

# ELETRÔNICOS

## Direito Internacional sem Fronteiras

### POPULAÇÕES TRADICIONAIS: Marco legal aplicado

*Traditional populations: applied legal framework*

Marcelo KOKKE <sup>1</sup> 

Sandra CUREAU <sup>2</sup> 

#### DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 20 jul. 2020

Verificação de Plágio: 21 jul. 2020

Decisão final: 24 ago 2020

Editor: ABRANTES, V. V.

Correspondente: KOKKE, M.

**RESUMO:** O presente estudo é uma análise da tutela jurídica das populações tradicionais, tanto no âmbito internacional como no plano interno. Para tanto, o trabalho parte da definição de tais comunidades como grupo culturalmente diferenciado, que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição. Através do exame dos impactos produzidos pelo deslocamento compulsório dessas comunidades, em decorrência de grandes empreendimentos ou de desastres ambientais, serão demonstradas suas perdas existenciais, decorrentes de sua relação simbólica com o meio ambiente, levando ao entendimento de que é necessária a reconstrução das bases hermenêuticas de aplicação das normas jurídicas para o futuro.

**Palavras-chave:** Danos ambientais. Impactos ambientais. Minorias culturais. Populações tradicionais.

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito Público, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em processo constitucional. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade Dom Helder Câmara, Uni-BH e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: < marcelokokke@yahoo.com.br >. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-8636-2787> >.

<sup>2</sup> Subprocuradora-Geral da República. Ex-Vice-Procuradora-Geral da República. Ex-Vice-Procuradora-Geral Eleitoral. Coordenadora da 4ª Câmara Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Membro das diretorias do Planeta Verde e da APRODAB. E-mail: < [svcureau@terra.com.br](mailto:svcureau@terra.com.br) >.

**ABSTRACT:** This study is an analysis of the legal protection of traditional populations, both internationally and internally. Therefore, the work starts from the definition of such communities as a culturally differentiated group, which is recognized as such, has its own form of social organization and occupies and uses territories and natural resources as a condition for its cultural, social, religious, ancestral and economic reproduction, using knowledge, innovations and practices generated and transmitted by tradition. Through the examination of the impacts produced by compulsory displacement of these communities, due to large enterprises or environmental disasters, their existential losses will be demonstrated, resulting from their symbolic relationship with the environment, leading to the understanding that it is necessary to rebuild the hermeneutic bases of application of legal norms for the future.

**Keywords:** Environmental damages. Environmental impacts. Cultural minorities. Traditional populations.

## 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento jurídico de populações tradicionais e os aspectos normativos que envolvem a aplicação regulatória de normas abstratas a situações específicas que caracterizam seu modo de vida é um dos desafios com que se depara a pretensão de eficácia dos direitos fundamentais nos conflitos interligados à aplicação do Direito Ambiental. Este desafio se vê ainda mais intenso e simultaneamente encoberto, dada a imagem pretensamente homogênea do Brasil. Por trás de uma identidade linguística, há uma série de diversidades intensas entre comunidades e coletividades brasileiras, marcadas por relações de bem-viver diferenciadas e perspectivas de relação com o mundo ao seu redor próprias.

Se de um lado há um percentual significativo da população brasileira vivendo em grandes centros urbanos, de outro há uma pulverização de pessoas e coletividades que se ligam em um viver, no qual os meios de vida e relações com a terra e o ambiente que lhes cerca são caracterizados pela tradicionalidade. A homogeneidade pressuposta sempre foi um desafio para que a sociedade brasileira como um todo capte esse antagonismo. Para uma parcela significativa da população

brasileira, a mudança de lar, de vizinhança, de trabalho, de núcleos de convivência, dentre outros, significa uma transição natural na vida, sem que isso lhe tumultue a perspectiva de boa vida, marcada por uma expressão comunitária de valores. Ao inverso, a mudança é natural, é prevista, em um contexto de geração Y e revolução tecnológica.

Mas, para outra parcela da população brasileira, a situação se passa de maneira diversa. Um contingente existe que conserva em suas relações sociais e de vida traços de tradicionalidade, são populações tradicionais. Para estas últimas, a relação com o lar, com a vizinhança, com o trabalho, com os núcleos de convivência, não tem nada que ver com transitoriedade. Ao inverso, essas relações são marcantes da identidade, são traços determinantes do quadro de valores de seu bem-viver em uma pauta comunitária que se liga às gerações passadas e à expectativa de construção de presente e futuro.

O presente artigo se destina a abordar as relações jurídicas derivadas de problemas ambientais ligados justamente a essa parcela da população, nomeada como população tradicional. O recorte de objeto aqui desenvolvido passa pela análise de casos, na qual se enfrentarão dois cenários jurídicos de aplicação jurídico-ambiental próprios. São eles o caso da Usina Hidrelétrica de Estreito e o caso do desastre de Mariana. A partir do método dedutivo, avalia-se o marco regulatório brasileiro das populações tradicionais, com interligação às previsões normativas no plano internacional, de modo a apurar a aplicação desses critérios aos conflitos fáticos selecionados.

O problema que se maneja é justamente empreender uma colmatação entre previsões normativas de caráter abstrato e, com as caracterizações que revestem as populações tradicionais, realizar um ajuste hermenêutico e crítico. Propõe-se assim que haja, quando se trata de populações tradicionais, uma revisitação de institutos e premissas, a fim de que a abstração normativa não seja fator de sufocamento das diversidades e expressão de identidade de modo de vida que caracteriza

coletividades específicas. Nessa linha, a aplicação jurídica não pode ser fonte de exclusão.

