

POPULAÇÕES TRADICIONAIS E MEIO AMBIENTE: ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS COM DUPLA AFETAÇÃO

Leandro Mitidieri Figueiredo¹

RESUMO: Este artigo aborda a transformação de índios, quilombolas e outras populações tradicionais em ameaças ao meio ambiente fundamentalmente em razão de uma esquizofrenia do Estado brasileiro que, por outro lado, reconhece esses povos como fatores imprescindíveis à preservação do meio ambiente. Sustenta que não há choque na hipótese, pois não há choque entre proteção cultural e proteção ambiental, pertencendo todos esses bens jurídicos em jogo ao conceito amplo de meio ambiente. Encarada a questão como um choque, trata-se de uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais a ser resolvida pela ponderação, com a compatibilização do direito das comunidades indígenas e quilombolas com os objetivos da unidade de conservação, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento. Isto porque é vedada a remoção de povos tradicionais de suas terras, salvo em restritas hipóteses. Os conflitos entre as políticas governamentais decorrentes das diferentes visões devem ser dirimidos. A sobreposição entre terras indígenas ou quilombolas e unidades de conservação, sejam de uso sustentável ou de proteção integral, ou a presença de outras comunidades tradicionais no interior dessas áreas protegidas devem ensejar a dupla afetação.

Palavras-chave: Índios. Quilombolas. Populações tradicionais. Meio Ambiente. Unidades de Conservação. Sobreposição. Dupla afetação.

ABSTRACT: *This article discusses the transformation of indians, maroons and other traditional populations in threats to the environment primarily as a result of a schizophrenia of the Brazilian state that, on the other hand, recognizes these populations as indispensable factors to the preservation of the environment. It maintains that there is no shock in the event because there is no clash between cultural protection and environmental protection, both belonging to the wide concept of environment. Regarded the issue as a shock, it's a collision between fundamental constitutional rights to be resolved by ballancing the right of indigenous and maroon with the goals of the*

¹ Procurador da República, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB, ex-Procurador Federal, ex-Chefe da Procuradoria Regional do INCRA no Rio de Janeiro.

environmental conservation units, but discarding the relocation or resettlement. This is because it is forbidden to remove traditional populations from their traditional lands, except in limited cases. Clashes between government policies arising from different views must be resolved. The superposition between indigenous or maroons lands and environmental conservation units, of sustainable use or fully protected, or the presence of other traditional communities within these protected areas must give rise to double affectation.

Keywords: *Indians. Maroons. Traditional populations. Environment. Environmental conservation units. Overlay. Double affectation.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Populações Tradicionais. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Índios. 2.3. Quilombolas. 2.4. Outras populações tradicionais. 3. Meio Ambiente. 3.1. Marco inicial do Direito Internacional Ambiental. 3.2. Código Florestal Brasileiro. 3.3. Estocolmo 72. 3.4. Constituição da República de 1988. 3.5. ECO 92. 3.6. SNUC. 3.7. RIO+20. 4. Sobreposição. 4.1. Estado Esquizofrênico. 4.2. Socioambientalismo. 4.3. Territórios de Populações Tradicionais como Patrimônio Cultural. 4.4. Colisão entre Direitos Fundamentais. 4.4.1. Ponderação. 4.4.2. Constituição da República. 4.4.3. Lei do SNUC. 4.4.4. Convenção 169 da OIT. 4.5. Colisão entre políticas governamentais. 5. Dupla Afetação. 6. Conclusão.

1. Introdução

O Brasil é um país de graves conflitos, graves conflitos nas cidades e graves conflitos no campo.

Há cerca de 500 anos, quando a esquadra de Pedro Álvares Cabral ancorou em frente à foz do Rio Cahy, no Município de Prado, na Bahia, o Brasil era praticamente uma grande floresta habitada por populações tradicionais, os índios.

De lá para cá, a colonização, partindo do litoral em direção aos sertões, dizimou grande parte dessa população, assim como devastou enorme parte dos biomas encontrados. Onde não chegaram a colonização e o modelo econômico adotado, favorecedor do latifúndio e do agronegócio em larga escala, subsistiram as áreas com

natureza e povos originários, além de outras populações tradicionais não inseridas na sociedade hegemônica.

O processo de avanço da sociedade hegemônica não parou. A fronteira agrícola, a mineração e grandes empreendimentos energéticos continuam a pressionar as populações tradicionais e o meio ambiente. Esse é o cenário bem conhecido da nossa zona rural, ao qual deve se acrescentar o conflito entre o latifúndio e os pequenos trabalhadores rurais.

Mas a questão consegue ficar um pouco mais complexa. Ao invés de unidos frente ao inimigo comum, há quem enxergue populações tradicionais e meio ambiente como elementos dissociados e incompatíveis, representando um ameaça ao outro.

A questão exsurge de fenômeno que deveria ser considerado absolutamente natural, qual seja, a sobreposição entre terras indígenas ou quilombolas e unidades de conservação, principalmente de proteção integral, ou da presença de outras comunidades tradicionais no interior dessas áreas protegidas.

2. Populações Tradicionais

2.1. Considerações gerais

O conceito comunidades tradicionais é relativamente novo, tanto na esfera governamental quanto na esfera acadêmica ou social. A expressão comunidades ou populações tradicionais surgiu no seio da problemática ambiental, no contexto da criação das unidades de conservação, para dar conta da questão das comunidades tradicionalmente residentes nestas áreas.

São chamadas “tradicionais” por manterem muitos aspectos culturais seculares e praticarem, sobretudo, a agricultura ou pesca voltada à subsistência².

A Lei 11.284/2006, que dispõe sobre gestão de florestas públicas para a produção sustentável, equipara comunidades locais a populações tradicionais e outros grupos humanos, conceituando-os como grupos “organizados por gerações sucessivas, com

² SANTOS, 2008, p. 5.

estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica” (art. 3º, inc. X).

A Lei 11.428/2006 - Lei da Mata Atlântica define população tradicional como “população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental” (art. 3º, inc. II).

Para o Decreto 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, enfatizando o acesso aos territórios tradicionais e aos recursos naturais, povos e comunidades tradicionais são entendidos como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidos pela tradição” (art. 3º, inc. I).

Segundo estimativas do antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida, os povos e comunidades tradicionais somam aproximadamente vinte e cinco milhões de pessoas e ocupam aproximadamente um quarto do território nacional. Essas estimativas incluem povos indígenas, comunidades quilombolas e seus territórios tradicionais, muitas dessas terras ainda não regularizadas, intrusadas e degradadas³.

É preciso se ter em conta que, não obstante o elemento da tradicionalidade, todos os povos têm direito de se desenvolver. No âmbito dos direitos humanos, em meio à batalha ideológica entre os direitos civis e políticos - herança liberal patrocinada pelos Estados Unidos - e os direitos econômicos, sociais e culturais - herança social patrocinada pela então União Soviética -, o chamado Terceiro Mundo propôs direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento⁴.

