simples e desacompanhada demarcação de vastas extensões de terra.

Outro ponto vital para a dignidade dos povos indígenas é o cumprimento do item II, “d”, do Anexo do referido Decreto, consistente no compromisso legal de *implementar iniciativas de valorização, conservação e melhoramento dos sistemas tradicionais da produção, organização e gestão para povos indígenas*. Isto porque a transfiguração étnica acarretou a decadência dos meios de produção tradicionais, fazendo-se necessário o apoio técnico através de órgãos como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), o que ainda se dá de forma tímida, ante a ausência de engajamento mais decidido e decisivo do governo federal.

Não menos importante seria cumprir a promessa de *criar e implementar mecanismos para a remuneração de serviços ambientais para aqueles que conservam a diversidade biológica* (item II, “l”), de modo a financiar as comunidades indígenas que conservassem seus espaços.

Em suma, há que se superar o conceito formal de Estado de Direito. O Estado democrático de Direitos (ou Estado de Direito material) se identifica com o compromisso com a justiça, com o resguardo e a promoção da dignidade humana. A construção da dignidade demanda prestações do Estado, sendo o reconhecimento de terras necessário à sobrevivência uma delas. Todavia, num contexto de ampla desfiguração cultural, a terra certamente não é a maior delas. Ao seu lado, no mesmo patamar de importância, se encontram a educação, a saúde, a justa remuneração dos conhecimentos tradicionais, o amparo técnico para o desenvolvimento de processos produtivos ambientalmente sustentáveis, dentre outros.

## 9 CONCLUSÕES

A Constituição da República assegura às presentes e futuras gerações o direito de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, cuja defesa é dever de todos (art. 225, *caput*). Estabeleceu-se, assim, um *direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado*, cuja natureza é difusa (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, I), e cujos titulares são todos os seres humanos das presentes e das futuras gerações. Dado este amplo espectro, o bem ambiental pode ser considerado *bem de máxima difusão*.

Uma das formas de concretização deste direito se dá através da delimitação de *espaços territoriais especialmente protegidos*, vedada qualquer utilização que comprometa os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III). A estes espaços territoriais especialmente protegidos o legislador infraconstitucional denominou *unidades de conservação da natureza*, quando criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000). Estas unidades, portanto, constituem meio necessário para a efetividade do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

De outro lado, a Constituição reconhece 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 (art. 231, *caput*). O texto constitucional define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como 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 (§ 1º). Este direito dos índios à terra pode ser classificado como coletivo em sentido estrito (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, II).

Embora as unidades de conservação e as terras indígenas constituam institutos com finalidades distintas, e cuja concretização deve ocorrer a partir de espaços territoriais próprios, existem atualmente no país dezenas de casos de comunidades indígenas estabelecidas no interior de unidades de conservação.

Esta permanência ocorre de dois modos básicos: ocupação das unidades de conservação pelos índios ou sobreposição legal das áreas destas unidades com as das terras indígenas.

Existe, na espécie, colisão de dois princípios. De um lado, o direito coletivo fundamental dos índios à terra; do outro, o direito difuso fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Embora até o presente momento tenha predominado o entendimento de que o direito indígena à terra prevalece inexoravelmente sobre o estabelecimento das unidades de conservação, sob o argumento de que o princípio do indigenato, ou seja, da posse congênita, é anterior ao Estado e, portanto, ao ordenamento jurídico, é mais correto afirmar que a mencionada colisão deve ser resolvida através de regras de ponderação, haja vista que o direito fundamental ao meio ambiente não pode ser sumariamente descartado em razão do dogma do indigenato.

Ao contrário do conflito de regras, o qual é resolvido na base do *tudo ou nada* com o afastamento total de uma das normas, a colisão de princípios é solucionada mediante juízo de ponderação, sopesando-se a proporcionalidade e a razoabilidade, dosando-se tais normas e aplicando-as em grau variável, visto que princípios são mandatos de otimização, realizáveis segundo as possibilidades do caso concreto.

De outro lado, os direitos fundamentais são direitos históricos. Refletem, portanto, o conjunto de valores e carecimentos de uma sociedade em um dado momento. Em razão dessa historicidade, direitos anteriormente sequer vislumbrados (como o meio ambiente) podem ser positivados como fundamentais, enquanto outros (como o direito à terra indígena) podem ser mitigados em face da nova realidade. A marcha histórica demonstra um progressivo grau de coletivização dos direitos, de modo que os interesses de um grupo não podem se sobrepor aos interesses difusos (supremacia dos interesses difusos).

