

DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS À TERRA E O RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO DA UNIÃO: A CONCEPÇÃO DE CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO¹

*Higor da Silva Dantas²
Luís Fernando Moraes de Mello³*

RESUMO: Tratar-se-á aqui da relativização ou supressão dos direitos dos povos indígenas, em virtude do relevante interesse público da União. Tal ressalva prevista na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 231, §6º. Será analisado o interesse público, abordando sua definição e aplicabilidade quando choca-se com direito individuais tutelados, como é o caso dos direitos dos povos indígenas, principalmente por tratar-se de um direito fundamental. Fundamentalidade que se encontra objetivamente previsto na nossa Constituição, bem como no Direito Internacional. Com estas definições, apresentar-se-á uma possível justificativa à ressalva, analisando o entendimento do professor Souza Filho. Por fim, será far-se-á uma crítica aos entendimentos expostos pelo 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: Direitos dos Povos Indígenas à Terra. Interesse Público da União. Direitos Fundamentais. Direito Ambiental.

ABSTRACT: The work will here the relativisation or abolition of the rights of indigenous peoples, by virtue of the relevant public interest of the Union. Being such exception provided for in the Federal Constitution of 1988, more specifically in the art. 231, § 6. The public interest will be analyzed 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.

¹Artigo extraído da monografia apresentada na AJES – Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena, sendo defendida e aprovada em grau máximo no dia 09 de Julho de 2014.

²Acadêmico do X período da Faculdade De Ciências Contábeis e Administração do Vale Do Juruena. E-mail: hignorsdantas@hotmail.com.

³Professor da Faculdade de Direito da AJES. Mestre em Direito pela Unisinos.

Fundamentality that is objectively provided for in our Constitution and in international law. With these definitions, one possible explanation to the proviso will present itself, analyzing the understanding of teacher Souza Filho. Finally, a critique of understandings will be exposed by the teacher will make-up, demonstrating that the proposed justifications offend the original right of indigenous peoples to their land, which entails restricting the exercise of other rights conferred on them by domestic and international law.

KEY-WORDS: Rights of Indigenous Peoples Earth. Public Interest Union. Fundamental Rights. Environmental Law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A fundamentalidade do direito às terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas; 3 A supremacia do interesse público e a relativização/supressão do direito originário à terra dos povos indígenas; 3.1 O interesse público na tradição administrativa; 3.2 A supremacia do interesse público sobre o interesse privado: concepções doutrinárias; 3.3 A supremacia do interesse público diante do direito originário à terra dos povos indígenas; 4 Em busca de uma medida para o interesse público: a concepção de Carlos Frederico Marés De Souza Filho; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Falar em direito dos povos indígenas à terra no Brasil não é tarefa fácil, tendo em vista a dificuldade que encontra-se para a garantia de tal direito, considerado originário. A Constituição Federal de 1988 foi bastante inovadora, não só para o reconhecimento do respectivo direito, como também, para garantir-lhes o livre exercício de seus costumes, línguas, tradições, crenças, e etc.

Destaca-se que a atual Carta Política assegura aos povos indígenas as terras que tradicionalmente ocupam, cuja definição encontra-se prevista no §1º, do artigo 231, *in verbis*:

§ 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.

Com efeito, quando se diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas habitadas em caráter permanente não significa dizer 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. Ainda, o termo caráter permanente, segundo Lásaro, refere-se a uma garantia futura, isto é, as terras tradicionais indígenas serão destinadas para sempre a seu habitat⁴.

É indiscutível que o tratamento aos direitos indígenas tenha avançado com a Constituição Federal de 1988, 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?

A partir de tal questionamento, é preciso, inicialmente, um estudo dos motivos que atribuem o caráter fundamentalista ao direito à terra.

2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO ÀS TERRAS OCUPADAS TRADICIONALMENTE PELOS POVOS INDÍGENAS

Vê-se que a atual Constituição Federal (1988) quando trata dos direitos indígenas, confere maior importância a matéria relacionada ao direito à terra, já que os indígenas dependem dela para sua subsistência física e cultural⁵. 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 sociais⁶. O indígena se vê integrado à natureza, fazendo parte da terra, tornando-a um elemento essencial para sua própria existência⁷, por isso pode à posse indígena

⁴SILVA, 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.

⁵SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 854.

⁶KAYSER, 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.

⁷MARQUES, 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/>

sobre à 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 tradições⁸. Logo, a atual Constituição reconheceu que, tais direitos propiciam que os povos indígenas vivam dignamente, que constitui corolário dos direitos fundamentais.

Pois bem, 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 jurídica⁹.

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 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 se encontra previsto em seu art. 5º, mas “apresenta uma norma de extensão que permite a ampliação do elenco desses direitos fundamentais”¹⁰.

