

## PARECER Nº 12/PGF/EA/2010

*Estanislau Viana de Almeida*  
*Procurador Federal*

EMENTA: CCAF. Conciliação. DNPM. FUNAI. Demarcação de terras indígenas. Início dos efeitos jurídicos. Natureza declaratória. Situação preexistente. Petição nº 3.388-4/RR (“Raposa Serra do Sol”). Jurisprudência e doutrina. Decreto presidencial. Homologação. Orientação normativa. PARECER/PROGE nº 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA. Bloqueio provisório. Interpretação do artigo 42 do Código Minerário (analogia).

INTERESSADOS: Procuradorias Federais junto ao DNPM e FUNAI

PROCESSO: 0400.002165/2009-50 (01 anexo com 03 volumes)

EMENTA: CCAF. Conciliação. DNPM. FUNAI. Demarcação de terras indígenas. Início dos efeitos jurídicos. Natureza declaratória. Situação preexistente. Petição nº 3.388-4/RR (“Raposa Serra do Sol”). Jurisprudência e doutrina. Decreto presidencial. Homologação. Orientação normativa. PARECER/PROGE nº 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA. Bloqueio provisório. Interpretação do artigo 42 do Código Minerário (analogia).

**PARECER Nº 12/PGF/EA/2010.**

Senhor Adjunto de Consultoria,

1 Está em curso na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF o procedimento nº 0400.005891/2008-43, o qual tem por objeto dirimir controvérsia entre a FUNAI e o DNPM, a qual assim pode ser resumida:

1. Passando à análise do caso em tela, desde a década de 70 do século passado, a empresa VALE DO RIBEIRA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MINERAIS S.A. - pratica extração de areia, por concessão do DNPM. Ocorre que, desde a publicação do despacho 202 da sua Presidência (Doc. 1), a FUNAI posicionou-se contrariamente à atitude deste DEPARTAMENTO.

2. Conforme relatado no início deste memorando e como se depreende da documentação em anexo, verificam-se os seguintes pontos de divergência:

(i) Em relação às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a FUNAI, com arrimo no artigo 231 da Constituição Federal, artigo 25 da lei 6.001/73 e no instituto do indigenato, entende que o procedimento administrativo de identificação e delimitação é meramente declaratório, sendo conferidas a essas terras - compreendido aqui o solo e subsolo - toda a

proteção constitucional independentemente de demarcação; por sua vez, o DNPM, tomando isoladamente o decreto 1.775/1996, assevera que 'antes do Decreto Presidencial que homologue o procedimento demarcatório, não há falar em terras indígenas em sua acepção legal' (Doc. 5, fl. 8).

(ii) Em relação à mineração na Terra Indígena de Piaçagüera, a FUNAI, com fundamento nos artigos 176, § 1º e 231, § 3º da Constituição Federal, entende-a inconstitucional, pois os artigos citados são de eficácia limitada, carecendo ainda nos dias atuais de regulamentação; já o DNPM, com base no artigo 176, caput da Constituição e na legislação minerária pertinente, entende plenamente constitucional a atividade dentro dos limites da área indígena, não havendo qualquer menção mais aprofundada a respeito dos artigos 176, § 1º e 231, § 3º da CF.

(iii) Em relação aos Decretos de Lavra expedidos em benefícios da empresa mineradora, ainda em vigor (Doc. 6), a FUNAI, com fundamento no artigo 231, § 6º da Constituição, entende que, a partir do momento que se tem ciência da condição indígena da terra para a qual se concedeu o direito de posse direta com o fim de lavra, tal concessão é nula, pois os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas - solo e subsolo - não produzem efeitos jurídicos; ao passo disso, o DNPM, indicando o artigo 5º, inciso XXXVI e o artigo 6º da LICC, sustenta a condição de ato jurídico perfeito dos Decretos expedidos, dizendo existir um direito público subjetivo da empresa mineradora, oponível a terceiros.