## **2 POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

Até a Convenção sobre a Diversidade Biológica - CDB, aprovada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, os recursos genéticos e os conhecimentos associados eram considerados patrimônios comuns da humanidade. Não obstante, como salientam Cunha e Almeida (2002, p. 23), os produtos deles derivados, fossem medicamentos, cosméticos ou quaisquer outros, poderiam ser privatizados livremente.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998, não dispõe estritamente sobre patrimônio genético, mas define recurso genético como o “material genético de valor real ou potencial”. A noção de recurso, expressa na Convenção, traduz a vinculação do elemento natural a determinado valor ou utilidade que diretamente se apresente para dada sociedade. Em outras palavras, o conceito de recurso, apropriado pela CDB, é restritivo, abarcando apenas os elementos que compõem a natureza, aos quais uma determinada sociedade humana confere, naquele momento histórico, valor real ou potencial, em razão de sua utilidade ou escassez (LEUZINGER; CUREAU, 2013, p. 292).

A Convenção ascende no cenário jurídico-ambiental, tanto no plano interno quanto no plano internacional, como um lastro determinante entre bens ambientais, e respectivo patrimônio genético, e conhecimento tradicional. O conhecimento tradicional é expressamente acolhido e reconhecido em seu valor no artigo 17, item 2, que explicita uma integração necessária entre o conhecimento científico e tecnológico e o aprendizado do viver, presente em povos indígenas e nas comunidades tradicionais. O Preâmbulo da Convenção já prenuncia que seu ponto de partida é justamente o reconhecimento da estreita e tradicional dependência de

recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes.

A proteção ecológica não se faz sem o reconhecimento e afirmação do saber tradicional. A identificação de progresso não pode significar uma superação e absorção destrutiva de comunidades que produziram conhecimentos para além dos padrões do método cartesiano. Uma escala de integração se manifesta: afinal, suprimir o saber tradicional é uma forma de dilapidação ambiental por romper com estilos de vida que se formaram ao longo de anos, décadas, séculos, a produzir uma via diversa de conhecimento que se centra em padrões diferentes da clássica racionalidade hegemônica ocidental.

A tutela jurídica do conhecimento das populações tradicionais e destas últimas propriamente ditas não significa um resguardo caridoso para com uma cultura ou coletividade vista como exótica pelos padrões hegemônicos, mas sim uma efetiva assunção de que existem formas de cognição da realidade e da relação do ser humano para com o meio ambiente que são alternativas ao padrão tecnológico-científico, assumido expressamente pela sociedade de risco pós-industrial. O aprendizado quanto às qualidades, capacidades e potencialidades dos bens ambientais ganha uma nova dimensão, na qual a técnica e a ciência hegemônicas assumem seus limites e que têm a aprender para com outras formas de pensar e de integração para com os bens ecológicos.

Nessa linha, a Convenção determina, em conformidade para com a legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica. Determina-se também incentivar a mais ampla aplicação do conhecimento tradicional, com a aprovação e a participação de seus detentores (artigo 8, item 'j').

Há um elastecimento, inclusive, da compreensão do significado de tecnologia, quando o artigo 18, item 4, prega o estímulo a modalidades de cooperação entre a tecnologia industrial e as tecnologias indígenas e tradicionais.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Brasil através do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, identifica esses povos a partir das condições sociais, culturais e econômicas que os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (art. 1º, alínea 'a'). Conforme salienta Moreira, “o diferencial estabelecido pela Convenção 169 da OIT de que os povos indígenas e tribais devem ser identificados como povos que possuem autodeterminação” (2017, p. 55) não implica afastamento do conceito de populações tradicionais, uma vez que dita Convenção “deve ser interpretada como um instrumento pluricompreensivo e multifacetário” (MOREIRA, 2017, p. 55). Assim sendo, para além disso, precisa ser interpretada como um instrumento garantidor “que se impõe como rede de proteção face ao avanço de violações contra povos e comunidades tradicionais” (MOREIRA, 2017, p. 55).

No mesmo sentido, Shirashi salienta que, mesmo que se entenda não existirem no Brasil “povos tribais no sentido estrito em que há em outros países, existem grupos sociais distintos que vivem na sociedade e essa distintividade é que os aproxima da noção de ‘povos tribais’” (2007, p. 55).

As populações tradicionais são implicadas intrinsecamente com a tutela ambiental e em um revolvimento ímpar tem-se que a conjuntura própria da vinculação existente permite conotar uma coletividade humana como específica e própria em seu modo de viver justamente pelas relações encadeadas com o espaço e os bens ambientais. Este contexto envolve a narrativa normativa brasileira a respeito das populações tradicionais. A Medida Provisória nº 2.186, de 23 de agosto de 2001, foi o primeiro instrumento legal a tratar do acesso ao conhecimento genético brasileiro e aos conhecimentos tradicionais a ele associados,

regulamentando alguns dispositivos insertos na CDB e no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Tanto a CDB como a MP nº 2.186/2001 trataram a expressão ‘comunidade local’ como sinônimo de população tradicional. A Convenção determina o respeito e a preservação dos conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (artigo 8, item ‘j’) não porque isso seria uma benesse conferida pelo modo de vida majoritário apregoado na sociedade de risco. Essa determinação se radica na consciência manifestada nos próprios meandros da sociedade tecnológica industrial de que aquele *modus vivendi* e seu conhecimento associado tem muito a contribuir para a sociedade como um todo, agregando saberes que são desconhecidos pelos padrões usuais da ciência hegemônica ocidental.