O momento histórico presente demonstra a emergência do paradigma ambiental, o que, na esfera jurídica, reflete-se na emergência do bem ambiental, evidenciando a necessidade de uma hermenêutica diferenciada, calcada nos princípios da precaução-prevenção, da transversalidade, da cooperação entre os povos e da solidariedade intergeracional.

A presença indígena em unidades de conservação acarreta violação ao direito difuso ao meio ambiente, especialmente diante do grau atual de contato destes povos com a sociedade envolvente, o que os leva a incorporar técnicas mais

impactantes para a natureza, com o progressivo abandono de suas atividades tradicionais (transfiguração étnica), concretizando uma ameaça à biodiversidade.

Com relação à invasão de unidades de conservação por índios, deve ser promovida a desocupação de forma amigável ou litigiosa. Já com relação ao problema das sobreposições de áreas de unidades de conservação e terras indígenas, a solução deve ocorrer mediante aplicação da regra de ponderação, buscando a otimização dos princípios em colisão através de uma *via de mão dupla*, na qual ambos poderão sofrer mitigações para a compatibilização dos interesses envolvidos, sem que algum seja peremptoriamente afastado.

Desse modo, tanto as terras indígenas como as unidades de conservação poderão ter seus limites territoriais alterados para fim de ajuste e eliminação da sobreposição, levando-se em conta a necessidade de proteção da biodiversidade (CR, art. 225) e a irremovibilidade das comunidades indígenas (CR, art. 231, § 5º).

A simples subtração das áreas de unidade de conservação sobrepostas e sua incorporação aos territórios indígenas, ou a sua transformação em unidades de conservação de uso sustentável não pode se constituir na única solução para a questão, haja vista que não satisfaz, por exemplo, o problema das áreas de relevante biodiversidade, de modo que não pondera devidamente o interesse do art. 225, *caput*, da Constituição. Em outras palavras, é flagrantemente inconstitucional a mera desafetação das áreas de unidades de conservação sobrepostas, por violar o direito fundamental difuso ao meio ambiente.

O reconhecimento das terras indígenas deve ser realizado pelo Estado brasileiro, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte no comprometimento, ou na ameaça de comprometimento (princípio da precaução/prevenção), da integridade dos atributos que justificaram a instituição do regime jurídico de proteção especial das unidades de conservação (CR, art. 225, § 1º, III).

Diante da inércia do Poder Público na solução da questão das sobreposições, são cabíveis remédios extrajudiciais, tais como a mediação entre os órgãos envolvidos e celebração de termo de ajustamento de conduta, assim como remédios judiciais, por meio de demandas na esfera cível como ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção, incluindo, por iniciativa do Ministério Público, ação civil pública destinada a aplicação de sanções

por improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) e, na esfera penal, a ação em razão do crime do art. 68 da Lei 9.605/1998.

Em suma, o Estado brasileiro e os estudiosos do Direito não podem quedar-se inertes diante de problema social, ambiental e jurídico de tamanha magnitude. O silêncio do meio acadêmico, que não tem dedicado a devida atenção ao tema, é perigoso na medida em que propicia a abertura de larga margem para a adoção de posturas governamentais que, além de inconstitucionais, atendam apenas ao interesse estatal (interesse público secundário) e não ao interesse difuso (interesse público primário) de toda a coletividade presente e futura à conservação da biodiversidade.

## 10 BIBLIOGRAFIA

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. “O princípio constitucional da supremacia dos interesses e direitos difusos”. Monografia apresentada por ocasião da conclusão da disciplina “Fundamentos dos Direitos Difusos e Coletivos – II”, curso de mestrado em Direito das Relações Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”, *in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999a, p. 55-66.

\_\_\_\_\_. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”, *in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999b, p. 67-79.

\_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”, *in* Revista de Direito Privado, v. 6 n. 24 out./dez. 2005, pp. 334-344.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* *A defesa dos direitos indígenas no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

ARAÚJO JR., Pedro Dias de. “O princípio da Eficiência Ambiental na análise do projeto da transposição do rio São Francisco”. Trabalho apresentado no 9º Congresso de Advocacia Pública, São Paulo, novembro de 2005. Disponível em <<http://www.pge.se.gov.br/modules/wfdownloads/visit.php?cid=1&lid=18>>, acesso em 29.2.2008.