3. Visto isso, resta cristalino o dissenso entre dois entes da UNIÃO sobre uma mesma questão. Essa contenda já está posta ao Judiciário, por meio da ação civil pública (Doc. 7) intentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - autos n° 2007.61.04.009574-1 - em trâmite perante a 4ª Vara Federal da Subseção de Santos/SP, figurando a FUNAI como assistente da parte autora. (cf. cópia de fls. 8-9 do processo n° 0400.005891/2008-43)

2 Princípios foram-se algumas reuniões na CCAF com os respectivos interessados; todavia, no decorrer dos encontros percebeu-se a necessidade de atuação consultiva da PGF no feito, oportunidade em que foi solicitada a presente manifestação jurídica:

1. Considerando os encaminhamentos contidos no Termo de Reunião n° CCAF-CGU-AGU 010/2009-SRG, bem assim o entendimento desta Consultoria-Geral da União, firmado no Despacho do Exmo. Sr. Consultor-Geral da União n° 385/2005, anexos, solicito a V.Exa. a gentileza dessa Procuradoria-Geral Federal manifestar o entendimento jurídico quanto ao marco jurídico para o reconhecimento de terra indígena para o efeito de medidas administrativas tendentes à conciliação de interesses entre entes da Administração Federal indireta dotados de representação dessa PGF.

2. Esclareço que o processo em referência diz respeito à sobreposição de interesses entre a FUNAI e o DNPM, no Município de Peruíbe, concernente à área com autorização de lavra mineral desde 1956 e a configuração atual de estudos para delimitação da Terra Indígena Piaçagüera[...] (cf. fls. 01)

3 É o que importa relatar.

4 Como visto, apenas se está a questionar qual é o *marco jurídico para o reconhecimento de terra indígena para efeito de medidas administrativas*.

5 Antes de tudo, assim está na CF/88:

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

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

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

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso

Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 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.

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

6 Logo, não é crível uma defesa indigenista extrema e calcada em entendimento firmado sob ainda sob a égide da Constituição anterior (CF/1969), a qual assim estipulava:

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

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

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

7 De modo que, mesmo utilizando-se atualmente o estatuto indígena (Lei nº 6.001/73<sup>1</sup>), a sua aplicação e interpretação deverá, por certo,

1 Art. 25: "O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e

seguir a compreensão firmada pelo atual ordenamento constitucional (*interpretação conforme*), sob pena de comprometimento do próprio Estatuto do Índio, o que não se pretende.

8 Daí porque, e não sem razão, entre outros aspectos, o Supremo Tribunal Federal ter, por exemplo, editado a Súmula nº 650, com o seguinte teor:

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

9 Mas não é só.

10 Trago, ainda, à colocação que o tema demarcação de terras indígenas foi objeto de recente apreciação pelo Pretório Excelso quando do julgamento da Petição nº 3.388-4/RR, no caso que ficou conhecido como "Raposa Serra do Sol", momento em que várias diretrizes foram traçadas, muito embora sem efeito vinculante, haja vista não ser hipótese de controle concentrado.

11 Colhe-se da ementa:

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência

será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República."

e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde 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 par com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). 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 INDÍGENA.

12 Verifica-se assim que o Supremo Tribunal Federal definiu que o marco inicial e geral para o reconhecimento de terras indígenas foi estabelecido pelo Constituinte Originário quando da promulgação da Carta Maior.

13 'Entretanto, mister advertir que não é qualquer forma de ocupação aborígine ou mesmo a alegação de sua existência que confere os direitos indígenas às pretensas terras, uma vez que, em se admitindo essa situação como premissa absoluta, permitir-se-á a ilação de que qualquer área do território nacional, quando alegada pelo indigenato, será sempre demarcável, o que não é escorreito.

