

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

MARCO AURÉLIO SOARES FERNANDES

**LIMITES DO USUFRUTO DAS TERRAS DA UNIÃO POR POVOS
INDÍGENAS**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO
2016**

MARCO AURÉLIO SOARES FERNANDES

**LIMITES DO USUFRUTO DAS TERRAS DA UNIÃO POR POVOS
INDÍGENAS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Afonso Maria das Chagas.

**Cacoal- RO
2016**

Fernandes, Marco Aurélio Soares.

F3631 Limites do usufruto das terras da união por povos indígenas / Marco Aurélio Soares Fernandes – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
58 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Afonso Maria das Chagas.

1. Direito constitucional. 2. Territorialidade. 3. Posse permanente. 4. Usufruto exclusivo. I. Chagas, Afonso Maria das. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342

Catlogação na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

LIMITES DO USUFRUTO DAS TERRAS DA UNIÃO POR POVOS INDÍGENAS

Por

MARCO AURÉLIO SOARES FERNANDES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Afonso Maria das Chagas - UNIR - Presidente

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan- UNIR - Membro

Professora M.e Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli- UNIR - Membro

Conceito: 90.

Cacoal, 31 de maio de 2016.

Dedico o presente trabalho aos povos indígenas brasileiros que a séculos lutam para preservar vivos seus costumes e tradições.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que acompanhou meus passos até aqui.

Agradeço aos meus familiares que me deram o apoio necessário para conclusão desse curso, em especial aos meus pais Izaias Fernandes e Nara Lúcia Soares.

Agradeço ao meu orientador Professor M.e Afonso Maria das Chagas que, com paciência e dedicação, guio-me durante esta pesquisa.

Agradeço ao quadro de funcionários da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, coordenação regional de Cacoal que, apesar das adversidades que enfrentam em sua atividade institucional a cumprem-na com maestria.

Agradeço aos Procuradores Federais da PFE/FUNAI, Carlos Felipe da Silva Ribeiro, Cássio Cunha de Almeida, Fernando Walker da Silva Aguiar e Roberta Roth, profissionais com os quais tive a honra de estagiar.

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar de forma sucinta a aplicação do instituto constitucional da posse permanente e do usufruto exclusivo, desconstruindo o conceito civilista clássico, sendo necessário para alcançar esse objetivo apresentar de forma clara os conceitos gerais de terra e território e contrastá-los com a visão cultural tradicional indígena. Analisar a forma que se deu a inserção das populações indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição Federal de 1988 que dedicou um capítulo em seu texto aos povos indígenas. De maneira transversal, explanar sobre a autonomia dos povos e dos territórios indígenas com ênfase no texto da Convenção n.º 169 da OIT. Após delinear a posição dos povos indígenas no ordenamento brasileiro e sua autonomia como povo, é possível partir para o segundo momento deste trabalho que trata dos institutos constitucionais da posse permanente, bem como do usufruto exclusivo, apresentando seus conceitos clássicos de natureza civilista e após a compreensão dos conceitos de posse e uso descritos no Código Civil, inicia-se os estudos quanto aos institutos constitucionais. Por fim chegando a conclusão da homogeneidade ou não dos referidos institutos, somente após fixar sobre firmes alicerces essa parte conceitual é possível partir para problemáticas objetivas, geradas pela falta de entendimento dos pontos anteriores.

Palavras-chave: Territorialidade. Autonomia. Convenção 169 OIT. Direito Fundamental a forma de ocupação. Posse Permanente e Usufruto Exclusivo.

ABSTRACT

This study aims to present briefly the application of the constitutional institute of permanent ownership and exclusive use, deconstructing classical civil law concept, being necessary to achieve this goal clearly display the general concepts of land and territory and contrasts them with the traditional indigenous cultural view, analyze the way that gave the inclusion of indigenous people in the Brazilian legal system especially in the constitution of 1988 devoted a chapter in his text to indigenous peoples, cross way to explain about the autonomy of peoples and indigenous territories which has emphasis on the text of Convention 169 of the ILO, after outlining the position of indigenous peoples in the Brazilian legal system and its autonomy as a people, it is possible to leave for the second time this work that deals with the constitutional institutes of permanent ownership and exclusive use, presenting their classical concepts of civilian nature and after understanding the possession of concepts and use described in the Civil Code, begins the studies about the constitutional institutes, finally reaching completion of the homogeneity or not of these institutes only after fixing on firm foundations this conceptual part is possible from objective to problems generated by the lack of understanding of the above points.

Keywords: Territoriality. Autonomy. Convention 169 ILO. Fundamental right to the occupation. permanent ownership and exclusive use.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.1 BREVE ITINERÁRIO DO DIREITO INDÍGENA NO BRASIL.....	12
1.2 TERRA E TERRITÓRIO: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS	15
1.3 O DEBATE DA PLURINACIONALIDADE.....	20
1.4 AUTONOMIA DOS POVOS E TERRITÓRIOS INDÍGENAS	23
1.5 CONVENÇÃO 169 OIT	26
2 POSSE PERMANENTE E USUFRUTO EXCLUSIVO	30
2.1 CONCEITOS TRADICIONAIS DE POSSE E USUFRUTO	31
2.2 POSSE PERMANENTE	33
2.3 USUFRUTO EXCLUSIVO	34
2.4 POSSE IMEMORIAL	36
2.5 TERRAS RESERVADAS	37
2.6 LIMITE COMERCIAL E TRADICIONAL DE UTILIZAÇÃO DA TERRA INDÍGENA	38
3 TERRAS INDÍGENAS COMO TERRAS DA UNIÃO: VARIÁVEIS, LIMITES E OUTRAS SIGNIFICAÇÕES	41
3.1 A EXTRAÇÃO DE MADEIRA EM TERRA INDÍGENA E A PRESERVAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS.....	41
3.2 AS CONCESSÕES DO DNPM E A EXPLORAÇÃO MINERAL: IMPACTOS E POSSIBILIDADES.....	44
3.4 COMÉRCIO DE CRÉDITOS DE CARBONO: ASPECTOS JURÍDICOS	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante as populações indígenas, o direito de utilizar-se das terras que tradicionalmente ocupam. Bem como o uso do solo, lagos e florestas, entre outros. Esse direito de fruição é exercido através do usufruto exclusivo, conforme art. 231, §2 da Constituição.

No entanto, o instituto da posse e usufruto indígena, criado pela Constituição, não se adequa as definições clássicas descritas no Código Civil. Pois a relação do autóctone com o seu território, transcende o conceito do *ius possessionis*, trate-se, de uma *Possessio ab origeni*. Atingindo uma relação de sobrevivência e perpetuação da tradição. Por consequência dessa inadequação, ocorre uma indefinição dos limites do direito do usufruto das populações indígenas.

O primeiro capítulo deste trabalho, busca situar a questão indígena para o Direito e destacar as principais discussões sobre o tema. A partir da análise do cenário histórico, para a diferenciação de terra e território, que se correlaciona com a formação do Estado brasileiro. De forma transversal busca tratar de tema como a autonomia dos povos indígenas, que tem suporte na Convenção 169 da OIT.

Neste primeiro momento, é importante à discussão quanto a natureza jurídica do território indígena. Na classificação dada pelo Supremo Tribunal Federal, o território indígena trata-se de bem público, constitucionalmente afetado à reprodução física e cultural das populações indígenas.

No segundo capítulo será discutido, os temas da posse permanente, que garante as populações indígenas a permanência em suas terras, e usufruto exclusivo, que é o meio pelo qual se exerce o direito de posse. Diferenciando estes dos institutos clássicos civilistas.

Ainda no segundo capítulo, serão abordados os limites tradicionais e comerciais de utilização da terra indígena. Sendo estes as duas maiores fronteiras dos limites do usufruto. Estando todos os demais limites e limitações neles inseridos.

No terceiro capítulo, será tratado dos limites do usufruto, sob o enfoque de problemáticas objetivas como, a extração de madeira em terra indígena, concessões do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM e o comércio de créditos de carbono.

O usufruto indígena atinge diretamente a forma de vida das comunidades. Com o contato das sociedades indígenas com a sociedade envolvente, novas formas de utilização da terra foram inseridas. Porém essas formas de utilização devem passar pelo crivo do usufruto indígena previsto na Constituição.

Por isso a importância de analisar os limites desse instituto, pois constantemente as imprecisões ou a aplicação equivocada dos conceitos, cerceiam o direito de fruição das comunidades indígenas. Todavia, a análise do usufruto indígena não deve ser interpretada unicamente sobre o prisma jurídico, para tanto tem sido de grande valia a colaboração da antropologia para este estudo.

Em razão do questionamento feito ao pensamento clássico de posse e usufruto, aplicado a questão indígena, o referido trabalho tende a um enfoque zetético. No desenvolvimento desse trabalho, utilizou-se para a construção do pensamento a pesquisa bibliográfica, a partir de materiais já publicados, composto por livros, artigos científicos, jurisprudência dos tribunais pátrios. Em face disto, como método de abordagem adotou-se o método dedutivo para a construção desta pesquisa.

1 A QUESTÃO INDÍGENA E SEUS PRINCIPAIS VETORES CONCEITUAIS MEDIANTE A PROBLEMÁTICA JURÍDICA

A terra figura como tema central de discussões quanto a questão indígena. Os efeitos decorrentes dessa forma de ocupação, tornam-se imperfeitos em razão da própria indefinição do conceito de território, apesar do esforços dos juristas nacionais para enquadrar a ocupação dos territórios indígenas aos institutos jurídicos clássicos, é latente a impossibilidade.

No campo histórico a colonização das terras brasileiras, se deu com a divergência de duas forças, a dos colonizadores (os quais buscavam explorar as riquezas das terras recém-encontradas) e dos povos já instalados (que lutavam para preservar o modo de vida existente).

Em assim sendo, a usurpação do território nativo voltada unicamente para a exploração, adota um sistema de divisão decrescente da terra, sendo esta a razão das desigualdades atuais da divisão da terra. Não raramente resulta em conflitos entre índios e não índios.