Assim, para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de

³ <http://www.icmbio.gov.br/portal/comunicacao/noticias/4-geral/3120-comunidades-tradicionais-ja-estao-na-web.html>. Acesso em 2 de fevereiro de 2013.

⁴ LAFER, Celso apud PIOVESAN, idem, p. 138.

assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação nesse processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes⁵.

2.2. Índios

Os índios são populações tradicionais que se estabeleceram no Brasil há cerca de onze ou doze mil anos. Hoje já se sabe que na confluência dos Rios Negro e Solimões, assim como no Alto Xingu, existiram conglomerados humanos altamente desenvolvidos. As estimativas dão conta de dois a cinco milhões de índios quando da chegada dos portugueses ao Brasil, sendo registrado um total de mil e quatrocentas etnias. Hoje são cerca de seiscentos mil índios e duzentas e vinte e cinco etnias⁶.

O direito dos índios às suas terras é um direito constitucional fundamental. O fundamento jurídico e histórico do direito dos índios é a ocupação originária, tradicional e imemorial de suas terras. As terras indígenas são bens públicos federais, sendo reconhecida a “posse” permanente e o “usufruto” exclusivo dos índios sobre elas, ficando a União como nua-proprietária (arts. 20, inc. XI, e 231, § 2º, CR). Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, não gerando indenização, salvo quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

O traço da originalidade do direito dos índios foi apontado pelo Supremo Tribunal Federal, que ressaltou a anterioridade em relação a outros direitos, até mesmo em relação ao nascimento das unidades federadas:

Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas".

(...)

⁵ *Ibidem*, p. 139.

⁶ KAYSER, 2010, p. 45-47.

DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF)⁷.

A "posse" e o "usufruto" dos índios sobre suas terras não se identificam com os institutos tradicionais civilistas, não se aplicando a eles a disciplina comum dos Direitos Reais do Código Civil e da proteção possessória do Código de Processo Civil. Trata-se de posse e usufruto tradicionais, institutos de Direito Constitucional, como bem fixou o Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA⁸.

2.3. Quilombolas

Uma das ideias em prol da conclusão do processo inacabado da abolição e reparação da dívida histórica na questão do negro no Brasil foi o reconhecimento da propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras.

O direito de propriedade das populações não integradas na comunhão nacional sobre as terras que tradicionalmente ocupam já era reconhecido pelo art. 11 da Convenção 107/57 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, promulgada pelo Decreto 58.824/66, sendo certo que, à época, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo, os tratados e convenções internacionais ingressavam no ordenamento

⁷ Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

⁸ Ibidem.

jurídico pátrio com status de lei (art. 74, alínea “d”, da Constituição da República de 1937).

Proposta do Movimento Negro à Assembleia Nacional Constituinte, convertida no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, tal direito apenas foi contemplado com efetividade após sua regulamentação, contida ao máximo pelas forças conservadoras da elite brasileira. Primeiramente, adveio o tímido Decreto 3.912/01 e depois veio a lume o Decreto 4.887/2003.

O direito de propriedade dos remanescentes de quilombos sobre suas terras é um direito constitucional fundamental, necessário para assegurar existência digna, livre e igual. É direito coletivo conferido em função da qualidade da comunidade de remanescente de quilombos. Neste diapasão, o título da propriedade somente pode ser coletivo e pro indiviso. O direito também é inalienável, indisponível, imprescritível e impenhorável (art. 17 do Decreto n. 4.887/03), à semelhança do que ocorre com as terras indígenas (art. 231, § 4º, CR).

A norma do art. 68 do ADCT emana do poder constituinte originário, que é ilimitado, incondicionado e primário, ou seja, que tudo pode. Esta norma tem o condão de reconhecer a propriedade das terras, sendo o processo administrativo, e eventualmente o judicial, declaratórios deste direito, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Nesta linha, a posse da comunidade, mesmo antes de concluída a regularização, é de boa-fé e com base em justo título, fundada no direito de propriedade, o que a protege de demandas tanto possessórias como reivindicatórias. O reconhecimento da propriedade da comunidade, traço peculiar desse direito, também equivale a uma aquisição originária para todos os efeitos civis, suplantando quaisquer direitos anteriormente adquiridos pelos remanescentes com base nos mesmos fundamentos, como o reconhecimento de “Terras de Preto”⁹.

Nada obstante, prevaleceu no âmbito federal o entendimento da necessidade de desapropriação das áreas. Os direitos incidentes sobre terras de quilombo, se não forem nulos, não estiverem prescritos, não tiverem sofrido pronunciamento de comisso

⁹ FIGUEIREDO, 2006, p. 57-69.

ou não tiverem perdido a eficácia, serão desapropriados mediante indenização, por interesse social, com fundamento no art. 13 do Decreto n. 4.887/03. Apesar de se tratar de desapropriação para fins de proteção do patrimônio cultural brasileiro (216, § 1º, CR), chegou-se a pensar na adoção da desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184, CR), concluindo-se pela adoção da chamada desapropriação por interesse social genérico, com base na Lei 4.132/62.

2.4. Outras populações tradicionais

Além dos indígenas e dos quilombolas, há uma miríade de outras comunidades tradicionais que ainda não gozam de uma proteção específica. Esta ausência de proteção específica, principalmente em relação ao reconhecimento na Constituição da República de 1988 de direitos territoriais especiais, leva alguns a entenderem que, do ponto de vista jurídico, haveria distinção entre os povos indígenas, os quilombolas e as populações tradicionais¹⁰ e que estas últimas não estariam sequer abrangidas pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata dos povos indígenas e tribais.

A verdade é que o fato de haver disciplinas jurídicas para índios, para quilombolas e para outras populações tradicionais não coincidentes não tem o condão de infirmar a constatação de que se tratam todos estes grupos de povos tradicionais em sentido amplo. Ainda, os povos tradicionais se enquadram perfeitamente no conceito de povos tribais contido no art. 1º da Convenção 169 da OIT:

1. A presente convenção se aplica:

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

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais

¹⁰ SANTILLI, 2004, p. 42.

e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.”

O critério fundamental para determinar se um grupo se enquadra na abrangência da referida convenção é a consciência de sua identidade indígena ou tribal (item 2 do art. 1º da referida Convenção).

Não se tem um rol exaustivo de comunidades tradicionais já que o processo de identificação e afirmação desses povos é algo muito dinâmico, assim como o próprio conceito de tradicionalidade. Pode-se citar alguns exemplos.

Ribeirinhos, espalhados por quase todo o território nacional, vivem em regiões de várzea (áreas alagáveis, próximas do rio) e possuem um modo de organização e reprodução social baseado na constante interação com o rio e determinado pelo regime hidrológico (mudanças no volume das águas) e pelos recursos que ele oferece.