14 Diante disso, necessário seguir inteiramente o rito estabelecido pelo Decreto nº 1775/96, que regulamenta o procedimento de demarcação indígena e que tem as seguintes fases<sup>2</sup>:

- *Identificação* – que consiste na elaboração pela FUNAI da proposta de criação de uma área indígena, a partir da localização de um grupo específico e da realização de estudos etno-históricos, demográficos e sociológicos e do levantamento cartográfico e fundiário da região onde se encontram. A proposta da FUNAI é publicada, e terceiros interessados têm noventa dias para apresentar suas eventuais objeções, com todas as provas de que dispuserem. Havendo contestações, a FUNAI elabora parecer, e encaminha a proposta de demarcação, devidamente instruída, à aprovação pelo Ministro da Justiça;
- *Demarcação* – aprovando a proposta da FUNAI, o Ministro da Justiça baixa portaria declarando a área de ocupação indígena e a manda demarcar com a colocação física de sinais de delimitação. Essa é a etapa que envolve maiores custos operacionais, tendo em vista sobretudo a longa extensão do perímetro das áreas a demarcar. Durante o procedimento de demarcação, o órgão fundiário federal deve proceder ao reassentamento dos ocupantes não-índios;
- *Homologação* – que consiste na ratificação formal do procedimento de demarcação e dos limites da área indígena mediante a expedição de decreto pelo Presidente da República. As áreas homologadas são registradas como propriedade da União em livro próprio na Secretaria do Patrimônio e no cartório da comarca em que se localizam;
- *Regularização fundiária* – que consiste na completa desintrusão das áreas da presença de ocupantes não-índios, e o saneamento das freqüentes pendências judiciais envolvendo títulos de propriedade incidentes sobre as áreas indígenas e a manutenção de posse por terceiros.

15 Verifica-se dos autos nº 0400.005891/2008-43 (*em anexo*) que o rito acima mencionado foi seguido, *mas não concluído*, visto que apenas a primeira das quatro etapas foi cumprida (*Identificação*).

16 Apenas com isso não é possível conceber que terras demarcáveis em que somente foram realizados os estudos etno-históricos, demográficos, sociológicos e o levantamento cartográfico e fundiário, *por si só*, já permitam considerar existir uma área indígena, mas, sim, *e eventualmente*, uma área de interesse para a proteção possessória para fins de terra indígena.

<sup>2</sup> <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/INDIO2.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/INDIO2.HTM)>

17 Todavia, também não pode ser afastada a ideia de que, diante do atual ordenamento constitucional, a demarcação tem natureza declaratória e não constitutiva, eis que é um ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.

18 Esse entendimento é o assente na Jurisprudência Nacional, à qual é capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal e ainda perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais Regionais Federais:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF). ([Petição nº 3.388/RR](#), Relator Ministro Carlos Britto, Plenário, DJ/I de 25/09/09)

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve. (REsp nº 1.097.980/SC, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ/I de 01/04/2009)

Consoante determinação de ordem constitucional, as terras tradicionalmente indígenas devem ser objeto de demarcação pela União. Assim, uma vez identificadas e delimitadas essas terras indígenas são demarcadas mediante ato de caráter declaratório, que não tem efeitos constitutivos nem desconstitutivos. Tudo isso se dá por intermédio de procedimento previamente estabelecido, no curso do qual a Administração reúne os elementos de prova da ocupação tradicional da terra por índios, dimensiona esta ocupação tradicional por meio de mapas e memorial descritivo e oficializa sua delimitação, com a emissão de declaração administrativa, consubstanciada na homologação, mediante decreto do Chefe do Poder Executivo. Culmina na colocação de marcos de limites da terra então delimitada. (TRF-1ª Região – REO nº 96.01.49190-2/

RR, Relator Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, DJ/I de 10/10/2001)

19 A doutrina também não destoa:

[...] a declaração de referida terra indígena é decorrente do direito originário dos Sateré-Mawé previsto na Constituição, possuindo o ato demarcatório apenas efeito declaratório, isto é, o direito à terra dos índios é congênito, devendo este ser assegurado pelo Estado, independentemente de qualquer demarcação.<sup>3</sup>

20 Por isso, só a partir do ato de demarcação (2ª fase), previsto no procedimento descrito no Decreto nº 1775/96, é que se deve reconhecer que há uma situação de “*proteção especial*” que tem baldrame na própria natureza declaratória do instituto administrativo da demarcação<sup>4</sup>, que é anterior ao ato administrativo final – Decreto Presidencial<sup>5</sup> – homologatório.