Esse processo baseado em uma visão etnocêntrica, na qual deve-se prevalecer a visão do colonizador sobre o colonizado - gera reflexos na estrutura social contemporânea. É possível perceber esse reflexo nos institutos jurídicos existentes atualmente, nos quais prevalece o caráter econômico dos bens patrimoniais.

No entanto, as populações indígenas possuem uma forma própria de entender o seu território baseado em suas tradições. Por essa razão, os institutos clássicos não se aplicam de forma satisfatória. Para tanto, é preciso perder o pensamento mecânico jurídico clássico e incorporar os elementos metafísicos únicos dessa forma de ocupação.

É preciso compreender a posição que se encontra o indígena na legislação pátria. Para tanto é salutar discutir quanto o reconhecimento da composição pluriétnica do Brasil feito pela atual constituição (1988), a qual dá um fôlego novo a discussão quanto a formação do Estado brasileiro. Esse caminho que tem sido percorrido pelo constitucionalismo, está de acordo com a tendência internacional e tem sido aplicado por países latino americanos que possuem rica diversidade étnica na sua composição.

Quanto aos mecanismos internacionais é possível citar a Convenção 169 da

OIT, que versa sobre os povos indígenas e tribais. Nota-se na leitura de seus artigos que, por reiteradas vezes é dada ênfase a autonomia desses povos, classificando-os como senhores do seu destino.

1.1 BREVE ITINERÁRIO DO DIREITO INDÍGENA NO BRASIL

A discussão sobre a condição dos indígenas e suas terras no continente americano começa a ocorrer ainda no século XVI. Desde seu descobrimento, pensadores se debruçam sobre o assunto, com o objetivo de enquadrar satisfatoriamente o fato jurídico da existência dessas populações e suas condições. Desta forma, preleciona Wolkmer (2012, p. 395):

As questões geradas pela descoberta, conquista e colonização da América trouxeram uma interessante doutrina jurídica, já desde o século XVI. Entre os primeiros temas debatidos pelos juristas de Castelhana Universidade de Salamanca, estiveram a condição dos indígenas (livres ou escravos) e os direitos derivados da descobertas, da conquista e das doações papais.

Ademais, não é possível compreender a questão indígena através do raciocínio clássico jurídico. Tópicos como os limites territoriais, a personalidade coletiva, são temas estranhos quando vistos de um prisma estritamente positivista, sendo necessários para compreendê-los uma visão mais ampla do direito. Essa visão mais ampla do direito pode ser encontrada no instituto do indigenato.

O instituto jurídico do indigenato reconhecia as populações indígenas à época da ocupação portuguesa, o direito a possuir as terras as quais habitavam. Todavia, tem entendido a doutrina, o referido instituto tem como base legal a Carta Régia de 1611 e a Lei Pombalina de 1775.

Nos moldes do indigenato a posse possuía conotação de domínio. Esse reconhecimento da posse por parte dos indígenas era feito através da ocupação do território, sem necessidade de títulos. Quanto ao tema é esclarecedor a crítica de Santos (2014, p. 96) a tal sistema:

O sistema de posse, pelo qual bastava que as comunidades indígenas ocupassem as terras para que obtivessem a título originário de ocupação, isto é, o domínio, que perdurou do período da lei de terras até a Constituição de 1891, pouco beneficiou os índios. Naquela época, dificilmente comprovavam que as terras realmente foram por eles ocupadas, seja pelos raros vestígios deixados, seja pelo enorme período de tempo decorrido (que teria feito desaparecer os vestígios ou teria permitido sua

destruição pelos “novos” ocupantes).

Destarte, o indigenato é composto por quatro elementos sendo: terras habitadas em caráter permanente, as utilizadas para atividades produtivas, bem como as imprescindíveis para a preservação do meio ambiente e terras para a preservação física e cultural.

Durante o período colonial brasileiro a divisão de terras se deu por meio das capitanias hereditárias (1536), sendo 15 lotes doados pela Coroa e repartidos entre 12 donatários que, por sua vez implantaram o sistema de Sesmarias¹, já utilizado em Portugal desde 1375, com o objetivo de tornar produtivas as terras dadas aos sesmeiros.

Contudo, muitos dos sesmeiros não cumpriam com sua obrigação de cultivo e produção, arrendando suas porções a pequenos produtores da região. Atividade esta proibida pela lei das sesmarias. Em 1822, em razão dessas e outras irregularidades, foram suspensas as concessões.

Dos dispositivos legais vigentes à época da colônia, destaca-se a Carta Régia de 10 de setembro de 1611; quanto ao tema dispõe Cunha (1992, p. 58) “[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quizerem fazer...”.

No mesmo período, destaca-se também a Lei pombalina de 06 de julho de 1775 “... Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras... Para gozarem delas por si e todos seus herdeiros” (CUNHA, 1992, p. 62).

Na legislação imperial (1822 a 1889) destacou-se o Decreto nº 1.318, de 30 de Janeiro de 1854 que regulamentou a Lei imperial nº 601 de 18 de Setembro de 1950. É possível perceber no texto do decreto a utilização do termo “reserva”, *in verbis*:

¹ “Ao longo da colonização, os proprietários das sesmarias tornaram-se os grandes proprietários de terra que compunham a elite colonial. Ocupando o topo da hierarquia social, não só concentravam terras, mas também abriam caminho para a conquista de vários outros direitos restritos aos seus semelhantes. Não raro, os sesmeiros ocupavam importantes cargos públicos, integravam os altos postos das instituições militares e garantiam seus interesses em desfavor da maioria da população. Nas últimas décadas, as intensas discussões e conflitos envolvendo a questão do acesso à terra no Brasil, evocam com grande destaque a utilização do sistema de sesmarias. Por meio das funções políticas e sociais que tiveram, vemos que as sesmarias explicam a origem do problema de concentração de terras no Brasil. Ao mesmo tempo, revelam a primeira das várias e imprecisas leis que garantiram o uso da terra para uma pequena parcela da população brasileira.” Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadobrasil/as-sesmarias.htm>>, acesso em: 14 maio 2016.

Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existem hordas selvagens.

Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para eles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo, não poderão ser alienadas, enquanto governo imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

A Constituição de 1891 (publicada durante o período republicano), transformou as províncias em Estados-membros, garantindo a estes mais autonomia. Assim, o art. 64 da referida Constituição (1891) passou ao Estados-membros as terras devolutas. Entretanto os aldeamentos e as terras tradicionalmente ocupadas não poderiam ser enquadradas como terras devolutas. Pois com base no indigenato já havia sido reconhecido o direito das populações indígenas sobre aqueles territórios.

Durante o governo provisório foi redigida e promulgada a Constituição de 1934, garantindo aos silvícolas a posse das terras ocupadas por eles de forma permanente, sendo-lhe atribuída o carácter alienável. As cartas constitucionais 1937 e 1946, não trouxeram nenhuma inovação quanto ao tema, pois mantinham a posse na forma permanente, os nulos e preservaram o carácter inalienável e imprescritível desses territórios.

Com a constituição de 1967, em pleno período militar, o território indígena passou a ser propriedade da União. Tendo garantido aos índios o usufruto das riquezas nele existente. Essa transferência de domínio se justifica em razão da concepção clássica de propriedade adotado pelo Brasil.

O direito de propriedade não poderia ser restringido. Por essa razão, não seria possível as populações indígenas terem o domínio dos seus territórios, no entanto serem impedidos de aliená-los. A solução apresentada para esse problema foi a transferência de domínio, que por sua vez trouxe a polêmica quanto a natureza jurídica do território.

Durante a vigência da Constituição 1969 teve destaque a política integracionista², que consistia na absorção das populações indígenas pela sociedade envolvente. Essa tendência integracionista fica evidente em alguns artigos do Estatuto do Índio promulgado durante este período.

² Lei 6.001/73. “ Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

VI - respeitar, no **processo de integração** do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes.” (Grifo nosso)

Importante destacar que a teoria da integração objetivava a formação de um Estado Nacional. E as populações indígenas sob a ótica “nacionalista” à época eram tidas como entraves ao progresso. Planos integracionistas foram colocados em ação, objetivando colonizar a região norte do país, para fins de torná-la produtiva.

Nota-se que, para concretizar o plano integracionista, foi preciso partir do pressuposto de que a Amazônia era um grande vazio demográfico, e adotar como ocupação válida aquela que decorre da valorização econômica da terra. Ignorando a existência das populações tradicionais.

Quanto a este ideário progressista desencadeado na década de 1970, tece alguns comentários Cunha e Almeida (2001, p. 185):

Nos últimos vinte anos, os povos indígenas na Amazônia avançaram muito. Na década de 1970, governadores não se cansavam de referir-se a eles como “entraves ao progresso”. Políticos de direita e militares colocavam-nos sob suspeição achando que a única explicação para os interesses internacionais dirigidos a eles era a cobiça. Nesse período lamentar o “fim do índio” à marcha inexorável, enquanto alguns intelectuais de Direito atribuíram-no a não menos inexorável marcha da história. A marcha inexorável desses batalhões não permitia sobreviventes.

A Constituição atual dedicou as populações indígenas um capítulo, reconhecendo sua organização social, tradições, crenças, e o direito originário as terras que tradicionalmente ocupam, destinadas à sua posse permanente e o usufruto exclusivo para fins de garantir a continuidade do seu modo de ser.

Entende-se que a Constituição (1988) com base no art. 231, inaugurou o reconhecimento aos direitos territoriais, baseado na pluriétnicidade que compõe o Estado Brasileiro. Superando séculos de negligências para com os primeiros habitantes desta terra.

Nos textos legais citados acima, é possível perceber que, por mais vanguardista que fosse o instituto jurídico, o Estado sempre fez questão de manter sob seu poder o destino das populações tradicionais indígenas e de seu território. O resultado desse controle é o retrocesso dos direitos, quando em confronto com os interesses estatais.

1.2 TERRA E TERRITÓRIO: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

De suma importância para esta pesquisa é a discussão quanto a territorialidade. O presente tópico será desenvolvido apresentando os conceitos

gerais de território e, à medida que o tema for debatido, irá afunilando com o intuito de compreender o que é o território para as populações indígenas. Utilizando-se da antropologia jurídica que tem contribuído de forma ímpar para essa discussão.

