

**IV**

Congresso Brasileiro de  
**Direito Socioambiental**



# **Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil**

**Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Caroline Barbosa Contente  
Nogueira e Manuel Munhoz Caleiro (Coords.)**

diagramação do miolo **LETRA DA LEI**



Al. Pres. Taunay, 130. Batel. Curitiba-PR.  
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.  
contato@arteeletra.com.br

---

P739

Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil / organização Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Caroline Barbosa Contente Nogueira e Manuel Munhoz Caleiro. – Curitiba : Letra da Lei, 2013.

315 p.

ISBN 978-85-61651-14-5

1. Direitos sociais - Brasil. I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. II. Nogueira, Caroline Barbosa Contente. III. Caleiro, Manuel Munhoz. IV. Título.

CDU 349.39

---

**CEPEDIS**

Centro de Pesquisa e Extensão  
em Direito Socioambiental

[www.direitosocioambiental.org](http://www.direitosocioambiental.org)



# SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| <b>O CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL DE 2013</b> .....   | 7   |
| <b>PREFÁCIO</b> .....   | 11  |
| <b>OS SABERES POPULARES INTERGERACIONAL E O TRABALHO INFANTIL NA CATA DA MANGABA</b><br>Acácia Gardênia Santos Lelis e Fábيا Carvalho Figueiredo .....                                      | 13  |
| <b>A COLONIALIDADE DO PODER E A DIFERENÇA COLONIAL</b><br><b>VISTAS A PARTIR DO HISTÓRICO DOS POVOS CIGANOS NO BRASIL</b><br>Alex Sandro da Silveira Filho .....                            | 15  |
| <b>A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL AOS CIGANOS E SUAS GARANTIAS LEGAIS BASEADO NO PRINCÍPIO</b><br><b>DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b><br>Sheila Lobão Molina e Jacqueline Meneses de Santana ..... | 23  |
| <b>A PERDA E A RECONQUISTA DO TERRITÓRIO AVÁ-GUARANI NO OESTE DO PARANÁ</b><br>Raul Cezar Bergold e Caroline Barbosa Contente Nogueira .....  | 37  |
| <b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DANO AMBIENTAL E A OMISSÃO DO ESTADO FRENTE AO</b><br><b>PATRIMÔNIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS</b><br>Carla Vladiane Alves Leite .....                     | 57  |
| <b>AUTOTUTELA INDÍGENA: ATÉ QUE PONTO O PROTAGONISMO É DO ÍNDIO?</b><br>Patrícia Louise Moraes e Elisa Assumpção Solinho .....  | 75  |
| <b>COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BAIXO AMAZONAS: AVANÇOS E DESAFIOS</b><br>Natasha Valente Lazzaretti .....  | 87  |
| <b>DIREITO E EFETIVIDADE: UM PARADOXO AINDA ATUAL NA QUESTÃO INDÍGENA</b><br>Jessica Fernanda Jacinto de Oliveira .....   | 101 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>DIVERSIDADE CULTURAL: PROTEÇÃO E TUTELA NA ERA PÓS-MODERNA</b><br>Ana Célia Querino .....  | 113 |
| <b>FUNDAMENTOS MORAIS DO CONFLITO DE BELO MONTE</b><br>Rafael Gandur Giovanelli .....   | 131 |
| <b>“MULHERES DOS PANOS” MBYÁ-GUARANI</b><br>Luiz Fernando Caldas Fagundes .....   | 145 |
| <b>O DIREITO ÀS TERRAS ANCESTRAIS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE GUINE BISSAU E BRASIL</b><br>Marceline Vaz e Juceline Gomes .....  | 165 |
| <b>O RECONHECIMENTO DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS URBANAS:<br/>UM ESTUDO DE CASO DO BAIRRO PATRIMÔNIO EM UBERLÂNDIA-MG</b><br>Rodrigo Mendonça Lima e Rúbia Mara de Freitas .....                                  | 175 |
| <b>PATRIMÔNIO: UMA COMUNIDADE NEGRA ASSUMINDO SUA CONDIÇÃO DE QUILOMBO URBANO</b><br>Guilherme Andrade de Paula .....   | 189 |
| <b>POLÍTICA AGRÍCOLA E POVOS INDÍGENAS NO BRASIL</b><br>Flavia Donini Rossito .....   | 199 |
| <b>POVOS INDÍGENAS NAS FRONTEIRAS E A CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL<br/>DO TRABALHO: ASPECTOS CRIMINAIS</b><br>Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo .....                      | 217 |
| <b>TERRAS DE QUILOMBOS: A DISCUSSÃO SOBRE A REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE QUILOMBOLA</b><br>Camila Gabriele Alvisi .....   | 235 |
| <b>TRANSNACIONALIDADE DO POVO AVÁ-GUARANI NA TRÍPLICE FRONTEIRA ENTRE BRASIL,<br/>PARAGUAI E ARGENTINA: REFLEXOS NOS DIREITOS ASSISTENCIAIS</b><br>Ana Paula Fernandes e Manuel Munhoz Caleiro .....            | 257 |
| <b>VERDADE E EXCLUSÃO: PRÁTICAS DISCURSIVAS NA PRODUÇÃO DE NORMAS SOBRE AS<br/>RELAÇÕES ENTRE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E BIOTECNOLOGIA</b><br>Mônica da Costa Pinto e Mônica Nazaré Picanço Dias Bonolo ..... | 279 |

# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DANO AMBIENTAL E A OMISSÃO DO ESTADO FRENTE AO PATRIMÔNIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS**

Carla Vladiane Alves Leite<sup>21</sup>

## **INTRODUÇÃO**

O instituto da responsabilidade civil é um meio essencial à construção do Estado Democrático de Direito, na medida em que tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Por essa razão, prevê o nosso ordenamento jurídico a responsabilização civil não só por ato ilícito, como também relativamente ao ressarcimento de prejuízos em que não se cogita da ilicitude da ação do agente ou até mesmo da ocorrência de ato ilícito. Isso se garante pela teoria do risco, tendo em vista a ideia de reparação ser mais ampla do que meramente o ato ilícito.

Sob esse contexto, analisa-se preponderantemente a responsabilidade civil do Estado na perspectiva do Princípio Responsabilidade desenvolvido por Hans Jonas para discutir a responsabilidade do Estado ante as ilicitudes da omissão estatal nas questões de preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural dos povos indígenas. E por isso que se entende ser possível aproximar o Princípio Responsabilidade desenvolvido por Hans Jonas do maior desafio já imposto ao Estado: a responsabilidade civil do Estado em consequência da omissão deste no campo ambiental e no patrimônio cultural dos índios.

---

<sup>21</sup> Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Com bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil–ULBRA/AM. E-mail: cv\_advocacia@hotmail.com.

São expostos os elementos que integram as principais divergências entre doutrinadores acerca da natureza da responsabilidade estatal - ou seja, se esta é subjetiva ou objetiva - frente a casos de omissão da administração pública e à ocorrência de dano ambiental e ao patrimônio cultural dos povos indígenas.

Por outro lado, a exata calibragem na distribuição dos ônus probatórios é que garante o elemento da culpabilidade nas infrações administrativas, prestigiando, assim, o caráter pedagógico da sanção aplicada para que assim haja a verdadeira proteção do patrimônio cultural indígena, bem que deve ser preservado por todos.

A problemática em que o presente artigo está inserido diz respeito ao questionamento sobre a existência da necessidade de avançar-se no que diz respeito ao sistema de reparação de dano ambiental em face das perspectivas propostas pelo Estado de Direito Ambiental perante o patrimônio cultural dos povos indígenas.

Denota-se, como resposta para o problema, a evidência de claros indícios da necessidade de transformação deste sistema no sentido de alcançar um Estado mais inserido na complexidade do dano ambiental e de sua reparação a esse patrimônio.

## **1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

Durante muito tempo a responsabilidade civil foi objeto somente no âmbito do Direito Privado, mais precisamente do Direito Civil. Ela era uma maneira de proteger a esfera da autonomia privada das pessoas, individualmente consideradas. Estaria presente a responsabilidade civil quando alguém, com uma conduta, causasse dano ou prejuízo a outrem.

Já responsabilidade civil ambiental surgiu num contexto totalmente diferente. Seu âmbito é muito mais amplo que os direitos individuais. Inegavelmente, diante da grande discussão na atualidade, vem apresentando uma evolução considerável em relação ao tratamento até então dispensado pela ordem jurídica, no campo obrigacional, às relações privadas em geral. Com isso, se a regra era a perquirição da culpa como elemento decisivo nas ações reparatórias por danos causados, diante da própria individualização daqueles vitimados pelo ato ilícito, em sede ambiental, contudo, por ser a própria sociedade como um todo, a destinatária da reparação, portanto a verdadeira legítima titular do direito difuso de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as gerações presentes e futuras, elasteceu-se o conceito para abarcar-lo à chamada responsabilidade objetiva, valendo dizer sobre a imputabilidade ao causador do dano, na obrigação de repará-lo, independe da apuração de culpa.



A respeito do tema, Jeanne da Silva Machado (2006, p. 29) aponta que “em muitos casos, o dano é provocado por atividades lícitas, isto é, aquelas relacionadas às atividades empresariais desejadas pelos Estados e pela maioria da população, uma vez que representam desenvolvimento, empregos e bens de consumo, entendidos por muito tempo como o *welfare state*. Esses fatores introduziram o sistema da responsabilidade objetiva, instituindo a obrigação reparatória, sem perquirir sobre a licitude ou ilicitude do ato ou omissão que dessem origem ao dano”.

Seguindo essa linha de raciocínio, se o objetivo clássico de todo o sistema de responsabilidade, sempre almejou compensar o dano causado à vítima, através de um mecanismo judicial individualista, no tocante ao direito ambiental, cujo objeto é, acima de tudo, a busca da sustentabilidade no uso dos recursos naturais, objetivando, desse modo, a harmonização entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico e social, é clara a conclusão e a ideia de que a responsabilidade não cumpre apenas papel reparatório, como também contém uma função de busca do desenvolvimento sustentável com ajuste de atividades poluidoras, com adoção, inclusive, de medidas compensatórias.