21 Mas essa necessidade de “*proteção especial*” ainda não tem o condão de autorizar integralmente o intento perseguido pela FUNAI, de que, ao se reconhecer essa situação jurídica diferenciada (*natureza declaratória preexistente*), deve-se também, e automaticamente, apagar um ato-fato jurídico igualmente relevante, vale dizer, de que – *no caso dos autos* – existe uma atividade empresarial até então regular (*mineração*). Atividade essa que somente será completamente incompatível após a regular demarcação<sup>6</sup>.

22 Por isso que, em se considerando o entendimento segundo o qual a Constituição Federal de 1988 teria reconhecido os direitos

3 FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. In *Os Recortes na Terra dos “Filhos do Guaraná”*: implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena andirá-maraú.

4 “*Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade [...]. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira*” (TRF-1ª Região – AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT – Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJ/II de 19.04.2004, pág. 58 - grifo nosso).

5 Art. 5º, do Decreto nº 1.775/96: “A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.”

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

indígenas e não apenas lhes outorgado, forçoso separar o marco jurídico da demarcação de terras indígenas, no caso, em 03 (três) momentos distintos.

23 Isto porque emana dos autos que desde o final dos anos 50 (*cinquenta*) há uma atividade de mineração devidamente regular (*autorizada pela autoridade competente*) e é justamente nesse local que agora se pretende demarcar terras autóctones, por isso a aludida “*proteção especial*” deverá observar a razoabilidade, sob pena de afrontar direitos de terceiros que diretamente poderão ser afetados pela demarcação que ainda não foi finalizada.

24 O primeiro momento tem lugar a partir do instante em que o Presidente da FUNAI acolhe e publica a proposta de identificação de determinada extensão de terra, uma vez que com este ato administrativo o Estado Brasileiro já sinaliza de forma oficial e técnica que essa área tem aptidão para ser uma futura terra indígena.

25 Melhor esclarecendo: é prudente afirmar que já se tem como previsto qual será o futuro perímetro aborígine e, desse modo, estará o aparato administrativo indigenista apto a buscar conservar, *ainda que de forma incipiente*, alguns desses direitos. Desse modo, tem-se por necessário que o DNPM sobreste imediatamente a novos pedidos de licenças/concessões que vierem a ser protocolados.

26 O segundo momento ocorrerá a partir do próprio ato de demarcação (*2ª fase do procedimento*), previsto no procedimento descrito no Decreto n° 1775/96, pois com a publicação da demarcação pelo Ministro da Justiça as terras já estão efetivamente demarcadas (*juridicamente*), e assim se efetivam diversos atos concretos, tais como: colocação física de sinais da delimitação e o reassentamento dos eventuais ocupantes não-índios; porém, ainda é pendente o decreto homologatório final; razão porque, para os procedimentos já em curso no DNPM e anteriores à Portaria de Identificação da FUNAI, os pedidos de novas licenças/concessões também deverão ser sobrestados até que o Decreto Presidencial se materialize, e as autorizações/concessões já deferidas deverão ser suspensas.

27 O terceiro e último momento é quando finalmente edita-se o decreto presidencial de homologação, o qual, por certo, não conduz a maiores controvérsias, convalidando-se então as suspensões havidas até então, seja da análise de novos pleitos, seja das autorizações/concessões deferidas também suspensas.

28 Outrossim, urge destacar que esse decreto previsto no artigo 5° do Decreto n° 1.775/96 consubstancia-se em ato administrativo meramente homologatório, *de simples controle e notadamente político*, e essa “*...homologação não permite alterar o ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou*”<sup>7</sup>, por esse motivo, é possível lançar mão do proceder acima descrito (*divisão dos marcos jurídicos antes da homologação*).

29 Essa prática diferenciada encontra respaldo, *por analogia, inclusive*, em orientação normativa baixada pelo Presidente do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, quando aprovou o PARECER/PROGE n° 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA, com força normativa.