Nessa temática, fundamental observar que a questão territorial possui três movimentos, conforme dispõe Oliveira (2006), o movimento territorializador compreendido como processo de construção do território, movimento desterritorializador, que consiste na desconstrução do território, por último a reterritorialização - que é a reconstrução do território e ocorre eminentemente após o processo de desterritorialização.

As sociedades pré-capitalistas, nas quais se enquadra a sociedade indígena é uma sociedade territorial legítima. No entanto essas sociedades sofrem os efeitos dos agentes desterritorializadores, que inserem elementos não legítimos em seu território (OLIVEIRA, 2006).

Quanto a forma de atuação dos agentes desterritorializadores na sociedade indígena dispõe Oliveira (2006, p. 28):

Nas comunidades tradicionais a terra é concebida como terra-divindade, e nas sociedades estatais torna-se terra-estado e o capital pode ser considerado desterritorializador das sociedades pré-capitalista. Nesse sentido, o Estado pode ser compreendido como desterritorializador, de modo que o primeiro teorema proposto por Deluze e Guattari confirma a sua validade de análise. Nesta lógica, fica evidente a maneira de como o território é entendido.

Assim sendo, o território pode ser compreendido em inúmeras dimensões e em cada uma delas apresenta características diferentes. A visão de território reconhecida atualmente é a jurídico-política, na qual o território é elemento que compõe o Estado e tem intrínseca relação com a soberania. Todavia essa concepção tem sido colocada em xeque com a nova ordem constitucional que caminha no sentido de reconhecer a plurinacionalidade do território, mesmo sob o prisma estatal.

Seguindo esta linha de território nação é possível conceitua-lo como “O limite espacial onde o Estado exerce seu poder de império”. Tal entendimento é apresentado por Fiorillo (2013, p. 216).

Quanto a questão indígena a sua forma de utilização tradicional é que define o território, sobre esta questão dispõe Haesbaert (2004, p. 37-38):

Território nas perspectivas idealistas: O território também pode ser interpretado a partir do uso dos seus recursos e dos diferentes grupos étnicos (tratando-se dos povos indígenas que são diferentes entre si e diferentes dos demais povos não indígenas) que dele usufruem.

Para as populações indígenas o território carrega uma característica metafísica, essa dimensão metafísica do território para o indígena foi reconhecido no julgamento que versava sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388) no voto do Ministro Relator Ayres Britto (2008):

Somente o 'território' enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo 'terras' é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em 'terras indígenas'. A traduzir que os 'grupos', 'organizações', 'populações' ou 'comunidades' indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como 'Nação', 'País', 'Pátria', 'território nacional' ou 'povo' independente. Sendo de fácil percepção que todas às vezes em que a Constituição de 1988 tratou de 'nacionalidade' e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (...) Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios). (...) A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado 'princípio da proporcionalidade', quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

Por fim, quanto ao território para as populações indígenas é clara a conclusão de que não pode ser interpretado sob a lógica de território comum, em razão de sua estrutura que consiste em um sistema social, o qual mantido pela força da tradição. Conforme o julgado acima o próprio processo de demarcação tem características *sui generis*, a essa questão é possível entender que o relator fez menção a da mobilidade que se baseia o território indígena. Em virtude desta característica de mobilidade não é possível traçar limites inalteráveis, pois está enraizado no ser/viver dessas populações, a característica de movimentar-se.

Como último ponto deste tópico, sobre a natureza jurídica do território indígena, as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas são de propriedade da União, inovação trazida pela Constituição de 1967, tendo garantido a posse permanente e o usufruto exclusivo.

Sobre essas áreas incidem as mesmas características dos bens públicos, ou seja, são inalienáveis³, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva, a definição de bem público e suas características gerais ficou a cargo do código civil, dispõe em seu art. 98 o referido dispositivo legal;

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não disposto a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A natureza jurídica trata-se de tema controverso e gera discussões entre a doutrina clássica e especializada. Na letra do art. 20 da Constituição (1988) trata-se de bem público, porém como já demonstrado é forçado enquadrá-lo em qualquer das classes de bens prevista no dispositivo civil, seja pública ou privada estando em um “limbo jurídico”. Nesta mesma toada preleciona Souza Filho (1998, p. 65):

Evidentemente que as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinada 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, as institutos clássicos do Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro, etc.

Como efeito prático, o Estado com a outorga dominial atribuída à União, criou, para si uma propriedade vinculada ou reservada. A qual se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF,

³ A inalienabilidade que recai sobre o território indígena tem previsão expressa desde o império com o Dec. nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 que regulamentou a Lei imperial nº 601 de 18 de Setembro de 1850, surgiu junto com o conceito de reserva indígena.

art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visava desse modo, proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Quanto a natureza jurídica do território indígena é possível destacar três posicionamentos: o primeiro defende ser o território indígena um bem de uso especial afetado aos interesses da União, sendo o art. 231, o ponto norteador dessa afetação.

O segundo posicionamento acredita ser o território indígena bem dominical, pois não se trata de bem especial ou comum e com base na legislação anterior (art. 66, II do Código civil 1916) é esta a natureza que melhor lhe cabe.

Porém a tentativa de enquadrar o território indígena como bem público (art. 20, XI), conforme faz a Constituição Federal é deveras forçada, pois não se trata de bem de uso comum. Afinal a própria lei restringe o acesso ao território e por ordem constitucional cabe a união protegê-lo.

Por ser destinado a reprodução física e cultural das populações tradicionais indígenas, não se enquadra na categoria de bem dominical e ser for bem especial afetado por destinação constitucional, como tem decidido o STF, se enumera incontáveis exceções para dar a este legitimidade.

Contudo, percebe que o esforço de enquadrar como bem público o território, trata-se apenas de uma tentativa de disfarçar a real natureza *sui generis*, baseada no direito originário dessas populações sobre seu território, o que ocasionaria a perda do domínio do Estado sobre o território. Situação inconcebível na visão nacionalista ainda presente no Estado brasileiro.

Dispõe Souza Filho (2008, p. 123) sobre a natureza do território indígena e impossibilidade de conceber como bem público, não se enquadrando em nenhuma das três modalidades, não sendo afetado, comum ou dominical:

Longe destas três categorias, a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão-somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos costumes e tradições. Não é, portanto, categoria de terra pública. Não é tampouco terra particular, privada, da comunidade ou do povo indígena. Sendo assim, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade, propriedade não é.

Outrossim, uma terceira teoria surge quanto a natureza jurídica do território, a de que o território indígena (e a terra que o compõe) constitui bem ambiental em razão de estar inserido no meio ambiente cultural. Ponto importante a ser destacado

é quanto o caráter fundamental que possui os direitos étnicos e culturais, em razão de estarem intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana (DUPRAT, 2007).

Os bens materiais e imateriais sejam eles tomados de forma individual ou coletiva, trazem consigo referência à identidade, bem como à memória indígena, incluída por força do art. 216, I a V da Constituição (1988). As formas de expressão, os modos de criar, fazer, viver, as criações científicas, artísticas, tecnológicas, as obras, os objetos, os documentos, as edificações e da mesma forma os espaços que se destinam as suas manifestações artísticos-culturais, compõe o denominado meio ambiente cultural.

Por essa lógica, todos os bens que integram esse meio, tem natureza de bem ambiental. O território indígena por ser necessário à sua reprodução física e cultural, está inserido no meio ambiente cultural tendo natureza jurídica de bem ambiental (FIORILLO, 2013).

Tem entendimento consolidado o STF que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

1.3 O DEBATE DA PLURINACIONALIDADE

Por plurinacional entende-se múltiplas nacionalidades, e se refere a um Estado formado por varias nacionalidades. A ideia de reconhecimento das nacionalidades é uma tendência internacional que tem ganhado força nas últimas décadas, principalmente na América Latina.

O reconhecimento do pluralismo busca confrontar o dogma do Estado nacional absoluto que, defende um pensamento monocromático de Estado. Este modelo nacionalista imposto pelos colonizadores europeus, ainda possui forte influência sobre os sistemas legais.

É rica em informação sobre o assunto da plurinacionalidade, a atual Constituição Boliviana que, reconheceu a característica multiétnica do Estado Boliviano. Tornando-se assim um Estado plurinacional. Dispõe o capítulo primeiro que trata de tal modelo de Estado:

Artigo 1. A Bolívia é um Estado Unitário de Direito Social Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Bolívia é baseada na pluralidade e pluralismo político, económico, jurídico, cultural e linguística, dentro do processo integrador do país. (BOLÍVIA, 2007).⁴

A Constituição Boliviana que passou a reconhecer a autonomia dos territórios dos povos tradicionais foi promulgada em 2007. Por outro lado, relevante relatar que à Constituição espanhola aprovada *ad referendum* em 1978, já previa a autonomia de seus territórios.

Verifica-se que a Espanha atual está dividida em 17 regiões, cuja sua autonomia possui reconhecimento constitucional:

Artigo 2. A Constituição baseia-se na unidade indissolúvel da nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que compreendem e de solidariedade entre eles. (ESPANHA, 1978).⁵

Nota-se, que em ambos os casos o reconhecimento da plurinacionalidade compõe a soberania do Estado que integram, não podendo ser outro o raciocínio. Pois o não reconhecimento das inúmeras nacionalidades que compõe o Estado não culmina em outro resultado, se não o enfraquecimento da soberania. Esta coexistência entre autonomia e soberania, trata-se de uma característica do federalismo.

O Estado contemporâneo brasileiro reluta em reconhecer um sistema jurídico diverso do Direito estatal, que é tido como legítimo. Não se enquadra na concepção atual, um território onde não ocorra a incidência da tutela estatal, deixando à margem as instituições nascidas das tradições e costumes indígenas. Tal situação revela uma incompletude do sistema jurídico clássico, que por fim limita o exercício dos direitos desta população. Entre eles o usufruto de suas terras, sobre esta incompletude dispõe Souza Filho (1998, p. 66):

Por outro lado, esta situação de inadequação dos povos indígenas para o

⁴ Tradução nossa. “Artículo 1. Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomias. Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso intregador del país.”