Reforça esta ideia a doutrina de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente surge em um quadro totalmente distinto daquele que possibilitou os primeiros desenvolvimentos do instituto da responsabilidade civil. Não tem em vista somente a proteção da autonomia privada, ao menos na forma como tal esfera era compreendida por aqueles que viabilizaram o surgimento e desenvolvimento do instituto, apesar de suas claras implicações com a tutela de direitos individuais, como o direito à vida, à propriedade e à liberdade. Entretanto, não se esgota no âmbito dos interesses de particulares colocados em oposição. (2000, p. 294)

No tocante ao dano ambiental, a responsabilidade civil recai sobre aquele que, de qualquer forma, concorre para a prática de atos lesivos à natureza. Além disso, sofrerá os efeitos da responsabilidade civil ambiental, o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, nos termos do artigo 2º da Lei 9605/98, sabendo da conduta criminosa de outrem deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

No “caput” do artigo 225 da Constituição Federal vem a expressão da ideia de que a responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente está sob a ótica do princípio de co-responsabilidade; com isso, tanto o Poder Público quanto a coletividade tem o dever de defender e preservar o meio ambiente.

Já no tocante ao patrimônio cultural dos povos indígenas, o artigo 216 da Constituição preceitua:

Art. 216. Constitui patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Fazendo-se uma análise do que prevê a Constituição de 1988, pode-se concluir que o patrimônio dos povos indígenas, como língua, cultura, tradições e território, enquadram-se perfeitamente no perfil protecionista, pois nada mais é o bem indígena, que meio ambiente e patrimônio cultural e como tal deve ser culturalmente preservado e protegido.

## **1.1 A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Há no ordenamento jurídico brasileiro um numeroso preceito legal de controle ambiental, considerado bastante avançado, possuindo instrumentos preventivos, dos quais são exemplos os estudos prévios de impacto ambiental, o licenciamento ambiental, o zoneamento ambiental, a auditoria ambiental, dentre outros. O dano ambiental é ainda de difícil reparação e mais ainda quando se fala de dano ambiental indígena. A mera recompensa pecuniária em forma de indenização, na maioria dos casos, não é suficiente. Talvez única solução para isso seja a prevenção. Tal afirmação baseia-se no fato de que o interesse público não é apenas a paralisação do dano e o recebimento de indenização. A atuação do poder público brasileiro não tem conseguido impedir a ocorrência de danos ambientais (LEITE, 2003, p. 207). O que é ocasionado por diversas causas, as quais inibem, até mesmo, a implementação dos referidos mecanismos de prevenção de danos ambientais.

Pode, neste momento, demonstrar que o descumprimento de obrigação ou dever jurídico pode gerar distintos tipos de responsabilidade. Assim, aquele que infringir normas ambientais sofrerá o tipo de responsabilidade relacionado à natureza jurídica da sanção, estabelecida pelo ordenamento jurídico, evidenciado em cada caso concreto. Essa responsabilidade pode ser tanto civil, como administrativa e penal e, inclusive, podendo haver a tripla responsabilidade do infrator,



se a infração for sancionável por mais de um tipo de penalidade, ainda que seja um único ato ou fato. Tal cumulação é possível, pois as distintas responsabilidades têm em vista finalidades diferentes, o que as torna independentes, ou seja, a aplicação de uma é autônoma da aplicação da outra e, também por isso, podem ser impostas ao mesmo tempo ao infrator sem a averiguação do *bis in idem* (SAMPALIO, 1998, p. 17-18).

A forma de reparação mais condizente com o dever constitucional de restauração dos processos ecológicos essenciais, previsto no art. 225, parágrafo 1º, inciso I é, sem sombra de dúvidas, a restauração ambiental, sem olvidar-se, obviamente, da cessação das atividades degradadoras. Processualmente, para a imposição da cessação da lesão ambiental é preciso postular-se uma prestação positiva do degradador, que se converte no cumprimento de obrigação de fazer, baseada no art. 3º da Lei nº 7.347 de 1985 – a Lei da ação civil pública (MIRRA, 1997, p. 26-27). Com isto, para a exigência da restauração do bem ambiental degradado, o postulante da ação necessita pedir judicialmente uma prestação positiva do degradador, como a realização do ato de restaurar, recompor e reconstituir os bens em objeto de litígio. Entretanto, quando está em voga uma abstenção, ou seja, uma prestação negativa do degradador, o objetivo é a cessação da atividade degradante, mas não a reparação do dano ambiental em si (LEITE, 2003, p. 210).

O dano ao patrimônio cultural indígena, além de abarcar o meio ambiente, abrange também a sua língua, que no decorrer dos anos foi se perdendo, pela imposição do “português” em sua cultura, o que o torna muitas vezes, distante da sua realizada dentro da própria comunidade, além disso, há o dano às suas tradições e culturas, as quais muitas das vezes são “roubadas” para serem aplicadas em outros contextos, o que deixa o indígena em posição de vulnerabilidade em relação ao seu dano cultural, já que é de difícil comprovação. A partir disso, entende-se que para se alcançar uma ampla e eficiente responsabilidade civil ambiental, principalmente em relação aos povos indígenas, há de se estar presente a reparação dos danos causados, por meio de contraprestação pecuniária e, em conjunto, um grande trabalho de prevenção de danos em potencial, visando um olhar mais cuidadoso e crítico, já que em muitas áreas, não é viável a contraprestação pecuniária, diante da perda para os “brancos” desse patrimônio.