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

trabalhos2012_1/julia_marques.pdf. Acesso em: 23 Fev. 2013, p. 11.

⁸Art. 231, *caput*, da Constituição Federal - *São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições* (...) (original sem grifo).

⁹CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 09 Abr. 2014.

¹⁰FREITA 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.

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 parte¹¹.

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 se passam a analisar.

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 membros, nos termos do art. 5º, §3º da Constituição Federal¹², 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

¹¹LOPES, 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 Abr. 2014.

¹²§ 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.

recepcionado como Emenda Constitucional, em face da ausência de disposição legal nesse sentido¹³, 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 supralegalidade¹⁴.

Segundo o Eminentíssimo Ministro, os tratados não podem afrontar a supremacia da Constituição, todavia, têm lugar especial reservado em nosso 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 humana¹⁵.

Diante disso, pode-se defender a fundamentalidade do direito dos povos indígenas sobre suas terras, com amparo no art. 5º, §2º 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 fundamentais¹⁶.

Como o art. 5º, §2º da Carta Magna, permite a ampliação do rol de direito e garantias fundamentais com base nos princípios previstos

¹³Ausência da Emenda Constitucional nº. 45/2004, promulgada em 08 de Dezembro de 2004.

¹⁴RE 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.

¹⁵Id.p. 1.154.

¹⁶FREITA 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. 114.

em seu bojo, 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”¹⁷.

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 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 nacional¹⁸. (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 se trata 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

¹⁷SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

¹⁸FREITA 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.

venham a lhe garantir as *condições existenciais mínimas* para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁹.

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.

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, cultivarem 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 à posse indígena é um direito fundamental, indispensável ao exercício das demais garantias previstas da Constituição Federal²⁰.

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 indiretamente²¹. Assim, o

¹⁹SARLET, 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.

²⁰FREITA 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.

²¹Redação 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

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 instituiu, 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 democracia, “não existem condições mínimas para solução pacífica de conflitos, nem espaço para a convivência ética”²².

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 ética²³.

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”²⁴.

Pode-se dizer também que, diante de tal regime, nossa

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.

²²PELUSO, 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 Abr. 2014.

²³PELUSO, 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 Abr. 2014.

²⁴FREITA JUNIOR, Luís de. *A Posse das Terras Tradicionalmente ocupadas pelos Índios como um Instituto Divergente 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.

Constituição prevê normas cujo objetivo seja a prevenção não só de determinados interesses sociais – determinados grupos sociais –, mas sim à tutela de em multifário 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 social²⁵.

Aliás, a partir disso – regime democrático – é que evidencia-se a ideia de autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, segundo o professor e jornalista 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”²⁶.

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 Estados²⁷.

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

²⁵LINHARES, 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.

²⁶DEUCHER, Celso. *Autodeterminação Significa Simplesmente Democracia*. Disponível em <http://republicadesaopaulo.wordpress.com/autodeterminacao-dos-povos/>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

²⁷SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.). *Estatuto dos Povos Indígenas*. Série Pensando o Direito n.º. 19/2009 – versão integral. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, 2009, p. 126.

como titulares de direitos²⁸.

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”²⁹.

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 povos³⁰.

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”³¹. 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 indígenas³².

Portanto, cercar 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.

²⁸RUIPÉREZ, 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.

²⁹SOUZA 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.

³⁰Id. p. 129.

³¹Redação do art. 231, *caput*, da Constituição Federal.

³²OSEAS, CARONI, *Por que consultar os Povos indígenas?* Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1555>. Acesso em: 14 Abr. 2014.

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 ainda não foi realizada. Mas caso tal regulamentação levar em conta a praxis 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

O interesse público nos remete ao princípio da supremacia do interesse público, que é uma matéria bastante debatida e controvertida pela doutrina e jurisprudência, que muitas vezes influência 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 social³³, assim, pode-se dizer que o Direito

³³MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

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 Público³⁴”, 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 “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*”³⁵. 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]³⁶.

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]³⁷.

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”³⁸.

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.

³⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

³⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28.ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 59.

³⁶Id. p. 60.

³⁷Id. p. 60/61.

³⁸Id. p. 61.

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 valores³⁹.

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.⁴⁰

Perceba-se que a definição adotada pela Professora não se distancia muito 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 Estado⁴¹.

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

³⁹BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Diário Jurídico*, nº. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia, p. 09.

⁴⁰Id.p. 09.

⁴¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 62.

individualmente considerado, bem como o interesse da administração pública.⁴²

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 Administração Pública. O chamado interesse secundário ou interesse da Administração Pública não é público”⁴³. 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 se trata 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”⁴⁴.

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.

⁴²HACHEM, 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

⁴³JUSTEN 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.