30 Citado parecer abordou o conflito instaurado entre duas atividades às quais seriam de coexistência inviável (*exploração de recursos minerais e energia*), momento em que se interpretou o artigo 42 do Código de Mineração<sup>8</sup> e se estabeleceu a possibilidade de realizar bloqueios provisórios nos procedimentos administrativos em curso no DNPM, cujo objeto era obter autorização para a atividade minerária. Para tanto, transcreve-se trecho da aludida manifestação jurídica, *na parte que interessa*:

17. O artigo 42 do Código de Mineração tem a seguinte redação:

‘Art. 42 A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.’

18. O dispositivo transcrito acima trata de uma hipótese excepcional, em que o Poder Públicos, analisado o caso concreto, verificar que determinada atividade minerária não atende ao interesse coletivo, seja

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 186.

8 “A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.”

*por ser considerada prejudicial ao bem público, seja por se entender que sua realização compromete interesses que superem a utilidade da exploração mineral.*

19. A leitura do artigo 42 do Código de Mineração nos permite concluir que sua aplicação nas hipóteses de conflito entre as atividades de exploração de recursos minerais e de geração e transmissão de energia exige o atendimento, no caso concreto, a dois requisitos cumulativos e sucessivos, quais sejam: (a) a incompatibilidade entre as atividades e (b) superação da utilidade do aproveitamento mineral na área pelo interesse envolvido no projeto energético.[...]

[...]

(A) **PRIMEIRO REQUISITO:** incompatibilidade entre as atividades

21. Apesar de não constar expressamente do dispositivo legal, a incompatibilidade entre as atividades é um *requisito essencial* para a aplicação do art. 42 do Código de Mineração, uma vez *só haverá conflito entre as atividades minerária e energética se a coexistência de ambas for efetivamente inviável.*

23. *Assim, a interpretação a ser dada ao art. 42 deve ser, nesse aspecto, extensiva, de modo a abarcar o indeferimento de outros requerimentos e a revogação de títulos minerários menos robustos, como permissões de lavra garimpeira, autorizações de pesquisa, dentre outros. Afinal, independentemente do tipo do requerimento ou do título minerário envolvido, todo o processo minerário visa à futura realização de lavra de recursos minerais. Além disso, há que se considerar o fato de inexistirem direitos absolutos no âmbito do arcabouço normativo brasileiro.*

(B) **SEGUNDO REQUISITO:** superação da utilidade do aproveitamento mineral na área pelo interesse público envolvido no projeto energético

29. A exigência de que o interesse envolvido no projeto energético supere a utilidade do aproveitamento mineral decorre da literalidade da redação do art. 42 do Código de Mineração.

30. *Nesses casos, a definição do interesse preponderante na área será realizada ‘a juízo do Governo’. Portanto, a análise desse requisito deverá ocorrer caso a caso, considerando os diversos interesses, valores e fatores*

*envolvidos, como as prioridades da política governamental, o impacto no âmbito das comunidades regionais, a rigidez locacional própria da jazida mineral, demanda existente pelo minério na área, dentre outros[...]*

[...]

31. De fato, *a análise deverá ser feita mediante critério de conveniência e oportunidade.* Na verdade, a expressão ‘a juízo do Governo’, somada ao ‘interesse nacional’ referido no parágrafo 1º do art. 176 da Constituição Federal, indica a existência de certa abertura na legislação para a realização, pelo Poder Público, de uma análise *discricionária* da outorga do título minerário, sopesando o interesse envolvido na atividade minerária com outros valores igualmente relevantes.

32. Obviamente que a discricionariedade, no caso, *é restrita*, sendo a negativa para a realização da atividade minerária hipótese excepcional, a ser devidamente justificada pelo poder concedente.

[...]

#### IV. PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE BLOQUEIO DE ÁREAS:

36. Por inexistir legislação específica sobre o tema, o processamento dos pedidos de bloqueio de áreas deve seguir as regras da Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

[...]

