

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BACHARELADO EM DIREITO

**DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS À TERRA E O RELEVANTE INTERESSE
PÚBLICO DA UNIÃO**

Higor da Silva Dantas

JUÍNA/2014

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

**DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS À TERRA E O RELEVANTE INTERESSE
PÚBLICO DA UNIÃO**

Higor da Silva Dantas

Orientador. Prof. Me. Luís Fernando Moraes de Mello

Trabalho apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES.

JUÍNA/2014

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Luís Fernando Moraes de Mello
Orientador

Professor Mestre Vilmar Martins Moura Guarany

Professora Mestre Jamille Fernanda Ferreira de Souza

**Dedico este trabalho a toda minha
família, que com muito carinho e apoio,
não mediram esforços para que eu
chegasse até esta etapa de minha vida.**

AGRADECIMENTOS

Registro meus agradecimentos a todos os que compartilharam o trilhar de mais esse caminho percorrido, contribuindo, direta e indiretamente, para que eu realizasse esta pesquisa, auxiliando-me e dando-me forças nos momentos em que mais precisei.

Minha gratidão, em primeiro lugar, a Deus, por estar comigo em todos os momentos e iluminando-me, sendo meu refúgio e fortaleza nos momentos mais difíceis. A ele, minha eterna gratidão.

Agradeço, especialmente, à minha família, pelo apoio para que eu concretizasse essa pesquisa: minha mãe e meu pai, que foram incansáveis; e, em especial, a minha namorada, Márcia.

Ao professor Mestre Luís Fernando Moraes de Mello, meu orientador, que possibilitou-me aprendizagens únicas, por meio do grande incentivo e orientação que me foram concedidos durante essa jornada.

Aos colegas e professores da graduação, por tudo o que com eles aprendi e por partilharem a construção do meu estudo. Em especial, à meus amigos Ranmar Santyago, Marcelo Faresin, Edilaine Bastos e Renato Fernando: valeram os momentos de conversas, discussões e distrações.

À esta instituição de ensino que possibilitou a realização de um sonho.

Aos professores Carla Francerner Cargnelutti, Sandro Debus Cargnelutti, Alcione Adame, Vilmar Martins Moura Guarany, Maurício Zanotelli, Guilherme Pinto, Afonso Maria das Chagas, Cicero Allysson Barbosa Silva, Cláudio Silveira Maia e Francisco Leite Cabral, pelos importantes ensinamentos ao longo da graduação.

A todos, muito obrigado.

***“Somente após a última árvore ser cortada.
Somente após o último rio ser envenenado.
Somente após o último peixe ser pescado.
Somente então o homem descobrirá que dinheiro
não pode ser comido”.***
(Provérbio Cree)

RESUMO

O foco deste trabalho está na relativização ou supressão dos direitos dos povos indígenas, em virtude do relevante interesse público da União. Estando tal ressalva expressa em nosso texto Constitucional de 1988, mais especificamente no art. 231, §6º. Inicialmente será demonstrado o porquê é correto falar em povo indígena e não utilizar o termo índio. Definir-se-á também o que seja terra indígena, explicando as concepções adotadas pelo Estatuto do Índio, bem como da Constituição Federal, além de discutir brevemente a diferença de terra e território. Ademais será realizado uma análise acerca do interesse público, abordando sua definição e aplicabilidade quando choca-se com direitos individuais tutelados, como é o caso dos direitos dos povos indígenas, principalmente por tratar-se de um direito fundamental. Fundamentalidade esta prevista em nossa Constituição, bem como no Direito Internacional pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. A partir de tais definições, apresentar-se-á algumas possíveis justificativas à ressalva do artigo 231, §6º da Constituição Federal, analisando alguns projetos de Leis Complementares, bem como segundo o entendimento do professor Souza Filho. Ao final, será fundamentadamente criticada as concepções dos Deputados, bem como do professor, demonstrando que as justificativas propostas ofendem o direito originário dos povos indígenas à terra, que acarreta cerceando os exercício dos demais direitos a eles conferidos pelo Direito interno e Internacional.

Palavra-chave: Direito dos Povos Indígenas à Terra – Direito originário – Relevante Interesse Público da União – Direitos Fundamentais

ABSTRACT

The focus of this paper is to relativize or suppression of the rights of indigenous peoples, by virtue of the relevant public interest of the Union Being such caveat expressed in our constitutional text of 1988, more specifically in the art. 231, § 6. Initially it will be shown why it is correct to speak of indigenous people and not use the term Indian. Will also set up what is indigenous land, explaining the concepts adopted by the Indian Statute, as well as the Federal Constitution, as well as briefly discuss the difference of land and territory. Moreover an analysis about the public interest will be held by addressing its definition and applicability when clashes with protected individual rights, such as the rights of indigenous peoples, mainly because it is a fundamental right. This fundamentality provided in our Constitution and in international law by the Convention 169 of the International Labour Organisation. From these definitions , will present itself some possible explanations to the proviso of Article 231 , § 6 of the Federal Constitution , analyzing some projects Complementary Laws , as well as in the understanding of the teacher Souza Filho . At the end, be justifiably criticized conceptions of Representatives as well as the teacher , demonstrating that the proposed justifications offend the original right of indigenous peoples to their land , which entails curtailing the enjoyment of all other rights conferred on them by national law and international.

Keyword: Right of Indigenous Peoples to Earth - Right originating - Relevant Public Interest Union - Fundamental Rights

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENA À TERRA NO BRASIL	13
2.1 Do período colonial à constituição federal de 1988	19
2.2 Definição de terras indígenas	26
2.3 As garantias constitucionais das terras indígenas.....	34
2.4 A insuficiência da dicotomia entre terra pública e terra privada para a definição do regime de propriedade e posse das terras indígenas.....	39
2.5 As terras indígenas como problema: a fundamentalidade do direito às terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas.....	42
2.5.1 Tratados internacionais sobre direitos humanos e a fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.....	44
2.5.2 A fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana	46
2.5.3 A fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas como decorrência do regime democrático instituído pelo Brasil	48
3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A RELATIVIZAÇÃO/SUPRESSÃO DO DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS.....	53
3.1 O interesse público na tradição administrativa.....	53
3.2 A Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: concepções doutrinárias.....	56
3.3 Supremacia do interesse público em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados)	59
3.4 Supremacia do Interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos)	61

3.5 A supremacia do interesse público diante do direito originário à terra dos povos indígenas	63
4 O DELIAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO COMO EXCEÇÃO PARA VALIDAR ATOS SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS.....	65
4.1 Em busca de uma medida para o interesse público: a concepção de Carlos Frederico Marés de Souza Filho	66
4.2 A construção do interesse público como exceção ao usufruto exclusivo pelo congresso nacional	70
4.3 Críticas às hipóteses de relevante interesse público da união propostas por Souza Filho e nossos Representantes Políticos	77
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A história dos povos indígenas no Brasil é marcada por intensos conflitos contra os “brancos”, os quais visavam à defesa de suas terras, conflitos que resultaram na exacerbada redução das populações indígenas, com o consequente desaparecimento de inúmeras culturas. Um povo que constituía a maioria nesta terra, hoje denomina-se de minorias. Minorias que lutam contra o aculturamento, face às grandes influências da sociedade nacional que se diz “moderna”.

Sabe-se que desde o período colonial os direitos dos povos indígenas evoluíram consideravelmente, todavia, não foi suficiente para evitar a acentuada baixa da população indígena, pois não bastou apenas regulamentar, era preciso implementar, o que na época não foi realizado.

Ocorre que mesmo diante das más influências do passado, atualmente, não tem-se dado a devida importância à temática indigenista no Brasil, visto que grandes discussões sobre o direito à terra ainda são corriqueiras, graças as contínuas tentativas do Estado na mitigação de tal direito.

O direito dos povos indígenas evoluiu de tal modo, que reconheceu o direito à terra como sendo originário ou natural, isso significa que tal direito é anterior ao próprio Estado Brasileiro, não podendo ser suprimido, principalmente pelo fato de ser essencial à existência dos indígenas.

Pode-se dizer que, em matéria de Direito dos povos indígenas no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi o principal marco, entretanto, apesar de reconhecer a existência do direito originário, menciona, timidamente, uma forma de relativizá-lo ou até mesmo suprimi-lo. Tal ressalva encontra-se prevista no artigo 231, §6º, onde diz que são nulos e extintos os atos que visam à posse, domínio ou ocupação das terras indígenas, ou a exploração das riquezas existentes naquele solo, salvo se houver relevante interesse público da União. Isso causa preocupação, pois cabe ao poder legislativo dizer o que é de relevante interesse público da União, a fim de mitigar um direito originário, que nesse caso é indispensável para a manutenção e existência das populações indígenas no país, a terra.

Tal preocupação dá-se, tendo em vista que nosso poder legislativo não está preparado para discutir tais temáticas, haja vista que grande parte de nossos deputados possuem concepções eminentemente agraristas ou até mesmo preconceituosas, isto é, em suas acepções a terra dever ser utilizada para produção e não para salvaguardar os direitos dos povos indígenas, visto que não contribuem para a economia do país.

Além dessas discussões, tratar-se-á no presente trabalho as diversas definições sobre terra indígena, expressas na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Índio, bem como acerca da fundamentalidade do direito à terra dos povos indígenas.

Esboçar-se-á também o que se entende por interesse público, no âmbito do direito administrativo, a fim de demonstrar que mesmo diante de um relevante interesse público, o direito dos povos indígenas à terra (interesse específico) pode ser superior, retirando-se a ideia de supremacia do interesse da coletividade.

Ademais, entendendo-se o que seja interesse público e quando ele será supremo, analisar-se-á cinco projetos de lei complementar que visam estabelecer hipóteses de relevante interesse público da União, onde será demonstrado que todos eles fogem a concepção de interesse público, não passando-se de farsas legislativas, a fim de suprimir o uso da terra pelo povo indígena.

Igualmente ver-se-á a hipótese de relevante interesse público apresentada por Souza Filho, a qual também será criticada fundamentadamente, para ao final concluir o presente trabalho, no sentido de que até o presente instante, inexistente qualquer hipótese que justifique retirar os povos indígenas de suas terras.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENA À TERRA NO BRASIL

O núcleo do presente trabalho está na relativização dos direitos dos povos indígenas – como direito fundamental – pelo interesse público da União, contudo, neste primeiro capítulo tratar-se-á de questões introdutórias, que são indispensáveis para a compreensão do objeto principal do trabalho.

Desde já, inicia-se o presente trabalho fazendo o seguinte questionamento: é correto dizer direito indígena ou direito indigenista?

O foco aqui não é aprofundar nesta discussão, devido à complexidade da problemática, todavia, para fins didáticos é importante abordá-la de maneira sintética.

Direito indígena diz respeito à oportunidade que os povos indígenas teriam para reger suas relações sociais internas, fazendo uso de suas normas, ou seja, os indígenas teriam seus direitos reconhecidos de acordo com sua cultura. Assim, cada grupo indígena – levando-se em conta a infinidade de povos existentes – teria reconhecido seu direito costumeiro.

Dessa maneira, muito bem explana Anjos Filho:

(...) trata-se da possibilidade de reconhecimento do *direito indígena*, que é aquele conjunto de normas, em geral de natureza costumeira, produzido por um grupo indígena conforme a sua própria cultura para regular as suas relações sociais internas¹.

Por outro lado, o direito indigenista é o conglomerado de normas positivadas que disciplinam as relações da sociedade não-indígena com os povos indígenas.

Sobre sua definição, o conceituado pelo professor Paulo de Bessa Antunes (citado por Anjos Filho), estabelece que trata-se de um:

(...) ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional. O direito indigenista, portanto, é um direito

¹ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, 2009, p. 392/393.

ocidental (branco) criado para reger as relações dos indígenas com a sociedade envolvente².

Consigna-se, que tem-se ainda muita dificuldade em reconhecer o direito indigenista como um ramo autônomo do Direito, mesmo havendo inúmeras justificativas para tanto. O problema encontra-se resguardado simplesmente no fato de o direito indigenista ou positivado, nem sempre respeitar os direitos indígenas.

Ocorre que atualmente parte da doutrina tem se manifestado no sentido de existir, no direito dos povos indígenas³, uma relação de coexistência entre duas ordens jurídicas, sejam elas estatais ou não, isto é, na defesa daqueles povos o direito positivado poderá integrar-se com outras ordens jurídicas, como por exemplo, o direito indígena. Eis os ensinamentos de Anjos Filho, a partir da concepção de Lobo:

Hodiernamente, a doutrina identifica o fenômeno da *coexistência*, através do qual dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos e por vezes até mesmo antagônicos podem vigorar e possuir eficácia em um mesmo espaço geográfico. A *coexistência* pode se dar entre duas ordens jurídicas de origem estatal ou entre ordem jurídica estatal e outra alheia ao Estado, proveniente de determinados segmentos sociais⁴.

Tal fenômeno já foi reconhecido pelo Direito internacional, como percebemos com a leitura do artigo 9º da Convenção 169 da OIT:

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto. (Convenção 169 da OIT)

Assim, também previu a Declaração da ONU sobre os Direitos dos povos indígenas, em seus artigos 4º e 5º:

² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998, p. 136. *Apud*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, São Paulo, 2009, p. 393.

³ Fugindo aqui da problemática direito indígena ou indigenista.

⁴ LOBO, Luiz Felipe Bruno, **Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina**. São Paulo: LTr, 1996, p. 64. *Apud*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, 2009, p. 393.

Artigo 4

Os povos indígenas no exercício do seu direito à livre determinação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas.

Artigo 5

Os povos indígenas têm direito a conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez, seus direitos em participar plenamente, se o desejam, na vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Vê-se, portanto, que o Direito indigenista e indígena trabalham (ou deveriam trabalhar) juntos, buscando a defesa dos povos indígenas. Acredita-se que para que haja respeito à totalidade dos direitos indígenas, é imprescindível o reconhecimento do direito indigenista, o qual deverá (assim esperamos), como ramo independente, discorrer acerca da aplicabilidade de suas normas, no âmbito de cada grupo indígena, tendo em vista a diversidade cultural existente, que deve ser considerada.

A fim de não retomar tal discussão, utilizar-se-á neste trabalho a concepção de direito dos povos indígenas, fazendo-se surgir neste instante à necessidade de explicar porque se utilizará tal termo.

Ora, não há como iniciar um estudo acerca do direito dos povos indígenas sem apresentar a definição do próprio sujeito do direito – o índio –, por tratar-se do elemento fundamental de tal direito.

Segundo Kayser, o próprio termo índio já pode ser considerado um equívoco histórico⁵, sendo impossível discordar de tal posicionamento. A história nos mostra que o termo índio foi utilizado pela primeira vez por Cristóvão Colombo quando chegou nas “Índias”⁶, já que chamava os nativos que lá estavam-se de índios, o que se mantém até hoje.

Conforme se verá no curso deste trabalho, no Brasil, enquanto perdurou o período colonial, os índios eram chamados de gentios, ou seja, os pagãos (não batizados), contudo, analisar-se-á aqui a concepção de índio atribuída pelo Estatuto

⁵ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p. 35.

⁶ Cristóvão Colombo sabia que não estava no oriente Asiático, todavia, insistia em dizer que estava nas “Índias”, chamando os povos que lá se encontravam, de índios.

(Lei nº. 6.001/73), pela Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Importante destacar que até a Constituição de 1988, os índios eram conhecidos como silvícolas, todavia, atualmente tal termo não representa a maneira mais adequada para denominá-los.

O Estatuto do Índio, em seu artigo 3º, inciso I, apresenta a seguinte definição: “I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Vilmar Guarany critica a definição expressa no Estatuto, deixando-se evidente que Kayser está totalmente correto quando diz que o termo índio é equivocado.

Sobre índio, o professor Guarany expõe o seguinte:

Este termo genérico leva-nos a crer que não há diversidade de povos, pois todos são uma coisa só – índios. Por isso, muitos pensam que não há culturas, e sim uma única cultura, uma única fé, uma única maneira de organização social, uma única língua. O termo contribuiu, enfim, para falsamente diminuir a diversidade indígena brasileira ou, em outras palavras, universalizar o diverso⁷.

Veja-se que segundo o pensamento do autor, o termo índio é utilizado pelo Estatuto de forma genérica, transmitindo ao leitor a idéia de que os índios são uma pessoa só, ou seja, todos possuem a mesma cultura, religião, língua, etc., o que reflete-se em uma afirmação falsa, diante da infinidade de povos indígenas existente em nosso país.

Por outro lado, quanto à expressão silvícola, o professor disserta que:

Este termo, por sua vez, traz uma implicação prática discriminatória em relação aos índios que vivem nas zonas urbanas – aqueles que, por vontade própria, em busca geralmente de educação e outros serviços que não encontram nas terras indígenas, procuram as cidades; ou mesmo porque as cidades estão cada vez mais próximas das aldeias e, por isso, os índios vão deixando de ser considerados silvícolas; ou ainda porque há aqueles que foram expulsos de suas terras tradicionais e estão tendo que buscar abrigo mais perto dos centros urbanos⁸.

⁷ GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença.** Coleção educação pra todos. Série vias dos saberes nº. 03. Brasília, 2006, p. 151.