O artigo 7º, III, da MP nº 2.186/2001 denominava comunidade local o grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por sua organização tradicional e costumes próprios. O cerne de referência é a presença de elementos de distinção para com a sociedade envolvente, a partir da conservação de instituições sociais e econômicas próprias.

Entretanto, as expressões ‘população tradicional’ e ‘comunidade local’ não são sinônimas. O adjetivo local, acrescentado ao termo comunidade, conduz ao entendimento de tratar-se de comunidade situada em dado município, vilarejo ou cidade. Ocorre que, como são conferidos às populações tradicionais alguns direitos específicos, deve ficar bastante clara a sua caracterização, a evitar interpretação demasiadamente extensiva das normas, que conduza à sua inefetividade.

Sobreveio, anos após, o Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que definiu como povos e comunidades tradicionais os 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 gerados e transmitidos pela tradição.

Mais tarde, a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que revogou a MP 2.166/2001, na mesma linha do Decreto nº 6.040/2007, definiu, em seu art. 2º, IV, a comunidade tradicional como grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição.

A tradição perfaz a combinação da estabilidade com a atribuição de sentidos e perduração de vínculos, que recobrem tempo e espaço com relações de vínculo e confiança em torno dos sentidos sociais. Este suporte conceitual é determinante para a compreensão das populações tradicionais. No seu espaço de vivência, “a tradição é rotina. Mas ela é rotina que é intrinsecamente significativa, ao invés de um hábito por amor ao hábito, meramente vazio” (GIDDENS, 1991, p. 117). Nesses trilhos, “o tempo e o espaço não são as dimensões sem conteúdo que se tornaram com o desenvolvimento da modernidade, mas estão contextualmente implicados na natureza das atividades vividas” (GIDDENS, 1991, p. 117).

A partir das conceituações acima transcritas, pode-se afirmar, desde logo, que as comunidades tradicionais se caracterizam como um grupo cultural diferenciado, que se identifica pela articulação complexa entre a sua dimensão externa e a sua dimensão interna. A primeira – dimensão externa - é representada por objetos materiais, obras de arte, instrumentos de trabalho, instrumentos musicais, dentre outros, e pelo sistema de relacionamento e comunicação, o qual se expressa através da língua, dos costumes e das instituições. Já a dimensão interna é aquela que dá sentido à anterior, é caracterizada pelo conjunto de crenças, intenções e atitudes coletivas, geralmente herdadas dos antepassados. São, pois, coletividades criadoras, “que se expressam culturalmente através da tradição, mantendo viva a sua singularidade” (DRUMMOND, 2017, p. 82).

Linha de construção similar é efetivada por Márcia Dieguez Leuzinger (2009, p. 212). Há atributos que conferem às populações tradicionais sua marca distintiva, que simultaneamente lhe conferem pertencimento e diferenciação. Destaca-se, “em especial, a característica de adotarem práticas ou possuírem essas populações estilos de vida relevantes para a proteção da natureza e para a manutenção da diversidade biológica, praticando, para tanto, atividades de baixo-impacto” (LEUZINGER, 2009, p. 212-213). Entretanto, Moreira, novamente, adverte que:

O estabelecimento de características ajuda a delinear uma compreensão sobre quem são essas populações, mas não podem ser tomadas de modo estanque. No que se refere, por exemplo, à ocupação territorial como condição para o reconhecimento de uma população como tradicional, é preciso flexibilizar esse critério em países como o Brasil, onde os problemas fundiários borbulham. Portanto, embora todas as características normalmente apresentadas para identificação de um povo como tradicional sejam válidas, entendemos que essas serão sempre, de algum modo, falhas perante a dinâmica social que não nos permite fixá-las de modo absoluto. (2007)

Sob esse prisma, povos indígenas e quilombolas se inserem no conceito de comunidades tradicionais. Entretanto, há um nível de diversidade de proteção jurídica expressa na legislação. Indígenas contam com um nível de proteção dotado de maior densificação, dada sua caracterização como povo originário, significação que se agrega à concepção de população tradicional para fins do marco legal aqui desenvolvido. Ainda com certa dosagem de densificação, mas em menor medida, figuram os quilombolas, cujo reconhecimento auferiu maior solidez de segurança jurídica após o julgamento da ADI 3239, que versou sobre o Decreto n. 4.887/2003.

Se a consistência dos marcos regulatórios em relação a indígenas e quilombolas possui densidade normativa, situação diferente é vislumbrada quando se trata de toda uma gama de outras populações tradicionais brasileiras. Todo este notável complexo de povos tradicionais brasileiros, tal como caiçaras, seringueiros, pescadores, ribeirinhos, pantaneiros, não conta com níveis expressos e densificados na elaboração de mecanismos de proteção.

Há marcos de gradação e significação para a configuração das populações atingidas. O reconhecimento das populações tradicionais compreende, em ampla variação de materialização jurídica, desde a possibilidade de “atribuição às minorias de qualidade de sujeito de direito a título de personalidade jurídica à outorga de direito esparso, passando pela constituição de um sistema ordenado de proteção” (PIERRÉ-CAPS, 2004, p. 280). A superação da ausência de um marco regulatório que estabeleça um sistema ordenado de tutela é passo referencial de consolidação da proteção das populações tradicionais. Um sistema rarefeito pode conduzir à negação de seu próprio reconhecimento (KOKKE, 2017, p. 114).

Lado outro, os critérios distintivos são ameaçados por um risco sempre presente de banalização do significado de população tradicional, quando, por exemplo, determinados produtores rurais pretendem, em função de seu interesse econômico comum, atribuir-se o caráter de população tradicional para lograr uma tela de proteção desnaturada em sua razão de ser. A banalização enfraquece e inflaciona a percepção do significado das populações tradicionais, resultando em perda de proteção global daqueles que realmente se manifestem em uma dimensão interna e externa de vínculos próprios em relação ao entorno social. Convergência econômica de agrupamentos produtivos não converte os interessados em população tradicional.