⁵ Tradução nossa. “Artículo 2 La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

sistema jurídico clássico capitalista ou burguês ou contemporâneo, é também uma demonstração da própria incompletude do sistema. E esta incompletude se dá, não por se tratarem de povos que vivem em sociedade não contemporânea, não burguesa nem capitalista, mas por conceberem a vida e a sociedade de forma diferente, e por terem uma cultura e cosmovisão diferentes, relações diferentes e, evidentemente, Direito diferente.

O Pluralismo transcende o pensamento meramente jurídico, trata-se de um fenômeno sociojurídico, pois está relacionado ao meio social e dele provém. Guarda intrínseca relação com a identidade e autoafirmação de um grupo diante do Estado. Acerca das características do Pluralismo preleciona Chagas (2012, p. 110):

Em um cenário mais ampliado, o Pluralismo com fenômeno sociojurídico, inclui uma diversidade constante nas distintas expressões dos grupos sociais, sobretudo pelo fato de buscar compreender os diversos conflitos contemporâneos. Dimensiona-se como um terreno fértil onde educação, cultura, política e outros elementos, se colocam em postura dialógica. O Pluralismo fomenta e sobrevive do diálogo.

A discussão sobre o reconhecimento do Brasil como um Estado plurinacional não é inédita, remonta ao período da república velha. Na elaboração da Constituição republicana brasileira (1891) foi proposta à constituinte que Estado brasileiro se organizasse na forma de duas federações. Sendo uma sistemática, formada pelos estados e outra empírica, formada por uma confederação das populações indígenas brasileiras que possuiriam soberania sobre seu território (SOUZA FILHO, 1998).

Porém, o que a história demonstra foi um silêncio sepulcral das constituições brasileiras, que perdurou até a promulgação da Constituição atual. O resultado deste silêncio é uma influência colonialista, que perdura até os dias de hoje, principalmente no instituto civilista (CHAGAS, 2012).

A atual Constituição (1988), inaugurou o pluralismo no país, caminhando com a tendência internacional de reconhecimento e valorização das diferenças, deixando de lado o já ultrapassado pensamento nacionalista. Quando aplicado a questão indígena, o reconhecimento do pluralismo quebrou com o julgo colonialista que, submetia ao anonimato as populações tradicionais.

Se partir do pressuposto da Constituição (1988) como moduladora das demais normas e estando nela prevista o reconhecimento da pluralidade do Estado brasileiro, torna-se necessário que as demais normas assim procedam. E as normas anteriores a sua promulgação, passem pelo crivo da recepionalidade. O

reconhecimento da pluriétnicidade por parte da Constituição dispõe Duprat (2007, p. 09):

Já agora, passados quase vinte anos da promulgação da constituinte de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco com o referênci inafastável.

O status que reconhece as diversas realidades que integra o Estado, deriva de um longo processo de segregação, desses grupos que galgaram árduos caminhos para romper com uma visão predominante e fazer notada sua existência.

A questão indígena abrange certas peculiaridades, a pluriétnicidade e multiculturalidade, principalmente quando há confronto de valores, seu modo de ser e as normas existentes que por vezes limitam este exercício. Sendo necessário um olhar pormenorizado que momento respeita a autonomia das populações indígenas frente à soberania nacional.

1.4 AUTONOMIA DOS POVOS E TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Autonomia é termo que tem origem na língua grega, tendo por significado “aquele que determina as próprias leis”. A palavra vem da junção do termo *auto*, que significa “por si mesmo” e *nomos* que, por sua vez significa “lei”. É também uma condição em que um indivíduo ou grupo determina suas próprias normas tendo sua atuação em dois momentos, o primeiro teórico e de elaboração e o segundo prático.

Ademais, autonomia e soberania são princípios que caminham paralelamente, a autonomia não invalida a soberania. É possível um Estado soberano ser composto por entes autônomos, a concomitância desses dois elementos é uma característica do federalismo (FIORILLO, 2013)

Em uma análise mais pormenorizada da ideia de soberania, é possível perceber a concepção de Estado arraigada. Tal pensamento foi defendido por Maquiavel em sua obra “O Príncipe”, sendo o princípio que inaugurou o Estado moderno. Sobre esse assunto preleciona também Bonavides (1999, p. 21):

Ao termo da Idade Média e começo da primeira revolução iluminista que foi a Renascença, brilhante precursora da segunda revolução, a revolução da razão, ocorrida no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e

unificador – o de soberania, que ainda hoje é seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadas e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-lo das teorias contemporâneas de poder.

Quanto à autodeterminação dos Nações diz Bonavides (1999, p. 21) admite ser uma medida assecuratória da soberania do Estado, pois “E tais diligências destrutivas da autodeterminação da Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados”.

Nota-se, que autodeterminação no cenário internacional está ligado a uma concepção de estado nação e não de povo, o que mitiga os direitos as populações tradicionais.

Segundo Portela (2011, p. 176) que tece comentários sobre a soberania e sua abrangência a luz do Direito internacional:

A soberania abrange dois aspectos: interno e internacional. No âmbito interno, refere-se a um poder que tem supremacia sobre pessoas, bens e relações jurídicas dentro de um determinado território. No campo internacional, alude à igualdade entre os poderes dos Estados e à independência do ente estatal em relação a outros Estados, tendo como corolários princípios como o da igualdade jurídica entre os entes estatais soberanos e a não intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

O mesmo autor alerta que, com advento da definição de Estado democrático de direito, ou Estado constitucional tratado conforme entende alguns doutrinadores, trouxe o fim da soberania ilimitada, podendo em termos práticos o Estado ser composto por entes autônomos que o compõe de forma soberana;

No passado, a noção de soberania confundiu-se amiúde com a de poder ilimitado. Na atualidade, porém, prevalece a premissa básica do Estado de Direito pelo qual o ente estatal atua dentro de certos limites, estabelecidos internamente pela ordem jurídica nacional e, externamente, pelo direito internacional (PORTELA, 2011 p. 176).

Tal limitação busca evitar que o Estado esconda seus abusos contra seus governados atrás de uma soberania que lhe é garantida, pervertendo o próprio objetivo do instituto que é a proteção e segurança das instituições. É salutar o entendimento surgido no seio da revolução iluminista de que as leis são criadas para livrar o oprimido da mão do opressor e não oprimir através das leis.

Instrumento legal que inaugurou a fase da autonomia dos povos indígenas positivando anseios deste povo foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na qual o Brasil é signatário. Em seu texto o referido tratado

enumera pontos e cria mecanismos a serem implantados, para garantir a preservação dos direitos dos povos indígenas e tribais.

Na leitura do texto da supracitada Convenção, pontos como trabalho, seguridade social e saúde são abordados. Porém cabe neste momento se ater aos dispositivos que versam sobre a autonomia destas populações mais especificamente o artigo 7º. Item 1 que define os povos tradicionais indígenas como protagonistas do seu futuro, concedendo a eles o direito de definir suas prioridades conforme suas tradições.

O artigo 7º.1, *in verbis*;

Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem estar espiritual e as terras que a ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

No campo da jurisprudência, não é expressiva as decisões que versam sobre o tema da autonomia das populações indígenas. Mas em decisão recente o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, reconheceu a possibilidade de punição por parte da comunidade, com base no direito consuetudinário. Afastando assim o poder de punir do Estado para não incorrer no *non bis in idem*.

A decisão exarada em processo crime e confirmada pelo Tribunal do Estado de Roraima na Apelação Criminal nº 0090.10.000302.0 (2015). No caso em comento o Tribunal do referido Estado, reconheceu a autonomia das instituições tradicionais internas da comunidade, fazendo valer a decisão tomada pelos Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá que julgou o crime de homicídio qualificado conforme seu regimento interno.

Dispõe a ementa do supracitado processo:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE.

LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

Na decisão o relator entendeu ter a comunidade autonomia para fazer valer as decisões internas, fundamentou sua fala com base no art. 57 da Lei 6.001/73⁶ e o art. 8º. Item 1 da convenção 169 da OIT⁷ que mencionou ter caráter supralegal. Nas palavras do relator:

Tenho que a compreensão do caso deve ser a que se percebe violado o princípio do “non bis in idem” no presente caso, não porque sejam refratário a novos institutos que possam ser reconhecidos no causuístico judicial, mas apenas porque me parece que o duplo *jus puniendi* poderia ascender um debate paralelo acerca do conflito de jurisdições, e que esse novel instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que haveria violado na espécie princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre este último ponto, se reconhece é de incompetência da jurisdição estatal em razão da matéria, haja vista o anterior julgamento pela comunidade, esvaise a alegada violação ao art. 5º XXXV da Constituição Federal, ademais, o “Duplo jus puniendi”, aparentemente alicerçado na hipótese de que o direito da comunidade indígena é autônomo em relação ao direito estatal, parece criar uma situação paradoxal, pois, a só tempo, afasta certa norma estatal... (Relator: Des. Mauro Campelo, apelação criminal nº 090.10.000302.0 do TJ/RR)

Em suma, aos poucos, os institutos legais brasileiro passaram a reconhecer ao povo indígena a liberdade que lhe é de direito. Liberdade esta que é representada através do reconhecimento da autonomia de seu território e suas instituições tradicionais.

1.5 CONVENÇÃO 169 OIT

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, realizada em 07 de junho de 1989, composta por 44 artigos e 06 resoluções, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5.051/04, dispõe sobre os povos indígenas e tribais. Inaugura a fase do reconhecimento da autonomia dos povos indígenas, na direção contrária ao pensamento integracionista lastreado na convenção anterior.

⁶ Lei 9.001/71. Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte

⁷ Convenção 169 OIT. Art.8º. 1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes e leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.

Na vigência da Convenção 169 (OIT, 1989), é possível perceber o esforço da supracitada Convenção em deixar em evidência a necessidade de garantir a autonomia dos povos indígenas e da emergência na regulação das formas de ocupação de seus respectivos territórios.

A inserção de convenções e tratados internacionais que, versam sobre matéria de direitos humanos, no ordenamento jurídico interno, ainda gera controvérsias entre a doutrina e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF.