⁸ Id. p. 151.

Sobre isso, entende-se que tais concepções advêm justamente por causa do significado do próprio termo silvícola, o qual refere-se àquele que nasce e vive na floresta. Nitidamente seu significado o exclui da “classe” os demais indígenas que vivem nas cidades, conforme bem explicado por Guarany.

Assim, pode-se expor que, o Estatuto definiu o índio como “um indivíduo que pertence a um grupo étnico cultural diferente do da sociedade nacional”⁹, ou seja, deixou claro que os povos indígenas são diferentes dos nacionais, o que é um absurdo considerando tratar-se de uma norma cujo caráter seja a proteção dos povos indígenas.

Destaca-se que nossa atual constituição, assim como as anteriores, não atribuiu uma definição ao termo índio, entretanto, parece-se que diante do reconhecimento constitucional das atividades culturais indígenas, bem como da garantia à terra, a denominação mais adequada daqueles povos encontram-se expressas na Legislação Internacional.

Diz-se isso porque a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi recepcionada pelo Brasil em 2004 por meio do Decreto n. 5.051, em seu artigo 1, b, estabelece que ela será aplicada:

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas¹⁰.

É notório com a leitura do mencionado artigo, que restou reconhecido a existência de uma diversidade de indígenas, ou seja, “refere-se a essas coletividades como povos indígenas”,¹¹ o que parece ter sido realizado por nossa Constituição Federal, ainda que de forma tímida.

⁹ SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilmar de Fátima. **Direito dos Povos Indígenas ou Direito para os Povos Indígenas?** Revista de Direito e Garantias Fundamentais, Vitória, nº6, p. 15-37, jun./dez. 2009, p. 17.

¹⁰ BRASIL. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, Promulga a Convenção nº.169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 22 de maio de 2014.

¹¹ GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença.** Coleção educação pra todos. Série vias dos saberes nº. 03. Brasília, 2006, p. 152.

Da mesma forma, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007, sendo o Brasil signatário, refere-se aos índios como povo indígena e pessoa indígena, isto é, pessoa indígena quando trata de somente um membro indígena e povo quando reporta-se a coletividade¹².

Atualmente, muito se discute acerca da efetividade de tal Declaração no Brasil, isso porque ela não foi recepcionada por meio de decreto, emenda constitucional, ou qualquer outro meio jurídico que a reconheça no âmbito interno. O Brasil é signatário da Declaração, contudo, objetivamente não recepcionou para si grande parte dos direitos nela presentes¹³.

À vista disso, não é incorreto dizer que a Convenção 169 da OIT possui mais efetividade do que a Declaração, justamente pelo fato de ter sido recepcionado por Decreto, e por ter caráter supralegal, já que busca a proteção da pessoa humana, conforme se verá mais adiante, porém, é possível considerar que a Declaração representa uma obrigação dos Estados, por trata-se de “recomendação” internacional que representa os direitos humanos, logo, tem reflexos no Direito Internacional consuetudinário, e, principalmente pelo fato de ter sido aprovada pela maioria dos votos de seus membros. Acerca disso, Anjo Filho, partindo-se dos ensinamentos de James Anaya, nos ensina que:

(...) embora a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas não tenha natureza vinculante própria de um tratado, é possível considerar que, em certo grau, ela encarna princípios gerais do direito internacional, tendo em vista que trata de obrigações pré-existentes dos Estados em relação aos direitos humanos, salientando ainda que como direitos ali previstos têm uma conexão com uma prática internacional e estatal contínua pode-se afirmar que alguns aspectos da Declaração também poder ser considerados como reflexo de normas do direito internacional consuetudinário. Finalmente, salienta que como a resolução que a vincula foi aprovada pela Assembleia Geral com votos de uma esmagadora maioria de Estados-Membros, a declaração representa um compromisso por parte das Nações Unidas e dos seus Estados-Membros no quadro das obrigações estabelecidas pela Carta das Nações Unidas para promover e proteger os direitos humanos, sem qualquer discriminação¹⁴.

¹² A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas sofreu fortes influências pela Convenção 169 da OIT

¹³ Um exemplo disso é o Artigo 3: **Os povos indígenas têm direito à livre determinação**. Em virtude desse direito, determinam livremente a sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

¹⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-

Por fim, ante o exposto até aqui, independentemente do reconhecimento ou não da Declaração, pode-se notar que o termo correto para denominar o índio é indígena ou povos indígenas, pois nos transmite a ideia de diversidade cultural, que seria a base para a identificação de cada indígena.

2.1 Do período colonial à constituição federal de 1988

Quando se trata de direito dos povos indígenas no Brasil, o Período Colonial (Brasil – Colônia) é referência, ante as Cartas Régias dos anos de 1.609 e 1.611, ambas promulgadas por Filipe III, rei de Portugal. A Carta Régia de 30 de julho de 1.609 estabelecia que todos os gentios (indígenas) eram livres, conforme o direito, garantindo-lhes um salário pelos serviços por eles prestados nas fazendas dos colonizadores, além da proibição de trabalharem contra suas vontades. Veja-se o que dispunha a mencionada Carta:

(...) E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito captiveiro em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquellas partes do Brazil por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram baptizados, e reduzidos á nossa Santa Fé Catholica, com os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem¹⁵.

Posteriormente, em 10 de setembro de 1.611, Dom Filipe III, assegurou aos “gentios” o direito à terra, estabelecendo que não poderiam ser compelidos a sair de onde vivem contra suas vontades, exceto se quiserem:

(...) E os Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, sem sobre ellas se lhes fazer moléstia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitánias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer¹⁶.

Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, 2009, p. 326/327.

¹⁵ Lei de 30 de julho de 1.609, disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>. Acessado em: 01 de mar. de 2014

¹⁶ Lei de 10 de setembro de 1.066, disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>. Acessado em: 01 de mar. de 2014

Nesse período – Colonial - o reconhecimento da terra ao povo indígena não parou por aí, pois a Coroa Portuguesa, através do Alvará Régio de 01 de Abril de 1.680, declarava expressamente que os indígenas eram senhores de seus domínios, propiciando, também, àqueles que são desaldeados um lugar para sua subsistência.

É interessante dissertar, que nesse período vigorava o Regime Sesmarial, que visava à distribuição de terras com o intuito de estimular a produção, contudo, restaram garantidos os direitos dos indígenas sobre suas terras¹⁷, já que são considerados direitos primários e naturais. Eis a redação do Alvará:

(...) E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.¹⁸

Destaca-se que outras leis reafirmaram o Alvará, tais como, a lei de 06 de julho de 1.755, também conhecida como Lei Pombalina, e o Diretório dos Índios de 1758.

Após, a Carta Régia de 16 de Março de 1819 e duas provisões de 08 de julho de 1819, assinadas por D. João VI, reconheceram o domínio das terras aos povos indígenas, declarando que as terras das aldeias eram inalienáveis, e nulas as concessões de sesmarias que foram realizadas, além de não considerá-la como terra devoluta:

Sendo-me presente que a Aldêa de Valança dos índios Coroados estando destinada para Villa dos mesmos Indios, por ordem minha de 25 de Agosto de 1801, fora pedida de sesmaria, como terreno devoluto, por Florisbello Augusto de Macedo, e depois por Eleuterio Delfim da Silva, e concedida com notória opressão, pois não se devia considerar devoluto um terreno marcado para Aldêa dos Indios com a Igreja já edificada, e alguns moradores na mesma Aldêa: Hei por bem declarar nulla a sobredita concessão feita a Eleuteio Delfim da Silva, e que o sobredito terreno, pela demarcação actual, seja restituído aos ditos Indios, para nelle se alearem e cultivarem os terrenos que se lhe destinarem (...) Nas referidas terras não

¹⁷ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p.99.

¹⁸ Alvará Régio de 01 de abril de 1680, disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acessado em: 01 de mar. de 2014.

se poderá fazer alienação alguma, e os moradores que já ahi se acham com casas ou com culturas, serão conservados (...) ¹⁹.

Pode-se notar que no período colonial foram inúmeras as normas que reconheceram direitos aos povos indígenas, contudo, a partir do momento em que o Brasil torna-se independente de Portugal (Setembro de 1822) passando-se a transigir de um Estado Absolutista para tornar-se um Estado Liberal, havendo, por conseguinte, a outorga por D. Pedro I, da primeira Constituição do Império do Brasil (1824), os direitos indígenas foram esquecidos, tendo em vista a ausência de qualquer norma em matéria de direito indígena.

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, também conhecida como Constituição Imperial, não reconheceu a autonomia dos povos indígenas sobre seus territórios, entretanto, o respeito a seus direitos sobre a terra permaneciam, pois conforme já exposto, a legislação colonial ratificou por inúmeras vezes os direitos originários daqueles sobre as terras ²⁰, não havendo com a outorga dessa Carta, a revogação de tais documentos legislativos.

Há que expor, que em 1824 com a Reforma Constitucional do Império os direitos dos povos indígenas foram incorporados através do art. 11, § 5º, todavia, sua previsão tinha o cunho civilizatório, ou seja, visava integrar o povo indígena à sociedade da época, impondo-lhes a religião do império (Católica Apostólica Romana ²¹). De certa forma, o Estado buscava colonizar os povos indígenas.

No período de vigência dessa Constituição foi promulgada a Lei das Terras (Lei nº. 601 de 18.09.1850), visando regulamentar o regime fundiário do país, prevendo em seu art. 3º o que se devia ser entendido por terras devolutas, veja-se:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do

¹⁹ Carta Régia de 16 de Março de 1819, disponível em: <https://www.dropbox.com/s/txwz7qkklpy12sd/1819-03-26.pdf>. Acessados em: 01 de mar. de 2014.

²⁰ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 58.

²¹ Art. 5º da Constituição de 1824 - **A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio** (...) (original sem grifo)

Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei. (grifamos)

Denota-se que se grifou o parágrafo quarto do mencionado artigo, isso porque, segundo João Mendes Júnior, tal dispositivo reconhece o direito originário à terra aos indígenas, ou seja, o indígena tem direito à terra a partir de seu nascimento, preservando, dessa forma, os termos do Alvará de 1º de Abril de 1680. Expõe o autor:

(...) quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estáveis; essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1650, que as reserva até na concessão de sesmarias²².

Assim, a Lei das Terras estabelecia que as terras ocupadas pelos indígenas não eram consideradas terras devolutas, pois havia a garantia do direito originário sobre elas. Contudo, nesse período o Estado buscava colonizar os indígenas, isto é, “civilizá-los”, prevendo a instituição de aldeamentos para tanto, que normalmente eram instituídos nos territórios originários dos povos indígenas. Isso traz uma imensa contradição, pois a Lei das Terras, juntamente com seu decreto regulamentador (Decreto nº. 1.318 de 30 de Janeiro de 1854) estabeleciam que parte das terras devolutas seriam direcionadas para a colonização²³, conforme artigo 12 da Lei²⁴ e artigos 72 e 73 do Decreto²⁵, daí surgiu-se a dúvida, nessa hipótese as terras dos silvícolas são devolutas?

²² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. Edição Fac-Simile. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1992, p. 60. Apud: FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010. 247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 59.

²³ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 59.

²⁴ **Art. 12 da Lei das Terras**. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.

²⁵ **Art. 72 do Decreto 1.318**. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

A resposta é negativa, quer dizer, as terras originárias dos povos indígenas, isto é, àqueles locais em que já havia habitações e que foram instituídos aldeamentos não são consideradas devolutas, porém, os territórios pertencentes aos Estados que foram instituídos aldeamentos são consideradas terras devolutas.

O Brasil tornou-se uma República em 15 de novembro de 1889, promulgando sua primeira Constituição Republicana em 24 de fevereiro de 1891, ocorre que mais uma vez a Carta Política não fez menção aos direitos dos povos indígenas, quedando-se inerte.

Salienta-se que a primeira constituição a tratar de questões indígenas foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, que previa em seu art. 5º, inciso XIX, alínea “m”, a competência exclusiva da União para legislar acerca da incorporação dos indígenas à comunidade nacional, expondo também em seu art. 129, a garantia do respeito à posse da terra ocupada por indígenas. É importante analisarmos a redação do artigo:

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Entende-se que a idéia de permanentemente localizados está relacionada, propriamente, com a posse imemorial sobre a terra, ou seja, àqueles que estavam há muito tempo no local.

Destaca-se que tal constituição respeitou os direitos originários daqueles povos, conforme já estabelecia o Alvará de 1º de Abril de 1680, sendo que quanto a inalienabilidade, assegura uma proteção maior à terra restringindo tratamento depredatório e negociista²⁶.

Art. 73 do Decreto 1.318. Os Inspectores, e Agrimensores, tendo noticia da existencia de taes hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu genio e indole, do numero provavel de almas, que ellas contêm, e da facilidade, ou difficuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Director Geral das Terras Publicas, por intermedio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessaria.

²⁶ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 63.

Passados três anos, promulgou-se a Constituição Federal de 1937, que em seu art. 154²⁷ garantiu aos indígenas a posse das terras que permanentemente ocupam, todavia, omitiu-se quanto à competência legislativa.

Ocorre que com a promulgação da Constituição de 1946, a matéria relacionada a competência legislativa voltou a ser tratada (art. 5º, inciso XV, alínea “r”), garantindo-se, também, a posse das terras pelos indígenas, alterando-se a parte final do que as constituições anteriores previam, pois no lugar de “*vedada sua alienação*” constaram o termo “*com a condição de não transferirem*” (art. 216²⁸).

A esse respeito, compreende-se que tal alteração (alienação para transferência) não implica interpretações diversas das transmitidas pelas constituições anteriores (1934 e 1937) quanto à proibição de sua cessão para terceiros, os não- indígenas.

Prosseguindo-se, três anos após o golpe militar de 1964, foi promulgada a Constituição Federal de 1967, que manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre a interação do indígena à comunidade (art. 8º, inciso XVII, alínea “o”²⁹). Essa Constituição foi consideravelmente inovadora, tendo em vista, que conferiu aos indígenas, além da posse da terra, o seu usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes, nos termos do art. 186, *in verbis*:

Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Torna-se imprescindível expor, que a Carta Política de 1967 alterou toda a concepção que se tinha acerca da posse, ora, as constituições anteriores se referiam a posses imemoriais, isto é, locais por eles estabelecidos há muito tempo, já esta, refere-se à idéia de habitat, no sentido de conferir aos indígenas um território futuro, o qual poderão usufruir de todos os recursos naturais existentes.

²⁷ **Art. 154 da Constituição Federal de 1937** - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

²⁸ **Art. 216 da Constituição Federal de 1946** - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. (grifo proposital)

²⁹ **Art. 8º da Constituição Federal de 1967** - Compete à União: (...) XVII - legislar sobre: (...) o nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; (grifo proposital)

Nesse sentido, Júlia Ribeiro Marques disserta:

(...) quando o dispositivo falava em assegurar aos indígenas a posse permanente das terras que habitam, a *contrario sensu* das Constituições anteriores, essa posse permanente devia ser entendida, a partir de então, como uma garantia para o futuro, no sentido de propiciar aos grupos indígenas o seu *habitat*, deixando de ser exigido como um pressuposto referente a uma ocupação passada³⁰.

Ressalta-se ainda, que a Constituição de 1967, em seu art. 4º, inciso IV, incluiu as terras ocupadas por indígenas como sendo um bem da União, o que traz maiores proteções aos direitos à terra, impedindo, segundo Villares “alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usurpação feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais”³¹.

Após, no dia 17 de outubro de 1969, o ditador General Costa e Silva, outorga a Emenda Constitucional nº. 01, a qual manteve as terras indígenas como sendo bem da União³², e sua competência exclusiva para legislar acerca da incorporação do indígena à sociedade³³.

Ocorre que a Emenda Constitucional inovou quanto a garantia da terra aos indígenas, alterando a redação do art. 186 da Constituição de 1967, dispondo o seguinte:

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

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

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

Mais uma vez pode-se notar, que a Emenda se refere à posse permanente fugindo da idéia de imemorialidade, mas buscando garantir ao indígena um habitat onde possa permanecer livre de esbulhos ou moléstias.

³⁰ MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 de fev. de 2013, p. 06.

³¹ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111.

³² Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: (...) IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

³³ Art. 8º. Compete à União: (...)XVII - legislar sobre: (...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Também, declara serem nulos e extintos todos os efeitos jurídicos dos atos que tenham como objeto o domínio, a posse ou a ocupação das áreas habitadas por silvícolas.

Dessa forma, é nítido que a Emenda concedeu maior importância aos direitos dos povos indígenas, garantido a posse livre de quaisquer atos depredatório, negociata ou de aquisição por terceiros não-indígenas.

Por fim, promulgou-se a Constituição de 1988, nossa atual Carta Magna, que tratou a questão indígena de forma mais detalhada, estabelecendo, pela primeira vez um conceito jurídico acerca da terra indígena, a qual será analisada neste trabalho juntamente com o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73), que prevê a existência de diversas áreas indígenas.

2.2 Definição de terras indígenas

A definição de terras indígenas está relacionada com os diferentes espaços territoriais destinados à sua posse, sendo que no presente trabalho será analisado as diversas áreas destinadas a ocupação indígena, conceituando cada uma delas segundo a legislação em vigor, que aqui se refere ao Estatuto do Índio e a Constituição Federal de 1.988.