Quebradeiras de coco-babaçu localizam-se nos Estados do Maranhão, Piauí, Pará e Tocantins, e têm no fruto a garantia do sustento de suas famílias, realizando a extração da amêndoa com o machado. O babaçu ainda dá origem ao azeite, ingrediente indispensável na alimentação do lavrador.

Seringueiros, castanheiros e coletores de frutos, sementes, erva medicinais, óleos e resinas vivem dentro da floresta, em pequenas clareiras chamadas "colocações", onde estão a moradia, o roçado e a criação doméstica. Os seringais geralmente ficam perto da moradia, os castanhais, mais distantes. Como regra, cada extrativista vive distante do outro em função da baixa densidade natural das espécies que utilizam.

Faxinalenses são comunidades rurais que se estabeleceram no centro-sul do Paraná e que se constituíram historicamente como mecanismo de autodefesa do campesinato local. Possuem formas peculiares de apropriação do território tradicional, baseadas no uso comunal das áreas de criadouros de animais, recursos florestais e hídricos e no uso privado das áreas de lavoura, onde é praticada a policultura alimentar de subsistência com venda de pequeno excedente.

Exemplo de populações tradicionais na pesca são os caiçaras, que vivem na zona litorânea do país, com maior representatividade nas regiões Sul e Sudeste; as marisqueiras, grupos de mulheres que realizam de forma artesanal a coleta de mariscos (moluscos e crustáceos) presentes nos manguezais e bancos de areia; e os pantaneiros, habitantes tradicionais da região do Pantanal.

Podemos ainda mencionar os ciganos que são um conjunto de populações [nômades](#) de origem [indiana](#) e língua originária do noroeste do [subcontinente indiano](#), o [romani](#), e os povos de terreiro que guardam o legado cultural afro e irradiam tal cultura na formação do país.

As relações com a terra e com a natureza variam de acordo com a comunidade tradicional, o que deve ser enxergado pelo direito. Assim é que a propriedade coletiva se aplica aos quilombolas, o uso comum temporário, mas repetido em cada safra, às quebradeiras de coco babaçu, o uso coletivo aos faxinalenses e o uso comum e aberto dos recursos hídricos e outras outorgas de uso aos ciganos.

3. Meio Ambiente

3.1. Marco inicial do Direito Internacional Ambiental

Aponta-se como marco inicial do direito internacional ambiental o caso Trail Smelter, de 1941, tratando de poluição, em que se arbitrou que o Canadá não tinha o direito de permitir emanações de gases que afetavam propriedades ou pessoas nos Estados Unidos. Após, outros casos se seguiram em que fundamentalmente se discutia o uso de recursos naturais comuns, como o caso do Lago Lanoux, sobre o uso de rio entre França e Espanha, e outros sobre caça e pesca de baleia, atum e foca¹¹.

3.2. Código Florestal Brasileiro

No Brasil, o Código Civil de 1916 regulava algumas questões ambientais voltado para a proteção de direitos privados na composição de conflitos de vizinhança. A matéria ambiental também permeava a legislação que o sucedeu (Código Florestal de 1934, Código de Águas de 1934, Decreto-lei 25 de 1937 sobre Patrimônio Cultural etc.).

¹¹ ACCIOLY, 2010, p. 682-684.

A partir da década de 60 é que surgem diplomas legais tratando mais diretamente do meio ambiente (Lei 5.197 de 1967 de Proteção à Fauna, Código de Pesca de 1967, Código de Mineração de 1967 etc.)¹².

O Código Florestal – Lei n. 4.771/65 faz parte desse grupo de leis inspirado pela emergência do movimento ecológico. É com esse diploma que surgem as figuras da reserva legal e da área de preservação permanente (arts. 1º, § 2º, inc. III, 2º e 3º).

Tais figuras foram praticamente dilaceradas pelo Novo Código Florestal - Lei 12.651/2012, em claro retrocesso ambiental, razão pela qual sua constitucionalidade foi questionada em três ações diretas de inconstitucionalidade da Procuradoria-Geral da República, ajuizadas em janeiro de 2013 (ADIs 4901, 4902 e 4903).

3.3. Estocolmo 72

O aumento da poluição, a emergência da energia nuclear e inúmeras tragédias ambientais, como vazamentos de óleo nas “marés negras” no Mar do Norte, provocaram a abordagem do meio ambiente por cada vez mais outro foco que não o econômico.

Foi nesse contexto que se realizou, por proposta da Suécia, a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972. Além da preocupação em coibir ou mitigar os danos ao meio ambiente, já estavam presentes as ideias de subdesenvolvimento como ameaça ambiental, de necessidade de cooperação por parte dos países desenvolvidos e de desenvolvimento sustentável.

3.4. Constituição da República de 1988

A Declaração de Estocolmo inspirou nossa Constituição da República de 1988, tendo ela entabulado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com seu caráter intergeracional, como direito fundamental difuso.

¹² MILARÉ, 2009, p. 799-800.

Surge a disciplina dos espaços territoriais especialmente protegidos que, criados por meio de lei ou ato administrativo, somente podem ser alterados ou suprimidos por meio de lei (art. 225, § 1º, inc. III).

3.5. ECO 92

Entre 1972 e 1992, vários tratados versando sobre proteção ao meio ambiente foram celebrados, assim como as tragédias ambientais se transformaram em verdadeiras catástrofes, como a utilização do “agente laranja” na Guerra do Vietnã, explosões de fábricas em Bhopal, na Índia, e na Basileia, na Suíça, acidente nuclear em Chernobyl e vazamento de petróleo no Alasca¹³.

Tema também de grande relevância era o desenvolvimento sustentável, abordado no Relatório Brundtland, preparado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente, em 1987. Tal tema influenciou sobremaneira a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, no Rio de Janeiro. Dela resultou a Agenda 21, a Declaração de Princípios sobre as Florestas e a Declaração de Princípios sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, todos documentos não vinculantes (*soft law*) e carregados de uma visão social, econômica e humana da questão ambiental, tratando, inclusive, das populações tradicionais.

3.6. SNUC

A primeira área formalmente protegida de que se tem notícia no mundo é o Parque Nacional de Yellowstone, criado em 1872, nos Estados Unidos da América. No Brasil a primeira área protegida foi o Parque Nacional de Itatiaia, criado em 1937, localizado no Maciço do Itatiaia, na Serra da Mantiqueira, entre os Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais. Todavia, só com a Constituição da República de 1988 é que são lançadas as bases para o surgimento de um sistema mais efetivo de unidades de conservação¹⁴.

Resultado de cerca de doze anos de fluxos, refluxos e incertezas sobre o modelo de instituição e gestão dos espaços territoriais especialmente protegidos, finalmente

¹³ ACCIOLY, 2010, p. 686.