Nesse sentido, a prática jurídica e a confrontação normativa abstrata lidam com problemas hermenêuticos intensos quando se tematizam as populações tradicionais sob aspectos ligados ao marco legal e balizas de seu reconhecimento de proteção ambiental, já que não gozam diretamente de abrigo constitucional, ao passo que sua expressão legal de proteção é rarefeita. Na órbita tratada, é Moreira quem observa que:

O que faz um grupo social ser identificado como tradicional não é a localidade onde se encontra, ele pode estar em uma unidade de conservação, terra indígena, terra quilombola, à beira de um rio da Amazônia, num centro urbano, numa feira, nas casas afro-religiosas, nos assentamentos da reforma agrária, enfim, não é o local que define quem elas são, mas sim seu modo de vida e as suas

formas de estreitar relações com a diversidade biológica, em função de uma dependência que não precisa ser apenas com fins de subsistência, pode ser também material, econômica, cultural, religiosa, espiritual, etc. (2017)

A diversidade de densificação nas normas relativas aos povos originários e povos tradicionais irá se refletir nos níveis de oitiva quando suas coletividades e empreendimentos sejam impactados, e, por decorrência, na própria estruturação e previsão de medidas de compensação. A menor densificação de proteção refletirá diretamente nas medidas reativas de reconhecimento, mitigação e compensação por impactos de empreendimentos ou situações de dano no modo de viver de cada uma daquelas coletividades humanas.

### **3 AVALIAÇÃO DE LICITUDE DA ATIVIDADE DA POPULAÇÃO TRADICIONAL LESADA EM DESASTRE**

A Lei n. 13.123/15 reconhece, em termos legais, o conhecimento tradicional em grau de equivalência para fins de proteção jurídica ao conhecimento científico. Aplica-se aqui o pensamento de LEFF (2009, p. 98), para quem a cultura atua como mediação entre os processos econômicos e ecológicos. A comunidade tradicional pode produzir conhecimentos inerentes ao seu interagir com os componentes bióticos e abióticos locais.

A partir desses conhecimentos, a comunidade desenvolve uma correlação própria quanto às propriedades dos recursos naturais a serem utilizadas em favor da coletividade. São os denominados conhecimentos tradicionais associados, definidos no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 13.123, como informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associados ao patrimônio genético. A definição normativa vai ao encontro da perspectiva doutrinária. Soares compreende os conhecimentos tradicionais como saberes e técnicas que

índios e outras comunidades locais (tais como os quilombolas, os caiçaras, os seringueiros, os pescadores, os ribeirinhos, dentre outras) têm e utilizam para sua sobrevivência e para o atendimento de necessidades culturais, espirituais, materiais e financeiras da presente e das futuras gerações. (SOARES, 2009, p. 277)

Os conhecimentos tradicionais entranham-se no viver da comunidade, em sua dinâmica interna de relacionamento e convívio, assim como em suas relações em face da sociedade como um todo. O Decreto 6.040 também define o percurso da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e parte do princípio do reconhecimento, valorização e respeito à diversidade socioambiental e cultural. O objetivo geral e principal da Política Nacional é promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.

Mas um problema se projeta quando as relações culturais e de exploração dos recursos naturais pelas comunidades tradicionais se confrontam com padrões regulamentares fixados nas normas jurídicas. É possível que as atividades de povos originários ou tradicionais se confrontem com regras ambientais e mesmo com regras jurídicas regentes de determinadas atividades econômicas. Essa situação se passa quando populações tradicionais se dedicam à exploração rudimentar de recursos minerais, como pedra-sabão, cascalho, areia, dentre outros. Em termos de propriedade do recurso, a atividade demanda regulamentação minerária junto à Agência Nacional de Mineração. Já em termos ambientais, a atividade demanda análise de licença ambiental, ou mesmo sua dispensa, mas sempre resguardada a atribuição do órgão licenciador.

Embora a necessidade de regularidade minerária e ambiental seja impositiva, coletividades tradicionais se dedicam à mineração rudimentar, como faiscações, areeiros, dentre outros, em uma situação de ilicitude normativa, ou melhor, de descumprimento das previsões legais. A atividade é transmitida no seio do curso

familiar, é marcada por técnicas rudimentares e com um baixo impacto em sua atividade, e por vezes é compreendida como desnecessária de maior regulamentação justamente pelos seus tons de ancestralidade na prática.

O desastre de Mariana, provocado pelo rompimento da barragem de Fundão, em 2015, propiciou uma situação de crise de tematização jurídica ligada a essas atividades das populações tradicionais. O rompimento atingiu populações tradicionais que se dedicavam justamente à exploração de areia, cascalho, a pequenas explorações minerárias de baixo impacto (FUNDAÇÃO RENOVA, 2020, p. 20). Embora tenham sido diretamente atingidas, o processo de reparação abriu espaço para questionamentos, tais como se seria ou não devida a reparação pelos prejuízos econômicos sofridos pelas populações tradicionais que sofreram os impactos pelo desastre.

Os rejeitos da pluma de lama inviabilizaram a continuidade da exploração dos recursos naturais. Entretanto, esses recursos estavam sendo explorados irregularmente. A pergunta que se abre é justamente se uma população tradicional possui direito a ser indenizada por prejuízos econômicos decorrentes da impossibilidade de continuar uma atividade que era exercida irregularmente. A matéria não está afeta à aplicação ou não da responsabilidade objetiva, mas sim em definir se há ou não dano indenizável.