Primeiramente faz-se necessário diferenciarmos terra indígena de território indígena, que é uma temática bastante discutida pela doutrina. A primeira se refere à idéia de posse ou propriedade, que só adquire tais características a partir do processo político-jurídico adotado pelo Estado, já o segundo diz respeito a uma noção de vivência (cultural, social, político e econômico) de determinado grupo – nesse caso indígena – em certa base ou área territorial. Assim entende Dominique Tilkin Gallois:

A noção de “Terra indígena” diz respeito o processo político-jurídico conduzido sob o égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e a vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial³⁴.

³⁴ GALLOIS, Dominique Tilkin, Terras ocupadas? Territórios? Territorialidade? In: RICARDO, Fany (Org.) **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza – o desafio das sobreposições**, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37/41.

À vista disso, podemos afirmar que o território indígena torna-se terra indígena a partir de um processo articulado pela União.

As concepções de terra indígena e território indígena são de grande valia, principalmente para fins de efetivação de seus direitos. Diz-se isso porque, nossa atual Constituição nos transmite a ideia de que “o indígena não possui território, mas sim terra”, justamente porque o reconhecimento do território indígena implicaria no livre exercício daquele povo sobre a terra, sem qualquer interferência do Estado, isto é, haveria o reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas, o que é acobertado no Brasil.

Sinteticamente, autodeterminação³⁵, segundo Albuquerque (citado por Anjos Filho) seria:

um direito enquanto conjunto de regras, normas, padrões e leis reconhecidas socialmente que garantem a determinados povos, segmentos ou grupos sociais **o poder de decidir seu próprio modo de ser, viver e organizar-se política, econômica, social e culturalmente, sem serem subjugados ou dominados por outros grupos**, segmentos, classes sociais ou povos estranhos à sua formação específica³⁶. (original sem grifo)

Infelizmente o Brasil não amadureceu o suficiente para reconhecer às terras indígenas como sendo território, já que a todo custo busca “administrar” seu povo, em outras palavras, tem medo da ocorrência da secessão³⁷. Assim, a ausência de tal reconhecimento resulta na obrigação do indígena em manter-se dependente do Estado, conforme nos ensina Ladeira (citada por Guarany), veja-se o que muito bem diz a autora:

Considerando que o conceito de território não é o próprio das sociedades indígenas, e que as delimitações territoriais são historicamente fixadas por meio de estratégias de poder e controle político do Estado, conclui-se que os territórios e as terras indígenas são espaços dominados que, inevitavelmente, forçam os índios a firmar um pacto eterno de dependência com o Estado³⁸.

³⁵ A dogmática da autodeterminação será discutida em momento oportuno.

³⁶ ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 148. *Apud*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, São Paulo, 2009, p. 342.

³⁷ Que é nada mais do que a possibilidade de um Estado separar-se da União, ou seja, acarretando-se na possibilidade de autotutelar-se sem prestar obediência a unidade federativa, sendo que no caso dos povos indígenas, seria a oportunidade em que eles se tornariam independentes, exercendo suas atividades da forma que desejam sem que a União intervenha.

³⁸ LADEIRA, Maria Inês. **Espaço geográfico Guarani-Mbya: significado, constituição e uso**, pp 84-

É possível visualizar o quão é importante seria reconhecer para o indígena seu território, quando a autora o define analisando o entendimento do povo indígena Guarani. Eis o que nos informa a estudiosa:

Penso que, para os Guarani, a noção de território está associada à noção de mundo e, portanto, vinculada a um espaço geográfico onde desenvolvem relações que definem um modo de ser, um modo de vida. Assim, se o conceito de território implica limites físicos (permanentes ou temporários), os espaços, como categoria, pressupõe outros limites definidos por princípios éticos e por valores que condizem com a visão de mundo dos homens e de suas sociedades.

Para os Guarani, a questão do território contém a perspectiva da manutenção de seu mundo, ou está nela contida³⁹.

Ora, “um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo”⁴⁰.

Nesse aspecto, é imprescindível salientar, que a Constituição Federal Boliviana está muito a frente da Brasileira, tendo em que vista que ela reconhece o local habitado pelos povos indígenas como território, concedendo-os o livre exercício deles sobre elas. Isso ficou bem esclarecido na redação do artigo 2º:

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento y consolidación de sus instituciones y entidades territoriales, conforme a esta Constitución⁴¹. (grifo proposital)

Não é só, tal constituição garante aos povos indígenas o direito autodeterminação, bem como de territorialidade, nos termos do art. 30, inciso II, item 4, veja-se:

Artículo 30

(...)

II. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los derechos:

(...)

89. *Apud*: GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Direito Territorial Guarani e as Unidades de Conservação**. 2009. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 48.

³⁹ Id. p. 50.

⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 120.

⁴¹ BOLIVIA. Constituição (2007) **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

4. A la libre determinación y territorialidad, en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo a esta Constitución⁴².

Por fim, conclui-se tal temática, expondo que mesmo diante do reconhecimento do território aos povos indígenas pela Constituição Boliviana, não ouviu-se, até agora, falar-se em secessão, justamente pelo fato de que a simples admissão do território harmoniza a relação da União com os povos indígenas, o que demonstra o quão infantil e despreparado é o Estado Brasileiro ao trata da terra indígena.

Pois bem, retomando, será analisado aqui a concepção de terra indígena adotada pelo Estado, sendo que grande parte dos juristas distingue terras indígenas em *sentido amplo* e em *sentido estrito*. As terras indígenas em *sentido estrito* são os critérios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para sua definição, por outro lado, as terras indígenas em *sentido amplo* são os critérios utilizados pelo Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73).

Estritamente falando, a Constituição Federal de 1.988 garantiu aos povos indígenas os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam⁴³. Tal garantia revela dois pressupostos constitucionais, quais sejam: os direitos originários, que legitima o direito à terra e a ocupação tradicional, que demonstra obtenção do direito à terra⁴⁴.

Na visão de Lásaro Moreira da Silva:

O termo originário designa um direito anterior ao próprio Estado brasileiro, uma posse congênita, legítima por si mesma, ao contrário da posse adquirida que precisa preencher os requisitos civilistas para o reconhecimento⁴⁵.

⁴² BOLIVIA. Constituição (2007) **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

⁴³ Art. 231, caput da Constituição Federal – São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (...)

⁴⁴ MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 de fev. de 2013, p. 11.

⁴⁵ SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004, p. 142.

Segundo José Afonso da Silva, quando a Constituição reconhece o direito originário da terra ao indígena, tal relação está alicerçada com o instituto do indigenato, isto é, o direito indígena à terra é congênito, ou seja, existe desde o nascimento de cada indígena. O indigenato é um instituto luso-brasileiro, que originou-se nos tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1.680, ulteriormente confirmado pela Lei 6 de junho de 1.755, estabelecia que às terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos indígenas, primários e naturais senhores dela⁴⁶.

Dessa forma, os direitos originários ou primários dos indígenas recaem sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, sendo tais terras devidamente conceituadas pela Constituição Federal. Eis o que dispõe o § 1º do art. 231:

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

Vejamos que a conceituação jurídica utilizada pela Constituição apresenta quatro elementos complementares e essenciais, sendo eles: a) habitação em caráter permanente; b) a utilização da terra para atividades produtivas; c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) necessárias a sua reprodução física e cultural⁴⁷. Passemos a analisar cada um dos desses elementos.

Como já visto anteriormente, quando se diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas habitadas em caráter permanente não significa que a ocupação deva ser imemorial, ou seja, aquelas ocupadas desde os tempos remotos, pois se refere ao modo que eles se relacionam com a terra para sobreviver.

Dessa forma, José Afonso da Silva expõe que:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 854/856.

⁴⁷ Id. p. 855.

espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.⁴⁸

O termo permanente, segundo Lásaro, refere-se a uma garantia futura, isto é, as terras tradicionais indígenas serão destinadas para sempre a seu habitat⁴⁹.

O segundo elemento – a utilização da terra para atividades produtivas – está ligado simplesmente à concepção de desenvolvimento de atividades necessárias para a subsistência da comunidade indígena, sendo elas: a caça, a pesca, agricultura, etc.

Quanto às terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, trata-se de um espaço consideravelmente amplo, que a partir de sua utilização pelo povo indígena, não impossibilite a conservação dos recursos naturais dos quais eles necessitam para sobreviver⁵⁰.

Por fim, o ultimo elemento complementar, qual seja: necessárias a sua reprodução física e cultural, expõe que tais terras devem garantir o crescimento populacional sem prejuízo, bem como o espaço territorial deve ser suficiente para proporcionar o desenvolvimento cultural da comunidade. Assim, pode-se notar o quão é importante a terra para os povos indígenas, sendo eles totalmente dependentes delas.

Quanto à concepção de terras indígenas em *sentido amplo*, isto é, àqueles critérios adotados pelo Estatuto do Índio – Lei nº. 6.001/73 – para sua definição, podemos citar o seu art. 17:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I – as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os arts. 4º, IV, e 198, da Constituição;

II – as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III – as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 856.

⁴⁹ SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004, p. 150.

⁵⁰ MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 de fev. de 2013, pag. 13.

Percebe-se que o art. 17, inciso I, do Estatuto nos remete a concepção de proteção dos direitos indígenas adotada pela Constituição Federal de 1967, já que o Estatuto foi criado no período de sua vigência. Não obstante, considerando que atualmente encontra-se em vigor a Constituição de 1988, há que se entender que o mencionado artigo se refira à concepção de terra indígena mencionada no art. 231.

Pois bem, o inciso II se refere às áreas reservadas, que estão previstas nos artigos 26 a 31 do Estatuto, sendo elas: Reserva indígena, Parque indígena, Colônia agrícola indígena e Território federal indígena.

Entendia-se que áreas reservadas seriam as terras originalmente possuídas ou de ocupação imemorial indígena, fazendo uma remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680, isto é, a expressão áreas reservadas estaria fazendo remissão ao instituto do indigenato, já tratado anteriormente⁵¹.

Ocorre que o vocábulo áreas reservadas se refere à competência da União em escolher os locais que destinam-se à ocupação indígena, cuja intenção é o aldeamento, ou seja, não terras de domínio da União que se destinam aos povos indígenas, tendo como objetivo precípua o aldeamento de grupos indígenas, a fim de colonizá-los, isto é, integrá-los como cidadão.

Pois bem, analisando as diversas áreas reservadas, o artigo 27 do Estatuto conceitua o que é reserva indígena, sendo tal conceito é bastante claro, pois reserva indígena é uma porção de terra destinada a um grupo indígena, cuja área deva garantir meios necessários para a sobrevivência da comunidade, vejamos:

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servidor de *habitat* a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

A noção de parque indígena encontra arrimo no art. 28, sendo esse bastante interessante, pois abarca a noção de integração do povo indígena com os não-indígenas, já que a partir dessa interação torna-se fácil a “assistência”⁵² da União na comunidade:

⁵¹ RESENDE, Livia Mara de. **A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas.** Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20conceituacao%20juridica%20dos%20diferentes%20espacos%20ter.pdf. Acessado em: 15 de abr. de 2014.

⁵² Essa assistência tem o objetivo de tornar o índio parte da sociedade, inda que lhe seja garantido o uso da terra e o respeito às suas culturas, tradições, etc.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

Já colônia agrícola indígena, se refere a convivência de indígenas “aculturados” e membros da comunidade nacional, cuja área destina-se exclusivamente à exploração agropecuária, estando devidamente definida no art. 29 do Estatuto, *in verbis*:

Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência

Por último, o território federal indígena, instituído em regiões onde pelo menor um terço seja formado por população indígena, conforme art. 30 do Estatuto:

Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios.

Prosseguindo, o inciso III do artigo 17 do Estatuto se refere a outra categoria de áreas indígenas, qual seja: terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. A esse respeito o art. 32 a conceitua, dispondo o seguinte: “São de propriedade pela do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil”. Nota-se que estas terras são de propriedade das comunidades indígenas, visto que foram adquiridas em uma das modalidades expressas na legislação civil, como por exemplo, por meio de compra ou doação.

Com efeito, a comunidade é legítima proprietária da terra, não sendo meros posseiros, afastando-se a ideologia de terras administradas pela União, visto que não está incluída no rol de seus bens⁵³.

Nesse sentido Falcão, citado por Resende, disserta que:

O índio, bem como a comunidade indígena, poderá ser senhor do domínio pleno da terra que haja adquirido por qualquer das formas de aquisição admitidas pelo Direito Civil pátrio, consoante a previsão legal contida no art. 32 da Lei nº 6.001, de 1973. Essa terra não estará incluída, evidentemente, entre as chamadas “terras indígenas” *latu sensu*, ou seja, aquelas de ocupação permanente a que se reporta a Constituição da República e, como tais, integrantes do patrimônio da União. Embora isto se constitua o óbvio, não é o que pareceu ao legislador que redacionou o Estatuto do Índio

⁵³ CARVALHO, Edson Ferreira de. **A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro**, apud: RESENDE, Livia Mara de. **A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20conceituacao%20juridica%20dos%20diferentes%20espacos%20ter.pdf. Acessado em: 15 de mar. de 2014, p. 13.

quando concebeu o art. 17, que arrolou-as erroneamente entre as chamadas terras indígenas⁵⁴.

Realizadas tais definições, podemos notar que a Constituição Federal de 1.988 deu um imenso passo rumo à proteção e garantia dos direitos indígenas, enquanto o Estatuto do Índio permanece adotando ideologias ultrapassadas, no sentido de civilizar a comunidade indígena, a partir da disponibilização de terras devolutas – os chamados aldeamentos –.

Ressalta-se, que o Estatuto de forma indireta garante a proteção das culturas e tradições indígenas, contudo, diretamente, visa sua colonização, o que afronta a atual Carta Magna. Aliás, nossa Constituição prevê algumas garantias conferidas à terra indígena, cujo objetivo seja a proteção e conservação de tais áreas nas mãos dos indígenas. Isto posto, passa-se a dissertar sobre as garantias das terras indígenas.

2.3 As garantias constitucionais das terras indígenas

Tendo em vista, que a Carta Magna de 1988 garante aos povos indígenas os direitos originários sobre a terra que tradicionalmente ocupam, reservando a eles o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, fez-se necessário estabelecer garantias para a efetivação de tais direitos, quais sejam: a) proibição de transferência e de remoção da população; b) proibição da atividade garimpeira; c) Inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade; d) obrigação de demarcação das terras indígenas; e) obrigação de proteção aos bens jurídicos indígenas; e f) nulidade e extinção dos atos que visam à ocupação da área indígena.

A primeira garantia é a proibição de transferência e de remoção da população indígena ou “*princípio da irremovibilidade dos índios se suas terras*”⁵⁵, que está prevista no §5º, do artigo 231 da Constituição Federal, que dispõe o seguinte:

⁵⁴ FALCÃO, Ismael Marinho. **As terras indígenas**, Apud: RESENDE, Livia Mara de. **A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20conceituacao%20juridica%20dos%20diferentes%20espacos%20ter.pdf. Acessado em: 15 de mar. de 2014, p. 12.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 855.

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

Pode-se notar que a intenção da norma é impedir que haja medidas cujo objetivo seja a remoção dos indígenas de seus territórios contra sua vontade, contudo, apresenta exceções, quais sejam: em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do País. Nesses casos o afastamento dos grupos indígenas de seus territórios está condicionado ao exame (*ad referendum*) realizado pelo Congresso Nacional⁵⁶.

Importante mencionar que, seja qual for o motivo para distanciar os indígenas de suas terras, tal medida não poderá ocorrer de forma definitiva, isto é, "*ad eternum*", haja vista que a parte final do artigo lhes assegura o imediato retorno após a cessação do risco⁵⁷. Assim, nossa Constituição Federal adotou o *subprincípio da provisoriedade*, prescrevendo que a remoção dos povos indígenas de suas terras é realizado sempre de forma provisória.⁵⁸

A segunda garantia se refere à proibição da atividade garimpeira, que está prevista no §7º do artigo 231, prevendo que "*Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§3º e 4º*⁵⁹". A garimpagem é uma das atividades mais degradantes e devastadoras do meio ambiente, o que justifica a rigidez da Constituição Federal em coibir essas ações no âmbito das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Consigna-se que muito se discute acerca da legitimidade das comunidades indígenas na prática da exploração garimpeira, já que os termos do §

⁵⁶ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p. 239/240.

⁵⁷ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 207.

⁵⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, 2009, p. 630.

⁵⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.(...)

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

2º do artigo 231 assegura aos povos indígenas o *usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes*. A esse respeito Marés disserta, que a atividade garimpeira exercida pelos indígenas é legítima, visto que compreende o exercício necessário para suas reproduções culturais⁶⁰, não constituindo atividade com fins lucrativos ou comerciais. Em contrapartida, há quem diga que é vedada a atividade garimpeira exercida pelos indígenas⁶¹, conforme estabelece o §3º do artigo 231 da Constituição, vejamos:

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

Observa-se que na parte final do artigo encontra-se o termo “na forma da lei”, ou seja, para que haja o aproveitamento dos recursos minerais do solo das terras indígenas, faz-se necessário que a lei regulamente, contudo, até a presente data, inexistente qualquer lei vigendo tratando da matéria, pelo contrário, existem inúmeros projetos de lei em debate na Câmara dos Deputados e no Senado Federal⁶².