Em uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, verifica-se uma tríplice divisão do Pretório excelso quanto ao tema. Dispõe Portela (2011, p. 992):

Em outras palavras, o STF oscilou entre três entendimentos desde 2007; a equiparação dos tratados de direitos humanos à lei ordinária, que foi abandonado; a supralegalidade, que é atualmente o entendimento majoritário, e a constitucionalidade material, noção ainda minoritária, mas que já apareceu em votos dos ministros do Pretório Excelso.

O posicionamento ao caráter supralegal das normas inseridas por tratados internacionais de natureza humanitária, foi dado em julgamentos do Supremo Tribunal Federal em casos que versavam sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel que, culminou na publicação da Súmula vinculante 25.

Em síntese, os julgados colocaram os instrumentos internacionais que versam sobre tal disciplina em um status de supralegalidade, estando abaixo da Constituição (1988), porém acima das leis ordinárias⁸.

É possível que o tratado absorva natureza de emenda constitucional, para tanto é necessário que seja submetido ao rito previsto no art. 5º, §3º devendo ser discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, por dois turnos. Sendo necessário a aprovação por 3/5 do número total de congressistas em cada casa, conforme prevê o art. 60 §2º ambos da Constituição (1988).

Conforme apresentado acima o instrumento internacional que versa sobre direitos humanos, possuirá natureza de emenda constitucional. Nos demais casos sua natureza será supralegal, conforme já foi elucidado.

Aos tratados celebrados em âmbito internacional, que não versam sobre direitos humanos, estes possuem caráter infraconstitucional, equiparando-se a leis

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 90.172/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05.jun.07 DJ 17.08.07, p.91. Ver também: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 03.dez.08. Dje 104.

ordinárias, obedecendo o rito do art. 49, I da Constituição (1988), tendo a votação por quórum simples.

Tem sido frequente a discussão quanto a inserção dos direitos previstos nos tratados de caráter humanitário, no rol de direitos fundamentais disposto na Constituição Federal (1988). A base para esse pensamento tem suporte no art. 5º §2º da Constituição (1988), também conhecida “clausula de abertura dos direitos fundamentais”, que por sua vez dá lastro a relativização dos direitos fundamentais.

É de salutar importância a referida discussão, pois na Convenção 169 da OIT, estão previstos inúmeros direitos, muitos deles já adotados no texto constitucional. Chamam a atenção por sua especificidade dois direitos, o primeiro que trata da autonomia do território indígena, previsto no art. 7º e seguintes e o segundo que versa sobre a garantia do acesso à terra previsto no art. 13 e seguintes, ambos da Convenção 169 OIT.

Quanto ao acesso à terra resolve-se com a elevação a direito fundamental do texto do art. 231 da Constituição Federal, porém quanto a autonomia do território o debate se torna mais complexo, pois não há um reconhecimento de territórios autônomos dentro do Estado Brasileiro.

O entendimento é que o Brasil é um país multiétnico, mas não plurinacional. Reconhecer a autonomia desses territórios vai em desacordo com o atual entendimento nacionalista e coloca em xeque textos de leis como as ressalvas previstas no 231 da CF. Pois conceder o status de direito fundamental advém com prerrogativas, uma delas é a prevalência destes sobre os demais direitos.

O tema que se relaciona a questão discutida acima dos tratados de direitos humanos e a sua aplicabilidade é o Princípio da primazia dos direitos humanos nas relações internacionais que está previsto no art. 4º, II da Constituição Federal (1988). O referido princípio possui reflexos tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno. A adoção de tal princípio significa a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo quando em confronto com a soberania do Estado.

A síntese quanto ao princípio da primazia dos direitos humanos nas relações internacionais é feito com maestria por Portela (2011, p. 983), dispõe o referido autor que;

Com isso, o princípio da primazia dos direitos humanos nas relações

internacionais implica que o Brasil deve incorporar os tratados quanto ao tema ao ordenamento interno brasileiro e respeitá-lo. Implica também que as normas voltadas à proteção da dignidade humana em caráter universal devem ser aplicadas no Brasil em caráter prioritário em relação as outras normas, o que, entretanto, nem sempre acontece na prática jurídica [...].

Quanto aos reflexos no âmbito interno, a adesão de um estado a um tratado leva a conclusão lógica da sua aplicação em seu território. Sendo assim o Estado que adere deve criar mecanismo internos visando efetivar o que foi acordado no âmbito internacional.

A celebração do tratado internacional é ato privativo do Presidente da República, mas para que tenha efetividade é necessário aprovação do Congresso Nacional que deverá exarar um decreto legislativo e por fim, o chefe do executivo deve confirmar através de decreto presidencial.

Porém, há doutrinadores que defende que os tratados que versam sobre direitos humanos passem a ter validade a partir do decreto legislativo exarado pelo Congresso Nacional, em razão da imediata aplicação dos tratados de matéria humanitária. Sendo o decreto por parte do chefe do executivo nacional, mero exaurimento do feito, pois sua vontade já foi manifestada no momento da assinatura do tratado.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto ao tema em suas decisões confirmando que, para ter validade é necessário cumprir todos os passos do rito de aprovação, elegendo como marco definidor de validade, o decreto presidencial.

2 POSSE PERMANENTE E USUFRUTO EXCLUSIVO

Quando se trata do território indígena a União é nu-proprietária, conforme art. 20, XI da Constituição (1988), pois o entendimento majoritário atual é que trata-se de um bem público constitucionalmente afetado aos interesses do Estado. Tendo os indígenas a posse permanente que é exercida através do usufruto exclusivo na forma do art. 231, §2º da Constituição.

Conforme já apresentado no tópico sobre territorialidade, a visão do indígena sobre a terra difere da sociedade envolvente, pois ele a concebe como território. Logo sua ideia de posse também é distinta, pois trata a posse como uma exteriorização do domínio, uma *ius possidendi*, ou seja, um direito de possuir aquilo que é seu e por direito e por um desdobramento lógico o usufruto para o indígena não condiz com o previsto na legislação, pois trata-se de um exercício do domínio.

As teorias tradicionais de posse de Savigny e Ihering não contemplam de maneira satisfatória a ideia de posse indígena garantida na constituição e as justificativas apresentadas para a aplicação dos institutos clássicos parecem deveras forçadas.

Sobre essa diferença repousa a celeuma sobre posse na questão indígena, pois para compreender posse e usufruto no contexto indígena é preciso levar em consideração suas crenças e costumes, intrinsecamente ligados ao conceito de território. Pois o território indígena é o cenário principal onde incidem a posse e usufruto, em razão dessa peculiaridade a Constituição (1988), previu institutos próprios no art. 231, §2º.

Quanto ao instituto da posse permanente descrita na Constituição, não resta dúvida ser diferente do instituto clássico, para tanto basta uma leitura do art. 231 da Constituição, onde interliga esse instituto ao exercício do domínio das terras tradicionalmente ocupadas. Todavia o instituto descrito na Constituição pode ser encarado como uma modalidade da posse clássica ou uma modalidade *sui generis*.

Por uma questão lógica o mesmo acontece com o usufruto que, para doutrina clássica trata-se de um direito de fruir de coisa alheia. Uma análise rápida levaria a crer que tal instituto compreende a situação indígena, porém em uma visão pormenorizada se extrai pontos bem divergentes entre o usufruto civil e o indígena. Pois aquele tem seu fim com a morte do usufrutuário e não implica sobre ele os direitos de herança, o que vai na direção contrária do instituto constitucional que,

tem em sua cerne a perpetuação do modo de vida tradicional indígena.

Em uma visão geral atualmente o território indígena é uma propriedade pública, com natureza de bem público afetado por ordem constitucional, de posse privada, todavia coletiva, esta distinção é dada por Souza Filho (1998, p. 121);

A lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus território, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente.

O território indígena trata-se da própria sobrevivência desta população, em razão da relação desses povos com o meio ambiente. Um povo sem seu território está ameaçado de perder suas referências que é o elemento que lhe identifica.

É claro que esta solução é de difícil compreensão para quem está acostumado à aplicação dogmática do direito, porque fica até relativamente fácil de entender a propriedade pública destas terras, mas difícil de aceitar que a terra não é individual (SOUZA FILHO, 1998, p. 121-122).

Na legislação Argentina é reconhecida a posse e a propriedade, um *ius possidendi*. Em contraponto, o direito brasileiro parece reconhecer atualmente um direito de posse (BARRETO, 2003).

A definição de posse que incide no território indígena é primordial para entendermos seus desdobramentos, pois toda cadeia lógica decorrente da posse se modifica. Os efeitos, formas de aquisição e perda passam a ter características próprias em razão da origem do instituto.

2.1 CONCEITOS TRADICIONAIS DE POSSE E USUFRUTO

A origem da posse, apesar de levantar posicionamentos diversos, se afunilam em duas posições doutrinárias, a primeira sustentada por Savigny com base na teoria de Niebuhr, que acredita que a posse teve origem na divisão de lotes das terras conquistadas pelos romanos, que era dado a título precário aos cidadãos.

Para Savigny (*apud* DINIZ, 2004, p. 36) “a posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considera-la sua e defende-la contra a intervenção de outrem”, sendo extraído desse conceito dois elementos o *corpus* e o *animus*, pois não bastaria ter sob seu domínio a coisa, seria necessário a intenção de ter a coisa como sua, essa teoria é conhecida como teoria subjetiva da posse em

razão do critério subjetivo do *animus*.

A segunda teoria defendida por Ihering acredita que a posse originou-se dos conflitos ocorridos na fase das ações reivindicatórias. Em razão desses conflitos o pretor outorgava uma modalidade de guarda ou detenção ao reivindicante de forma provisória, mas que por fim se consolidou em razão da inércia das partes.

Com o passar do tempo foi substituída a decisão arbitrária do pretor, por elementos lógicos, concedendo o objeto do litígio ao litigante, que melhor comprovasse sua relação com aquele. O aperfeiçoamento dos institutos jurídicos culminou no que hoje, uma ação jurídica própria.