A confrontação entre Direito Ambiental e realidades sociocultural e socioeconômica brasileiras é por vezes conflitiva e tortuosa em seus caminhos. Essa relação de atritos e desafios requer um verdadeiro processo de hermenêutica reconstrutiva e contextualizadora, a fim de que não sejam as normas ambientais colocadas em um constante choque com a tutela das populações tradicionais brasileiras. Justamente essa hermenêutica reconstrutiva é que se faz necessária para fins de encontrar uma resposta ao problema traçado.

A primeira tendência de resposta pode assumir dois caminhos. De um lado, há aqueles que sustentam toda e qualquer argumentação de resguardo de povos e comunidades tradicionais na Convenção 169 da OIT. Por esta linha, a argumentação

seria de que sequer há ilegalidade; afinal, o modo de vida tradicional a ser reconhecido dotaria a prática de legalidade, embora confronte a legislação. De outro lado, há a alegação de que a atividade era irregular e não há dever de reparação por dano individual, já que a prática em si da extração, embora rudimentar, violava as normas ambientais e minerárias.

A aplicação das bases jurídico-ambientais afetas às normas regentes das populações tradicionais permite um caminhar em sentido diverso. As atividades de mineração rudimentar exercidas por populações tradicionais, marcadas por seu baixo impacto e baixo nível proporcional de extração, são seculares, exercidas desde a época colonial brasileira. Em escala mais recente, o contexto normativo remonta ao Decreto n. 24.193, de 3 de maio de 1934. Este último e os diplomas legais que se seguiram enfrentaram o constante desafio de regularizar as práticas desenvolvidas, de forma puramente privada, ao longo dos séculos e interiorizadas nas populações tradicionais nos diversos cantos do país.

A Constituição da República, a partir do artigo 43 do ADCT, fundamentou a edição da Lei n. 7.886/89, que, por sua vez, abriu prazo para a regularização de atividade rudimentar de fiscoadores ou extratores de minerais em atividades de baixo impacto. A busca estatal pela regularização, assim como pela progressiva adoção de padrões de sustentabilidade e adequação ambiental, seguiu-se na legislação brasileira. O Estatuto do Garimpeiro, Lei n. 11.685/2008, que abrange as populações tradicionais, indica claramente a oportunidade de regularização apresentada. O artigo 5º da Lei reza que as cooperativas de garimpeiros terão prioridade na obtenção da permissão de lavra nas áreas nas quais estejam atuando, ou seja, reconhece a existência de um fato pretérito ao qual a lei pretende fazer face.

Art. 5º. As cooperativas de garimpeiros terão prioridade na obtenção da permissão de lavra garimpeira nas áreas nas quais estejam atuando, desde que a ocupação tenha ocorrido nos seguintes casos:

- I - em áreas consideradas livres, nos termos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967;
  - II - em áreas requeridas com prioridade, até a data de 20 de julho de 1989; e
  - III - em áreas onde sejam titulares de permissão de lavra garimpeira.
- Parágrafo único. É facultado ao garimpeiro associar-se a mais de uma cooperativa que tenha atuação em áreas distintas.

A questão avança para além da situação de irregularidade nas atividades. Passa-se a ter enfoque no lastro normativo que conduz à possibilidade da regularização. Se, do ponto de vista minerário, é possível ao fiscador ou garimpeiro rudimentar pleitear a regularização de suas atividades, é necessário avaliar se também será possível a regularização ambiental.

A regularização ambiental de atividades que se façam sem autorizações ou licenças é possível. Exemplificativa no ponto é a licença corretiva. O fato de estar um empreendimento sendo desenvolvido sem conformidade com o marco legal não significa sua irrefreável condenação e inviabilidade ambiental. É possível ao seu responsável, sempre que não se trate de atividade de significativo impacto ambiental em espaço territorial especialmente protegido, buscar a conformidade para com as normas legais.

A oportunidade de regularização ambiental é uma abertura constante na legislação brasileira. Em âmbito federal, o IBAMA já dispunha, desde a Instrução Normativa n. 184/2008, quanto ao processo de regularização do licenciamento ambiental. A legislação do Estado de Minas Gerais caminha no mesmo sentido. A Deliberação Normativa do Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM – n. 217/2017 possui uma seção específica a tratar da regularização ambiental. O artigo 9º da norma dispõe, expressamente, que, caso a instalação ou a operação da atividade ou empreendimento tenha sido iniciada sem prévio licenciamento, este ocorrerá de forma corretiva, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis.

Uma primeira conclusão já se expressa. As populações tradicionais que se dediquem à extração rudimentar por meio da garimpagem ou sejam fiscadores

possuem o direito a pleitear em face do Estado sua regularização minerária e ambiental. Se haverá conformidade, o tema é exclusivamente ligado à inexistência de vedação nas normas ambientais e à atuação do Poder Público.

A ocorrência de um desastre antropogênico socioambiental e socioeconômico, como o de Mariana, ao inviabilizar a exploração minerária sustentável da área em que ocorria a atividade tradicional, não atinge propriamente um direito constituído em título minerário ou em licença ambiental, a expressar base legal de utilização da área impactada, mesmo porque inexistente direito constituído contra a proteção e a preservação do meio ambiente.

Atinge, sim, o direito da população à potencial regularização minerária e ambiental para continuidade de suas atividades tradicionais, de forma sustentável e em conformidade com a legislação. O dano é existente, justamente, por privar a população tradicional de uma chance de se regularizar, por privar a comunidade de usufruir da possibilidade normativa de pleitear, em face do Estado, a continuidade do exercício das atividades.