Diante disso, – ausência de norma – nem os indígenas, tampouco, os não-indígenas, podem realizar atividades garimpeiras. Todavia, entende-se que é possível o exercício da atividade garimpeira pelos povos indígenas, desde que tenha o cunho eminentemente cultural, visto que, caso tal atividade não seja tradicional àqueles povos, far-se-á necessário sua regulamentação, para, segundo Villares: *“garantir os demais valores constitucionalmente positivados, como do meio ambiente ecologicamente equilibrado”*⁶³.

A terceira garantia trata-se da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade com previsão no artigo 231, §4º da Constituição Federal: *“§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.”*

⁶⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 142.

⁶¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p. 239/240.

⁶² Um exemplo disso é o PROJETO DE LEI Nº 4.916, DE 1990.

⁶³ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 245.

A inalienabilidade das terras indígenas se refere à proibição de sua comercialização, doação, permuta ou utilização como crédito, conforme destaca Kayser⁶⁴. Tal garantia surge para assegurar e preservar as terras ao usufruto exclusivo dos indígenas, não podendo, portanto, dispor de seu habitat.

Quanto à indisponibilidade, esta da conta da destinação das terras indígenas, isto é, por serem consideradas terras indígenas, já possuem destinação própria, não havendo oportunidade de destiná-las para fins diversos, há não ser a habitação indígena.

Ademais, o direito sobre às terras indígenas não imprescritíveis, isto quer dizer que o prazo para os indígenas requerem seus direitos sobre a terra são intermináveis, ou seja, não terminam com o tempo, assim, “*seus direitos permanecem, independentemente do tempo decorrido desde a expulsão*”⁶⁵.

Em se tratando da quarta garantia – obrigação de demarcação de terras indígenas – esta encontra sua previsão legal no *caput* do art. 231 da Constituição Federal, bem como no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que assim expõem:

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

Art. 67 - A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. (grifo proposital)

Villares define demarcação como sendo um:

(...) o ato que define os limites de um território. É o trabalho de colocar marcas físicas, marcos artificiais e estabelecer os naturais, que determinam onde é ou não a área de posse de determinada comunidade/povo indígena⁶⁶.

O procedimento demarcatório tem a finalidade de reconhecer a terra indígena, garantindo sua proteção física, constituindo ato meramente declaratório,

⁶⁴ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p. 242.

⁶⁵ Id. p. 243.

⁶⁶ VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125.

não olvidando, segundo Marés o dever de protegê-las juridicamente, ainda que não sejam demarcadas⁶⁷.

O autor considera o procedimento demarcatório um ato secundário, cujo objetivo seja a certificação das terras indígenas, pois, para a Constituição terras indígenas são aquelas ocupadas tradicionalmente, sendo que a partir disso os indígenas adquirem direitos originários sobre elas, em outras palavras, não é preciso nenhum ato constitutivo de direito para que a posse indígena seja reconhecida, bastando estar sobre a terra⁶⁸.

Importante consignar que o Estado ao realizar procedimento demarcatório deverá reconhecer todos os elementos descritos no artigo 231, sendo eles: I) terras habitadas pelos povos indígenas em caráter permanente; II) utilizadas em suas atividades produtivas; III) imprescindíveis para a preservação ambiental; e IV) necessária à reprodução física e cultural da comunidade indígena⁶⁹.

A Constituição garante a obrigação de proteção aos bens jurídicos indígenas, prevista na parte final do art. 231, *caput*. Essa proteção alcança desde os costumes, religião, a linha, até a proteção da terra contra invasões, ou outros meios cujos objetivos sejam a expulsão dos indígenas de seus habitats. Essa proteção abrange a garantia do direito ao usufruto exclusivo das terras.

Por fim, a sexta e última garantia tratada neste trabalho é a nulidade e extinção dos atos que visam à ocupação da área indígena. Esta garantia está prevista no § 6º do artigo 231 da Constituição, vejamos:

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

Em partes esse artigo não inovou, já que o artigo 198, §1º da Emenda Constitucional nº. 01 de 1969, outorgada pelo General Costa e Silva, declarava nulo e extintos os efeitos jurídicos as ações cujo objetivo fosse o domínio, a posse ou a

⁶⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 148.

⁶⁸ Id. p. 148/149.

⁶⁹ ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”s: o direito à diferença**. Coleção educação pra todos. Série vias dos saberes nº. 03. Brasília, 2006, p. 48.

ocupação de terras indígenas habitadas⁷⁰. À vista disso, é inadmissível a inscrição indígena⁷¹, contudo caso seja realizada não produzirá nenhum efeito jurídico e, por consequência, será declarada nula e extinta.

Com efeito, declarada nula e extinta os atos de ocupação das áreas indígenas, não é cabível contra essas ações de indenização, entretanto, contra a União é cabível, no caso de benfeitorias realizadas através da ocupação de boa fé.

Disserta-se que o cerne deste trabalho encontra-se previsto nesse artigo, mais precisamente na frase “ressalvado relevante interesse público da União”. Nesse ponto, a Constituição Federal de 1988 retrocedeu à Emenda de 1969, pois lá não havia tal exceção. Aliás, exceção bastante prejudicial aos interesses indígenas, e pior ainda, exceção aos direitos originários dos indígenas, a qual será tratada em momento oportuno.

Ademais, mesmo diante de tais definições, bem como das garantias atribuídas aos territórios indígenas, resta-se difícil dizer em qual regime de propriedade ou posse as terras indígenas fazem parte, sendo que em nosso país vigem dois regimes ou sistemas, as terras públicas e terras privadas, não havendo interação entre estas e as terras indígenas. Sabe-se que o Estado Brasileiro, como território hegemônico, busca relacionar-se com todos os territórios existentes no país, contudo, tende-se a afastar essa hegemonia, visto que os territórios indígenas não integram as terras públicas, tampouco as privadas, mantendo-se inerte. Tal assunto será tratado no próximo subtítulo.

2.4 A insuficiência da dicotomia entre terra pública e terra privada para a definição do regime de propriedade e posse das terras indígenas

Para fins didáticos, importante diferenciarmos terras públicas de terras privadas. As terras públicas são aquelas que sofrem controle direto do Estado, isto é, pertencem ao Estado, que por consequência, pertencem também ao povo. Aqui o

⁷⁰ § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

⁷¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p. 242.

Estado regula o uso da terra, visando beneficiar toda a população brasileira. Por outro lado, as terras privadas pertencem a pequenos grupos de pessoas, que possuem o direito de controle sobre ela, podendo vendê-la, reivindicá-la, usá-la, etc., ou seja, é presidida pela lógica capitalista e individualista. A terra privada é de certa forma uma mercadoria nas mãos de seu proprietário⁷².

Analisando os conceitos de terra pública e privada logo se nota que as terras indígenas não se enquadram em nenhum desses regimes. Ora, terras indígenas não se destinam a toda população, isto é, não pertencem ao povo de modo geral, já que competem única e exclusivamente às populações indígenas, portanto, não são terras públicas. Da mesma forma, não são terras privadas, haja vista que não podem ser alienadas, não podendo ser tratadas como mercadoria por seus possuidores.

Carlos Frederico Marés expõe que:

Nesse dicotomia público ou privado, os Direitos territoriais dos povos indígenas ficam no meio, e por ser uma dicotomia, excluídos. Evidentemente que as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de Direitos definidos. Sobre ela não incidem nem podem incidir, os institutos clássicos do Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro, etc⁷³.

O Estado considerado hegemônico – que é o caso do nosso país – insiste em incorporar as terras indígenas nos regimes de propriedade vigentes, contudo, ainda que a considerem terras públicas, estas não serão tuteladas pelo Estado, visto que esse não pode utilizá-la como bem entender, pois pertencem originariamente às comunidades indígenas, conforme o Alvará de 1680, cabendo à União, somente, garantir tal direito originário. Embora “terras indígenas é uma categoria jurídica que originariamente foi estabelecida pelo Estado brasileiro para lidas com povos indígenas dentro do marco da tutela⁷⁴”, é difícil dizer que a partir disso deva ser considerada terra pública.

Outro fato que justifica ser difícil considerar terras indígenas como terras públicas é o fato não estarem classificadas como bens públicos. Terras públicas são

⁷² LITTLE, Paul Eliot. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia, Brasília, Distrito Federal, 2002, p. 07.

⁷³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 65/66.

⁷⁴ LITTLE, *op. cit.*, p. 13.

bens públicos, que podem ser federais, estaduais ou municipais, que integram o patrimônio da União. O Código Civil, em seu artigo 99, classifica os bens públicos em três categorias, quais sejam: I – os de uso comum do povo (rios, mares, estradas, ruas e praças); II – de uso especial (edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual ou municipal, inclusive das autarquias) e III – os dominicais (patrimônios das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades).

De maneira concisa, entende-se por bem de uso comum do povo, todos os locais que sejam abertos à utilização coletiva, que adquire tal caráter a partir de sua utilização pela coletividade, em outras palavras, são aqueles bens que podem ser utilizados indistintamente por todas as pessoas⁷⁵. Já bens de uso especial ou do patrimônio administrativo⁷⁶, são aqueles utilizados para os exercícios de atividades da administração pública, ou seja, são os bens que estão afetados a um serviço do poder público⁷⁷. Ademais, os bens dominicais ou dominiais, ou ainda, bens de patrimônio disponível da administração – que possuem maior relevância para a matéria – também são bens de domínio público, contudo, se difere das outras classificações pelo fato de estar à disposição do poder público para fins de alienação ou qualquer outra finalidade, ou seja, tal bem não está condicionado à destinação próprio, isto é, a administração é que vai dar destinação ao bem, conforme seu interesse. Um exemplo de bem dominical são as terras devolutas.

Diz-se que bens dominicais detêm maior relevância, porque discutiu-se por muitos anos se terras indígenas eram consideradas terras devolutas. A esse respeito é sabido que não, ora, caso as áreas indígenas fossem consideradas terras devolutas, significaria dizer que a União poderia utilizá-la para qualquer fim, ou ainda, aliená-la, de acordo com seus interesses, sendo que consoante já esboçado no presente trabalho, face aos direitos originários e naturais dos povos indígenas à terra, elas possuem destinação específica, não podendo ser consideradas devolutas.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, pag. 921.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37º. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 566.

⁷⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 921.

Veja-se, portanto, que a concepção adotada pelo Estado, acerca dos regimes de propriedade, é insuficiente para fins de enquadramento das terras indígenas no âmbito daqueles sistemas. Assim, concorda-se com a concepção de Souza Filho, pois segundo ele “Não sendo públicos nem privados, estes bens ficaram numa espécie de limbo jurídico”⁷⁸. Desse modo, nosso ordenamento jurídico carece da adoção de regime jurídico de propriedade próprio para as terras indígenas, principalmente para ilidir interpretações diversas, para fins de mitigação de seus direitos e garantias em relação à terra.

Com efeito, mesmo que não haja um regime jurídico de propriedade ou posse para as terras indígenas, é inegável que o direito daqueles povos às terras por eles tradicionalmente ocupadas seja considerado um direito fundamental, quer dizer, apesar da terra não possuir caráter público ou privado, é dever do Estado garantir aos indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam, pois trata-se de um direito fundamental, conforme será analisado no próximo tópico.

2.5 As terras indígenas como problema: a fundamentalidade do direito às terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas

Vê-se que, a atual Constituição Federal (1.988) quando trata dos direito indígenas, confere maior importância a matéria relacionada ao direito à terra, já que o indígenas depende dela para sua subsistência física e cultural⁷⁹. Assim, pode-se dizer que para o indígena a terra não é somente um espaço físico cuja serventia seja apenas a habitação, pois no território em que vive, repousam suas crenças, mitologias, bem como suas organizações políticas, econômicas e sociais⁸⁰. O indígena se vê integrado à natureza, fazendo parte da terra, tornando-a um

⁷⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 854.

⁸⁰ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010, p 232.

elemento essencial para sua própria existência⁸¹, por isso pode à posse indígena sobre a terra ser considerada um direito fundamental.

À vista disso – importância da terra para o indígena –, que nossa Carta Magna, além de conferir-lhe o direito à terra, reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições⁸². Logo, a atual Constituição reconheceu que, tais direitos propiciam que os povos indígenas vivam dignamente.

Pois bem, é indiscutível que o tratamento aos direitos indígenas tenha avançado com a Constituição Federal de 1.988, face aos dispositivos legais previstos, contudo, a União, da mesma forma que concede aos indígenas direito à terra, ela relativiza-o a partir de seu interesse público, sendo esse o cerne do presente trabalho. Ora, a supressão ou relativização do direito indígena à terra é possível ainda que tal direito seja considerado fundamental?

Tal questão será discutida no decorrer deste trabalho, todavia, inicialmente, é de suma importância entender o porquê a posse indígena sobre a terra pode ser considerado um direito fundamental.

Primeiramente, entende-se por direito fundamental

(...) como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica⁸³.

Isto é, são aqueles direitos imprescindíveis para que os seres humanos, enquanto integrantes de determinada sociedade juridicamente tutelada, vivam com dignidade e respeito, sendo-lhes garantidos os direitos mínimos para sobrevivência em comunidade.

São várias as justificativas para compreender o direito à posse indígena como um direito fundamental, entretanto, trazem-se à baila somente as principais, que estão previstas no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, o qual apregoa o

⁸¹ MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 de fev. de 2013, p. 11.

⁸² Art. 231, *caput*, da Constituição Federal - **São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições** (...) (original sem grifo)

⁸³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 09 de abr. de 2014.

seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Destarte, restou demonstrado com a redação do mencionado artigo que, nossa Carta Política não delimitou como sendo direitos fundamentais somente o que encontra-se previsto em seu art. 5º, mas “apresenta uma norma de extensão que permite a ampliação do elenco desses direitos fundamentais”⁸⁴.

Nesse sentido, Ana Maria D’Ávila Lopes, expõe que:

Com efeito, o art. 5º §2º estabelece que são direitos fundamentais os que se encontram expressos no texto constitucional sem restringir, desse modo, sua existência a apenas aos elencados no Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), prevendo-se ainda a possibilidade da existência de direitos fundamentais não expressos na Constituição, mas decorrentes dos princípios ou do regime por ela adotado, assim como aqueles contidos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte⁸⁵.

Portanto, a fundamentalidade do direito indígena sobre a posse, consoante disposição do art. 5º, §2º, justifica-se por tratados internacionais sobre direitos humanos, em que o Brasil seja signatário, bem como por consequência do regime e princípios previstos na Constituição Federal, as quais passa-se a analisar.

2.5.1 Tratados internacionais sobre direitos humanos e a fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas

Como se vê, a primeira justificativa à fundamentalidade do direito à posse indígena está relacionada aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil faça parte, tendo em vista o caráter especial que a norma possui. Porém, há que se destacar o seguinte, para que um tratado internacional adquira caráter ou *status* constitucional, ele deve ser aprovado como emenda constitucional pelo Congresso Nacional, em dois turnos e três quinto dos votos de seus respectivos

⁸⁴ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 109.

⁸⁵ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em: http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 09 de abr. de 2014.

membros, nos termos do art. 5º, §3º da Constituição Federal⁸⁶, redação acrescida na Constituição pela Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Ocorre, que em matéria indígena a referência acerca do direito indígena como direito fundamental é a Convenção nº. 169 de 1889 da OIT, que foi aprovado pelo Decreto nº. 5.051 de 19 de Abril de 2004, entretanto, a Convenção não foi recepcionada como Emenda Constitucional, até mesmo porque, foi promulgada antes da vigência da Emenda nº. 45/2004. Isso gera um a dúvida: seria possível atribuir caráter constitucional a um tratado que não foi recepcionado como Emenda Constitucional, visto que foi aprovado antes da promulgação da Emenda nº. 45/2004?

A resposta é positiva, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343-SP, o qual tratava da ilegalidade da prisão do depositário infiel, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. Ora, assim como a Convenção nº. 169 da OIT, o Pacto de São José da Costa Rica, também não foi recepcionado como Emenda Constitucional, em face da ausência de disposição legal nesse sentido⁸⁷, visto que foi promulgado em 06 de novembro de 1992 (Decreto nº. 678), contudo, restou demonstrado no julgamento que os tratados internacionais aprovados pelo Brasil que não seguiram o rito das Emendas Constitucionais possuem caráter especial, portanto são dotados de supralegalidade.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário, entende que:

(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade⁸⁸.

Segundo o Eminentíssimo Ministro, os tratados não podem afrontar a supremacia da Constituição, todavia, têm lugar especial reservado em nosso

⁸⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁸⁷ Ausência da Emenda Constitucional nº. 45/2004, promulgada em 08 de Dezembro de 2004.

⁸⁸ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRA v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165, p. 1.154.

ordenamento jurídico, não havendo, inclusive, como equipará-los à legislação infraconstitucional (ordinária), pois isso subestima a valor especial do tratado, já que prioriza a proteção dos direitos da pessoa humana⁸⁹.