¹⁴ MILARÉ, 2009, p. 697.

adveio a Lei 9.985/00, criando o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

3.7. RIO+20

Em junho de 2012, cerca de vinte anos depois da ECO 92, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), conhecida como RIO+20, com o objetivo de [discutir](#) a renovação do compromisso político com o [desenvolvimento sustentável](#).

Apesar de se constituir como o maior evento já realizado pelas [Nações Unidas](#), contando com a participação de chefes de estados de cento e noventa países, avançou-se muito pouco na temática, havendo até retrocesso em alguns pontos.

Dentre as críticas à proposta do Brasil para a Rio+20, de criação de um Programa de Proteção Socioambiental Global, está a do Ministério Público Federal acerca do “silêncio eloquente no documento, a respeito das grandes propriedades rurais que suprimem e excluem as comunidades extrativistas e de produção familiar, para instalar imensas áreas de monocultura, administrada com o uso intensivo de agrotóxicos e agravada ainda mais com o uso de produtos transgênicos, criados para resistir ao veneno e não à ‘praga’.”

4. Sobreposição

4.1. Estado Esquizofrênico

As populações tradicionais sofrem pressões e ameaças não só em razão da ausência do Estado e das políticas públicas mas, em muitos casos, em consequência da gestão governamental, empreendimentos públicos e atividades induzidas pelo próprio Estado.

Aponta o Atlas de Pressões e Ameaças às Terras Indígenas na Amazônia Brasileira, elaborado pelo Instituto Socioambiental - ISA¹⁵, que “O Estado está presente na Amazônia, mas de forma esquizofrênica: enquanto tenta, a muito custo, tirar do papel ações ainda incipientes de controle do desmatamento, financia – por meio de

¹⁵ CARNEIRO FILHO, 2009, p. 6.

instituições como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), outros bancos regionais e estaduais – atividades que estão destruindo a maior floresta tropical do planeta.” Tal esquizofrenia é marcante no choque entre a política ambiental e as políticas de energia, recursos minerais, agropecuária, pesca etc.

Em total despropósito, este choque também acontece entre a política ambiental e a política relativa às populações tradicionais. A visão compartimentada de órgãos e entidades públicas ambientais enxerga a incompatibilidade entre meio ambiente e populações tradicionais.

A esquizofrenia aqui é patente já que o Estado reconhece que “Esses brasileiros originários cumprem um papel vital para a conservação da biodiversidade e das florestas no país e vêm participando ativamente, e com apoio da Funai, das discussões relativas à gestão ambiental e territorial de suas terras”¹⁶.

Como ressalta Juliana Santilli:

a articulação entre povos indígenas, populações tradicionais e conservação ambiental e a idéia de que essas populações deveriam ser consultadas e envolvidas em políticas públicas de conservação ambiental ganharam força principalmente na segunda metade dos anos 1980, a partir de iniciativas como a Aliança dos Povos da Floresta, que reunia índios, seringueiros, castanheiros e outras populações tradicionais amazônicas, cujo modo de vida estava ameaçado pela exploração predatória dos recursos naturais, provocada principalmente pela abertura de rodovias e pastagens destinadas às fazendas de agropecuária¹⁷.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como RIO-92, estabelece:

Princípio 22. Os povos indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável.

¹⁶ BRASIL, 2012, p. 64.

¹⁷ SANTILLI, 2004, p. 42.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo [Decreto 2.519/1998](#), prevê a preservação do conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais como relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica (art. 8, alínea “j”).

A própria Lei 9.985/00 – Lei do SNUC trata das comunidades tradicionais como sendo fatores de preservação do meio ambiente:

Art. 20. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

O Decreto 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, prevê que “a manutenção da diversidade cultural nacional é importante para pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira” (artigo 2º, inciso XII).

O Decreto 5.758/2006, instituidor do Plano Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, estabelece em seu anexo, no subitem 1.2., inc. IX, a diretriz de “assegurar os direitos territoriais das comunidades quilombolas e dos povos indígenas como instrumento para conservação de biodiversidade”.

É o que está plasmado também na Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas – PNGATI, cujos objetivos, iniciativas e ações estão previstas no PPA 2012-2015, com projeto já implantado em trinta e duas terras indígenas em todos os biomas do Brasil, com apoio do Fundo Global do Meio Ambiente – GEF e Ministério do Meio Ambiente¹⁸.

4.2. Comunidades Tradicionais como Fator de Preservação Ambiental

¹⁸ Ibidem, p. 65.

Estima-se que oitenta e seis por cento das áreas protegidas da América do Sul são habitadas ou têm seus recursos utilizados pelas populações de seu entorno. Esse número permite vislumbrar a perversidade embutida no modelo de áreas protegidas que exclui populações humanas. Em outras palavras, as populações tradicionais preservam a biodiversidade de suas terras e, justamente por suas áreas possuírem biomas preservados, acabam tendo que se retirar delas¹⁹.

Uma grande dose de injustiça sempre acompanhou o estabelecimento de áreas protegidas. No reinado de Henrique II, vinte por cento da Inglaterra foram classificadas como reservas de caça do rei (*Royal Hunts*), o que supostamente seria a raiz para o mito de “Robin Hood”, representante da insatisfação e resistência dos saxões às imposições das leis restritivas ao uso das terras comuns, estabelecidas pelos normandos. Hoje os planos de manejo exercem rígido controle sobre as populações tradicionais ou comunidades locais dentro de unidades de conservação, mas não previnem as formas mais intensas de degradação ambiental como resultado de projetos de desenvolvimento de larga escala, como a expansão das fronteiras agrícolas, especialmente as monoculturas de grãos destinadas à exportação, a caça ilegal de fauna ameaçada de extinção e a exploração ilegal de madeiras e outros recursos naturais dos Parques, além das queimadas no seu entorno²⁰.

Assim, salta aos olhos que a colisão entre comunidades tradicionais não ocorre no seu aspecto material. Tais povos, quando presentes em determinado ecossistema, funcionam como fator de preservação, em razão de sua relação com o meio ambiente totalmente distinta da do modelo econômico da sociedade envolvente. Esse, sim, verdadeiro agente nocivo.

Pode-se constatar, natural e eventualmente, atividades danosas ao meio ambiente por parte de comunidades tradicionais. Isto se dá, invariavelmente, quando tal comunidade assimilou prática da sociedade envolvente, sendo certo que tal prática não encontra amparo na proteção constitucional e do direito internacional.

¹⁹ BENSUSAN, 2004, p. 70.

²⁰ RIOS, 2004, p. 78.

Em sentido contrário, os modos de viver, criar e fazer tradicionais, estes, sim, sob o manto da proteção jurídica, funcionam como fator de preservação, transformando as áreas com populações tradicionais praticamente nas únicas áreas no país ainda com biomas não degradados.