ARRUDA, Roldão; FREITAS, Evelson. “Governo aperta cerco, mas garimpo ilegal avança em reserva”. In O Estado de S. Paulo. São Paulo, 16.12.2007, p. A14.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. “O consumo de massa e a ética ambientalista”. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo. v. 43, p. 177-202, jul-set. 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos *et al.* *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. “O regime brasileiro das unidades de conservação”. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo. v. 21, p. 27-56, 2001.

\_\_\_\_\_ *et al.* *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BOBBIO, Norberto. “Liberalismo velho e novo”, *in* O Futuro da Democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed., Brasília: UnB, 1996.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BODMER, R.E.; EISENBERG, J.F.; REDFORD, K.H.. “Hunting and the likelihood of extinction of Amazonian mammals”. In Conservation Biology, Arlington, v. 11, ano, p. 460-466, p. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 3.105-DF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudência/>>, acesso em 27.1.2008.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer AC-48. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/PARECER%20AGU%20AC%2048.doc>>, acesso em 29.2.2008.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma História*. São Paulo: Ática, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 128-159, 1977.

CAPELLI, Sílvia. “Avaliação de impacto ambiental e o componente da biodiversidade”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v. 24., p. 64-101. out./dez., 2001.

CARRILLO, E. Wong; G. CUARÓN, A. D. “Monitoring mammal populations in Costa Rican protected areas under different hunting restrictions”. In *Conservation Biology*, Arlington, v. 14, ano 6, p. 1580-1591, 2000.

COAN, Emerson Ike. “Ensino jurídico, interdisciplinaridade e o espírito da nova lei civil”, in *Revista de Direito Privado*, São Paulo: v. 14, abr.-jun./2003, p. 7/37.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.



CULLEN Jr., L.; BODMER, R.E.; PÁDUA, C.V. "Effects of hunting in habitat of the atlantic forests, Brazil". In *Biological Conservation*, Amsterdam, v. 95, p. 49-56, 2000.

DOUREJANNI, Marc. J.; PADUA, Maria Tereza Jorge. *Biodiversidade: a hora da decisão*. Curitiba: UFPR, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo – introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

FANNY, Ricardo (*et al.*). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Socioambiental, 2004.

FERNANDEZ, Fernando. *O poema imperfeito: crônicas de Biologia, conservação da natureza e seus Heróis*. 2ª ed., Curitiba: Fundação O Boticário de proteção à Natureza, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. "O aproveitamento de recursos hídricos em terra indígena". In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. v. 9. n. 36, p.257-87, jul./set. 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FRONTIER, Serge. *Os Ecossistemas*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GARCIA, Emerson. “Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico”, in *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./ mar. 2005, p. 85-111.

GARCIA, Lenise Aparecida Martins. “Transversalidade e Interdisciplinaridade”, in [http://www.ensino.net/transversalidade\\_print.cfm](http://www.ensino.net/transversalidade_print.cfm). Acesso em 21 set. 2006.

GAZOTO, Luís Wanderley. “Terras Indígenas e proteção ao Meio Ambiente”. In *Boletim dos Procuradores da Republica*. São Paulo, n. 74, p. 16-22, maio de 2007.

GOMES, Luís Roberto. “Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v. 16, p. 164-191, out.-dez. 1999.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa – O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. 13ª ed., São Paulo: Papirus, 2002.

\_\_\_\_\_. *Caosmose: um novo paradigma estético*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

GUILLAUMON, J. Régis. “Políticas Públicas e Ocupação Humana: populações tradicionais em unidades de conservação da natureza”. In *Revista de Direitos Difusos*, v. 20, do quarto bimestre de 2003.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEOPOLDI, José Sávio. “Rousseau, estado de natureza, o ‘bom selvagem’ e as sociedades indígenas”. In: *Revista Alceu*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, v. 2, n.4, p. 158 a 172, jan./jun. 2002.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. “A presença das populações tradicionais em unidades de conservação”. In *Revista de Direitos Difusos*, v. 21, quinto bimestre de 2003.

LIMA, André *et al.* *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOPES, M. A.; FERRARI, S. F. "Effects of Human Colonization on the abundance and diversity of mammals in eastern Brazilian Amazônia". In *Biological Conservation*, Amsterdam, v. 14, ano 6, p. 1658-1665, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. "O direito fundamental dos índios à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito". In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 43, n. 170, abr.-jun., 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2ª. ed., 2005.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. "Aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito ambiental". In *Revista de Direito Ambiental*, n. 46, abril-junho de 2007, p. 114-129.

MARTINS-COSTA, Judith (*et al.*). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDEIROS, Rodrigo. "A política de criação de áreas protegidas no Brasil: evolução, contradições e conflitos". In *Anais do IV Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação*, Curitiba: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Vannildo. “Índios se associam a garimpeiros para explorar diamantes em reserva”. In O Estado de S. Paulo. São Paulo, 11.11.2007, p. A12.