Diante disso, pode-se defender a fundamentalidade do direito dos povos indígenas sobre suas terras, com amparo no art. 5º, §2 da Constituição Federal, na parte que dispõe sobre tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que não sejam estabelecidos como Emenda Constitucional, devido ao caráter supralegal que estas normas possuem, sendo que a partir disso, a Convenção 169 da OIT que versa sobre direitos humanos, detém o caráter de supralegalidade em nosso ordenamento jurídico, fazendo com que os direitos indígenas sejam considerados fundamentais⁹⁰.

2.5.2 A fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme exposto, o art. 5º, §2º da Carta Magna, permite a ampliação do rol de direito e garantias fundamentais com base nos princípios previstos em seu bojo. Logo, na seara indigenista, a privação de direitos compromete a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem uma íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais retiram dele seu fundamento. Assim, “a dignidade da pessoa humana não seria apenas um fundamento da República, mas também um fundamento dos próprios direitos fundamentais”⁹¹.

José Afonso da Silva, citado por Freitas Júnior, explica que:

A eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, **princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica**. Mas a verdade é que a

⁸⁹ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAb v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165, p. 1.154.

⁹⁰ FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 114.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Portanto não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional⁹². (grifo proposital)

Assim, entendido que a dignidade da pessoa humana é o alicerce dos direitos fundamentais, por tratar-se de um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, faz-se necessário conceituar a dignidade da pessoa humana. Destaca-se que o objetivo aqui não é exaurir toda a dogmática acerca do conceito da dignidade da pessoa humana, pois trata-se de um princípio cuja definição apresenta constantes construções e desenvolvimento. Assim, dissertar-se-á simplesmente sobre sua ideia geral.

A partir disso, imprescindível citar a fantástica conceituação da dignidade da pessoa humana trazida pelo professor Sarlet (citado por Freitas Júnior), veja-se:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as *condições existenciais mínimas* para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁹³.

Nota-se que segundo o professor, a dignidade é íntima a cada indivíduo, cabendo ao Estado respeitar e assegurar os direitos e garantias fundamentais a cada pessoa da comunidade, a fim de evitar atos degradantes ou desumanos, isto é, qualquer ato que ofenda a integridade física ou moral dos homens, tudo isso para garantir o mínimo necessário para que todos tenham uma vida saudável.

Assim, haverá respeito à dignidade da pessoa humana quando os indivíduos gozarem das prerrogativas previstas nos direitos fundamentais, já que são imprescindíveis para sua subsistência em sociedade.

⁹² FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 116.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. *Apud*: FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 117.

No âmbito indígena, tais direitos refletem-se na posse tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, que a partir dela eles poderão exercer os demais direitos inerentes à sua realidade, sendo eles: posse permanente das áreas, cultivar sua alimentação, o exercício de suas tradições, etc., enfim, todos àqueles direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal.

Com efeito, a privação dos indígenas ao exercício de seus direitos, principalmente à posse de suas terras, compromete a dignidade de suas vidas, e por isso, pode-se considerar que a posse indigenista é um direito fundamental, indispensável ao exercício das demais garantias previstas da Constituição Federal⁹⁴.

2.5.3 A fundamentalidade do direito às terras tradicionalmente ocupadas como decorrência do regime democrático instituído pelo Brasil

Por último, outra justificativa à fundamentalidade da posse indígena prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal, decorre do regime democrático estabelecido em nosso país. A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, cujo regime governamental é exercido pelo povo, direta ou indiretamente⁹⁵. Assim, o povo elege seus representantes para governarem o país, os quais tutelaram pela proteção dos direitos dos cidadãos, por isso que a Constituição Federal de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Os direitos fundamentais existem em nosso ordenamento jurídico por consequência do regime democrático em que o Brasil institui, pois, o que se espera de um estado democrático é a proteção de seu povo, em outras palavras, ausente os direitos fundamentais, não há que se falar em democracia, sendo que, ausente a

⁹⁴ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 118.

⁹⁵ Redação do art. 1º, *caput*, e parágrafo único da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

democracia, “não existem condições mínimas para solução pacífica de conflitos, nem espaço para a convivência ética”⁹⁶.

Cita-se também o pronunciamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, na Abertura do Segundo Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, realizado no Rio de Janeiro em 2011:

(...) o Estado Democrático reaparece como o principal instrumento de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Bobbio já salientou os nexos evidentes entre democracia e direitos fundamentais no plano interno, e entre democracia e paz no âmbito das relações internacionais. Sem direitos fundamentais reconhecidos, protegidos e vivenciados, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para solução pacífica de conflitos, nem espaço para convivência ética⁹⁷.

À vista disso, pode-se dizer que, a relação do Estado com os indivíduos que o compõem é aparente a partir dos direitos fundamentais por ele tutelados, isto é, esses direitos demonstraram de que forma o Estado exercerá suas atividades, em busca da proteção das pessoas, “bem como a convivência com as minorias”⁹⁸.

Pode-se dizer também que, diante de tal regime, nossa Constituição prevê normas cujo objetivo seja a prevenção não só de determinados interesses sociais – determinados grupos sociais –, mas sim à tutela de um multíplio de interesses sociais, como é o caso do direito indígena à terra. Assim, nos ensina o professor Marcel Queiroz Linhares: veja-se:

É característica dos Estados efetivamente democráticos a tutela dos interesses relativos aos diversos segmentos sociais que o compõem. Por isso, os ordenamentos jurídicos inerentes às sociedades pluralistas não se resumem ao reconhecimento apenas de valores defendidos apenas por um determinado grupo de interesses: ao revés, refletem a complexidade das mais diversas aspirações do todo o corpo social⁹⁹.

Aliás, a partir disso – regime democrático – é que evidencia-se a ideia de autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, segundo o professor e jornalista

⁹⁶ PELUSO, Antonio Cezar. **Constituição, Direitos Fundamentais E Democracia: O Papel Das Supremas Cortes.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/eua_cp.pdf. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

⁹⁷ PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso na Cerimônia de Abertura do II Congresso da Conferência Mundial de Cortes Internacionais.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

⁹⁸ FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental.** 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010, p. 118.

⁹⁹ LINHARES, Marcel Queiroz. **O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001, p. 219.

Celso Deucher, citando Josu Jon Imaz, a autodeterminação significa simplesmente democracia, pois se “refere a um conjunto de indivíduos unidos por determinados vínculos (linguístico, social, étnico, etc.) de distintas espécies, cuja vontade seja de conviver em comum, ou seja, a autodeterminação é a vontade do povo”¹⁰⁰.

A denominação de autodeterminação ou livre determinação é muito antiga e complexa, necessitando de um estudo bastante específico e aprofundado, que não é o foco deste trabalho. Entretanto, faz-se necessário ao menos expor seus pontos principais.

Segundo a doutrina latino-americana, o direito à autodeterminação manifesta-se em distintas formas, podendo ser classificadas em externas e internas, no âmbito dos Estados¹⁰¹.

Para explicar tais classificações, Souza Filho traz os ensinamentos de Javier Ruipérez, estabelecendo que a autodeterminação de modo externo “se expressa quando um povo se separa do Estado ao qual pertence para converter-se em Estado”, ou seja, ou irá unir-se a outro Estado existente, ou então formará “um novo povo”. Quanto ao modo interno, o autor explica que “o povo decide livremente seguir pertencendo a um Estado”, desde que esse o reconheça como povo e como titulares de direitos¹⁰².

Ocorre que o direito à autodeterminação também encontra sua base no direito internacional, que fundamenta diversos direitos específicos relacionados aos povos indígenas, que deverão ser respeitados pelo Estado, a fim de garantir ao povo indígena uma identidade, isto é, “auto-identificaram como tais”¹⁰³.

¹⁰⁰ DEUCHER, Celso. **Autodeterminação Significa Simplesmente Democracia**. Disponível em <http://republicadesaopaulo.wordpress.com/autodeterminacao-dos-povos/>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

¹⁰¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas**. Série Pensando o Direito nº. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009, p. 126.

¹⁰² RUIPÉREZ, Javier. *Constitución y autodeterminación*. España, Tecnos, 1995. *Apud*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas**. Série Pensando o Direito nº. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009, p. 126.

¹⁰³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas**. Série Pensando o Direito nº. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009, p. 126.

A partir disso, é possível considerar que o direito à autodeterminação ou livre determinação seja fundamental, pois é essencial para que os povos indígenas possam usufruir de seus direitos individuais (cultura, religião, etc.).

Nesse sentido, Souza Filho nos ensina que:

A livre determinação/autonomia, se esta é a modalidade que livremente se escolhe, pode ser caracterizada como um direito indígena fundamental, pois para que os indígenas possam desfrutar plenamente de seus direitos individuais é necessário que previamente se reconheça o direito que têm coletivamente de ser diferentes de outros povos¹⁰⁴.

Assim, pode-se dizer que o direito à autodeterminação dos povos indígenas está previsto em nossa Constituição Federal, já que ela reconhece àqueles povos “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”¹⁰⁵. Dessa maneira, o multiculturalismo supera a concepção de que os interesses dos não-indígenas são superiores, devido à inclusão e participação democrática nas relações do governo das comunidades indígenas¹⁰⁶.

Portanto, cercear o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas implica na ofensa ao regime democrático do nosso país, que por consequência, causa ofensa ao direito à autodeterminação daqueles povos, que pode ser entendido como um direito fundamental previsto na Carta Magna.

Ademais, ressalta-se que não existiria democracia sem os direitos fundamentais e vice e versa, portanto, os direitos indígenas à terra por eles tradicionalmente ocupadas é sim direito fundamental, merecendo respeito e tutela pelo Estado, sob pena de descumprimento e ofensa ao regime democrático.

Por todo o exposto, destaca-se que o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas é direito fundamental, que deve ser tutelado e protegido pelo Estado, todavia, como visto, o §6º do art. 231 da Constituição Federal prevê uma exceção a tal direito – espécie de relativização ou até mesmo supressão –, qual seja, o “relevante interesse público da União”, só que para isso ela condiciona a ressalva há uma regulamentação por meio de lei complementar, que

¹⁰⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas**. Série Pensando o Direito nº. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009, p. 129.

¹⁰⁵ Redação do art. 231, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁰⁶ OSEAS, CARONI, **Por que consultar os Povos indígenas?** Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1555>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

ainda não foi realizada. Mas caso tal regulamentação levar em conta a práxis administrativa, isto é, se eventualmente considerar a tradição administrativista, o direito indígena – como direito fundamental – será relativizado ou suprimido? É com esta questão que iniciamos o próximo capítulo.

3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A RELATIVIZAÇÃO/SUPRESSÃO DO DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS

Quando a norma acima descrita se refere ao interesse público, isso nos remete ao princípio da supremacia do interesse público, que é uma matéria bastante debatida e controvertida pela doutrina e jurisprudência, que muitas vezes influencia e suprime os direitos individuais ou privados.

Não é fácil estabelecer conceito certo e determinado acerca do interesse público, face às diversas concepções doutrinárias e jurisprudenciais existentes, por isso buscar-se-á expor aqui as principais noções acerca de interesse público, a fim de demonstrar como é a tradição administrativa.

3.1 O interesse público na tradição administrativa

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público, portanto, rege-se pela proteção e conservação do bem-estar individual dos cidadãos e do progresso social¹⁰⁷, assim, pode-se dizer que o Direito Administrativo busca resguardar os direitos da coletividade, ainda que precise sobrepujar os direitos e interesses individuais.

A partir dessa percepção surge o “verdadeiro axioma reconhecível do moderno Direito Público¹⁰⁸”, constituindo importante fonte do regime jurídico administrativo, o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Preambularmente, antes de dissertar acerca do mencionado princípio, faz-se necessário entender o que é interesse público. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (com influência na doutrina de Renato Alessi) é a referência, sendo que suas concepções são a chave de ignição para enfrentamentos teóricos sobre interesse público no Direito Brasileiro. O autor explicita que interesse público

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

“é uma categoria contraposta ao interesse privado”, que constitui o “interesse do todo”, isto é, interesse “do próprio conjunto social”, que segundo ele, não pode ser confundido com a “somatória dos interesses individuais”¹⁰⁹. Isso significa, diz o autor, que “o interesse do todo, é “função” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação” [grifos do autor]¹¹⁰.

Completa o autor que o interesse público seria uma “dimensão pública dos interesses individuais”, enquanto “participes da sociedade”, e não o interesse das pessoas “singularmente consideradas”. Em verdade o interesse público é uma “faceta dos interesses dos indivíduos”, enquanto “membros do corpo social” [grifos do autor]¹¹¹.

À vista disso, o respeitável jurista conceitua o interesse público como: “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹¹².

Analisando a concepção de Bandeira de Mello, pode-se dizer que os interesses dos membros da sociedade representam duas dimensões, sendo elas: a privada e a pública. A primeira corresponde aos interesses dos indivíduos singularmente considerados, já a segunda representa o interesse dos indivíduos enquanto membros de uma coletividade na qual ele está inserido. Assim, diz-se que o interesse público não é independente, pois depende da conveniência dos indivíduos para sua formação.

A fim de demonstrar as diferentes definições acerca do interesse público é importante citar Alice Gonzales Borges, veja-se que segundo a autora o interesse público é:

(...) um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores¹¹³.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 59.

¹¹⁰ Id. p. 60.

¹¹¹ Id. p. 60/61.

¹¹² Id. p. 61.

¹¹³ BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diário Jurídico, nº. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia, p. 09.

E continua, expondo que:

Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilha um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.¹¹⁴

Perceba-se que a definição adotada pela Professora não se distânciava muita do entendimento de Celso de Mello, visto que num primeiro momento ela diz que interesse público é uma somatória de interesses individuais coincidentes, após, estabelece que tais interesse serão considerados públicos quando participarem membros da comunidade. Assim, é possível expor que o interesse público depende dos interesses individuais para sua formação.

Com efeito, o conceito apresentado Celso de Mello é bastante acertado, pois evidencia dois aspectos importantes. O primeiro deles se refere ao fato de interesse público são ser algo contrastante aos interesses dos indivíduos, pois como se viu, a conveniência privada é uma das dimensões do interesse público. Por sua vez, o segundo aspecto estabelece que não há como confundir interesse público com o interesse do Estado¹¹⁵.

Hachem explana que o segundo aspecto referencia-se com a distinção entre *interesse coletivo primário* e *interesses secundários*, discutida pela doutrina italiana. Segundo ele, o interesse coletivo primário forma-se pelo complexo de interesses individuais dominantes em determinada organização coletiva, isto é, são expressões unitárias coincidentes. Por outro lado, interesses secundários são os interesses do particular individualmente considerado, bem como o interesse da administração pública.¹¹⁶

Desse modo, considera-se interesse coletivo primário o verdadeiro interesse público, sendo que os interesses secundários não são considerados público, consoante entendimento de Marçal Justen Filho, citado por Hachem: “nenhum interesse público se configura como conveniência egoística da

¹¹⁴ BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diário Jurídico, nº. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia, p. 09.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 62.

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 141/142

Administração Pública. O chamado interesse secundário ou interesse da Administração Pública não é público¹¹⁷. Entretanto, nada obsta que os interesses secundários sejam considerados interesse público, basta haver coincidência entre ambos, por exemplo, caso a administração pública possua interesse harmonizado com o interesse da coletividade – como sendo o indivíduo enquanto membro da sociedade – esse será considerado interesse público.

No Direito Administrativo, a noção de interesse público é utilizada de duas maneiras. Uma diz respeito ao interesse público em sentido amplo, podendo ser considerado “o interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, isto é, o ato praticado pela administração deve estar de acordo com o sistema normativo, sob pena de descumprimento do interesse público. A outra trata-se da concepção de interesse público em sentido estrito, onde a administração pública só poderá agir, ou praticar seus atos, caso haja um “interesse público qualificado”¹¹⁸.

Feitas estas considerações a respeito de interesse público, passa-se a análise do princípio da supremacia do interesse público.

3.2 A Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado: concepções doutrinárias

Conforme já exposto anteriormente, esse princípio corresponde ao alicerce do Direito Público, devendo, portanto, a Administração Pública exercer suas atividades priorizando o interesse da coletividade. Na opinião de Celso de Mello, o princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade” sobre o interesse “do particular”, afirmando que a “sobrevivência” e o “asseguramento” desse dá-se justamente, por causa da supremacia do interesse público. Nessa conjectura, diz-se

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, São Paulo: Malheiros, p. 118. *Apud*: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 143/144.

¹¹⁸ HACHEM, *op. cit.*, p. 145.

que, o princípio pressupõe a garantia de uma ordem social estável, onde os interesses de todos estarão resguardados¹¹⁹.

Sobre isso, Cretella Júnior dizia que o mandamento da supremacia do interesse público informa todo o ramo do direito administrativo, regulando, desde as ações dos agentes públicos na edição de seus atos administrativos até os atos legiferantes nos processos nomogenéticos, isto é, inexistente lei que não atenda ao interesse público ou coletivo, bem como, não existe processo que não vise o equilíbrio social¹²⁰.

Di Pietro também explica, que o princípio da supremacia do interesse público

(...) está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação¹²¹. (grifo da autora)

Verifica-se pelo exposto que, é grande a relevância atribuída ao princípio para o exercício das atividades administrativas, à vista disso, a autora disserta que “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual¹²².”