Sobre a relação diferenciada com a natureza dessas populações, explica Juliana Santilli:

A enorme diversidade de ecossistemas brasileiros produziu culturas distintas, adaptadas ao ambiente em que vivem e com ele guardam íntimas relações. Tanto a diversidade biológica quanto a diversidade cultural são valores constitucionalmente protegidos, e a especial preocupação do legislador em assegurar às populações tradicionais as condições necessárias à sua reprodução física e cultural é motivada pelo reconhecimento de sua relação diferenciada com a natureza²¹.

É o que conclui detalhado estudo do Instituto Socioambiental sobre as terras quilombolas:

A diversidade ambiental presente nas terras quilombolas se dá em função das formas de apropriação dos recursos naturais exercida por seus integrantes como: os sistemas de manejo da flora e fauna praticado, a conservação das matas ciliares e das nascentes de água e as práticas agrícolas desenvolvidas.

É importante lembrar que as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas possuem uma maior integridade de suas matas, as quais perfazem em média 78,25% do território reconhecido. O mesmo não ocorre com as áreas ocupadas por fazendeiros (terceiros), os quais permanecem com suas atividades intensivas de criação de gado e bananicultura, como se observa em quase toda a área da comunidade de Cangume, Porto Velho e Poça.

A biodiversidade mantida pelos quilombolas em suas terras contribui para a conservação da Mata Atlântica, formando um dos corredores ecológicos mais importantes de São Paulo, interligando importantes Unidades de Conservação, como Mosaico de Jacupiranga, o Parque Estadual Intervales e o Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira (Petar)²².

4.3. Mito da Natureza Intocada

²¹ SANTILLI, 2005, p. 134.

²² SANTOS, 2008, p. 27.

A ideia de uma área a ser protegida de forma integral - leia-se proteção integral como “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais” (art. 2º, inc. VI, da Lei 9.985/00 – Lei do SNUC) – encontra resistência nos adeptos da tese de que a natureza intocada é um mito.

Antônio Carlos Diegues explica que:

A noção de mito naturalista, da natureza intocada, do mundo selvagem diz respeito a uma representação simbólica pela qual existiriam áreas naturais intocadas e intocáveis pelo homem, apresentando componentes num estado “puro” até anterior ao aparecimento do homem. Esse mito supõe a incompatibilidade entre as ações de quaisquer grupos humanos e a conservação da natureza. O homem seria, desse modo, um destruidor do mundo natural e, portanto, deveria ser mantido separado das áreas naturais que necessitam de uma “proteção total”²³.

O mito de que a natureza é intocada cai por terra diante da constatação de que, mesmo nos *hotspots* – termo criado em 1988 pelo ecólogo inglês Norman Myers para as áreas mais importantes para preservar a biodiversidade na Terra – encontram-se vestígios de presença humana ancestral, ou seja, terra preta arqueológica – TPA:

As TPA são um tipo especial de terra, formado pelo acúmulo de detritos orgânicos em sítios de moradia e cultivo agrícola de indígenas pré-históricos. Nesses locais também são encontrados vestígios dos antigos habitantes, como cacos de cerâmica, ossos e carvão. Cientistas estimam que algumas terras pretas são muito antigas, datadas entre 100 a 450 anos antes de Cristo. Manchas de TPA são encontradas em concentrações e tamanhos variáveis em diversas regiões da Amazônia. A área de cada mancha varia muito com o local, podendo apresentar de um até cerca de 500 hectares, como na região de Santarém, no Pará. Na bacia do Xingu, existem muitas manchas de terra preta decorrentes da intensa ocupação ancestral de povos indígenas na região, geralmente localizadas próximas às beiras de rios e córregos²⁴.

Registre-se que não se defende aqui que a ideia de proteção integral é inconcebível. Ela só não se aplica a populações tradicionais.

²³ DIEGUES, 1994, p. 45.

²⁴ ISA, 2011, p. 143.

4.4. Socioambientalismo

Como bem enunciou KANT, “o homem é o meio e o fim em si mesmo”. Nessa linha, alerta JOSÉ AFONSO DA SILVA que:

O ser humano é também parte da Natureza. A proteção, preservação e conservação desta são feitas em função daquele. O fim da proteção do meio ambiente não é a proteção, mas porque, na concepção constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida (art. 225).²⁵

Não chega a haver verdadeiro dissenso acerca da ideia de que a proteção do meio ambiente se dá em função, pelo menos em última análise, do ser humano. As formas por meio das quais se dá a proteção e como se insere o ser humano nesse processo é que geram as diferentes visões do preservacionismo, conservacionismo e socioambientalismo. O preservacionismo propugna pelo ambiente isolado, intocado, negando qualquer tipo de presença humana em áreas especialmente protegidas. O conservacionismo também tem como prioridade a proteção integral dos ecossistemas, admitindo, contudo seu uso eventual, de forma controlada e racional. O socioambientalismo resiste às duas visões anteriores, buscando a compatibilização da presença humana em áreas especialmente protegidas, reconhecendo os dados da realidade e as necessidades culturais e de sobrevivência física de determinados grupos, tendo como bandeira o desenvolvimento sustentável²⁶.

Henry Trindade Barretto Filho faz interessante reflexão de que no direito e nas políticas governamentais há clara distinção entre unidades de conservação e terras indígenas, assim como os juristas, conservacionistas e indigenistas insistem que não se deve confundir esses dois institutos jurídicos, que teriam finalidades antagônicas. Nossa história mostraria, contudo, que nem sempre foi assim e que, portanto, horizontes mais integrativos poderiam ser construídos no futuro²⁷.

É preciso ter em mente que a retirada de comunidades tradicionais das unidades de conservação, com indenização, não representa ganho efetivo para a proteção ao meio

²⁵ SILVA, p. 254.

²⁶ FURRIELA, 2004, p. 64.

²⁷ BARRETTO FILHO, 2004, p. 62.

ambiente, uma vez que essa população ingressa na grande massa de miseráveis dos grandes centros, que representa a permanente pressão sobre os espaços territoriais especialmente protegidos, “pois tanto a falta quanto o excesso de desenvolvimento causam degradação ambiental”²⁸.

A questão, para alguns, chega a colocar em xeque a própria criação da unidade de conservação:

“há que se sopesar bem os benefícios que a criação da UC representam em termos de proteção ao meio ambiente, sob pena de acabar contribuindo justamente com uma piora da qualidade ambiental da região.”²⁹

Desde a criação, em 1872, do Parque Nacional de Yellowstone, passando pela definição de parques nacionais no Terceiro Congresso Mundial de Parques Nacionais, em 1962, em Bali, Indonésia, a preocupação com as populações tradicionais só surge em 1985, com uma edição da revista da organização não governamental Cultural Survival, de fevereiro de 1985, dedicada a defesa das populações tradicionais com o título “*Parks and People*”. Sustentou-se que as áreas podiam conter modos de vidas tradicionais, criticando-se a expulsão das populações tradicionais das áreas protegidas e afirmando-se que estas poderiam se beneficiar com a venda de produtos ou da renda gerada pelo turismo³⁰.