Ocorre a configuração de responsabilidade civil por parte dos responsáveis pelo dano ambiental ou desastre, como no caso de Mariana, por provocarem a perda de uma chance à regularização das atividades. Não se tematiza o dever de indenizar em face da atividade ser legal ou ilegal quando do dano, mas sim pela existência de um direito de regularizar a atividade com reflexos econômicos e mesmo existenciais na comunidade.

A Teoria da Perda de uma Chance é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp 1540153), que remete diretamente ao conceito expressado por Daniel Amaral Carnaúba:

Ao invés constituir uma espécie de prejuízo ou uma nova teoria sobre o nexo causal, a perda de uma chance seria mais bem definida como uma técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica consiste no deslocamento da reparação: a responsabilidade deixa de se preocupar com a intangível vantagem aleatória desejada, e passa a

considerar a chance como objeto a ser reparado. (CARNAÚBA, 2012, p. 3)

A lesão se caracteriza pelo agente provocar uma situação de privação ilegítima, por inviabilizar o sujeito lesado de alcançar um resultado positivo e favorável que seria palpável no contexto fático e jurídico. A perda de uma chance provoca situação de retirada ilegítima de potenciais vantagens ou benefícios patrimoniais e extrapatrimoniais que poderiam ser efetivamente alçados à esfera jurídica do lesado.

A conjuntura extraída não afere a relação entre a população tradicional atingida e a regularidade de suas atividades junto ao Estado. Analisa-se a lesão sofrida pelas populações tradicionais a partir do momento em que o ilícito ecológico, com reflexos em sua situação jurídico-econômica e ambiental, priva a população tradicional da chance real de lograr a regularização de atividade em face do Estado.

Portanto, faz-se possível pensar na reparação a populações tradicionais por danos ambientais, com reflexo econômico em atividades que eram por elas desenvolvidas de forma irregular. Os danos e desastres ambientais, tal como o desastre de Mariana, que privam as populações tradicionais da chance de regularizar suas atividades econômicas junto aos órgãos minerários e ambientais, irão desencadear o dever de reparação. Este dever implica efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, inclusive em relação a eventuais lesões existenciais provocadas à comunidade atingida.

#### **4 O CASO DA IMPLANTAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ESTREITO**

Conforme Sieben e Cleps (2012), dados da Comissão Mundial de Barragens dão conta de que, no mundo, já foram construídas mais de 800 mil barragens, sendo 45 mil de grande porte. Tais empreendimentos hidrelétricos deslocam cerca de 4 milhões de pessoas por ano. O Brasil é um dos vinte países nos quais essa matriz representa a principal fonte de energia, tendo deslocado mais de 1 milhão de pessoas em decorrência de suas 2 mil barragens construídas.

A implantação de uma usina hidrelétrica sempre ocasionou grandes transformações para o ambiente e as populações atingidas. As empresas, grupos ou consórcios muitas vezes - ou jamais - se preocupam ou preocuparam com os impactos negativos daí decorrentes. Como assinalam Walcacer e Figueiredo, comumente, paralelamente a concepções de empreendimentos voltados para atingir metas econômicas, “populações tradicionais são atingidas pela violência de projetos de ‘desenvolvimento que não levam minimamente em conta as suas necessidades e aspirações” (2004, p. 214).

Toma-se como exemplo o empreendimento hidrelétrico de Estreito, implantado no rio Tocantins, integrante da Bacia do Tocantins-Araguaia, entre os municípios de Estreito/MA e Aguiarnópolis/TO. Segundo dados do EIA/RIMA, a formação de seu lago atingiria diretamente 12 municípios: Carolina e Estreito, no Estado do Maranhão, e Aguiarnópolis, Darcinópolis, Babaçulândia, Filadelfia, Barra do Ouro, Palmeirante, Goiatins, Tupiratins, Itapiritins e Palmeiras do Tocantins, no Estado do Tocantins.

Para o seu reservatório, foi prevista a superfície de 590 km<sup>2</sup>, sendo 434 km<sup>2</sup> de terras inundadas e 155 km<sup>2</sup> do próprio leito do rio Tocantins. A Usina, segundo os Estudos de Impacto Ambiental, geraria uma potência total de 1.109,7 MW, prevendo-se uma produção anual de 5.145 GWh. Como foi projetada para operar a fio d’água, a cota do seu reservatório deveria manter-se constante, em torno de 156 m.

A Bacia hidrográfica do rio Tocantins é considerada a maior bacia hidrográfica inteiramente brasileira. Ocupa áreas nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Tocantins, Pará, Maranhão e, já próximo ao divisor de águas, do Distrito Federal. O território ocupado pela Bacia abrange dois dos mais importantes biomas do país: o Cerrado, predominantemente, e a Floresta Amazônica. São 355 os municípios banhados pela Bacia do Tocantins, com uma população total de 4.385.000 habitantes, que fazem uso, direto ou indireto, dos seus recursos naturais.

Além de servir às populações urbanas e rurais dos municípios ribeirinhos, o Tocantins, principal rio desta Bacia é meio de subsistência para diversas comunidades indígenas, entre elas, Kraôs, Xerentes, Apinagés, Krikatis e Gaviões.

Nas áreas de influência da UHE Estreito, havia, ainda, a presença de outros grupos sociais, que faziam uso de recursos naturais, em seus processos de reprodução socioeconômica e cultural. Tais recursos, à toda evidência, passaram a estar sujeitos à degradação ambiental devido à implantação do empreendimento.