Pois bem, Celso de Mello consigna que no Direito Administrativo tal princípio revela duas consequências. A primeira seria a “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares”, ou seja, a primeira consequência se refere aos “benefícios” ou “privilégios” atribuídos aos órgãos para que possam assegurar a proteção do interesse público face ao individual. Quanto a segunda, esta trata-se da “posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”, isto é, “o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares”, sendo esta, “condição indispensável para gerir” os interesses confrontados, por isso se diz

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

¹²⁰ CRETELA JÚNIOR, José. **Princípios informativos do direito administrativo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (separata), jan-dez. 1968, p. 269.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. Editora Atlas S.A, São Paulo, 2011, p. 65.

¹²² Id. p. 67.

que nas relações entre a Administração e particulares vige a ideia de verticalidade¹²³.

Pode-se dizer que tais consequências resultam em outro princípio, decorrente do mandamento da supremacia, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ou seja, a Administração Pública não pode, nos exercícios de suas atividades, dispor ou renunciar o interesse geral, tampouco dos poderes a ela inerentes, conferidos justamente para promoção do interesse coletivo¹²⁴.

Como não poderia ser diferente, Celso de Melo, acertadamente nos ensina que:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*¹²⁵. (grifo do autor).

Com efeito, tendo em vista as concepções acima descritas, entende-se que, ao Poder Público cabe, somente, o dever de proteger os bens e interesses da coletividade, visto que esses não se encontram à livre disposição da vontade do administrador¹²⁶.

Realizada a exposição das concepções a respeito do princípio da supremacia do interesse público, faz-se necessário entender, segundo a doutrina, de que forma o interesse público prevalece sobre o interesse privado, que será demonstrada a partir dos ensinamentos de Daniel Wunder Hachem, expondo as distintas manifestações da supremacia do interesse público.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

¹²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37º. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106.

¹²⁵ MELLO, *op. cit.*, 74.

¹²⁶ *Id.* p. 74.

3.3 Supremacia do interesse público em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados)¹²⁷

Inicia-se o sub-título expondo a hipótese de resolução de conflito quando colidem interesse público em sentido amplo e o interesse privado. O interesse público em sentido amplo trata-se de todo interesse protegido pelo ordenamento jurídico, sendo que sua satisfação cabe ao Estado, de forma direta ou indireta, constituindo uma barreira negativa para sua atuação, haja vista que a Administração não poderá contrariá-lo¹²⁸. Portanto, esse entendimento – sentido amplo na aplicação da supremacia – revela mais uma vez que a Administração Pública está vinculada ao cumprimento de seus atos conforme o mandamento do interesse público, segundo o que estiver insculpido no ordenamento jurídico.

Ocorre que insculpir o interesse público não é tarefa fácil, pois segundo Franco Bassi (citado por Hachem), “um interesse hoje qualificado como público deixe de sê-lo amanhã ou vice-e-versa)”, destacando o autor que o interesse público não é delimitado pela lei em sentido formal, mas em sentido material, desse modo, “a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa”, assim, o processo cuja finalidade seja definir o que é público pode ser realizado, tanto em sede constitucional, como legislativa ou regulamentar, basta respeitar as exigências atribuídas pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, o respeito à competência legislativa¹²⁹. Assim, resta-se evidente que cabe ao poder legislativo – representante da vontade popular – estabelecer quais interesses devem ser tutelado pelo ordenamento e protegidos como público, no entanto, sabe-se que não é isso que ocorre, já que muitas vezes os interesses definidos não correspondem a verdadeira vontade do povo, ou daqueles que serão prejudicados devido a determinada regulamentação.

¹²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 183.

¹²⁸ Id. p. 148.

¹²⁹ BASSI, Franco. **Brevi note sulla nozione di interesse pubblico**. *Apud*: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 151/152.

Desse modo, em tese, essa noção ampla abarca os interesses garantidos pelo sistema normativo, que derivam do conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade, sendo esses encontrados no ordenamento jurídico – tanto na Constituição, como em normas infraconstitucionais –, através da deliberação democrática, vez que são os representantes do povo que expressam a vontade desse. Assim, segundo o autor, interesse público em sentido amplo

(...) engloba tanto os *direitos subjetivos* quanto os *interesses legítimos*, sejam de natureza *individual, coletiva ou difusa*. Abrange os interesses dos indivíduos, protegidos na forma de *direitos subjetivos*, tanto quanto os interesses da coletividade considerada em si mesma (*interesse gera*)¹³⁰.
(grifo do autor)

Partindo-se dessa premissa, e utilizando-se da concepção de François Ost (citado por Daniel Hachem), o qual sugere a utilização de um grande círculo para identificar a gama de interesses existentes, poder-se-á assinalar quais interesses não serão englobados pelo interesse público em sentido amplo. Segundo o autor, no centro figura os direitos subjetivos, que outorga proteção a seus titulares. Na segunda camada estão os interesses legítimos, “*cujo reconhecimento enseja uma certa proteção jurídica*”, proibindo sua ofensa por terceiros. Já a terceira camada, encontram-se os interesses puros e simples, que são indiferentes ao ordenamento jurídico, não sendo esses tutelados, isto é, representam a vontade subjetiva dos indivíduos que não encontram proteção jurídica. Ao final, na quarta camada do círculo encontram-se os interesses ilícitos, cuja busca é proibida no ordenamento jurídico brasileiro¹³¹.

Com efeito, nota-se que esta modalidade de interesse público (sentido amplo) opõe-se aos interesses puros e simples, bem como os ilícitos dos cidadãos, tendo em vista que fazem parte da ideologia do interesse privado, não protegido pelo ordenamento jurídico, isto é, enquanto o interesse público é comum à sociedade, o interesse privado é tutelado subjetivamente somente pelos indivíduos.

¹³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 184

¹³¹ OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Drs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. *Apud*: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 163.

Portanto, havendo conflito ou colisão entre o princípio da Supremacia do Interesse Público em sentido amplo sobre os interesses privados (não tutelados pelo Estado), aquele prevalecerá, ou seja, “os interesse juridicamente protegidos ostentarão supremacia sobre os interesses não tutelados pelo sistema normativo”¹³².

À vista disso, surge uma grande dúvida, tal tópico tratou-se da supremacia do interesse público (sentido amplo) sobre os interesses privados não tutelados, contudo, persistiria tal ideologia de supremacia (sentido estrito) caso houvesse conflito entre dois interesses juridicamente tutelados? Em outras palavras, a rotulagem e eficácia do princípio prevaleceriam, ainda que conflite com interesses especificamente protegidos pelo ordenamento jurídico, mesmo que sejam individuais ou coletivos? Tais fatos serão explicados a seguir.

3.4 Supremacia do Interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos)

A supremacia do interesse público em sentido estrito trata-se da incidência de um interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) – que está interado a concepção ampla da supremacia -, que será identificado pela Administração Público no caso concreto. Tal fato consiste num pressuposto positivo de validade do ato administrativo, vez que o ordenamento jurídico só está autoriza a pratica do ato quando presente o interesse público em sentido estrito, segundo o autor, o interesse ultrapassa o simples respeito ao direito positivo, eis que o Poder Público atuará quando presente um interesse público qualificado¹³³.

Partindo-se dessa premissa, Enterría (citado por Hachem), estabelece que “impõe reduplicativamente a exigência da presença específica de um qualificado interesse público para poder exercitar determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”¹³⁴.

¹³² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 185.

¹³³ Id. p. 169.

¹³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79. *Apud*: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio**

Percebe-se que a Administração Pública exercerá suas funções quando presente o interesse público qualificado, ou especial, que justificará sua predominância sobre interesses específicos, que também estão resguardados pelo sistema normativo. Contudo, a supremacia atribuída ao princípio, sofre determinada relativização quando choca-se contra outros interesses também regulamentados, pois em determinados casos o interesse individual ou coletivo mereceram maior proteção pelo Estado, afastando, portanto, a aplicabilidade “suprema” do interesse público. Todavia, caso o interesse geral, no caso concreto, seja prevalecente, os demais – individuais e coletivos – não serão aniquilados, haverá tão somente seu afastamento naquela ocasião.

Sabe-se que não é o foco do trabalho demonstrar à forma que será realizada a relativização da supremacia do interesse público, impende apresentar que isso se fará a partir da ponderação de interesses. Sobre isso, Alexandro Nieto diz: “haverá casos certamente em que se declare a prevalência do interesse geral; mas não mais como aplicação automática de um dogma, e sim como resultado de uma ponderação concreta que deve ser argumentada em cada caso”¹³⁵.

Assim, ressalta-se que nas situações em que conflitam a supremacia do interesse público com os interesses não tutelados – interesses puros e simples e interesses ilícitos –, aquele será sempre supremo, entretanto, caso haja conflito de interesses tutelados, a supremacia poderá ser relativizada, dependendo da interpretação que será realizada frente ao caso concreto.

Pois bem, demonstrado a prática administrativa quanto a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público, necessário demonstrar sua incidência sobre o direito originário à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas.

Constitucional da Supremacia do Interesse Público. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 169.

¹³⁵ NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2185-2253. *Apud*: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público.** 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011, p. 191.

3.5 A supremacia do interesse público diante do direito originário à terra dos povos indígenas

Até agora, a doutrina, bem como a jurisprudência, encontra dificuldade para estabelecer métodos efetivos de aplicabilidade da supremacia do interesse público sobre os demais interesses e direitos privados, ainda que coletivos, como é o caso do direito indígena, principalmente em casos que exista confronto entre o interesse público e o direito fundamental privado. Contudo, conforme já esboçado, o foco aqui não é demonstrar como relativiza-se o princípio da supremacia do interesse público, mas sim a forma com que os direitos indígenas, considerados direitos fundamentais estão sendo relativizados a partir de interpretações totalmente equivocadas do mencionado princípio.

Ressalta-se que, a supremacia do interesse público – princípio constitucional implícito –, pode ser atenuada quando em confronto com outras normas constitucionais, ou seja, interesses tutelados (privados ou públicos) podem ser superiores à ideia de interesse público, cabendo ao julgador decidir qual interesse abarca maior aplicabilidade ao caso concreto, em outras palavras, qual direito merece ser protegido diante de determinada situação fática.

Viu-se que, o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas pode ser considerado um direito fundamental, devido a possibilidade de abrangência do rol de preceitos fundamentais estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Destarte, em matéria indígena os direitos fundamentais são àqueles essenciais à subsistência das comunidades indígenas, pois consubstanciam-se na garantia do exercício de seus costumes, tradições, crenças, posse à terra, bem como nas inúmeras garantias específicas conferidas no art. 231, além dos inúmeros direitos inerentes à pessoa previstos na Constituição Federal.

À vista disso, é difícil ver hipóteses em que os direitos fundamentais atribuídos aos indígenas sejam abrandados, pois são indispensáveis à sobrevivência

daqueles povos. Ora, sem a terra, não há garantia aos demais direitos atinentes aos índios arimados na Constituição.

Não obstante, há quem defenda a existência de direitos que possam sobrepujar os interesses dos povos indígenas, através de interpretações, muitos deles equivocados, os quais tratar-se-á nesse trabalho.

No próximo capítulo serão apresentadas duas situações que possibilitam a mitigação do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, a fim de possibilitar a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público para validação de atos sobre as terras indígenas.

Com efeito, ao final ver-se-á que tais interpretações causam prejuízos e afrontam os direitos fundamentais inerentes às terras tradicionalmente ocupadas, oportunidade em que será realizada críticas aos respectivos posicionamentos.

4 O DELIAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO COMO EXCEÇÃO PARA VALIDAR ATOS SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS

Tratar-se-á de duas concepções acerca do delineamento do interesse público como exceção para fins de validação de atos sobre as terras indígenas, sendo esses, possessórios e de conservação do meio ambiente.

Parece absurdo falar em atos possessórios sobre as terras indígenas, tendo em vista tudo que foi exposto até aqui, já que pôde-se ver que a própria Constituição Federal de 1988 proíbe a prática de qualquer ato cujo objetivo seja o domínio das terras indígenas. Mas não é só, tal proibição já existia há quase duzentos anos atrás, quanto D. João assinou a Carta Régia de 1819 e as duas provisões de 08 de julho de 1819, as quais reconheciam como sendo dos indígenas as terras, bem como declaram nulas todas as concessões de sesmarias realizadas na época. Desse modo, avistou-se que os direitos originários das comunidades indígenas já eram reconhecidos, haja vista ser perceptível a dependência daqueles povos às terras.

Todavia, ver-se-á que nossos representantes políticos, buscam definir e estabelecer o que seria relevante interesse público da União com projetos totalmente desnecessários e inconsistentes, além de ofenderem, não só os direitos indígenas, como também atribuem noções errôneas sobre interesse público.

Da mesma forma, será analisada a concepção de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual atribui uma medida para o interesse público da União, qual seja, normas de proteção ambiental, dizendo que ela pode é um fundamento para o enquadramento dentro do rol de interesses públicos da União. Assim, passa-se a análise destas duas percepções para o delineamento do interesse público para validação de atos sobre às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Consigna-se que ao final das exposições dos posicionamentos de nossos agentes políticos, e também da concepção de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, fecharemos o capítulo com críticas devidamente justificadas acerca das medidas relativizadoras do direito originário às terras indígenas.

4.1 Em busca de uma medida para o interesse público: a concepção de Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Sabe-se que a ressalva sobre a ocupação, domínio, posse ou quaisquer atos que visam à exploração das riquezas existentes no solo das terras indígenas, está prevista na expressão, “relevante interesse público da União”, discriminada no §6º do art. 231 da nossa Carta Magna. Ocorre que tal ressalva deverá ser regulamentada por lei complementar, que até agora não aconteceu, isto é, inexistente qualquer projeto devidamente aprovado delimitando o que seja de relevante interesse público da União para justificar a utilização das áreas indígenas pelas populações não-índias, incluindo-se o próprio Estado Brasileiro.

Acerca disso, Souza Filho, um dos grandes estudiosos do Direito dos povos Indígena, busca identificar uma hipótese que possa justificar a mencionada ressalva, todavia, antes disso ele disserta que, existe duas questões essenciais a serem analisadas para que haja a possibilidade de aplicação da exceção, sendo elas: o objeto dos atos ressaltados e o conteúdo do interesse público¹³⁶.

Quanto ao objeto dos atos ressaltados, o autor consigna parecer claro que esses não poderiam implicar na ocupação, domínio e a posse das terras indígenas, já que, eles implicam na remoção daquelas populações de seus habitats, sendo que conforme o §5º do art. 231 da Constituição, é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Assim, entende que tal ressalva só poderia recair sobre a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas áreas pertencentes aos indígenas. Dessa forma, Souza Filho, expõe que “a discussão se limita a atos que possam interferir no usufruto exclusivo tratado no §2º¹³⁷”.

Portanto, o objeto dos atos ressaltados trata-se daqueles que visam única e exclusivamente interferir no usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes dentro do território indígena.

¹³⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLEC, I.W.; STRACK, L.L.. (Org.). **Comentários à Constituição Brasileira**. 1ª ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2155.

¹³⁷ Id. p. 2155.

A segunda questão a ser analisada para justificar a ressalva está no conteúdo do interesse público, que deve possuir uma grande relevância a ponto de legitimar a exceção. Disserta o autor que, a palavra relevância está inserida justamente para demonstrar o caráter inadiável e insubstituível do ato a ser realizado. Ato esse que deve ser de interesse direto da União e não dos Estados ou empreendimentos particulares, devendo ser urgente e inadiável¹³⁸.

Com efeito, disserta o autor:

(...) isto quer dizer o juízo de oportunidade da prática do ato lesivo não deve deixar opções para quem o pratica; além disso, o outro bem, protegido pelo interesse público para o qual se praticará o ato, tem que ter pelo menos igual proteção constitucional que o usufruto exclusivo; finalmente deve estar comprovado que o interesse público ao qual o ato atenderia pereceria se não fosse praticado naquele lugar, a terra indígena¹³⁹.

Assim, analisando todas essas “prerrogativas” para que o ato seja devidamente praticado, é intrincado pensar-se em uma situação que seja favorável a ressalva. Souza Filho, também acredita ser difícil imaginar uma situação em que os quatro elementos – interesse público da União, caráter inadiável de sua prática, proteção constitucional da exploração e exclusividade de lugar – se combinem para que seja oportunizada a exceção constitucional.¹⁴⁰

Não obstante, o professor Souza Filho, entende que talvez a proteção do bem ambiental, previsto no art. 225 da Constituição, possui igual relevância, podendo justificar a ressalva, desde que presentes os outros três elementos acima apresentados¹⁴¹.

À vista disso, a única situação até agora pensada para que possa efetivamente justificar a ressalva expressa no § 6º do art. 231 da Constituição Federal, seria a proteção do meio ambiente ou a busca pelo “equilíbrio ambiental”.

Portanto, note-se que, a relativização ou supressão do direito dos povos indígena sobre seu direito originário à terra, poder-se-ia justificar-se a partir da

¹³⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLEC, I.W.; STRACK, L.L.. (Org.). **Comentários à Constituição Brasileira**. 1ª ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2155.

¹³⁹ Id. p. 2155.