⁴⁴HACHEM, 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. 145.

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 que, o princípio pressupõe a garantia de uma ordem social estável, onde os interesses de todos estarão resguardados⁴⁵.

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 social⁴⁶.

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 atuação⁴⁷. (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 individual⁴⁸”.

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 desprezível do órgão nas mesmas relações”, isto é, “o Poder Público

⁴⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28.ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

⁴⁶CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (separata)*, jan-dez. 1968, p. 269.

⁴⁷DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Editora Atlas S.A, São Paulo, 2011, p. 65.

⁴⁸Id. p. 67.

se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares”, sendo esta, “condição indispensável para gerir” os interesses confrontados, por isso se diz que nas relações entre a Administração e particulares vige a ideia de verticalidade⁴⁹.

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 coletivo⁵⁰.

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*⁵¹. (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 administrador⁵².

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.

Pois bem, inicia-se 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

⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28.ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 70.

⁵⁰MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106.

⁵¹MELLO, *op. cit.*, 74.

⁵²Id. p. 74.

Estado, de forma direta ou indireta, constituindo uma barreira negativa para sua atuação, haja vista que a Administração não poderá contrariá-lo⁵³. 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-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 legislativa⁵⁴. 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.

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*)⁵⁵. (grifo do autor)

⁵³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, p. 148.

⁵⁴BASSI, Franco. *Brevi note sull'azione 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.

⁵⁵HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. 2011. 438

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 brasileiro⁵⁶.

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.

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 interesses juridicamente protegidos ostentarão supremacia sobre os interesses não tutelados pelo sistema normativo”⁵⁷.

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.

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

⁵⁶OST, François. Entre droit et non-droit: lintérêt. Essaisur les fonctionsqu“exerce la notion d“intérêten droit privé. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit etintérêt*. 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.

⁵⁷HACHEM, 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.

Para a resposta de tal indagação passa-se a análise da 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 Pública 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 qualificado⁵⁸.

Partindo-se dessa premissa, Enterría (citado por Hachem), estabelece que “impõe reduplicativamente a exigência da presença específica de um qualificado interesse público para poder exercer determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”⁵⁹.

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

⁵⁸HACHEM, 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. 169.

⁵⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79. *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. 169.

concreta que deve ser argumentada em cada caso”⁶⁰.

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.

3.3 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

⁶⁰Nieto, Alejandro. La Administración sirve con objetivos 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.

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 arrimados na Constituição.

Não obstante, há quem defenda a existência de direitos que possam sobrepujar os interesses dos povos indígenas, um exemplo disso, é a concepção adotada pelo professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho, como se verá no próximo capítulo.

4 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 ressalvados e o conteúdo do interesse público⁶¹.

Quanto ao objeto dos atos ressalvados, o autor consigna parecer claro que esses não poderiam implicar na ocupação, domínio e

⁶¹SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRACK, L.L.. (Org.). *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2155.

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 §2º⁶²”.

Portanto, o objeto dos atos ressalvados 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.

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 inadiável⁶³.

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 indígena⁶⁴.

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.⁶⁵

⁶²SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Dos índios. In: CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRACK, L.L... (Org.). *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed. v. 1, p. 2147-2157. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2155.

⁶³Id. p. 2155.

⁶⁴Id. p. 2155.

⁶⁵Id. p. 2155.

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 apresentados⁶⁶.

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 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 proteção⁶⁷.

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 protegidos⁶⁸.

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

⁶⁶Id. p. 2155.

⁶⁷Conceito legal de Unidade de Conservação previsto no art. 2º, inciso I, da Lei 9.985/00.

⁶⁸Assim, 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.

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”⁶⁹.

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 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 incompatível⁷⁰.

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.⁷¹

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 humano”⁷².

Bastante pertinente indagar o seguinte: qual a certeza existente acerca da efetividade da preservação ambiental com a implementação das

⁶⁹SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o Direito*. 1. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 144.

⁷⁰Ibid., p. 144.

⁷¹SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o Direito*. 1. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 145/146.

⁷²LEITÃO, 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.

unidades de conservação? Ora, a comunidade indígena sempre manteve uma relação de sustentabilidade com o meio ambiente até o contato com a sociedade não-índia⁷³, 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.

Ademais, inexistente 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.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi dito, inclusive pelo autor, que 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.

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 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.

⁷³SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos indígenas para o Direito*. 1. ed. (ano 1998), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p.146.

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, portanto, 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.

REFERÊNCIAS

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

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 Abr. 2014.

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

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.

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.

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.

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 Abr. 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 Fev. 2013.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 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 Abr. 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 Abr 2014.

_____. *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 Abr. 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.

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.

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*. 1. ed. (ano 1998), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

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