Já em 1986, a conferência da União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN, realizada em Ottawa, Canada, recomendou que os povos tradicionais não deviam ter seu modo de vida alterado se decidissem permanecer na área do parque ou que não fossem reassentados fora dela sem seu consentimento³¹.

Identifica-se no mundo um repensar do modelo devastador para os países do Terceiro Mundo, sobretudo para as “populações tradicionais” de extrativistas, pescadores e índios, cuja relação com a natureza é diferente daquela com a qual trabalhavam os ideólogos dos parques nacionais americanos, primeiras áreas

²⁸ LEUZINGER, 2009, p. 316.

²⁹ DANTAS, p. 222.

³⁰ *Ibidem*, p. 91.

³¹ *Ibidem*, p. 93.

protegidas do mundo. A ideia de não retirada de populações tradicionais de unidades de conservação, optando-se pela dupla afetação, está em consonância com a tendência de superação da busca por manter incólumes os ecossistemas protegidos, em prol de se admitir o uso e manejo racionais e o desenvolvimento sustentável³².

4.5. Territórios de Populações Tradicionais como Patrimônio Cultural

A Constituição da República, nos seus arts. 215 e 216, impõe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, com a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, em prol da diversidade étnica e regional (art. 215).

O patrimônio cultural brasileiro é definido como conjunto dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Dentre esses bens estão as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, ficando tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216).

Não é difícil perceber que os direitos dos povos tradicionais são direitos culturais e suas formas de expressão, seus modos de criar, fazer e viver, suas obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações são bens culturais.

A Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, promulgada pelo Decreto 80.978/77, reuniu em um mesmo documento as noções de cultura e natureza.

Sandra Cureau, com base na doutrina de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Édis Milaré e Hugro Nigro Mazzilli, afirma que meio ambiente é tudo que nos circunda,

³² YOSHIDA, 2006, p. 63.

abrangendo a natureza original e a artificial, bem como os bens culturais correlatos, podendo se falar em meio ambiente natural e meio ambiente cultural³³.

Nestes termos, não se pode conceber choque entre os direitos dos povos tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre a proteção desses grupos e a proteção do meio ambiente ou entre proteção cultural e proteção ambiental, pois todos os bens em jogo pertencem ao meio ambiente.

4.6. Colisão entre Direitos Fundamentais

4.6.1. Ponderação

Se eventual sobreposição de terras indígenas ou quilombolas sobre áreas de preservação permanente ou unidades de conservação for encarada como um choque, é preciso ter bem claro que tal choque representa uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais.

Nessas hipóteses, não haverá outra solução que não a chamada ponderação de interesses. A ponderação (*balancing*) consiste em balancear e sopesar os elementos em conflito, sendo, em um caso concreto, mitigada ou preterida a proteção jurídica de um interesse em favor de outro, acabando por confundir-se com a atividade de interpretação jurídica.

A ponderação “é exatamente a alternativa à subsunção”, podendo haver nesta a aplicação concomitante de duas normas sopesadas, balanceadas ou equilibradas. A decisão da ponderação deve ser norteada pela: a) pretensão da universalidade, em que a solução a que se chega deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes, pois não amparada em convicções pessoais; b) busca da concordância prática, harmonizando-se os elementos de modo que nenhum seja totalmente excluído da solução; c) construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais protegidos em alguma medida contra soluções arbitrárias e abusivas³⁴.

³³ CUREAU, 2005, p. 746.

³⁴ BARCELLOS, 2005, p. 31.

Já pode se notar que concordância prática aqui representará as restrições necessárias para compatibilizar o direito das comunidades indígenas e quilombolas com os objetivos da unidade, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento.

4.6.2. Constituição da República

A Constituição da República, com disciplina sem precedentes em constituições anteriores, dispõe que:

Art. 231. (...)

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

Por remoção entende-se a direta ou a indireta. Exemplo claro de remoção indireta é o caso dos Jurunas da Terra Indígena Paquiçamba, e dos Araras, da Terra Indígena Arara da Volta Grande, que, em razão da mudança drástica das cadeias alimentar e econômica, destruição dos ecossistemas da Volta Grande do Xingu e as pressões causadas pelo fluxo migratório, tudo pela construção da Hidrelétrica de Belo Monte, ficarão impossibilitados de permanecer em suas terras³⁵.

Já consignou o Supremo Tribunal Federal a “proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parêntese com a regra de que todas essas terras ‘são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis’”³⁶.

4.6.3. Lei do SNUC

Ocorre que, absolutamente dissociada da Constituição da República, a Lei 9.985/00 – Lei do SNUC estabelece:

³⁵ PONTES JR., 2012, p. 41.

³⁶ Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão **indenizadas ou compensadas** pelas benfeitorias existentes e devidamente **realocadas** pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

§ 1º. O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas.

§ 2º. Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações. (grifou-se)

O dispositivo legal sobredito é contraditório em si mesmo pois determina realocação das populações ao mesmo tempo em que admite a possibilidade da compatibilização da presença com os objetivos da unidade.

Também contrariava os dispositivos vigentes à época que previam terras indígenas como florestas de preservação permanente e o regime de exploração de recursos florestais em terras indígenas (arts. 3º, alínea “g” e § 2º, e 3º-A, do Código Florestal – Lei 4.771/65, este último artigo acrescentado pela M.P. 2.611-67/01). Tais dispositivos foram revogados pela Lei 12.651/2012 - Novo Código Florestal. Ocorre que, afora a constitucionalidade duvidosa da revogação do antigo Código Florestal, em claro retrocesso ambiental, questionada em três ações diretas de inconstitucionalidade da Procuradoria-Geral da República, ajuizadas em janeiro de 2013 (ADIs 4901, 4902 e 4903), terras indígenas e territórios quilombolas ainda são áreas protegidas, ao lado das unidades de conservação, como bem pode se extrair do Plano Nacional de Áreas Protegidas – PNAP - Decreto 5.758/2006 (item 1.1, inc. IX, item 1.2, inc. XI e item 2, de seu Anexo).