¹⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLEC, I.W.; STRACK, L.L.. (Org.). **Comentários à Constituição Brasileira**. 1ª ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2155.

¹⁴¹ Id. p. 2155.

proteção Constitucional do meio ambiente, visto tratar-se de matéria bastante e igualmente relevante.

Ocorre que isso já vem ocorrendo hodiernamente através das Unidades de Conservação, que são:

(...) espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob o regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção¹⁴².

As unidades de conservação fazem parte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Unidades de Conservação, ou SNUC, consoante a Lei nº. 9.985/00. Elas têm o objetivo de proteger determinadas áreas que devido os atributos ou componentes que possuem são especiais, e, portanto, merecem proteção, sendo-lhes vedada qualquer alteração ou supressão que comprometa a integridade dos atributos outrora devidamente protegidos¹⁴³.

A questão da sobreposição das unidades de conservação com as terras indígenas é bastante atual, havendo intrincados conflitos entre as comunidades indígenas e a administração pública instituidora da unidade, pois ela restringe o uso dos atributos físicos existentes no território indígena.

É interessante destacar que Souza Filho é totalmente contrário a oportunidade do Poder Público em criar Unidades de Conservação em terras indígenas, posto que “são elas mesmas uma espécie de unidade de conservação. Suas características especialíssimas, porém, retiram qualquer discricionariedade da Administração Pública porque se trata de um reconhecimento”¹⁴⁴.

O autor consigna que as terras indígenas possuem características diversas das unidades de conservação, pois sua finalidade precípua objetiva proteger determinado “tipo de uso culturalmente estabelecido referente ao povo que

¹⁴² Conceito legal de Unidade de Conservação previsto no art. 2º, inciso I, da Lei 9.985/00.

¹⁴³ Assim, dispõe o inciso III, do §1º, do art. 225 da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

¹⁴⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 144.

a habita”, e, esclarece que, a lei que rege as terras indígenas tem caráter especial, e por isso as normas de valor geral somente são aplicáveis naquilo que não for incompatível¹⁴⁵.

A partir dessa concepção, pode-se concluir que é nulo o ato praticado pela Administração Pública que tenha como objetivo a criação de unidades de conservação em territórios indígenas.

Sobre isso, acrescenta o autor:

Qualquer ato administrativo que, porém, que crie unidade de conservação específica em terras indígenas, é nulo, por força do dispositivo constitucional. (...) Assim, o ato que cria uma unidade de conservação é nulo se for praticado depois da demarcação e, extinto se antes fora feito.¹⁴⁶

Infelizmente não é isso que ocorre neste país, porque as unidades de conservação que são criadas nas terras indígenas até agora não foram declaradas nulas ou extintas, haja vista a “insistência” que a União possui na preservação ambiental, que não passa de um artifício para a supressão da utilização da terra pelo indígena. Isso ocorre porque muitos entendem que “os índios exploram o meio ambiente tanto quanto qualquer outro grupo humano¹⁴⁷”.

Bastante pertinente indagar o seguinte: qual a certeza existente acerca da efetividade da preservação ambiental com a implementação das unidades de conservação? Ora, a comunidade indígena sempre manteve uma relação de sustentabilidade com o meio ambiente até o contato com a sociedade não-índia¹⁴⁸, assim, a culpa do prejuízo ambiental não são dos povos indígenas, mas sim dos homens “brancos”.

Assim, analisando a possibilidade de relativização do direito originário à terra pelos povos indígenas segundo Souza Filho e sua discordância acerca da unidade de conservação, torna-se difícil identificar uma circunstância ambiental que justifique tal mitigação.

¹⁴⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1^a. ed. (ano 1998), 7^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 144.

¹⁴⁶ Id. p. 145/146.

¹⁴⁷ LEITÃO, Sérgio. Superposição de leis e vontades – Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação? In: RICARDO, Fany (Org.) **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza – o desafio das sobreposições**, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37/41.

¹⁴⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1^a. ed. (ano 1998), 7^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 146.

Ademais, inexistia qualquer projeto de Lei Complementar que busque regulamentar o relevante interesse da União sob a ótica de Souza Filho, até porque trata-se de uma medida bastante complexa que poderá gerar grandes discussões políticas, econômicas, sociais e culturais. Contudo, nossos representantes políticos, ou pelo menos que deveriam nos representar, constroem um interesse público como exceção ao usufruto exclusivo da terra pelo indígena bastante ruralista, e às vezes tentam afastar aqueles povos de seus habitats, sem os quais teriam suas vidas totalmente prejudicadas.

4.2 A construção do interesse público como exceção ao usufruto exclusivo pelo congresso nacional

Para discutir tal temática serão utilizados alguns projetos de Lei Complementar propostos por nossos políticos, perante a Câmara dos Deputados, onde ver-se-á o quão despreparados eles estão para tratar de questões indigenistas, pois suas concepções agraristas, buscam limitar, restringir ou até mesmo retirar as terras das mãos dos povos indígenas, com justificativas desarrazoadas, que ferem todas as concepções de direito fundamental atribuída a posse tradicional da população indígenas brasileira.

Destaca-se que alguns dos projetos que serão aqui tratados já encontram-se arquivados, graças ao bom senso das comissões que compõem a Câmara dos Deputados.

Pois bem, analisar-se-á os projetos nº. 292/2002, 151/2004, 273/2008, 227/2012 e 316/2013.

Posto isto, o projeto nº. 292 do ano de 2002, o qual já está arquivado, foi proposto pelo ex-Deputado Salomão Cruz, que visava estabelecer o que seria o relevante interesse público da União, ou seja, quis propor alternativas que demonstravam o que era o interesse público da União. O projeto previa declarar como relevante interesse público da União o seguinte:

Declara de relevante interesse público da União os assentamentos rurais dos programas de reforma agrária e colonização promovidos pelo Poder

Público, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal, são reconhecidos como de relevante interesse público da União os assentamentos rurais realizados pelo Poder Público, em programas de reforma agrária e colonização.

Art. 2º Nos processos de demarcação de áreas indígenas, são reconhecidos os efeitos jurídicos da ocupação, do domínio e da posse em assentamentos rurais realizados pelo Poder Público, em programas de reforma agrária e colonização.

Parágrafo Único. Na remoção dos assentamentos rurais das áreas indígenas demarcadas, proceder-se-á à desapropriação, na forma prevista pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art. 3º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação¹⁴⁹.
(original grifado)

Veja-se que o Deputado busca reconhecer como de relevante interesse público da União os assentamentos rurais, para fins de reforma agrária. Em sua justificativa o deputado argumenta que o projeto tem como objetivo a proteção dos assentamentos rurais localizados nas terras indígenas que foram retirados das áreas indígenas devido à demarcação de tais áreas.

Reclama que, aqueles agricultores que foram alocados no local por atos do Poder Público antes do reconhecimento como terras indígenas foram expulsos, não havendo em favor deles, qualquer segurança jurídica, bem como prévia e justa indenização.

É tão absurda, que merece ser transcrito e grifado o seguinte trecho da justificativa do Deputado:

No momento em que a FUNAI demarca como indígenas as glebas dos assentamentos rurais promovidos pela reforma agrária, há uma quebra da expectativa de estabilidade dos direitos subjetivos concedidos pelo Poder Público, com prejuízo da segurança jurídica e do estado de direito¹⁵⁰.
(original sem grifo)

¹⁴⁹ BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 292/2002. Declara de relevante interesse público da União os assentamentos rurais dos programas de reforma agrária e colonização promovidos pelo Poder Público, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B8ACD954DDDACD9F55F9FB049FA15163.proposicoesWeb1?codteor=21128&filename=Tramitacao-PLP+292/2002. Acesso em: 10 de mar. de 2014.

¹⁵⁰ BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 292/2002. Declara de relevante interesse público da União os assentamentos rurais dos programas de reforma agrária e colonização promovidos pelo Poder Público, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B8ACD954DDDACD9F55

Mas não é só, veja-se:

Além do mais, o art. 231, que trata da política indigenista, não deve ser interpretado isoladamente, sob o risco de serem desconsiderados os demais preceitos e princípios insculpidos no texto constitucional. Mesmo porque o verdadeiro sentido da Carta constitucional deve ser descoberto mediante pesquisa da relação entre o seu texto abstrato e o caso concreto, entre as normas estabelecidas e os fatos sociais: só assim estaremos aplicando o direito, em seu mais democrático sentido. (original sem grifo)

Dá-se a entender, segundo o que expõe o ex-deputado, que a delimitação das terras indígenas é realizada de forma incorreta, pois a política indigenista é interpretadas isoladamente, não levando-se em conta os demais interesses e direito em jogo.

Como dito acima, esse não é o momento oportuno para criticar as manifestações dos deputados, entretanto, aqui faz-se necessário expor que o direito indígena é originário, ou seja, ele é anterior à própria concepção de Estado, portanto, qualquer ato que venham retirar-lhes tal prerrogativa deve ser anulado, ainda que praticado pela Administração Pública.

Ora, em um Estado em que a Reforma Agrária é mal regulamentada, não acompanhando o desenvolvimento do país, e quando realizada, sua efetividade torna-se prejudicada, pois formada no âmbito das áreas indígenas, o fim não poderia ser outro, a não ser, a declaração de nulidade do ato.

Ao final, disserta o ex-representante político que os efeitos jurídicos produzidos pela reforma agrária não devem perder sua validade, não tornando-se nulos, cabendo ao Poder Público indenizar os moradores com justeza, conforme disposições Constitucionais acerca da Constituição.

Prosseguindo, o próximo projeto de Lei Complementar cujo fim seja definir hipóteses de relevante interesse público é o nº. 151/2004, proposto por Alceste Almeida, prevendo em sua redação original o seguinte:

Declara de relevante interesse público da União os núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Para os fins a que se refere o § 6º do art. 231 da Constituição Federal, são reconhecidos como de relevante interesse público da União os núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira.

Parágrafo único. São reconhecidos os efeitos jurídicos da ocupação, do domínio e da posse, em áreas urbanas e rurais, localizadas na faixa de fronteira.

Art. 2º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.¹⁵¹

O presente projeto visa reconhecer como relevante interesse público da União àquelas populações não-índias que residem na faixa de fronteira Brasileira, locais que também são habitados pelos povos indígenas, propondo reconhecer os efeitos jurídicos de tais ocupações, o que como visto nesse trabalho, é totalmente vedado.

O ex-deputado justifica a proposição da presente lei sob o argumento de que a “presença humana nessas regiões fronteiriças deve ser estimulada para que os núcleos populacionais sirvam como verdadeiros pelotões civis, guarnecedores de nosso solo pátrio em favor da soberania e defesa nacionais”¹⁵², isto é, indiretamente, pretende relativizar os direitos indígenas, que se justifica pela defesa do país.

Como se não bastasse a busca pelo reconhecimento dos núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira, que é proibido pelo nosso ordenamento jurídico, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pelo Relator Antônio Carlos Biffi, além de aprovar o projeto, propõe um substitutivo, pugnando pela inclusão na naquele rol das instalações militares e as obras de infra-estrutura dos setores de transporte, energia e comunicações, alegando que tal projeto preenche as lacunas das normas

¹⁵¹ BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 151/2004. Declara de relevante interesse público da União os núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=206782&filename=PLP+151/2004. Acesso em: 10 de mar. de 2014.

¹⁵² BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 151/2004. Declara de relevante interesse público da União os núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=206782&filename=PLP+151/2004. Acesso em: 10 de mar. de 2014.

infra-constitucionais, bem como compatibiliza-se com as demais normas constitucionais, citando como exemplo, o art. 20, inciso II¹⁵³, seu §2º¹⁵⁴ e o art. 188¹⁵⁵, todos da Constituição Federal.

Com efeito, percebe-se que o representante político trata as terras indígenas como devolutas indispensáveis à defesa da nação, contudo, esse é um grande erro, com já se viu anteriormente.

Diante do teor do projeto, não haveria alternativa a não ser o seu arquivamento, o que de fato ocorreu aproximadamente 04 (quatro) anos depois de sua proposição.

O terceiro e absurdo projeto de Lei Complementar, trata-se do nº. 273/2008, proposto pelo Deputado Wellington Fagundes, o qual pretende declarar como relevante interesse público da União, as rodovias ferrovias e hidrovias localizadas em terras indígenas. Eis o que estabelece seu projeto:

Art. 1º Para os fins a que se refere o § 6º do art. 231 da Constituição Federal, são reconhecidas como de relevante interesse público da União as rodovias, ferrovias e hidrovias, que estejam localizadas nas terras indígenas.

§ 1º. É livre a locomoção pelas vias mencionadas no *caput* deste artigo, vedada a interrupção do tráfego em qualquer horário.

§ 2º. As faixas laterais de domínio das rodovias e ferrovias são indispensáveis à segurança dos usuários e necessárias para o trânsito e o estacionamento de máquinas e equipamentos de obras de engenharia e de manutenção, vedada a sua ocupação para outros fins, salvo quando previstos em lei.

Art. 2º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.¹⁵⁶

A finalidade desta norma é simplesmente impedir que os povos indígenas restrinjam o tráfego nas rodovias, ferrovias e hidrovias, localizadas em suas áreas, ou seja, bloquear as reivindicações que os povos indígenas realizam, sob o

¹⁵³ Art. 20. São bens da União: II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

¹⁵⁴ § 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão regulados em lei.

¹⁵⁵ Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

¹⁵⁶ BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 273/2008. Declara as rodovias, ferrovias e hidrovias localizadas em terras indígenas como áreas de relevante interesse público da União. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=542722&filename=PLP+273/2008. Acesso em: 10 de mar. de 2014.

fundamento de que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens¹⁵⁷”.

Já o Projeto nº. 227/2012, de autoria do Deputado Homero Ferreira, é bastante extenso, já que busca regulamentar todo §6º do art. 231, contudo, no que se refere ao trabalho, o art. 1º estabelece que:

Art. 1º São considerados bens de relevante interesse público da União, para fins dessa lei, as terras de fronteira, as vias federais de comunicação, as áreas antropizadas produtivas que atendam a função social da terra nos termos do art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988, os perímetros rurais e urbanos dos municípios, as lavras e portos em atividade, e as terras ocupadas pelos índios desde 05 de outubro de 1988.¹⁵⁸

Desde já é visível a concepção agrarista do Deputado, pois entende que as áreas produtivas que atendam à função social devem ser consideradas bens de relevante interesse público da União. Segundo ele, a terra produtiva deixa de cumprir sua função social, quando os produtores e possuidores de boa-fé são retirados arbitrariamente de suas terras. Portanto, na sua ideologia, a demarcação de terras indígenas é ato arbitrário, pois provoca o êxodo rural, bem como graves problemas sociais em detrimento da migração ocorrida do campo para a cidade.

É imprescindível destacar que, segundo o pensamento do Deputado Homero, a aculturação do indígena, bem como o grande volume de terras que são disponibilizadas àquelas populações são temas importantes a serem considerado, quando discute-se a demarcação das terras indígenas.

Ao final, o Deputado justifica a propositura desse projeto expondo que seu objetivo é “estabelecer uma relação harmoniosa entre os produtores rurais e as populações indígenas¹⁵⁹”.

¹⁵⁷ Art. 5º, inciso XV da CF - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

¹⁵⁸ BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 227/2012. Regulamenta o § 6º do artigo 231, da Constituição Federal de 1988 definindo os bens de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1044818&filename=PLP+227/2012. Acesso em: 15 de mar. de 2014.

¹⁵⁹ BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 227/2012. Regulamenta o § 6º do artigo 231, da Constituição Federal de 1988 definindo os bens de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1044818&filename=PLP+227/2012. Acesso em: 15 de mar. de 2014.

Por último, o Projeto nº. 316/2013, cujo autor é o deputado Marco Maia, o que define hipótese de relevante interesse pública da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Veja-se o que prevê tal projeto:

Art. 1º Para os fins da ressalva a que se refere o § 6º do art. 231 da Constituição Federal, fica reconhecida como de relevante interesse público da União a situação dos ocupantes de áreas de terras que comprovadamente foram adquiridas mediante escritura pública e tenham como origem título expedido regularmente pelo Poder Público Federal.

Art.2º Na hipótese do artigo antecedente são reconhecidos os efeitos jurídicos da ocupação, do domínio e da posse dos produtores rurais.

§1º - Proceder-se-á a remoção dos produtores rurais da terra indígena, efetivando-se a desapropriação das áreas por eles ocupadas, na forma prevista pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

§2º- O disposto no parágrafo anterior não impede, suspende ou vincula os trabalhos de demarcação da terra indígena e será constituído em autos apartados.

Art. 3º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação¹⁶⁰.

O que mais surpreende-se nesse projeto é a justificativa utilizada pelo deputado Marcos Maia para sua propositura, mostrando-se tola, inconsistente e totalmente sem qualquer fundamento, pois não leva em conta mais de 400 anos de muita luta dos povos indígenas em busca de seus direitos – que foram devidamente garantidos nos decorrer da história –, principalmente à terra. Assim, devido a tal absurdo e por ser um projeto recente, ele merece ser totalmente transcrito e sublinhado nos pontos principais, veja-se:

A Constituição Federal de 1988 define os direitos das comunidades indígenas e declaram nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar.