Portanto, o tema deve ser visto com cautela e cuidado, para que os danos a serem evitados, não acarretem maiores prejuízos que os já causados.

## 1.1.1 DA RESTAURAÇÃO AMBIENTAL

A reparação do dano consiste na restauração dos bens naturais diretamente afetados, porém, a tentativa de mera reposição da situação visual encontrada anteriormente ao dano, deve ser afastada. Com isso, afugentou-se a concepção que relacionava exclusivamente a restauração ambiental com a reposição material existente antes do dano. Este entendimento foi trazido pela Convenção de Lugano (v. nº 9 do art. 2º), por influência do Direito norte-americano e é admitido pelos sistemas de imputação de danos ao patrimônio natural em geral (SENDIM, 1998, p. 183-185).

O fundamento para o referido posicionamento é a busca de uma situação que seja similar àquela que existiria se não tivesse havido o dano ambiental, o que leva a um conceito amplo do que representa a restituição integral do dano. Com isso, o objetivo principal deve a ser a restauração da funcionalidade da área em restauração. A efetividade está diretamente relacionada com as características essenciais presentes nos ecossistemas.

Porém, em se tratando de patrimônio cultural ambiental, não há essa possibilidade, diante da complexidade de suas formas e valorizações pelo próprio povo, o que dificulta o deslocamento e a aplicação de outras formas de viver.

A dimensão do conceito de restituição integral deve levar em conta, primeiro, que a reprodução de uma situação que seja materialmente idêntica a que havia antes do dano é praticamente impossível, se considerada a complexidade, a forma e o dinamismo dos elementos presentes nos ecossistemas. Numa segunda perspectiva, tal reprodução pode demonstrar-se ecologicamente ineficaz, já que entre o momento do acontecimento do dano e do início da restauração, é provável que a própria natureza tenha agido em busca do restabelecimento do equilíbrio dinâmico. Por isso, a imposição da restituição integral do dano em sentido restrito chega a ser improvável, pois pode causar novo desequilíbrio ecológico. Com isso, deve ser buscada a reabilitação ou a restauração dos elementos ambientais, não a reposição material idêntica das condições físico-químico-biológicas do meio ambiente anterior, não bastando a restauração unicamente da capacidade funcional do bem ambiental, mas a restauração das capacidades de auto-regularização e de auto-regeneração do mesmo. Caso contrário, são criados bens ambientais e até ecossistemas incapazes de se manterem em longo prazo (SENDIM, 1998, p. 182 e 187).

A restauração ambiental tem uma natureza complexa, tanto que a obrigação de concretizá-la pode advir de distintos títulos e, portanto, pode ser exigida de diversos sujeitos. Sendo assim, a obrigação de restauração ambiental pode originar-se de: 1) um dever constitucional, incluído no dever de conservação do meio ambiente (e, no caso brasileiro, do dever de restaurar os processos ecológicos essenciais); 2) *ex lege*, pela existência de responsabilidade ou pelo desenvol-

vimento de um serviço público; pela titularidade dos bens, no caso dos bens de domínio público; pela atribuição de competência a um órgão administrativo, convertendo-se numa função pública e 3) uma obrigação assumida por vontade própria, no caso de participação em acordos ou convênios ou como exercício de cidadania ambiental (ANTEQUERA, 2004, p. 103).

Assim, o ato de restaurar o meio ambiente representa a tomada de consciência do homem em relação ao modo como deverá conceber a natureza, ou seja, respeitando a sua possibilidade de regeneração natural. Muitas vezes, em consequência das próprias ações humanas anteriores, a natureza torna-se incapaz de recuperar-se por si própria. Surge a partir daí, a necessidade de nova intervenção do homem, porém, desta vez, de maneira a auxiliá-la em sua regeneração. Todavia, de forma alguma, a possibilidade de restaurar-se o meio ambiente pode servir como escusa para que a tarefa de defesa e preservação do mesmo seja encarada de maneira mais branda, permitindo que a degradação se perpetue. Ao contrário, não só deve ser mantido o caráter preservacionista do ordenamento jurídico e das práticas sócio político-econômicas, como é essencial que áreas já degradadas, cujas perdas não devem ser convertidas em valores pecuniários, sejam restauradas, ainda que se demonstre impossível o completo retorno ao *status quo ante*, principalmente quando há patrimônio do índio em tela.

Por meio da implementação das técnicas de restauração ambiental, pode ser buscado o restabelecimento da funcionalidade do ambiente que sofreu alguma forma de degradação, respeitando a sua forma e sua heterogeneidade.

O dano somente poderá ser considerado como ressarcido integralmente quando a finalidade assegurada pela norma violada exista novamente, por exemplo, quando a água volte a ser salubre, o ar volte a ter qualidade, a paisagem não esteja comprometida, ou o equilíbrio ecológico reapareça (SENDIM, 1998, p. 178).

Com isso, a tarefa não será fácil, para a comunidade indígena, recuperar um bem perdido é uma tarefa de difícil situação, talvez até impossível em muitos casos.

