

# Ainda em busca da desejada segurança jurídica

## Os povos indígenas e o setor elétrico

Ao final das últimas semanas, diversas notícias publicadas na imprensa destacavam, de modo geral, os possíveis efeitos que a Portaria n. 303/2012, expedida pela Advocacia Geral da União (AGU), e publicada em 17 de julho de 2012, apresentaria em relação à tutela dos direitos indígenas protegidos pela Constituição e a possibilidade de expansão de novos empreendimentos de energia e infraestrutura sobre as áreas tradicionalmente ocupadas por estes povos.

Em meio às notícias, posições manifestadas oficialmente por órgãos da própria Administração em protesto à referida medida, já suspensa até 24 de setembro de 2012, conotam o ambiente de contradição e insegurança que o tema ainda envolve. Com efeito, a fim de se esclarecer o bojo jurídico por trás das controvérsias, bem como conceder a cautela necessária à percepção dos reais impactos que a medida poderá representar, algumas considerações merecem ser feitas a fim de se evitar os imperativos divulgados até o momento.

A Portaria AGU n. 303/2012, assinada pelo advogado geral da União, Luís Inácio Adams, teve como objeto uniformizar as orientações jurídicas a serem seguidas pela Administração Pública Federal nos processos administrativos visando à implementação de empreendimentos de energia e projetos de infraestrutura em terras indígenas. Para tanto, utilizando-se como referência as 19 condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no julgamento da Petição n. 3.388/RR, a mencionada portaria estabeleceu contornos às salvaguardas indígenas, ao delinear, de modo abstrato e genérico, as hipóteses de incidência e exceção à aplicação do conceito de *usufruto exclusivo* estabelecido na Constituição.

Isto porque a Constituição Federal, em seu art. 231, reconhece aos índios vários direitos, tais como sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, estabelecendo, em suas seguranças, a garantia à posse permanente sobre as terras ocupadas e o usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, rios e lagos existentes.

Ocorre que, há muito se debate sobre quais riquezas estaria a Constituição Federal se referindo e, logo, salvaguardando à exclusividade de exploração dos índios. Isto é, indaga-se se dentre a universalidade de recursos e potenciais inerentes aos bens naturais mencionados, existiriam certas utilidades excluídas desta proteção constitucional e, portanto, passíveis de exploração por não índios.

A própria Constituição apresenta resposta ao citado questionamento quando, sistematicamente, adota a teoria dual da propriedade, e estabelece que os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, reservando à União o domínio sobre os mesmos, na forma dos artigos 176, *caput c/c* 20, incisos VIII e IX. Nesta medida, de modo

Erika Breyer é sócia do escritório Doria, Jacobina, Rosado e Gondinho Advogados Associados, responsável pela área de Energia e Sustentabilidade.



a integrar e conferir a coesão e unidade essenciais à interpretação constitucional, ao dispor sobre os direitos indígenas, o art. 231, §3º da Constituição ressalvou do escopo e alcance desses direitos o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, desde que autorizados pelo Congresso Nacional e garantida a consulta às comunidades afetadas, bem como sua participação no resultado do produto da lavra.

A ressalva constitucional prevista ao aproveitamento hidrelétrico e à mineração justifica-se pela rigidez locacional a que tais atividades econômicas estão atreladas e, logo, diferentemente de outros empreendimentos, a exploração de suas potencialidades depende de modo invariável das formações geológicas e hidrológicas existentes. Dessa forma, não compete ao Estado ou ao interessado escolher o local onde a atividade será realizada e face à importância fundamental que estas atividades representam à soberania nacional e funcionamento dos demais setores do país, a Constituição privilegia esses empreendimentos, estabelecendo-os como verdadeiras hipóteses especiais afora do conceito de direitos indígenas, não devendo os potenciais energéticos e minerais serem

entendidos como uma flexibilização dos direitos dos índios como se a estes integrassem.

Na verdade, pode-se entender que o que a Constituição guardaria sob o manto do usufruto exclusivo dos índios diz respeito àqueles bens proveitos à subsistência e manutenção alimentar, como vegetais, frutos, água, peixes e animais em geral e essenciais à preservação de sua cultura e formas de organização. Entretanto, mesmo tais direitos, bem como a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, podem ser flexibilizados, contudo, apenas em caráter excepcional – e para outras atividades que não os potenciais hidrelétricos e minerais – quando nas hipóteses de relevante interesse público, assim disposto em lei complementar.