O legislador quando elaborou nossa carta magna deixou bem claro no art. 231, o quanto gostaria de guardar o direito a posse as comunidades indígenas remanescentes e no ponto de vista da legislação é totalmente auto aplicável, a desapropriação e a demarcação destas referidas áreas de terra.

No entanto, **o legislador não previu constitucionalmente o fato que em diversas regiões do Brasil o estado brasileiro há muito anos atrás, vendeu e comercializou diretamente ou intermédio de colonizadoras boa parte das áreas ocupadas por agricultores no território brasileiro,**

¹⁶⁰ BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 316/2013. Regulamenta o § 6º do art. 231, da Constituição Federal de 1988 definindo hipótese de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=94FB6BEADF48C106ABF50426534CE65A.proposicoesWeb1?codteor=1119525&filename=PLP+316/2013. Acesso em: 24 de maio de 2014.

e o próprio estado titulou e deu posse com escrituras públicas vigentes com mais de 200 anos de sucessão.

Se de um lado é indiscutível o direito indígena de outro lado é indiscutível também o direito adquirido e passado pelo próprio estado brasileiro aos detentores da posse das áreas legais escrituradas e titulas, o próprio estado brasileiro criou um conflito de dois direitos de um lado os índios assegurados pelo art. 231 da Constituição Federal e do outro lado um direito passado legalmente pelo estado brasileiro.

Desta forma **o projeto de lei complementar, que ora estamos apresentando, tem como objetivo definir os casos de relevante interesse público da União.** Sob o ponto de vista estratégico, os núcleos populacionais consolidados que tenha sido adquirido legalmente a partir de um título escritura pública fornecida pelo estado brasileiro.

Por fim, queremos enfatizar que o presente projeto de lei complementar não tem como finalidade criar obstáculos ao processo de demarcação das terras indígenas. **Visa, tão somente, reconhecer os direitos dos ocupantes titulados legalmente pelo estado brasileiro como de relevante interesse público,** para os fins a que se refere o § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

Assim, contamos com a colaboração de nossos nobres Pares, no sentido do aperfeiçoamento e aprovação de tão importante matéria¹⁶¹.

Como pode-se notar, que o deputado fala em direito adquirido daqueles que receberam terras à mais de 200 anos, as quais foram devidamente tituladas na época, devendo ser consolidados tais núcleos populacionais, porque isso em sua visão é de relevante interesse público da União. Passamos às críticas.

4.3 Críticas às hipóteses de relevante interesse público da união propostas por Souza Filho e nossos Representantes Políticos

Inicialmente tratar-se-á da hipótese de relevante interesse público disciplinada por Souza Filho. Como já foi dito, inclusive pelo autor, é complicado pensar em uma matéria que seu interesse público seja tão importante quanto ao usufruto exclusivo das terras pelos indígenas, ainda que tenha como objetivo a preservação do meio ambiente ou pelo seu desenvolvimento sustentável, que é o proposto pelo eminente professor.

¹⁶¹ BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 316/2013. Regulamenta o § 6º do art. 231, da Constituição Federal de 1988 definindo hipótese de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=94FB6BEADF48C106ABF50426534CE65A.proposicoesWeb1?codteor=1119525&filename=PLP+316/2013. Acesso em: 24 de maio de 2014.

Já é absurdo a Constituição Federal lacunar uma matéria tão importante para as populações indígenas, agora pensar que a preservação do meio ambiente seja uma justificativa à ressalva, é bastante inconsistente, diante de toda a evolução do direito dos povos indígenas brasileiro. Pôde-se notar que, no decorrer da história, suas grandes áreas de terras foram sendo perdidas para a construção de grandes centros comerciais e habitacionais, restando-se aqueles povos às terras conferidas pelo Estado, isto é, o Estado como proprietário de todo o território nacional, designa parte de sua terra à habitação exclusiva dos indígenas.

Porém, como é de se esperar, o Poder Público deixa uma ressalva à posse de tais áreas, que até agora não foi regulamentada, graças ao bom senso de alguns de nossos governantes.

Pois bem, limitar o exercício do direito ao usufruto exclusivo dos territórios indígenas em face da preservação ambiental pode causar grandes prejuízos às populações ali residentes, ora, tal ressalva implica na efetivação da atividade cultural e social daqueles povos, que também é um direito constitucional fundamental.

A cada dia que passa às áreas indígenas tornam-se pequenas para o exercício de suas atividades corriqueiras, como por exemplo, o plantio para sua subsistência, ocasionando a necessidade da expansão de suas áreas, que atualmente já é debatida pelos tribunais brasileiros. É sabido e consabido que, nesse aspecto, diferentemente dos indígenas, nós (não-indígenas) não dependemos das terras para sobreviver – afastando-se nesse momento o ideologismo agrário –, já que, podemos ir ao mercado e comprar nosso alimento. O povo indígena não, a terra é inerente a sua sobrevivência.

Assim, caso a preservação ambiental relativize ou até suprima o direito originário dos indígenas sobre às terras que tradicionalmente ocupem, ela é inconstitucional, principalmente pelo caráter fundamental que tal direito detêm.

Não quer-se dizer que, o indígena possa utilizar os atributos naturais de seus territórios da forma que bem entendem visando outros fins há não ser a subsistência de seus povos, visto que isso acarretaria, inclusive, no descumprimento das normas protetoras, previstas na Constituição Federal.

É impossível pensar em preservação ambiental como ressalva ao direito originário dos povos indígenas, sem que haja sua mitigação, o que ocasionará prejuízo e afronta às garantias constitucionais estabelecidas pela Carta Magna.

Nada obstante, tal ideologia não é tão absurda quanto às propostas pelos Deputados brasileiros. Como se viu, os projetos de lei aqui propostos são eminentemente agraristas, visando resguardar os direitos inerentes à reforma agrária, ocorrida ante ou depois da demarcação indígena, bem como às terras tituladas aos agricultores.

Se a reforma agrária foi realizada em área reservada aos indígenas, ratificando o que foi dito anteriormente, o fim não poderia ser outro há não ser a extinção ou anulação de tal ato. Desde o início desse trabalho pôde-se notar o caráter originário ou natural dos direitos indígenas, isso quer dizer que ele existe antes do Estado; antes da terra ser de propriedade da União, portanto ele possui prioridade frente aos demais interesses do Estado, no que se refere à terra.

Viu-se também que, a extinção e anulação dos atos cujo objetivo seja a ocupação ou remoção dos povos indígenas decorre da proteção Constitucional do direito indígena, devido sua importância para a sobrevivência deles.

Os deputados insistem a todo o momento reconhecer o direito dos povos não-indígenas residentes dentro dos territórios indígenas, principalmente aqueles que possuam título concedido antes mesma da demarcação da terra, contudo, isso afronta diretamente a Constituição que proíbe tal prática, acompanhando o que estabelecia o período colonial, quando declarou nula todas as concessões de sesmarias, a fim de garantir um direito muito maior, que é o direito das populações indígenas.

Assim, é incorreto falar em direito adquirido, considerando que o ato praticado – concessão, doação ou alienação – sobre a terra indígena é totalmente nulo e sem efeito. Ressalta-se mais uma vez, a terra é direito originário, isto é, pertence às populações indígenas desde o nascimento de cada índio (direito congênito).

Caso não fosse trágico, seria muito cômico, dizer que é relevante interesse público da União as instalações militares e o reconhecimento dos

moradores não-indígenas localizados na faixa de fronteira no âmbito das terras indígenas, para a facilitação da defesa da soberania nacional. Isso, na verdade, é uma grande farsa, o objetivo principal de tal proposição é garantir o uso das terras indígenas pelos demais moradores ali alocados.

Quanto ao projeto de lei que objetiva a proibição das manifestações dos povos indígenas nas rodovias, ferrovias e hidrovias, esse é absurdo e totalmente inconcebível, posto que cerceia o direito de livre manifestação dos cidadãos, que no caso dos povos indígenas, na maioria das vezes é realizada de forma pacífica.

Ao ler tal projeto é automática a seguinte pergunta: qual a relevância do interesse público da União em proibir a manifestação das populações indígenas nas rodovias, ferrovias ou hidrovias? Ora, a resposta é nenhuma, ou seja, não existe relevante interesse público em tal proposição. O Deputado sequer conseguiu estabelecer em seu projeto algo útil para o interesse geral.

Não obstante, nenhum dos projetos aqui analisados, mostrou-se congruente com a ressalva estabelecida pela constituição federal no que diz respeito ao relevante interesse público, sequer levaram em conta os conceitos doutrinários sobre interesse público, mostrando-se quanto estão despreparados nossos representantes para tratar dos direitos dos povos indígenas, em fim, para tratar dos direitos da coletividade.

Assim, os projetos propostos pelos Deputados sequer analisaram o real sentido do interesse público da União, realizando atos cujo objetivo seja a promoção dos agraristas e não do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente possuem, considerados em sua qualidade de membros da Sociedade¹⁶².

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 61.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o caráter fundamental que o direitos dos povos indígenas sobre à terra que possuem. Como visto, são inúmeras as justificativas estabelecidas para tal entendimento, sendo que três delas estão explícitas em nossa Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, §2º.

Mesmo diante do reconhecimento de tal direito, nosso Estado ainda insiste em mitigá-lo, isto é, apesar das más influências do passado – desaparecimento de inúmeros povos – o Estado não lhe dá a devida importância.

A ignorância Estatal, no sentido de querer ser dono do povo, causa confrontos, que muitas vezes são prejudiciais não só a dignidade da pessoa humana, como também a si próprio.

Ocorre que a busca pela mitigação ou supressão do direito dos povos indígenas é realizada a partir de uma frase expressa na Constituição Federal (art. 231, §6º), qual seja: relevante interesse público da União, quer dizer, o direito à terra, como um direito eminentemente fundamental, pode ser cerceado devido a um interesse público.

Todavia, a visão de nossos representantes político o interesse público é, na verdade, o interesse de pequenos grupos, nesse caso, os agraristas. Genuinamente, nossos representantes políticos, eleitos pela vontade do povo, buscam riquezas, isto é, seus interesses são exclusivamente econômicos.

O interesse público, como visto, pode ser definido como o conjunto de interesses individuais pessoalmente considerados, enquanto partícipes da sociedade, portanto, não basta deduzir que seja interesse público é necessário que a sociedade assim o reconheça, entretanto, infelizmente, não é isso que ocorre, pois o Estado, que deveria ser o guardião dos interesses públicos, utiliza-o em seu favor, causando inúmeros prejuízos a quem deles realmente necessitam.

É presente nos dias atuais discussões sobre o real significado da supremacia desse interesse público sobre os interesse privados, muitos doutrinadores defendem que ele deveria ser reescrito ou até mesmo suprimido, pois nem sempre ele poderá sobrepujar os interesses individuais, principalmente aqueles

que forem tutelados pelos Estado, como é o caso do Direito dos Povos Indígenas. Esses direitos não foram somente reconhecidos pelo direito interno, já que no âmbito internacional sua defesa encontra-se bastante evidente, exemplos disso são a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Desse modo, em se tratando de tal direito, a ideia de supremacia deve ser colocada em segundo plano.

Mesmo diante da colocação da supremacia do interesse público em segundo, a doutrina indigenista persegue uma medida que possa justificar a ressalva expressa na Constituição, contudo, não é tarefa fácil, principalmente, diante das fortes influências do Direito Internacional. Souza Filho entende que, o protecionismo ambiental, norma também devidamente tipificada na Constituição, pode justificá-la.

Não obstante, em que pese os grandes ensinamentos do professor, e conforme já exposto anteriormente, é impossível concordar com tal argumento, ora, o povo indígena, em sua grande maioria, sabe a importância que a terra possui para a garantia de sua sobrevivência e o quão difícil é o seu reconhecimento, impossível pensar que eles poderiam destruir suas terras, salvo raras exceções, sendo necessária a intervenção Estatal para a defesa dos locais em que vivem.

Pode-se dizer que, a “preservação ambiental de terras indígenas” já vem ocorrendo há alguns anos através das unidades de conservação, sendo que para conservar, relativizam a utilização integral das terras, causando uma série de prejuízos aos povos ali residentes, principalmente no que diz respeito ao exercício de suas atividades culturais e alimentícias (caça, pesca, plantio).

Assim, embora seja notória a implementação de unidades de conservação nas terras indígenas, ela não pode ser considerada a hipótese de ressalva exposta da Constituição.

Dessa forma, é difícil pensar em alguma hipótese que justifique a redução ou supressão dos Direitos Indígenas à terra que tradicionalmente ocupem, ainda que fundamentada nas normas Constitucionais Ambientais ou outra prevista.

Com efeito, acertadamente sabe-se que os Direitos dos Povos indígenas são fundamentais, devidamente reconhecidos tanto no âmbito interno quanto

internacionalmente, portanto, devem ser resguardados, principalmente, para que garantam o livre exercício de suas atividades, que são indispensáveis a subsistência.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento de Comunidades Indígenas no Brasil**. 2009. 823f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, Largo do São Francisco, São Paulo, 2009.

ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença**. Coleção educação pra todos. Série vias dos saberes nº. 03. Brasília, 2006.

BOLIVIA. Constituição (2007) **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diário Jurídico, nº. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia.

BRASIL. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, Promulga a Convenção nº.169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 22 de maio de 2014.

BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 151/2004. Declara de relevante interesse público da União os núcleos populacionais consolidados como lugarejos, vilas ou cidades, bem como as glebas nas quais sejam desenvolvidas atividades agrícolas, ou estradas, localizados na faixa de fronteira, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=206782&filename=PLP+151/2004. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

BRASILIA, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 316/2013. Regulamenta o § 6º do art. 231, da Constituição Federal de 1988 definindo hipótese de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=94FB6BEADF48C106ABF50426534CE65A.proposicoesWeb1?codteor=1119525&filename=PLP+316/2013. Acesso em: 24 de maio de 2014.

BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 227/2012. Regulamenta o § 6º do artigo 231, da Constituição Federal de 1988 definindo os bens de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1044818&filename=PLP+227/2012. Acesso em: 15 de abr. de 2014.

BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 273/2008. Declara as rodovias, ferrovias e hidrovias localizadas em terras indígenas como áreas de relevante interesse público da União. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=542722&filename=PLP+273/2008. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

BRASILIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 292/2002. Declara de relevante interesse público da União os assentamentos rurais dos programas de reforma agrária e colonização promovidos pelo Poder Público, para os fins a que se refere o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B8ACD954DDDACD9F55F9FB049FA15163.proposicoesWeb1?codteor=21128&filename=Tramitacao-PLP+292/2002. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joa%20o_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 09 de abr. de 2014.

CRETELA JÚNIOR, José. **Princípios informativos do direito administrativo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (separata), jan-dez. 1968.

DEUCHER, Celso. **Autodeterminação Significa Simplesmente Democracia**. Disponível em <http://republicadesaopaulo.wordpress.com/autodeterminacao-dos-povos/>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. Editora Atlas S.A, São Paulo, 2011.

FREITA JUNIOR, Luís de. **A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Diverso da Posse Civil e sua Qualificação como Direito Constitucional Fundamental**. 2010.247f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Ceará, Fortaleza, 2010.

GALLOIS, Dominique Tilkin, Terras ocupadas? Territórios? Territorialidade? *In*: RICARDO, Fany (Org.) **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza – o desafio das sobreposições**, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectivas para a construção e o exercício da cidadania indígena. *In*: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença**. Coleção educação pra todos. Série vias dos saberes nº. 03. Brasília, 2006.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Direito Territorial Guarani e as Unidades de Conservação**. 2009. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito

Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

LEITÃO, Sérgio. Superposição de leis e vontades – Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação? *In*: RICARDO, Fany (Org.) **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza – o desafio das sobreposições**, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37/41.

LINHARES, Marcel Queiroz. **O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001.

LITTLE, Paul Eliot. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia, Brasília, Distrito Federal, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em: http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf. Acesso em: 09 de abr. de 2014.

MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 de fev. de 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37º. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.

OSEAS, CARONI, **Por que consultar os Povos indígenas?** Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1555>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

PELUSO, Antonio Cezar. **Constituição, Direitos Fundamentais E Democracia: O Papel Das Supremas Cortes**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/eua_cp.pdf. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso na Cerimônia de Abertura do II Congresso da Conferência Mundial de Cortes Internacionais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocongresso17_01_11.pdf. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165, p. 1.154.

RESENDE, Livia Mara de. **A conceituação jurídica dos diferentes espaços territoriais ocupados por povos indígenas**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20conceituacao%20juridica%20dos%20diferentes%20espacos%20ter.pdf. Acessado em: 15 de mar. de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Lásaro Moreira da. **O reconhecimento dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras Tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a Extensão do Conceito de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas**. Revista Jurídica Unigran, Dourados/MS, v. 6, n. 11, jan./jul. 2004.

SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilmar de Fátima. **Direito dos Povos Indígenas ou Direito para os Povos Indígenas?** Revista de Direito e Garantias Fundamentais, Vitória, nº6, p. 15-37, jun./dez. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas**. Série Pensando o Direito nº. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos indígenas para o Direito**. 1ª. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLEC, I.W.; STRACK, L.L. (Org.). **Comentários à Constituição Brasileira**. 1ª ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.