## **1.2 O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE**

Diante das catástrofes ambientais, a sua maioria resultantes de atos de omissão do poder público, colocaram diante do Estado uma tarefa que nenhum governo tinha enfrentado com tal amplitude ultimamente: o princípio da responsabilidade ambiental, ou seja, o resultado inevitável de anos de omissão ou do excessivo uso do poder discricionário do Estado na concessão de licenças ambientais resultou inevitável: cada vez mais o Estado é chamado a se posicionar sobre o descumprimento de preceitos constitucionais e a responder civilmente por seus atos de ação ou omissão.

O problema da situação, que já está em seu limite, a que chegamos deve ser analisado à luz da teoria de Hans Jonas sobre o Princípio Responsabilidade. O autor parte da premissa de que o poder causal é pressuposto da responsabilidade e que, portanto, o agente público ou privado deve responder por seus atos e pelas consequências de suas ações. Para Jonas (2006, p.165), essa compreensão inicialmente deve se dar do ponto de vista legal, não moral. A responsabilidade “é a precondição da moral, mas não a própria moral”. Os danos causados “devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido previstas, nem desejadas”. Esse modo de vê de Hans Jonas (2006, p. 165) está em consonância com o moderno entendimento do instituto da responsabilidade civil para questões ambientais, por sustentar que, para haver responsabilização, basta ter sido a causa ativa e que seja possível identificar um “nexo causal estreito com a ação, de maneira que a imputação seja evidente e suas consequências não se percam no imprevisível”.

Para deixar claro e evidente que o ser humano ao longo da história modificou sua forma de relacionar-se com a natureza, Hans Jonas (2006, p. 39) insere a expressão “vulnerabilidade da natureza” como o resultado da intervenção técnica do homem sobre o ambiente natural. Sob essa visão, a expressão “vulnerabilidade” assume um conceito maior, ou seja, assim como o ser humano é vulnerável socioambientalmente diante dos fenômenos da natureza (naturais ou resultantes da ação humana), também a natureza passa a ser vulnerável em decorrência das práticas cumulativas de degradação ambiental que vem sofrendo pela intervenção tecnológica do ser humano.

Diante dos avanços da democracia e a consagração constitucional da proteção ambiental, cabe ao Estado e à coletividade serem guardiões da natureza e das futuras gerações, e os interesses desses dois grupos com grande frequência estão em conflitos: de um lado, as necessidades sociais e econômicas das presentes gerações exigem investimentos econômicos e, de outro lado, espera-se que as obrigações com as futuras gerações sejam cumpridas por meio da responsabilidade solidária. Esta deve ser compreendida como obrigações de prudência, apelando para a ideia de limite, visto que é o agir ilimitado do Estado e da coletividade que gera a fragilidade ambiental (Ost, 1997, p. 309-310).

Com isso, a legislação constitucional brasileira assume esse dever de prudência e delega essa responsabilidade. Sua expressão máxima está no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, no qual o legislador deixa aos cuidados do Estado o bem-estar, o interesse e o destino dos cidadãos. O artigo 225 deixa clara a responsabilidade do poder público em assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Esse artigo consolida a opção do Brasil de ser uma democracia socioambiental. Portanto, não se pode fechar os olhos ao patrimônio cultural indígena, o qual merece todo cuidado quanto há de se aplicar a responsabilidade em todos os seus preceitos quando se há perda desse patrimônio.

## 2 O PATRIMONIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS

No Brasil, com a Constituição de 1988 houve a mudança de paradigma na tutela dos povos indígenas, até então marcada pela noção de integralismo desses povos à sociedade e à cultura ocidentais ou ao contexto da sociedade envolvente, numa antiga visão paternalista de povo em vias de extinção ou voltado ao desaparecimento. O atual contexto jurídico afasta essa concepção para valorizar a dignidade dos povos indígenas, seus modos de vida socioeconômicos e suas culturas integrantes de um patrimônio cultural nacional, numa sociedade multiétnica.

Nesse sentido, a valorização da alteridade e a autodeterminação dos povos tradicionais repercutem nas relações sociais e contribuem para o desenvolvimento dos povos indígenas, haja vista a mudança de paradigma da noção de livre acesso para o de acesso e uso equitativos, diante da gestão coletiva dos recursos naturais e do direito de propriedade intelectual coletiva *sui generis* dos povos indígenas sobre os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Essa valorização e o reconhecimento da alteridade e da autodeterminação dos povos indígenas são novas tendências observadas também em nível internacional. Qualquer projeto mundial de tornar possível o multiculturalismo, dotado de autodeterminação democrática para a estruturação de uma nova identidade coletiva contribuirá também como mecanismo efetivo de preservação da diversidade biológica, na medida em que os povos e comunidades indígenas, por força do empoderamento, poderão se reconhecer como legítimos atores numa comunidade global, envolvidos em políticas públicas dotadas de efetiva justiça social, com suas necessárias participações, desde a fase inicial em nível de planejamento e orçamento, em toda e qualquer decisão quando se está em tela o meio ambiente.

Também a Constituição da República de 1988 reconhece o direito ao patrimônio cultural como direito fundamental, em sua dupla dimensão, a material e a imaterial, protegendo as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros. A análise constitucional da tutela de bens culturais materiais e imateriais, tomados individualmente ou em conjunto, dotados de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216) garante a valorização da cultura dinâmica das comunidades tradicionais.