Posse para Ihering (*apud* DINIZ, 2004, p. 39) “nada mais é do que uma exteriorização da propriedade”, não sendo concebível uma sem a outra, ele não faz a dicotomia de *corpus* e *animus* de Savigny, defendendo que o *animus* é absorvido pelo *corpus*, pois este está caracterizado pela maneira que o proprietário age em relação a coisa. Devido a univalência do *corpus* essa teoria ficou conhecida como teoria objetiva.

O Código Civil atual, conforme melhor doutrina, adota a teoria objetiva de Ihering. Dispõe sobre posse o art. 1.204 do Código Civil;

Art. 1.204. adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Posse como exteriorização da propriedade;

Portanto, numa segunda conclusão, poder-se-ia dizer que a posse se distingue da propriedade, mas o legislador, querendo proteger o proprietário, assegura o possuidor até que se demonstre não ter ele a condição de dono. Tal proteção, que se estriba numa preocupação de harmonia social, é transitória e sucumbe frente à prova do domínio (RODRIGUES, 1999, p.17).

A posse exercida pelo indígena em seu território não se confunde com a descrita no Código Civil. Não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, mas sim, uma posse como *habitat*, que objetiva garantir a perpetuação dos usos e costumes dos grupos indígenas.

Quanto ao usufruto das terras indígenas é necessário partir dos conceitos gerais enumerados pela legislação, doutrina e jurisprudência, a base legal do referido instituto encontra previsão no art. 1.390 do Código Civil;

Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou em parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

O usufruto clássico tem seu fim com a morte do usufrutuário, não sendo passível de herança. Sobre esta recai primordial diferença do usufruto clássico para o usufruto indígena, sendo que este se fundamenta essencialmente na perpetuação dos usos e costumes das populações indígenas.

Como pano de fundo da discussão de posse e usufruto e sua aplicação ao território indígena, está o conflito de valores da liberdade de propriedade e proteção do modo de ser e viver. No âmbito internacional a tendência tem sido sobrepor os direitos fundamentais e transindividuais, sobre aquelas de natureza individual.

2.2 POSSE PERMANENTE

A posse descrita no art. 231, §2º da atual Constituição, não se trata da posse prevista no Código Civil, pois não se limita ao poder do indivíduo sobre a coisa com o simples intuito de fruição. É substancialmente uma *possessio ab origine* que está vinculado a uma relação de posse como habitat e não meramente material.

A posse permanente destina-se a proteção das terras tradicionalmente ocupadas. E por terras tradicionalmente ocupadas, aquelas de ocupação imemorial e “as utilizadas para suas atividades produtivas” e também “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários o seu bem-estar” e “as necessárias a sua reprodução física” ambos conforme o texto do art. 231, §1º da Constituição.

A Lei 6.001/73, o Estatuto do Índio, já previa a posse permanente em seu art. 22, *in verbis*;

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União.

O mesmo instituto legal (Lei. 6.001/73) tenta no artigo seguinte traçar alguns parâmetros do que seria a posse para o indígena:

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra

que, de acordo com o uso, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Em razão do traumático processo histórico sofrido pelas populações indígenas, que cada vez mais viu limitado seu território. A posse permanente vem a ser uma garantia de proteção dos desmandos do Estado, para ter preservado de forma permanente seu habitat.

A posse permanente amarra a inamovibilidade das populações indígenas dos seus territórios, ação muito difundida na década de 1970, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional vinculado a catástrofe ou epidemia que coloque em risco essas populações ou a soberania nacional conforme o art. 231, §5º.

2.3 USUFRUTO EXCLUSIVO

A Constituição Federal traz em seu art. 231, § 2º que as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas se destinam ao seu usufruto exclusivo. Há semelhanças entre a visão civil clássica de usufruto e o usufruto exclusivo da Constituição Federal (art. 231, §2º), pois para a visão civil clássica do instituto do usufruto sua finalidade é o bem estar, o mínimo necessário do usufrutuário.

Após processo próprio de demarcação da terra indígena a mesma é registrada em cartório como sendo proprietária a União e usufrutuários os indígenas, na forma que dispõe o art. 1.392 do Código Civil *“art. 1.392. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de registro de imóveis.”*.

A discussão atual repousa sobre o adjetivo “exclusivo” dado pela Constituição. Pois mesmo com semelhanças o usufruto indígena não pode ser confundindo com o usufruto clássico. Na interpretação do termo exclusivo é possível destacar os seguintes entendimentos.

Por exclusivo a Constituição buscou reservar o direito de fruição aos indígenas, não sendo possível haver a participação da sociedade envolvente nos frutos advindos do território indígena. Porém a própria Constituição parece esclarecer esse ponto no art. 231, §3º, o referido artigo dispõe sobre a lavra e pesquisa de riquezas minerais, onde é garantido, após ouvida as comunidades

afetadas, a participação no resultado da lavra.

Art. 231. [...]

§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do congresso nacional, ouvida as comunidades afetadas, ficando-lhes asseguradas a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Se na letra da Constituição diz que é assegurada uma participação, abre espaço para interpretação, que iniciativa para lavra de minerais pode não partir da comunidade indígena, apesar de haver a obrigação de consultá-la. Sendo uma ação estranha a comunidade indígena advém da sociedade envolvente. Não tendo o adjetivo “exclusivo” a intenção de impedir possíveis participações nos frutos por parte de agentes estranhos a comunidade.

É possível entender que, por usufruto exclusivo quis a Constituição reservar o direito de fruição das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, limitando-o os destinados a sua atividade produtiva, as atividades imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar, e sua reprodução física e cultural.

Parte da doutrina especializada questiona as interpretações dadas ao usufruto indígena. Pois por usufruto exclusivo não se trata de utilização exclusiva do território ou utilização limitada, e sim de uma reafirmação da indisponibilidade do direito de fruição, que incide sobre o território. Conforme art. 231, §4º, esse entendimento é defendido por Souza Filho (1998, p. 122):

O usufruto exclusivo quer dizer somente que não é transferível para qualquer apropriação e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do resultado pode dispor.

Na prática os indígenas são os mais prejudicados por essa imprecisão legal. Pois não podem se utilizar das riquezas do seu território, ficando a mercê de políticas públicas de assistencialismo, que estão aquém de atender a atual demanda das populações indígenas. Quanto a essa situação é clara a lição de Stefanini (2012, p. 151);

Não podem estes brasileiros explorar a madeira (que poderiam com sustentabilidade auferir significativos resultados financeiros) em suas áreas

demarcadas pelas mesmas restrições impostas aos demais brasileiros. Fica restrito seu uso exclusivo à exploração de lavouras já que a pecuária demanda vultosos capitais e investimentos de que estes brasileiros não dispõem, relegando proibitivo; tampouco tem eles acesso ao crédito rural se não assistidos pelas instituições competentes.

A discussão tem chegado aos tribunais que, tem sinalizado por compreender usufruto exclusivo, como direito de fruir apenas dos usufrutuários originários. Não sendo passível a participação de agentes estranhos a comunidade.

2.4 POSSE IMEMORIAL

Por posse imemorial entende a ocupação indígena secular que, não pode ser datada. Porém tenta se fazer acreditar que, apesar de não datada a posse imemorial, pode ser comprovada, no entanto não foi este o meio escolhido pela Constituição para definir a ocupação indígena.

A Constituição Federal (1988), utilizou em seu art. 231, §1º do termo “tradicionalmente ocupadas”, elegendo a “tradicionalidade” como definidora da ocupação indígena. Sendo prejudicada a questão da imemorialidade. Por ocupação tradicional, entende-se a utilização da terra nos moldes do art. 231, §1º, ou seja, para fins de reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Esse pensamento caminha de acordo com o disposto no artigo 216, II da Constituição (1988), que versa sobre os direitos de criar, fazer e viver. O estudo do direito territorial se apresenta como uma saída, as formas de ocupação não previstas nos institutos existentes. Vale salientar que tais direitos possuem caráter fundamental, sendo sua aplicação imediata.

Em razão da valorização desses direitos a ocupação indígena não pode limitar-se a marco temporal, ela está ligada a forma de viver dessas populações. Quanto a esta questão preleciona Chagas (2012, p. 104-105):

Na perspectiva do reconhecimento, os Direitos territoriais se caracterizam ainda pelo sentido da “tradicionalidade”. O tradicional descarta a pretendida imemorialidade. Esta asserção, advogada principalmente por setores ruralistas, tenta demarcar o direito à terra exclusivamente àquelas situações “comprovadas” de vínculo secular de ocupação, ou seja, situações de prova impossível.

A ocupação indígena é objeto de estudo do direito territorial, com o reconhecimento da pluriétnicidade. Este ramo do direito ganhou destaque, ao

investigar as ocupações, que em razão de sua natureza *sui generis*, não se enquadram devidamente aos ditames do direito civil ou agrário. Tais como a posse permanente, usufruto coletivo, e uso concedido.

2.5 TERRAS RESERVADAS

É assegurado a União, reservar áreas para ocupação das populações tradicionais indígenas, com intuito de garantir a sobrevivência dessas populações e a preservação do seu modo de vida. Atualmente somam 37 as áreas adquiridas para esta fim e outras 18 em vias de aquisição.

As reservas indígenas, no entanto não são os territórios de ocupação originária. As populações ali inseridas estão em um ambiente diverso do seu habitat inicial. Tal situação pode ser explicada devido, a forma que se deu o processo de colonização de seu território. Onde os indígenas foram banidos e com o decorrer do tempo foi perdido o contato dessa população com seu território. Sendo necessário levar em consideração a especificidade do caso em questão.

O julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3388), definiu como marco temporal à Constituição de 1988, ou seja, considera-se terra tradicionalmente ocupadas, aquelas sob o domínio das populações indígenas, até 05 de Outubro de 1988, salvo no caso de renitente esbulho.

A ressalva do renitente esbulho se encontra nas palavras do Ministro Relator do processo em comento, Carlos Ayres Britto (2008);

A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'.

A Lei 6.001/73 traz quatro modalidades de terra destinada a ocupação tradicional, sendo elas a reserva indígena, parque indígena, colônia agrícola e território federal indígena, cada um com as suas peculiaridades. Todavia não parece ser esse o melhor entendimento. O art. 27 da referida lei, dita a finalidade da Reserva indígena, "Art. 27 – Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficiente a sua subsistência".