4.6.4. Convenção 169 da OIT

Como se não bastasse a flagrante inconstitucionalidade do art. 42 da Lei 9.985/00 – Lei do SNUC, ele encontra-se revogado pelo art. 16 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051/04, que dispõe expressamente que:

“Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, **os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.**
2. **Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários,** só poderão ser efetuados com o **consentimento dos mesmos,** concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. **Quando não for possível obter o seu consentimento,** o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados **após a conclusão de procedimentos adequados** estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. (grifou-se)

A Organização Internacional do Trabalho, organização internacional especializada de vocação universal³⁷, criada pelo Tratado de Versalhes de 1919, organização especial das Nações Unidas a partir de 1946, passou a tratar da questão dos povos tradicionais a partir de investigações que fez sobre a situação de trabalhadores indígenas.

A Convenção 107 da OIT, de 1957, veiculava a visão integracionista, propagando a incorporação de povos “menos desenvolvidos” à “comunhão nacional”, inspirando nosso Estatuto do Índio - Lei 6.001/73. A Convenção 169 da OIT, de 1989, veio superar essa visão, adotando a teoria da relatividade cultural, permitindo o “diálogo de

³⁷ ACCIOLY, 2011, p. 458-459.

civilizações”³⁸, inaugurando o novo paradigma de um Estado pluriétnico, adotado também pela Constituição da República de 1988³⁹.

A ratificação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil somente se deu após onze anos de debates parlamentares e extraparlamentares, com alegações de que ela contrariava a Constituição ao prever a propriedade dos povos sobre suas terras, enquanto nossa Carta previa a propriedade da União sobre terras indígenas. Já quanto à proibição de remoção de povos tradicionais, alegou-se, em sentido contrário, que a proteção era inferior àquela prevista na Constituição⁴⁰.

Em verdade, a própria Convenção 169 da OIT prevê em seu art. 34 que sempre prevalecerá a proteção mais ampla do Estado signatário. Assim, o documento internacional funcionaria como um segundo nível de proteção, algo bem natural de se esperar de um tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos - DIDH.

Como bem aponta Flávia Piovesan, o Direito brasileiro adotou um sistema misto, com regime jurídico para tratados internacionais de proteção de direitos humanos diferenciado do regime jurídico para os demais tratados internacionais, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República⁴¹.

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional 45/2004 veio estabelecer que, para equivalerem a emendas constitucionais, estes tratados deveriam passar pelo mesmo processo de aprovação, ou seja, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Tal não resolveu a polêmica em relação aos tratados ratificados antes da referida emenda constitucional, subsistindo vários entendimentos. Todavia, a decisão proferida no Recurso Extraordinário 466.343, em 2008, rompeu com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias. A decisão conferiu hierarquia especial e privilegiada, prevalecendo a tese

³⁸ BRASIL, 2012, p. 50.

³⁹ DUPRAT, 2007, p. 9-20.

⁴⁰ KAYSER, 2010, p. 348-352.

⁴¹ PIOVESAN, 2010, p. 51.

do voto do Ministro Gilmar Mendes de “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos, posicionando-os abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional⁴².

Essa hierarquia especial e privilegiada enseja a existência do chamado “controle de convencionalidade internacional”, a ser exercido pelos órgãos internacionais de direitos humanos, mas também pelo Supremo Tribunal Federal e demais juízos locais, expurgando normas internas que conflitem com normas internacionais de direitos humanos⁴³.

Nestes termos, o art. 42, § 2º, da Lei 9.985/00 – Lei do SNUC, se não considerado inconstitucional por contrariar o art. 231, § 5º, da Constituição da República, resta revogado pelo art. 16 da Convenção 169 da OIT, norma internacional de direitos humanos.

Por outro lado, com a combinação da Constituição da República e a Convenção 169, em prol da mais ampla proteção dos povos tradicionais, resta vedada a remoção de povos tradicionais de suas terras, salvo:

- a) em caso de necessidade e com o consentimento dos mesmos ou, não sendo possível obter o consentimento, após a conclusão de procedimento previsto na lei, prevendo a efetiva representação dos povos interessados;
- b) no caso de grupos indígenas, além de todos os requisitos acima, esta remoção só se dá, *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.

Registre-se, por derradeiro, que a hipótese de não ser “possível obter o consentimento”, que abre a via da remoção sem consentimento, tanto para povos indígenas como para povos tradicionais em geral, não pode ser banalizada ao ponto de ser sempre quando não se consegue convencer tais povos da necessidade da remoção. Ou seja, tenta-se convencer o povo a deixar tal território, o povo não aceita,

⁴² *Ibidem*, p.57.

⁴³ RAMOS, 2011, p. 19.

aí, então, abre-se o procedimento para remoção. Ora, não se pode admitir interpretação tão manipuladora.

A hipótese de não ser “possível obter o consentimento” se dá quando o povo tradicional não pode ser consultado, não pode compreender a situação ou não pode expressar sua opinião.

4.7. Colisão entre políticas governamentais

Ainda no caso de eventual sobreposição de terras indígenas ou quilombolas sobre unidades de conservação ser encarada como um choque, em razão da visão compartimentada de órgãos e entidades públicas, tal choque gera impasses que acabam por resultar na omissão da União na efetivação dos seus deveres constitucionais. Se por um lado é plausível que surjam alguns conflitos entre as políticas governamentais, por outro lado tais conflitos não podem perseverar.

No âmbito federal, os conflitos com base em entendimentos jurídicos divergentes devem ser dirimidos, como se extrai do art. 2º, inc. I, alínea “a”, da Lei 10.683/2003. Para tanto, cabe ao Advogado-Geral da União prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal, conforme art. 4º, inc. XI, da Lei Complementar 73/93.

Ainda, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, unidade da Consultoria-Geral da União - CGU, que é órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União - AGU, foi criada em 2007 para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, à luz do Ato Regimental AGU 05/2007, Portaria AGU 1.281/2007, Portaria AGU 1.099/2008, Portaria AGU 481/2009 e art. 18 do Decreto 7.392/2010, tudo em consonância com o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo de 2009.

Uma vez submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, a controvérsia deverá ser objeto de conciliação, promovida pelo

conciliador e homologada pelo Advogado-Geral da União, ou de arbitramento, por meio de parecer da lavra da Consultoria-Geral da União, à luz dos arts. 10 e 11 da Portaria 1.281/2007. Em outras palavras, a controvérsia deve ser resolvida de um jeito ou de outro, não havendo fundamento jurídico para a sua perpetuação.

Com isso em conta e diante de inúmeras controvérsias entre órgãos e entidades públicas federais, envolvendo a consecução de políticas públicas para a realização de direitos fundamentais, em especial sobreposições entre terras quilombolas e unidades de conservação ou áreas de segurança nacional, perdurando por tempo muito além do razoável e outras que foram retiradas da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, todas sem conciliação ou arbitragem, a configurar grave omissão da União, o Ministério Público Federal expediu, no final de 2012, recomendação ao Consultor-Geral da União para que promovesse a conciliação ou, quando não cabível esta, a arbitragem de tais controvérsias no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, tudo considerando a razoável duração do processo como direito fundamental que se refere a processos judiciais e administrativos, como disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República.