Conforme o EIA/RIMA, a população a ser deslocada, no meio rural, em virtude da implantação da UHE Estreito, alcançaria 960 famílias ribeirinhas e 59 famílias de ilhéus, totalizando cerca de 5.000 pessoas. No meio urbano, seriam aproximadamente 270 famílias, estimadas pelos autores do referido estudo em cerca de 1.150 pessoas.

A construção de uma usina hidrelétrica representa para as populações ribeirinhas a destruição de seus projetos de vida, impondo sua expulsão da terra, sem apresentar compensações que possam, ao menos, assegurar a manutenção de suas condições reprodutivas no mesmo nível em que se verificavam antes da implantação do empreendimento.

Em uma comunidade rural, há muito mais que apenas uma unidade produtiva, há relações e interrelações construídas durante décadas, culturas enraizadas através de muitas gerações. O reassentamento muda a sua realidade e a sua forma de viver. Por outro lado, a opção pelo reassentamento rural exclui o pequeno produtor rural proprietário, como beneficiário, independentemente de seu perfil socioeconômico. No caso do cenário rural brasileiro, a condição de ser proprietário de uma gleba de terra, embora seja uma informação importante, não é suficiente para caracterizar o perfil socioeconômico ou definir o modo de vida dos proprietários, consoante registrado na Informação Técnica nº 97/2005 – 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Nas regiões ribeirinhas do Rio Tocantins, existiam várias categorias de famílias que sobreviviam das mais diversas formas: a) assentados - famílias que

foram assentadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e desenvolviam atividades produtivas, como plantio de lavouras, criação de pequenos animais, pesca e coleta de frutos nativos; b) pescadores - famílias que tinham como atividade econômica principal a pesca e, ainda, plantavam nas vazantes e colhiam frutas nativas; c) posseiros, proprietários e ocupantes - famílias que tinham como principal atividade o plantio de produtos agrícolas, criação de pequenos animais e bovinos; d) barraqueiros e barqueiros; e) extrativistas - famílias que tinham como principal atividade a coleta de frutas nativas como bacuri, murici, coco babaçu; f) oleiros - famílias que tinham como principal atividade a fabricação de tijolos artesanais e não foram reconhecidas como detentoras de atividade produtiva.

Segundo estudos recentes (FERREIRA et al, 2014), as negociações com os atingidos foram realizadas diretamente com o proprietário do imóvel. Essa negociação individual, realizada entre o empreendedor e o atingido, caracteriza-se como uma estratégia do Consórcio envolvido para reduzir o problema social a uma dimensão patrimonial-legal, discutindo-se o valor da indenização. Transcrevendo:

As famílias impactadas pela construção da UHE Estreito possuíam uma relação direta com a terra. O rio proporcionava alimento, como o peixe, e bem-estar através do microclima de beira de rio e da sombra em dias quentes. A maioria dos moradores tinha parentes próximos ao local de moradia, o que caracterizava identidades culturais comuns entre os indivíduos. A perda de seu lugar de moradia, de suas relações sociais, de sua renda, a falta do recurso natural são características evidenciadas quando nos deparamos com a realidade dos reassentados. (FERREIRA et al, 2014, p. 81)

O sentimento de pesar pelas perdas que jamais serão recompensadas manifesta-se, claramente, nas falas dos atingidos pela construção de Estreito:

Sinto falta é de tudo. O vento da beira do rio e você quebrando uma melancia num tinha coisa melhor. Esse horário mermo de 9 às 10 horas eu gostava de ir para a beira do rio [...] lá tomava banho à vontade aí quebrava aquela melancia ia comendo do miolo dela, ali, e jogando dentro da água e vendo os peixinhos e aí ia para casa. Mais moço a gente sente falta dessas coisas. (FERREIRA et al, 2014, p. 81)

Sinto falta da manga.[...]. Eu nunca comi uma manga aqui. Lá em casa era beleza demais você chegava do serviço colocava uma cadeira dessa na frente de casa. Lá tinha um pé de manguita, de coco. A casa todinha era coberta por árvore, sombra boa. Pegava a camisa jogava pra acolá num ia nem me banhar só o vento acabava o calor. (FERREIRA et al, 2014, p. 81)

Tenho saudade da família a gente se separou tudo, aí ficou tudo espalhado. Tenho saudade da água, do rio, do lugar, né. Porque lá era muito bom. Era um lugar assim; todo mundo dizia que era o Paraíso. (FERREIRA et al, 2014, p. 81)

Sinto falta das amizades. Lá eu tinha muitos amigos e aqui agora não tem. Sinto muita falta do rio. O rio era uma fonte de vida que nós perdemos. A barragem acabou com a vida da humanidade. (FERREIRA et al, 2014, p. 81)

O alagamento permanente das terras e a construção da barragem, para as famílias de pescadores, significou a perda das condições de realizar sua atividade pesqueira nas áreas a montante e a jusante do rio Tocantins, devido às alterações ocorridas no ambiente aquático. Para os barraqueiros e barqueiros, o apodrecimento da matéria orgânica, que se seguiu ao alagamento, acarretou a diminuição do interesse pelas praias do lago. O fim das florestas, das plantas e, conseqüentemente, dos frutos, trouxe consigo o fim das atividades extrativistas, assim como o fim do barro encerrou as atividades dos oleiros.

Os atingidos pela UHE Estreito estavam felizes dentro da visão de mundo que construíram ao longo de suas vidas, na qual o meio ambiente era o provedor dos recursos necessários para a sua sobrevivência. Essas pessoas, que viviam às margens do Rio Tocantins, não foram impactadas apenas pela perda dos recursos (água, peixe, árvores, frutas), mas, principalmente, pelo fim da sensação de pertencimento ao local em que viviam.