Há questionamento na doutrina se a reserva indígena gozaria de todas as prerrogativas descritas no art. 231 da Constituição (1988), que versa sobre as terras tradicionalmente ocupadas, já que conforme apresentada acima são conceitos diferentes.

Em uma leitura do art. 27 da Lei 6.001/73 é possível verificar similitudes entre a terra reservada e as terras tradicionalmente ocupadas, principalmente quanto a destinação de preservação e perpetuação da cultura dos povos tradicionais indígenas.

Uma possível solução é compreender que as terras reservadas quando entregues a ocupação indígena, por afetação passam a ter todas as características jurídicas das terras tradicionalmente ocupadas, fazendo jus as prerrogativas do art. 231 da Constituição (SOUZA FILHO, 1998, p. 130).

Porém esse pensamento não é unânime, há corrente doutrinária que defende ter as terras de reservada natureza distinta da prevista no 231 da Constituição (1988). Não fazendo jus as prerrogativa previstas no texto constitucional. Sendo esse o interesse do legislador que previu essa modalidade, para garantir uma maior liberdade do ente federal para com a terra.

2.6 LIMITE COMERCIAL E TRADICIONAL DE UTILIZAÇÃO DA TERRA INDÍGENA

É preciso se ater a questão dos limites da utilização do território indígena, pois é um tema sensível, controverso e tem provocado discussões inúmeras nos tribunais e nos autores que se aventuram em tecer algumas linhas sobre o tema.

A utilização do território indígena é composta por duas fronteiras: a primeira referente a relação comercial que deve obedecer as regras gerais, que regulam a atividade praticada no caso concreto, a segunda está ligada a cultura, para esta não há limite.

Essa divisão gira em torno da ordem constitucional de preservação do habitat e perpetuação da cultural tradicional indígena. Se justifica a utilização cultural ilimitada do território indígena e de outra maneira não poderia ser, já que a utilização na forma cultural tende a ir de encontro com os anseios da ordem constitucional. Pois a cultura dos povos indígenas se fundamenta na preservação do meio ambiente, com fins de garantir a sua manutenção.

Porém a utilização comercial é despida dessa finalidade de preservação e por

vezes vai em direção contrária a esta. Por essa razão, não há que fazer jus a mesma proteção dada a utilização cultural. Porém não é vedada, já que a constituição garante o usufruto exclusivo. Dentro deste conceito de usufruto exclusivo encontra os limites acima citados.

Quanto utilização comercial do território indígena gera polêmica, por ser prática econômica, vista como estranha a comunidade indígena. Por se tratar de uma atividade capitalista, e como já apresentado o capitalismo é um dos responsáveis pela desconstrução do território indígena.

Porém nada obsta a sua utilização comercial, desde que, respeitada as regras gerais que recaem sobre a atividade. Vale ressaltar que, entre os limites impostos a atividade comercial está a proteção a perpetuação da cultura, ou seja, não é possível utilizar-se da terra indígena de forma a prejudicar a forma de ocupação tradicional.

Quanto aos limites da utilização vinculada a subsistência e perpetuação da cultura, não há limites, e nem poderia, pois seria uma violação ao texto constitucional e iria em contrassenso ao próprio objetivo do reconhecimento do território indígena e instituição da terra indígena.

Tal entendimento parece ser adotado pelo Estatuto do Índio que em seu art. 46, permite o corte de madeira relacionada a programas de exploração e aproveitamento da terras.

Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra g e § 2º, do artigo 3º, do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.

A pesca em período de defeso é um exempla citar, pois neste período fica proibida a pesca esportiva e comercial, com o intuito de garantir a preservação da espécie (reprodução do peixe). Todavia a pesca tradicional exercida por populações indígenas não se submetem a esta regra, por força da norma constitucional.

Entretanto, o mesmo não se aplica a pesca realizada por indígena com intuito comercial. Neste caso não faz jus a supracitada proteção, incidindo sobre esta atividade a regra geral. Uma vez que a prática comercial não é vedada, no entanto não faz jus a proteção constitucional.

O profissional que exerce a pesca artesanal, é caracterizado pelo trabalho

pouco mecanizado, utilizando-se de mão de obra familiar. A estes profissionais é garantido o seguro desemprego (salário defeso) no período de defeso.

Os tribunais tem entendido que as populações indígenas que tem inserido no âmbito da comunidade, a pesca para a subsistência fazem jus a este benefício. Esta parece ser a solução encontrada para fazer respeitar duas ordens constitucionais, a saber: a proteção ao meio ambiente e a proteção ao modo de viver indígena.

Os limites comerciais e culturais encontram-se dentro do direito de usufruto exclusivo previsto no art. 231, §3º da Constituição. Esses dois limites representam dois grandes círculos, onde estão inseridos os demais limites do usufruto indígena, que ditam como se deve proceder as demais de utilização do território.

3 TERRAS INDÍGENAS COMO TERRAS DA UNIÃO: VARIÁVEIS, LIMITES E OUTRAS SIGNIFICAÇÕES

É por meio do usufruto exclusivo que os indígenas perfazem os frutos advindos do seu território. Porém a garantia de usufruto exclusivo, não permite que o indígena utilize a terra da forma que bem entende. Conforme já apresentado em tópico anterior, os limites de utilização vinculam a duas grandes fronteiras: a da utilização cultural e da utilização comercial, sendo esta última subdivididas em inúmeros ramos.

O que se busca atualmente é proporcionar as comunidades indígenas, formas de utilização sustentáveis do seu território, de forma a atender as demandas crescentes das comunidades. Que modificaram-se com o contato com a sociedade envolvente. A visão do modo indígena desprovido de conforto se baseia em uma visão eurocêntrica que, não coaduna com a realidade.

Todavia, deve ser ouvida a população indígena sobre todo o projeto executado dentro do território. A iniciativa deve partir da própria comunidade sob pena de desrespeitar, a própria ordem constitucional de preservação do modo de vida tradicional indígena.

Vale ressaltar que, nas situações de utilização não tradicional, deve ser respeitado as regras legais gerais, principalmente quando da utilização de recursos naturais. Pois nestes casos há o confronto com a norma Constitucional, prevista no art. 225 da Constituição Federal, que garante a todos o direito ao meio ambiente equilibrado. Nota-se que, com a expressão “todos” consagra na Constituição os chamados direitos transindividuais, sendo estes os direitos que transpassam o indivíduo (FIORILLO, 2013).

O respeito ao meio ambiente trata-se de outro limite a ser enumerado, quando não ligado a utilização tradicional, pois sua má administração não prejudica apenas a população indígena, mas toda a população em geral.

3.1 A EXTRAÇÃO DE MADEIRA EM TERRA INDÍGENA E A PRESERVAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS

A extração de madeira de reserva indígena, apesar de não ser tema tão sensível quanto a exploração de material mineral, requer certa atenção quanto a

seus limites. Os recursos florestais se encontram entre as “riquezas do solo” na qual é garantido ao indígena o usufruto exclusivo na forma do art. 231, §2º da Constituição.

A extração de recurso florestal é lícita, porém se utilizado para fins não tradicionais deve obedecer a legislação ambiental. O corte de matéria prima florestal está condicionada a autorização dada pelo órgão competente, salvo na hipótese prevista no art. 23 da Lei 12.651/12, que não exige a autorização. Por órgão competente, entende ser tanto o de assistência ao índio, ou seja a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), quanto o órgão que compõe o SISNAMA, sendo este o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA).

Vale frisar que a construção de um plano de manejo com o objetivo de extrair de forma equilibrada, pode servir como uma possibilidade de construção de uma economia sustentável, para as populações indígenas e uma saída para o corte ilegal. Que tem sido a causa de conflitos externos e internos para as comunidades. Entretanto, a iniciativa de implantar o plano de manejo deve partir da própria comunidade.

O novo Código Florestal (Lei 12.651/12), condiciona a exploração florestal ao licenciamento pelo órgão competente que, se dará na aprovação do Plano de Manejo Florestal Sustentável – PFMS (art. 31 da Lei 12.651/12), que deve cumprir os requisitos disposto em lei (art. 21 da Lei 12. 651/12):

Art. 31. A exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, ressalvado os casos previstos nos arts. 21, 23, 24, dependerá de licenciamento pelo órgão competente do SISNAMA, mediante aprovação prévia de plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS que contemple técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea fore.

O Estatuto do Índio, em regra veda o corte de madeira, por entender que sobre as florestas indígenas, incide um regime de preservação permanente. Porém prevê a possibilidade de exploração, condicionado a elaboração de programas e projetos. Dispõe em seu art. 46:

Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra “g” e §2º, do art. 3º, do Código florestal, está condicionado a programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.

Porém, apesar de não haver unanimidade o referido dispositivo do Estatuto

do Índio, encontra-se revogado pela Lei 12.651/12 (novo Código Florestal), que equiparou as terras indígenas às pequenas propriedades rurais, quanto a regulação das áreas de preservação (LIMA, 2011).

A doutrina especializada entende ser o plano de manejo para exploração de madeira, a política mais adequada para combater a exploração ilegal, justifica essa tese em razão de ser um projeto que cria um comprometimento por parte da comunidade. Todavia não é motivo para que o Estado não cumpra com o dever de fiscalizar (VILLARES, 2009).

Quanto a exploração do território indígenas, seja de material florestal ou não, esbarra em uma controvérsia. Na hipótese de incidir no mesmo espaço geográfico o território indígena e uma área de preservação permanente, haveria confronto de interesses.

Há entendimento que havendo conflito entre a utilização comercial do território indígena e área de preservação permanente, deve prevalecer a área de preservação. A resposta fica lógica quando se entende a preservação do meio ambiente, como uma garantia constitucional que afeta a todos. E a utilização comercial uma situação que envolve um grupo específico, nesse conflito de valores por questões deve prevalecer o direito de caráter transindividuais. Em razão de sua abrangência.

Porém, no conflito em que esteja em voga a utilização cultural e a proteção do meio ambiente, visualizar o direito que prevalece, requer uma maior atenção, devendo ser analisado o caso concreto. No entanto entende que em regra deva prevalecer a utilização cultural, pois nesta situação o direito que se discute é a preservação do modo de viver, que trata-se de um direito transindividuais.