##### 4.3 Bloqueio Provisório:

43. O requerimento deverá ser apresentado exclusivamente no protocolo do DNPM em Brasília, onde será devidamente autuado. Em seguida, os autos serão encaminhados ao Diretor-Geral do DNPM que, se assim julgar pertinente, determinará a *suspensão imediata* da análise dos autos que se enquadrem nas seguintes hipóteses:

(a) *processos minerários a serem instaurados*, que tenham por objeto a outorga de direito minerário interferente com a área objeto do pedido de bloqueio, mediante despacho a ser publicado no Diário Oficial da União – DOU; e

(b) *processos minerários já instaurados*, que, identificados em estudo de georrefenciamento a ser realizado pela Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro do DNPM – DICAM, interfirmam com a área objeto do pedido de bloqueio, mediante despacho a ser juntado aos autos dos referidos processo e encaminhado por ofício, com aviso de recebimento, ao interessado.

44. Deve-se ressaltar que a determinação de bloqueio provisório da área depende da comprovação nos autos da legitimidade do requerente como interessado. Além disso, o requerimento deverá se mostrar plausível e verossível em uma análise preliminar. Caso contrário, o DNPM deverá intimar o requerente a apresentar novos documentos e informações, sob pena de indeferimento do pedido de bloqueio, nos termos dos artigos 39 e 40 da Lei nº 9.784/99.

45. As providências descritas acima têm amparo legal e justificam-se como medidas de prudência, recomendáveis em razão da dimensão do projeto a ser implementado e da alta probabilidade de realização de atividade especulativa na área. *Ademais, essas medidas têm caráter provisório, devendo perdurar somente enquanto não proferida decisão definitiva quanto ao mérito do pedido, e são reversíveis. Assim sendo, caso o pedido de bloqueio seja, ao final, indeferido ou deferido apenas parcialmente, a área poderá (ser) desbloqueada por inteiro ou em parte, não afrontando qualquer direito de terceiros.*

46. *Ressalte-se que a suspensão imediata da análise dos processos a que se refere o item 43 (b) acima não impede a execução das atividades minerárias já autorizadas ou concedidas, mas tão somente a análise dos autos processuais.*[...] (grifo nosso)

31 Entendo que o bloqueio provisório para o caso também se apresenta como uma ferramenta hábil para assegurar os direitos indígenas, haja vista se tratar de situação em que a atividade minerária não atenderia ao interesse coletivo por prejudicial ao bem público (*terras indígenas*) e também porque o interesse público envolvido supera o próprio aproveitamento minerário, na medida em que “*a juízo do Governo*” pretende-se demarcar uma área indígena onde hoje há uma exploração mineral.

32 Pela forma exposta, em termos práticos, teremos o seguinte: uma vez sendo favorável a demarcação (*Decreto Presidencial que ratifica a demarcação*), ocorrerá a automática consolidação do bloqueio

provisório em definitivo, tudo em razão da própria incompatibilidade entre essa atividade minerária dentro da, *agora*, área indígena, pois esta foi declarada ser um bem público da União por excelência<sup>9</sup> e cuja exploração é inviável, *exceto se cumpridos todos os requisitos constitucionais* (§ 3º do artigo 231 da CF/88).

33 De outro lado, em caso negativo, ou seja, não homologação, suspender-se-á o bloqueio provisório e os procedimentos sobrestados no DNPM voltam ao seu curso regular, sem prejuízo de renovação dos pedidos que foram de pronto obstados ainda na fase de identificação.

34 Por fim, não é demais lembrar que, na hipótese vertente, dentre a salvaguarda dos direitos indígenas não se inclui a percepção dos frutos da mineração atualmente efetivada pela empresa VALE DO RIBEIRA – Indústria e Comércio de Minerais S.A., à míngua de lei que regule o contido no § 3º do artigo 231 da CF/88, que tem a seguinte redação:

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

Sem mais, à consideração superior.

Brasília-DF, 04 de novembro de 2009.

ESTANISLAU VIANA DE ALMEIDA

Procurador Federal

<sup>9</sup> “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (RE 183.188, Relator Ministro Celso de Mello, DJ/I de 14/02/97 - grifo nosso)