Enfim, quando se inicia o processo de construção de uma UHE, o empreendedor, que é o responsável pela elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, já tem uma visão dos possíveis problemas do empreendimento, bem

como do perfil dos moradores que serão atingidos, suas habitações, sua renda, permitindo-lhe elaborar uma estratégia de ação.

De outro lado, tem uma visão exclusivamente mercadológica do meio ambiente.

Dessa forma, as decisões que vêm a ser tomadas não levam em consideração as populações locais e, muito menos, a maneira como serão afetadas pelo empreendimento. A relevância simbólica no tratamento das perdas sofridas, com o sacrifício de seus modos de vida, jamais é considerada e, muito menos, o fato de que o meio ambiente, para essas comunidades, não é visto como mercadoria geradora de lucros.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação jurídica das populações tradicionais, aqui incluídos os povos originários e os povos tradicionais em sentido estrito, ainda demanda níveis de densificação no ordenamento jurídico brasileiro. Esses níveis de densificação requerem entrelaçamento entre as normas de Direito Ambiental e vínculos transversais científicos, tais como análises antropológicas e sociológicas. Essa vinculação permite interiorizar, em face das normas jurídicas, que são programadas em seu teor hegemônico e abstrato, fatores afetos ao *modus vivendi*, assim como à perspectiva de bem-viver daquelas coletividades.

A perspectiva de impacto ambiental por empreendimentos econômicos, assim como os reflexos de danos ambientais para as atividades de comunidades tradicionais, demanda níveis de releitura e reconstrução das bases hermenêuticas de aplicação das normas jurídicas. Não se trata de gerar exceções às normas gerais e abstratas produzidas pelo Estado Democrático de Direito, mas sim de compreender as normas gerais e abstratas a partir do Estado Democrático de Direito e sua afirmada aversão a posturas homogeneizantes ou indiferentes a coletividades que carregam em seu fluxo identitário peculiaridades de bem-viver.

As análises procedidas tanto em relação aos impactos produzidos pela hidrelétrica de Estreito, quanto pela reparabilidade de populações tradicionais pela perda de uma chance, mesmo quando desempenham atividades não regulares, mas passíveis de regularização, conduzem a um ponto comum de conclusão. É necessário sofisticar a disciplina legal e de aplicação do ordenamento jurídico quando se tematizam as populações tradicionais.

Essa sofisticação não significa apartar essas comunidades das normas jurídicas como um todo, mas sim que o ordenamento jurídico assimile o significado da prática cultural e dos vínculos com o ambiente, com o território, com os recursos naturais, como algo próprio e diferenciado das populações tradicionais em face do todo social. A aplicação das regras jurídicas não pode se converter em fonte de exclusão, não pode ignorar o comprometimento identitário e de resguardo normativo em face da diversidade cultural, constitucionalmente albergada.

## REFERÊNCIAS

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais on line**, São Paulo, n. 922, ago, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. ALMEIDA, Mauro Barbosa de. **Enciclopédia da Floresta**. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DRUMMOND, Victor Carneiro. **A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais**. São Paulo: Almedina, 2017.

FERREIRA, Dallyla Tais Assunção; MARQUES, Elineide Eugênio; BUENAFUENTE, Sandra Maria Franco; SOUZA, Lucas Barbosa e; GRISON, Marcelo da Gama, LIMA, Adila Maria Taveira de. Perdas simbólicas e os atingidos por barragens: o caso da Usina Hidrelétrica de Estreito, Brasil. Universidade Federal do Paraná: **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Vol. 30, jul. 2014. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/made/article/view/34187>>. Acesso em: 23 maio 2020.

FUNDAÇÃO RENOVA. **Relatório anual de atividades**. Ano 2019. Belo Horizonte: Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp>

content/uploads/2020/01/pmorld01200cifanual\_200117.pdf>. Acesso em: 13 julho 2020.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

KOKKE, Marcelo. **Conflitos intergeracionais**: uma matriz para análise dos confrontos socioambientais, culturais e jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

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

MOREIRA, Eliane. *Conhecimentos tradicionais e sua proteção*. **T&C Amazônia**, vol. 5, n. 11, jun. 2007. Disponível em: <[https://portal.fucapi.br/tec/imagens/revistas/005\\_rev011\\_conhecimento\\_tradicional\\_e\\_a\\_protecao.pdf](https://portal.fucapi.br/tec/imagens/revistas/005_rev011_conhecimento_tradicional_e_a_protecao.pdf)>. Acesso em: 14 julho 2020.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos**: uma análise a partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIERRÉ-CAPS, Stéphane. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert (org.). **O direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

SHIRASHI NETO, Joaquim. A particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais face às Declarações e Convenções Internacionais. SHIRASHI NETO, Joaquim (org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

SIEBEN, Airton; CLEPS JUNIOR, João. Política energética na Amazônia: a UHE estreito os camponeses tradicionais de Palmatuba/Babaçulândia (TO). **Sociedade & Natureza** (on line version), Uberlândia, Vol. 24, n. 2, May/Aug. 2012. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-45132012000200002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-45132012000200002)>. Acesso em: 24 maio 2020.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Responsabilidade civil e acesso aos conhecimentos tradicionais no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard. **Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais**: direito, política e sociedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 275-297.

WALCACER, Fernando C.; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Constituição, direitos humanos, meio ambiente: um balanço crítico de nossa jurisprudência. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Coord.). **Direito Ambiental em debate**. Volume 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. pp. 211-217.