5. Dupla Afetação

A compatibilidade entre comunidades tradicionais e meio ambiente já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Foi consignada a compatibilidade seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de preservação ambiental (proteção integral), pugnando-se pela dupla afetação, pecando apenas a Corte Suprema ao estabelecer a unilateral “administração do competente órgão de defesa ambiental”:

A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.⁴⁴

⁴⁴ Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009 – caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Registre-se, por outro lado, que, na chamada “parte das condicionantes” do mesmo acórdão, restou ressaltada a participação das comunidades e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI: “(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI”.

Está posto, pois, que o caminho é a dupla afetação. Nestes termos também a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público Federal, no 19º Encontro Nacional de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, realizado em 2012, deliberou:

8. Fazer uma leitura do art. 42 do SNUC conforme a CF e Convenção 169 da OIT, entre outras, para permitir a conciliação da presença das populações tradicionais em UCs de todas as categorias.
9. Afirmar a presença das populações tradicionais como agentes e aliados importantes na preservação/conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira.
10. Firmar a negociação com as populações tradicionais, mediante Consulta Prévia Livre e Informada, como pressuposto para a criação das UCs de qualquer categoria e para a gestão compartilhada, ao invés do reassentamento compulsório.
11. Fomentar a instituição de programas específicos de apoio as populações tradicionais em UCs de uso sustentável.
12. A desafetação e a recategorização podem não ser as melhores soluções, portanto, quando possível, propor a dupla afetação.⁴⁵

Exemplo prático de dupla afetação, com restrições mútuas, foi o Termo de Compromisso 14/2012, promovido pelo Ministério Público Federal de Tocantins, entre o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio e a Associação

⁴⁵ http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/portlets/19o_encontro_nacional_-_sintese_deliberacoes_2.pdf. Acesso em 1º de fevereiro de 2013.

das Comunidades Quilombolas do Rio Novo, Rio Preto e Riachão, em razão da sobreposição entre a terra quilombola da comunidade Mata Verde e a Estação Ecológica da Serra Geral do Tocantins, unidade de conservação de proteção integral (Procedimento Administrativo MPF/TO n. 1.36.000.001003/2006-56).

No referido ajuste garantiu-se a permanência da comunidade na área e a prática de atividades tradicionais, quais sejam, agricultura de subsistência, extração de madeira e palha, exclusivamente com finalidade doméstica, extrativismo vegetal, pesca artesanal e coleta de seda do buriti.

Em contrapartida, foram estabelecidas restrições, tais como proibição de agricultura mecanizada, introdução e ampliação de pastagens plantadas com gramíneas exóticas ao cerrado, atividade turística, caça e introdução de quaisquer espécies de plantas ou animais exóticas ao cerrado.

6. Conclusão

Índios, quilombolas e outras populações tradicionais não podem ser transformados em ameaças ao meio ambiente fundamentalmente em razão de uma esquizofrenia do Estado brasileiro que, por um lado, reconhece esses povos como fatores imprescindíveis à preservação do meio ambiente, mas, por outro lado, patina entre as concepções do preservacionismo e do conservacionismo, chegando a professar a fé no mito da natureza intocada, em detrimento das visões do socioambientalismo, mais modernas e mais compatíveis com a realidade brasileira.

Por tudo isso, não se pode conceber choque entre direitos dos povos tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois não há choque entre proteção cultural e proteção ambiental, pertencendo todos esses bens jurídicos em jogo ao conceito amplo de meio ambiente.

Todavia, encarada a questão como um choque, trata-se de uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais a ser resolvida pela ponderação, em que a concordância prática representará restrições necessárias para compatibilizar o direito

das comunidades indígenas e quilombolas com os objetivos da unidade, mas descartando-se a realocação ou o reassentamento.

Isto porque é vedada a remoção de povos tradicionais de suas terras, salvo:

a) em caso de necessidade e com o consentimento dos mesmos ou, não sendo possível obter o consentimento, após a conclusão de procedimento previsto na lei, prevendo a efetiva representação dos povos interessados;

b) no caso de grupos indígenas, além de todos os requisitos acima, esta remoção só se dá, *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.

Ainda, essa visão que admite que há um choque, em razão da visão compartimentada de órgãos e entidades públicas, não pode gerar impasses que acabam por resultar na omissão do Estado brasileiro no cumprimento dos seus deveres constitucionais de realização de direitos fundamentais, devendo ser dirimidos os conflitos entre políticas governamentais.

Populações tradicionais e meio ambiente sempre estiveram unidos frente a inimigos comuns, desde a colonização aos dias de hoje, se constituindo em elementos associados e compatíveis, sendo inconcebível um representar ameaça ao outro.

A sobreposição entre terras indígenas ou quilombolas e unidades de conservação, sejam de uso sustentável ou de proteção integral, ou a presença de outras comunidades tradicionais no interior dessas áreas protegidas é algo, mais do que natural, quase inevitável ou necessário, caso em que estes espaços territoriais especialmente protegidos devem sofrer dupla afetação.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. Notas para uma história social das áreas de proteção integral no Brasil. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BENSUSAN, Nurit. Terras Indígenas: as primeiras Unidades de Conservação. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

BRASIL. *Proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas. Balanço e perspectivas de uma nova política indigenista. PPA 2012-2015*. Brasília: Funai, 2012, p. 50.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO FILHO, Arnaldo. SOUZA, Oswaldo Braga de. *Atlas de pressões e ameaças às terras indígenas na amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

CUREAU, Sandra. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. A criação de unidades de conservação da natureza em áreas habitadas: problemática e soluções possíveis. In: BRAGA FILHO, Edson de Oliveira et al. (Coord.). *Mecanismos legais para o desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIEGUES, Antônio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: NUPAUB – Universidade de São Paulo, 1994.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Remanescentes de Quilombos, Índios. Meio Ambiente e Segurança Nacional: Ponderação de interesses constitucionais. In: BRASIL. *INCRA e os desafios para a regularização dos territórios quilombolas. Algumas Experiências*. Brasília: MDA-INCRA, 2006.

FURRIELA, Rachel Biderman. O movimento ambientalista no Brasil: evolução histórica e o desafio do equilíbrio socioambiental. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

ISA. *Almanaque Socioambiental Parque Indígena do Xingu: 50 anos*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011

KAYSER, Helmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010

PONTES JR., Felício. Um ano de absurdos. In: *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil*. Brasília: Cimi, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang, coordenadores. *Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Populações tradicionais em áreas protegidas. In: RICARDO, Fany. Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 78.

SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany. *Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SANTOS, Kátia M. Pacheco dos. TATTO, Nilto. *Agenda socioambiental de comunidades quilombolas do Vale do Ribeira*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1ª edição. São Paulo: J. de Oliveira, 2006.