MERCADANTE, Maurício. “Breve histórico da origem e tramitação do Projeto de Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação”. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo. v. 16., p. 223-226. out./dez., 1999.

\_\_\_\_\_. “Avanços na implementação do SNUC e desafios para o futuro”. In Anais do V Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, Curitiba: Fundação O Boticário de proteção à Natureza, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 31ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre o princípio da eficiência”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=343>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

MONJEAU, Adrián. “Conservación de la biodiversidad, áreas protegidas y gente: escalas diferentes, problemas diferentes”. In Anais do V Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, Curitiba: Fundação O Boticário de proteção à Natureza, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORIN, Edgar. *Terra-Pátria*. 5ª ed, Porto Alegre: Sulina. 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Fábio Olmos Correa. “Os Guaranis invadem o Parque Estadual Intervales: como destruir a biodiversidade sendo politicamente correto”. In *Revista de Direitos Difusos*, v. 20, quarto bimestre de 2003.

NUMOMURA, Eduardo. “Juréia, alvo dos palmiteiros e do corte ilegal”. In *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 19.8.2007, p. A30.

OLIVA, Adriana; COSTA, Sandra Dias. “Contribuição do Ministério Público Federal na aplicação do artigo 57 do SNUC: a experiência do grupo de trabalho relativo à Estação Ecológica Juréia-Itatins e à Terra Indígena Kwaray Porã, Iguape – SP”. In *Anais do V Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação*, Curitiba: Fundação O Boticário de proteção à Natureza, 2007.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

PÁDUA, Jorge Augusto. “A ocupação do território brasileiro e a conservação dos recursos naturais”. In *Unidades de Conservação: atualidade e tendências 2004*. Curitiba: Fundação O Boticário de proteção à Natureza, 2004, p. 12-19.

PARDO, David Wilson de Abreu. “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam: o caso da comunidade indígena Nawa do Parque Nacional Serra do Divisor, Acre”. In *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis. v. 29. n. 102. p. 341-53. 2004.

PERES, C.A. “Populations status of white-lipped *Tayassu pecari* and collared peccaries *T. tajacu* in hunted and unhunted Amazonian forests”. In *Biological Conservation*, Amsterdam, v. 77, p. 115-123, 1996.

\_\_\_\_\_. “Synergistic effects of subsistence hunting and habitat fragmentation on amazonian forest vertebrates”. In *Conservation Biology*, Arlington, v. 15, ano 6, p. 1490-1505, 2001.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Q.C., Michael Jeffery; CRAIG, Donna. "Wildlife management in Australia: different perspectives on indigenous participation". In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v. 35, p. 217-237, jul-set., 2004.

REDFORD, K. H. "The empty forest". In *BioScience*, Philadelphia, v. 42, n. 6, p. 412-422, 1992.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

ROBINSON J.G.; BENNETT, E.L. "Will alleviating poverty solve the bushmeat crisis?". In *Oryx*. Cambridge, v. 36, p. 332, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental – Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Sistema nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens". In *Obras de Jean-Jacques Rousseau*. Rio de Janeiro: Globo, v. 1, p. 137-257, 1958.

SAMPLE, Ian. "Amazônia pode acabar em 40 anos". In *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 5.10.2007, p. A19.

SANTILLI, Juliana. "Aplicação das normas ambientais as terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas". In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v.3., p.68-77. out./dez., 1998.

\_\_\_\_\_. (et al.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Fernanda Tartuce. *Mediação como meio de composição de conflitos civis*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Lásaro Moreira da. “O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas”. *Revista Jurídica da UNIGRAN*. Dourados, v.6. n.11. p.139-52. jan./jun. 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira da. “Teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa”. In *Revista de Direito Ambiental*, v. 46, abr./jun. 2007, pp. 164-190.

SOUZA, Luís Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SOUZA, Motauri Chiochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

TARTUCE, Flávio. “A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7719>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

TOMACEVICIUS FILHO, Eduardo. “A função social do contrato: conceito e critério de aplicação”. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 42, n. 168, out.-dez., 2005.

URBAN, Teresa. *Saudade do matão. Relembrando a História da conservação da Natureza no Brasil*. Curitiba: UFPR, 1998.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. “As novas tendências e os novos desafios do Direito Ambiental”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 313, 16 de maio de . 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5225>>. Acesso em: 11 abr. 2006.