Dentre os inúmeros bens culturais, a Constituição Federal elenca as formas de saber, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas (art. 216, II e III) e prevê formas de acautelamento e preservação do bem cultural, como, por exemplo, o registro, o inventário, a vigilância.

Portanto, não se trata de uma tutela de indivíduos que compõem um todo, que no caso, é o povo indígena, mas de um conjunto representado pelo coletivo, pelo qual os sujeitos detêm e vivem de forma diferenciada uma experiência au-

tônoma de vida. Neste modo, tem-se que os interesses e direitos são coletivos e dotados de caráter de identidade.

Com isso, o reconhecimento de interesses comuns e a valorização de sua cultura para o indígena, enquanto povo, sempre pressupõe uma identidade territorial, que somadas à identidade sociocultural, lançam os pilares para o efetivo desenvolvimento comunitário. Nesse sentido, o desenvolvimento comunitário pode ser entendido como um modo de idealização, consolidação e transformação de uma identidade coletiva de uma comunidade, sobre seu território e seus métodos e valores de crescimento. É, assim, portanto, uma estratégia metodológica de apoio à construção de um senso de identidade dos atores locais, inicialmente a respeito do seu território e, em continuidade, de seu projeto de desenvolvimento, visando a influir no seu ambiente e a transformar continuamente o próprio senso coletivo de identidade, num processo primado de legitimidade.

Sendo assim, no artigo 1º da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, está prescrito que os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo direito internacional dos direitos humanos. Por sua vez, logo no artigo 2º do Decreto 6040/2007 está disposto que a política nacional dos povos e comunidades tradicionais tem como principal objetivo 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.

Restou com isso, a necessidade de que os interesses coletivos dos povos indígenas sejam levados em conta nos trabalhos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, para a promoção e proteção dos direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento.

Com esse efeito, também no que se refere à proteção do conhecimento indígena associado à biodiversidade como patrimônio cultural brasileiro há a função finalística de tornar mais profícuos e efetivos o acesso e a fruição desse bem, sem descurar do devido reconhecimento dos valores inerentes aos conhecimentos e povos indígenas.

Sendo assim, os direitos dos povos indígenas, por sua natureza de direitos humanos, encontram adequada ressonância ética de proteção nas normas protetivas do patrimônio cultural, pela garantia de valores de identidade e pelos valores de referência cultural praticados num ambiente de pluriculturalismo, sem que restem diluídos ou aniquilados pelos efeitos da globalização econômica. Com isso, os instrumentos jurídicos de proteção do patrimônio cultural prestam-se, quanto mais se adaptem aos conhecimentos tradicionais associados à biodiver-



cidade, numa proteção *sui generis* desse patrimônio, a bem protegê-los na sua essência de cunho humanitário, porquanto assim se assegura aquela esfera de intangibilidade voltada à dignidade de toda a pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano na comunidade detentora do conhecimento.

As normas fundamentais de proteção do patrimônio cultural estão aptas a tutelar bens e valores tanto imemoriais quanto contemporâneos, de fruição coletiva e sujeitas a formas próprias de evolução diante das dinâmicas de desenvolvimento e modo de transmissão por gerações de povos e comunidades tradicionais. O artigo 216, par. 1º, da Constituição Federal, ao prever outras formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural, prescreve a necessária elasticidade ao sistema de acesso ao conhecimento tradicional, possibilitando adequações nos mecanismos jurídicos de proteção de modo a reconhecer e valorizar os modos de vida social e cultural das comunidades, provedoras do conhecimento.

Porém há base, duas vertentes que compõem a moderna concepção da igualdade, ou seja, a existência de medidas de combate e repressão à discriminação, aliadas a medidas compensatórias que promovam e estimulem por meio da tolerância à diversidade, a inclusão de indivíduos e grupos vulneráveis nos diversos processos sociais, o que deve ser analisado e trabalhado em base constitucional garantivista.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO PATRIMONIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS POR OMISSÃO**

A responsabilidade civil do Estado, em regra geral, está esculpida no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual determina que as pessoas jurídicas de direito público respondam objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Para configurar a responsabilidade civil do Estado é necessário que se demonstre o nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta tanto das pessoas jurídicas de direito público quanto das de direito privado prestadoras de serviço público, sendo desnecessária a prova de culpa - ou seja, o ato não precisa ser ilícito, basta a comprovação do dano e o nexo causal entre a atividade estatal e o resultado danoso, e isso também abarca o dano ao patrimônio cultural dos povos indígenas, já que se trata de um bem, protegido constitucionalmente.

É no aspecto - dever/poder do Estado - que reside o grande problema da pós-modernidade. Recorrendo novamente a Hans Jonas, percebe-se que o autor enfrenta a responsabilidade do Estado na seguinte afirmativa: “o exercício do poder sem a observação do dever é, então, irresponsável”. A reflexão de Jonas é no sentido de que o não cumprimento, pelo Estado, de seu dever de assegurar a

permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra “representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade” (Jonas, 2006, p. 168).