Diante do cenário constitucional, a Portaria AGU n. 303/2012, ao estabelecer uma preponderância geral de certas atividades sobre os interesses indígenas, em nome da defesa nacional, além de não suprir a necessidade de regulamentação do art. 231 da Constituição Federal por Lei Ordinária ou Complementar, conforme o caso, poderá prejudicar o exercício de ponderações de valores, eventualmente necessários à resolução de casos específicos em âmbito administrativo. Isto



Seal-Tite®

International  
Engineered Sealing Solutions

**Thousands of Successful  
Leak Repair Operations**

Tubing and Casing  
Subsea and Umbilicals  
Microannulus Cement  
SCSSVs and Control Lines  
Wellhead Tubing and Casing Hangers

**The  
Leak  
Stops  
Here**



We Engineer Solutions and Savings

porque, cabe ressaltar, a portaria representa apenas uma uniformização de interpretação e está vinculada apenas no âmbito das procuradorias federais da Administração Pública.

Nesse âmbito, nem a citada portaria, ou mesmo a decisão do Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388/RR, que fundamentou o posicionamento da AGU, vinculam o Poder Judiciário, de modo que, outros casos baseados nos preceitos da Portaria poderão, eventualmente, ser questionados do ponto de vista judicial, conforme suas particularidades, sobretudo considerando a existência de outros diplomas legais como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais e a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas.

A par da polêmica suscitada na mídia, e sustentada por órgãos da própria Administração, culminando inclusive com a ulterior postergação por parte da AGU da eficácia da Portaria n. 303 para a partir do dia 24 de setembro de 2012, vale lembrar que o entendimento que se pretendia consolidar não é novo. Desde 28 de outubro de 2011, o Parecer n. 153/2010/Denor/CGU/AGU, que embasou a edição da portaria em comento, já se encontrava aprovado pelo Ministro

da Justiça, sendo obrigatória sua observância pela Funai. Contudo, a partir da edição da Portaria AGU n. 303/2012, como afirmado, as procuradorias federais de todo Poder Executivo Federal passaram a estar vinculadas a este posicionamento, estendendo-se tal entendimento, por exemplo, às procuradorias do ICMBio e Ibama.

A contradição interna demonstrada pela Administração sobre o tema confirma o grave ambiente de insegurança jurídica que permeia a exploração de atividades em terras indígenas no Brasil. Com efeito, até a edição de Lei Ordinária e Complementar que estabeleçam critérios e parâmetros objetivos a determinar os procedimentos necessários à execução de tais empreendimentos, de modo a suprir, respectivamente, a necessidade de regulamentação da exploração dos potenciais hidrelétricos e minerais, exigida no art. 231, § 3º, e das hipóteses de relevante interesse público, mencionadas no § 6º do mesmo artigo, os atuais problemas enfrentados por índios e setor produtivo permanecerão sob o tratamento caso a caso e análise subjetiva do governo, gerando desestímulos a novos investimentos, além de onerar a efetiva proteção aos povos indígenas constitucionalmente garantida. ■



- Acumulador Bexiga
- Acumulador Membrana
- Acumulador Pistão
- Bexiga/Balão Reservatório
- Bloco de Segurança
- Carregador Nitrogênio N<sup>2</sup>
- Cilindros Amostradores  
Acessórios e Tubo Pescador
- Cilindros Gás Natural - GNV
- Cilindros para Gases do Ar,  
CO<sup>2</sup> e Cloro  
Gases (Argônio, Acetileno, Oxigênio,  
Nitrogênio), Indústria de Alimentos,  
Bebidas, Extintores, Uso Médico  
e Sistema de Purificação de Água
- Potes para Instrumentação
- Reservatório de Ar
- Vasos de Pressão

**Fabricação, Reforma e Manutenção**

# CilgaTech

**Acumuladores** | Versões:  
Aço Inox AISI 304L ou 316L e Aço Carbono. Revestimento de Níquel Químico ou Poliamida 11 (Rilsan).  
Pressões: 1.000 à 15.000 PSI.

**Projeto Especial Circuito Hidráulico Grande Volume**  
Acumuladores de 150 e 350 litros.  
**Desenvolvimento de Skids**

**Cilindro Amostrador**  
Aço inox 316L, sem costura ou soldas para coleta de fluido e gases comprimidos.

**Blocos de Segurança**  
Proteção, bloqueio e descarga  
**Bexigas** | Stub End/Padrão  
Pressões: 1.000 à 10.000 PSI

**Atendimento +55 19 3828-9800**  
**www.CILGASTECH.com.br**  
E-mail vendas@cilgastech.com.br