O modelo imperativo formulado por Jonas pode ser compreendido no contexto das omissões do Estado em questões ambientais e das consequências de tais ações, ou seja, dos acontecimentos que o Estado poderia ter evitado - em casos de degradação ou desastres ambientais - intervindo pelo princípio da prevenção e pelo princípio da precaução. Essa proposta de imperativo clama por outra coerência: não do cidadão consigo mesmo, mas dos efeitos finais da ação ou omissão na perspectiva da política pública para a continuidade da atividade humana no futuro.

Porém ao contrário, por muito tempo, no entanto, perdurou a noção de que, quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado, a responsabilização civil do ente público deveria ser analisada impreterivelmente sob o manto subjetivo, com base nas normas infraconstitucionais que regulam esse tema, sendo necessária, nessa hipótese, a comprovação inequívoca de ato ilícito praticado de forma ativa ou passiva, além da efetividade do dano e o nexo de causalidade deste em relação a determinada conduta, também a ocorrência de culpa *lato sensu*. Assim, na responsabilidade civil subjetiva o debate principal se dá em relação à culpa.

O ordenamento jurídico ambiental, pela complexidade dos bens tutelados, rompe com a noção tradicional de responsabilidade civil, exigindo a lógica da imputação objetiva, visto que o bem tutelado é direito coletivo e de difícil recuperação ou reparação. A Lei nº 6. 938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, põe em relevo o princípio da responsabilidade objetiva em seu art. 14, § 1º, fundamentado sua adoção pela teoria do risco da atividade. A Constituição Federal de 1988 recepciona esse dispositivo no artigo 225, § 3º, ao estabelecer: “As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A aplicabilidade da responsabilização civil por dano ao meio ambiente, nas palavras de Carvalho (2008, p. 112), depende “de comprovação da existência de um dano, de uma conduta e de uma relação de causa e consequência entre estes”. O problema prioritário dessa responsabilidade recai sobre a existência ou não do nexo de causalidade, “quer na determinação da extensão da participação de determinado agente, quer na própria existência ou não de uma relação de causa e efeito”.

Com isso, no sistema jurídico ambiental brasileiro, a responsabilidade civil objetiva é regra geral e se fundamenta na teoria do risco, não sendo necessário comprovar a culpa do agente “para que seja obrigado a reparar o dano causado. Basta que ele assuma o risco de prejudicar o meio ambiente” (Leite, 2006, p.

47). Portanto, é irrelevante definir se o dano ambiental resulta de uma conduta culpável sempre que se estiver diante de qualquer atividade que, direta ou indiretamente, ocasione degradação ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 é um divisor de águas ao assumir-se como Constituição Ambiental. O poder público - entendido como União, Estados da Federação, Distrito Federal, municípios e todos os entes políticos - por força do inciso VI do artigo 23 da CF, tem o dever de proteger o meio ambiente, inclusive o ambiente indígena e fiscalizar sua conservação, combater a poluição em qualquer de suas formas, manter os ecossistemas, promover o uso sustentável dos recursos naturais e adotar medidas preventivas e compensatórias.

Porém, em relação aos povos indígenas, muito já se foi perdido, como seu território, língua e cultura, mas nada foi feito até então.

Assim, identificada a conduta omissiva estatal, esta é suficiente para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação. Assim, “no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente de inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano” (Cahali, 1995, p. 286).

O Estado, ao se omitir, assume a responsabilidade pelas consequências dos riscos que podem acometer o ser humano, principalmente ao índio e o meio ambiente. Isso, para Jonas, não é um mero conselho de prudência moral, mas um mandamento irrecusável, “na medida em que assumimos a responsabilidade pelo que virá” (Jonas, 2006, p. 77-173).

Pelo princípio da responsabilidade, o Estado assume a responsabilidade plena pela vida da comunidade, o que Jonas chama de “bem público”. Assim, o Estado não tem o direito de arriscar o interesse da coletividade no jogo da incerteza pela omissão, pois falando de maneira ampla, os danos sofridos pelos povos indígenas são maiores e talvez irreparáveis.

Com isso, pontua-se que, pelo artigo 225 da Constituição Federal (CF/88), o Estado tem o dever de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Por isso, o tema da responsabilidade é sempre atual, principalmente a responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão, visto que seu compromisso é com a proteção ambiental para as presentes e as futuras gerações.

Já em relação os povos indígenas, o olhar deve ser mais cauteloso e crítico, já que, em muitas vezes, esse dano ao patrimônio não poderá ser resgatado, restaurado ou compensado.

Tal tarefa, além de urgente, é desafiadora, diante das diferenças e desequilíbrios abissais num sistema econômico mundial pautado na concentração de riquezas e na miséria. Uma proteção jurídica que desconsidere o alcance holístico que envolva os povos tradicionais, integrando-os com todos seus peculiares mo-

dos de vida e valores cooperativos e dinâmicos conectados às questões de segurança, trabalho, saneamento, ambiente, cultura, sociedade e economia, em nada contribuirá para uma efetiva proteção do desenvolvimento desses povos e suas culturas com dignidade.

A regulação e as políticas públicas em matéria de proteção da sociobiodiversidade existentes ou a serem criadas devem considerar mecanismos concretos de participação e informação que integrem os povos e comunidades tradicionais, desde o início, nos processos decisórios.

Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, 2012, p. 126) observa que “os constituintes colocaram tanto o Poder Público como a comunidade como responsáveis pela promoção e proteção do patrimônio cultural”.

Não obstante, no tocante à distribuição de competências no acesso ao conhecimento tradicional anota este autor em relação ao previsto no art. 7º. da LC 140/2011 que à União está reservado “gerir o patrimônio genético e ao acesso ao conhecimento tradicional associado, respeitadas as atribuições setoriais”, esclarecendo que a expressão “respeitadas as atribuições setoriais” sinaliza que não houve, e nem poderia haver, a centralização da gestão do patrimônio genético somente no poder público federal.

À luz de tais ponderações, os mais recentes julgados admitem a ideia de que há dois tipos de omissão estatal, quais sejam: a omissão geral ou genérica, que é quando o Estado simplesmente não age para impedir e a omissão específica, que ocorrem quando determinado serviço não funciona ou funciona deficitariamente, respectivamente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade tecnológica, a industrialização crescente, o nascimento de uma sociedade de consumo de consumo sem limite, o crescimento populacional e o descompasso entre o dever e o poder estatal de preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações trazem como consequência riscos e perigos e isso não poderia ser diferente em relação aos povos indígenas. Como se observou, a Constituição Federal deixa clara a responsabilidade do Estado que, por ação ou omissão, gerar danos irreversíveis ao meio ambiente e ao patrimônio cultural.

Em especial, após a Constituição Federal de 1988, iniciou-se o alargamento do paradigma antropocêntrico e, com isso, o meio ambiente, globalmente considerado, adquiriu algum *status* legal. Para esta pesquisa, o principal exemplo trazido foi o art. 225 da referida Constituição que, em seu *caput*, atribuiu ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Bem como, seu parágrafo 1º, que determinou a

incumbência do Poder Público em assegurar a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais. Além disso, traz o patrimônio cultural como bem a ser protegido, principalmente em relação aos índios.

Na análise doutrinária demonstrou-se que há uma discussão quanto ao modo como o Estado responde (objetivamente ou subjetivamente) frente ao dano ambiental e ao patrimônio dos índios causado por omissão. Assim, em uma dimensão mais alargada do conceito de responsabilidade civil do Estado e, com base nisso, concluir que há uma tendência pela responsabilidade civil objetiva com base no risco, o que não deve ser diferente ao patrimônio cultural do indígena. Isso permite que a responsabilidade objetiva supere a modalidade subjetiva e torna a primeira a regra geral. Assim, o Brasil, salvo algumas divergências doutrinárias, adota a responsabilidade civil objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo (risco que a atividade pública gera para a sociedade, podendo acarretar danos para alguns, em benefício de outros).

O que sustenta esse dizer é o argumento de que a responsabilidade do Estado por omissão se apresenta alicerçada no ato ilícito e na aceitação do risco. Quando o Estado se omite, ele contribui significativamente para a ocorrência do dano ambiental, principalmente quando se trata do patrimônio indígena. A culpa, nessa modalidade, é substituída pelo risco. Por outro lado, não se está a dizer que a sociedade deve ser duplamente penalizada; os tribunais devem ser sensíveis ao fato de o cidadão - em danos causados por causas naturais com difícil identificação do elemento culpa na omissão - ser penalizado tanto pelo dano ambiental e patrimonial indígena sofrido como pelo valor pecuniário que o Estado (contribuições do cidadão) deverá aportar.

As urgências ambientais do momento terão prioridade, e a questão transformou-se de tal maneira que os tribunais já estão decidindo pela responsabilidade objetiva por omissão no campo da responsabilidade ambiental e patrimonial dos povos indígenas. E isso, buscando apoio em Hans Jonas, possibilita um conteúdo inteiramente novo e um alcance sobre o futuro na perspectiva da responsabilidade Intergeracional, tanto na esfera do fazer político como na esfera da moral política frente ao um patrimônio indígena que é rico e importante a preservação de toda uma história, tradição e cultura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTEQUERA, Jesús Conde. **El deber jurídico de restauracion ambiental**. Estudios de derecho administrativo. Granada: Comares, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/decreto6040.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei de Política Nacional sobre o Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lei6938.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 14/2011**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lc140.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Ed. Renovar; 11ª edição; 2006; Rio de Janeiro.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excessos e omissões. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 6, p. 145-168, jul./dez. 2005.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Traduzido por Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.



JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. **Responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Brasil - Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

\_\_\_\_\_, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. Responsabilidade de dano ambiental no sistema da responsabilização civil: 25 anos da Lei 6.938/81. **Revista Sequência**, Santa Catarina, v. 27, n. 53, p. 43-80, dez. 2006.

MACHADO, Jeanne da Silva. **A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental**. Ed. Lúmen Juris; 2006; Rio de Janeiro.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio Bandeira de: Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A reparação do dano ambiental**. Tradução de L'action civile publique du droit bresilien et la reparation du dammage cause à l'environnement. Tradução atualizada pelo autor. Estrasburgo, França, 1997.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Traduzido por Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1998.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VITTA, Herald Garcia. **Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2008.