A discussão sobre a incidência de unidades de conservação é mais profunda, transcendendo a situação da utilização comercial ou tradicional. Essa situação é muito criticada por Souza Filho (1998). O autor sustenta que, a terra indígena é uma unidade de conservação destinada ao uso culturalmente estabelecido, por ter legislação especial deve prevalecer sobre as regras gerais e por essa razão não incide as restrições inerente as Unidades de Conservação.

Por fim, a possibilidade de exploração da matéria florestal para fins econômicos comerciais não é vedado, porém carece de obedecer os requisitos previstos em lei. Na prática para que se efetive esse direito é necessário a boa vontade dos órgãos responsáveis, já que na maioria das vezes as populações

indígenas não possuem estrutura para elaborar o plano de manejo.

3.2 AS CONCESSÕES DO DNPM E A EXPLORAÇÃO MINERAL: IMPACTOS E POSSIBILIDADES

A mineração é a atividade com maior impacto no meio ambiente, pois repercute tanto na questão ambiental quanto na questão social, atingindo todos os atores envolvidos no processo de exploração. Não são raros os casos que, além dos danos causados a natureza, a exploração mineral causa também degradação nas relações humanas.

Quanto a questão indígena a exploração mineral é tema ainda mais sensível. Vem de um problema histórico, pois a cobiça pela metal, não só foi a razão do fim de muitos povos da Américas, como ainda hoje causa tristeza a essas populações. O povo Yanomami vê com temor o ouro que se esconde sob suas terras. Conforme relato descrito por Souza Filho (1998, p. 137-138).

Velho saber Yanomami conta que o ouro, enquanto está sob a terra é manso e não causa nenhum mal, mas quando o retiram de lá e o queimam, sua fumaça, chamada *xawara*, se espalha por toda a terra e onde vai chegando traz doença, guerra, fome e miséria. Esse saber yanomami vem se tornando exasperante realidade. Invasão do território, massacres e doenças tem violentado este pacífico povo, o último no mundo de população expressiva (20.000 pessoas) a viver sem contato com a chamada civilização.

Entre os danos causados pela mineração, está a degradação do solo, contaminação da água, desvio do curso dos rios, podendo até desconfigurar a formação geológica do território. No âmbito social ocasiona a desigualdade, em razão do contato com os exploradores, são inseridos elementos estranhos a comunidade. Por se tratar de uma atividade majoritariamente masculina, não são raros os casos de relacionamento interétnico entre os garimpeiros e as índias das comunidades próximas, quase sempre na forma violenta resultam em estupro, na melhor das hipóteses pode haver o casamento que durará até o minério se esvair. Quando então a família é deixada para trás para se lançar rumo uma nova empreitada (VILLARES, 2019).

Quanto ao aspecto jurídico a mineração trata-se de uma atividade controlada pelo Estado, a Constituição faz a divisão das jazidas, em lavra ou não e outros recursos minerais distintos do solo, vinculando a sua exploração à União. Tais

características estão numeradas no art. 176:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Quanto a titularidade dos recursos minerais, dispõe o texto constitucional “Art. 20. São bens da União: IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, nota-se que a leitura do referido artigo não abre margens para interpretação. É clara a posição adotada pelo constituinte sobre a natureza dos recursos minerais.

Fica claro a intenção do Estado em fazer uma divisão da propriedade do solo e da propriedade dos recurso minerais. Este último por previsão só possui um proprietário que é a união, podendo esta usufruir, dispor e gozar, através de empresa pública constituída para esse fim ou por concessões à terceiros.

Da leitura dos textos legais anteriores surge duas possibilidades de interpretação: a primeira que ao território indígena não se aplica as restrições impostas a propriedade pública e privada, pois os povos indígenas possuem o usufruto pleno do solo, incluindo as riquezas minerais. A segunda de que ao território incidi sim as restrições, pois iguala-se a propriedade pública ou privada.

Ambas as possibilidades são possíveis, já que o sistema jurídico brasileiro não reconhece uma total independência do território. Apesar de o reconhecer como uma posse privada, todavia não é uma propriedade privada, fazendo com que não se retire todo o poder dessas populações sobre o território (SOUZA FILHO, 1998).

Abre espaço neste momento para uma crítica, pois mais uma vez as populações indígenas veem seu direito de ocupação, exercício do domínio, restringidos pela falta de regulamentação de uma atividade. De forma mais profunda, uma restrição em razão da imprecisão dos conceitos aplicados.

Para que se prossiga é importante fixar alguns pontos, é necessário entender que pesquisa mineral, refere-se aos trabalhos necessários à definição de jazida, avaliação e determinação do seu valor econômico desta (art. 13 do Dec. Lei 227/67). Por lavra entende-se o conjunto de operações coordenadas objetivando o

aproveitamento industrial da jazida, perfazendo desde a extração até o processo de beneficiamento (art. 36 do Dec. 227/67).

Por garimpagem, entende-se o trabalho individual com a utilização de utensílios rudimentares ou afins, na extração de minerais preciosos, semipreciosos, metais e não metais, valiosos, em eluvião ou aluvião, entre outros disposto no art. 70, I do Dec. Lei 227/67. A faiscação, trabalho individual, se assemelha a garimpagem quanto a utilização dos instrumentos, com fim de extrair metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, conhecidos na forma genérica de faisqueiras.

Por último à cata, trabalho individual, que se assemelha aos dois primeiros quanto à forma rudimentar, exercendo a atividade nos afloramentos dos filões e veios, extraindo substâncias minerais úteis, sem a utilização de explosivos, conforme art. 70, III do Dec. Lei 227/67.

Ponto problemático quanto a questão da exploração mineral em terra indígena, tem sido as concessões de exploração dadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM anteriores a Constituição Federal de 1988 que inaugurou uma nova fase nas questões indígenas.

O debate encontra-se na seguinte situação, antes da promulgação da atual constituição o DNPM concedeu alvarás permitindo a pesquisa e lavra em diversos territórios indígenas, com o advento do art. 231, §3º da atual Constituição. Passou-se a exigir consulta prévia das comunidades afetadas, aprovação do Congresso Nacional e inaugurou uma nova forma de entender o território. Sendo assim as concessionárias não estariam de acordo com as atuais exigências, não podendo a partir de então exercer a atividade de pesquisa ou lavra no território.

Todavia, as concessionárias alegam direito adquirido em razão de já estarem atuando no interior do território indígena. E utilizaram como fundamento o art. 43 da ADCT⁹ que validava os títulos das concessionárias que estivessem com seus títulos ativos na data da promulgação, tendo até 1 (um) ano para iniciar as atividades. Quanto a esta questão assevera Souza Filho (1998, 140):

Independentemente desta especial proteção dada pela Constituição às

⁹ ADCT. Art. 43. Na data da promulgação da lei que disciplina a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais, ou no prazo de um ano, a contar da promulgação da Constituição, tornar-se-ão sem efeito as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direito minerário, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não haja sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos.

terras indígenas e a evidente limitação imposta às concessões de pesquisa e lavra de minérios, o Departamento Nacional de Produção Mineral concedeu direitos minerários preferenciais em praticamente toda a Amazônia, incluída as terras indígenas, muitas vezes sob a alegação de que enquanto não houver lei não poderá ser aplicado o parágrafo constitucional citado. O evidente equívoco do órgão minerário, a inexistência de lei inviabiliza qualquer concessão, e não o contrário, levou à paralisação das concessões, quer dizer, embora concedido, não está havendo pesquisa ou lavra legal.

Além dos pontos elencados acima por Souza Filho, há outros que demonstram a impossibilidade do pedido de continuação da pesquisa e lavra em terras indígenas, fundada nos títulos progressivos. Em primeiro por não haver direito adquirido em detrimento da Constituição, mesmo que concedido em terra ainda não reconhecida. Pois com a recepção do direito originário pela constituição, o processo administrativo torna-se mero ato confirmatório.

Quanto a alegação de recepção pela atual ordem constitucional dos títulos de concessão de direitos minerais com base no art. 43 da ADCT, não deve prosperar, pois o art. 231 criou uma forma diferenciada para a exploração mineral no território indígena que, deve ser regulada por lei.

Sendo assim, nulo todos os títulos concedidos pelo DNPM as concessionárias que incidem em pesquisa ou lavra em território indígena por obediência a Constituição. Os tribunais tem adotado esse entendimento em suas decisões.

Finda a discussão quanto a validade dos títulos de direito minerário concedidos pela DNPM, se faz necessário discutir a forma de exploração estabelecida pela legislação atual.

O Estatuto do Índio estabelece que, as riquezas do solo só podem ser exploradas por indígenas, cabendo-lhes a exclusividade a garimpagem, faiscação e cata. Já, diz a lei, a exploração das riquezas do solo far-se-á nos termos da legislação vigente, mas a renda devida pela ocupação do terreno e as indenizações, reverterão em benefício dos índios. A lei 6.001/73, Estatuto do Índio, prevê em seu artigo 44 e 45, *in verbis*;

Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas.

Art. 45. A exploração das riquezas do subsolo nas áreas pertencentes aos índios, ou do domínio da união, mas na posse de comunidades indígenas, far-se-á nos termos da legislação vigente, observado o disposto nesta Lei.

§1º O ministério do interior, através do órgão competente de assistência aos índios, representará os interesses da União, como proprietária do solo, mas a participação no resultado da exploração, as indenizações e a renda

devida pela ocupação do terreno, reverterão em benefício dos índios e constituirão fontes de renda indígena.

§2º Na salvaguarda dos interesses do patrimônio indígena e do bem estar do silvícolas, a autorização de pesquisa ou lavra, a terceiros, nas posses tribais, estará condicionada a prévio entendimento com o órgão de assistência do índio.

Todavia, apesar de haver divergência, a doutrina especializada tem entendido pela não recepção dos artigos, citados acima pela atual Constituição.

Há entendimento que não existe limitação para utilização do território indígena nas hipóteses de serem explorados pelas comunidades. Essa possibilidade limitaria o uso às populações indígenas, não sendo possível a exploração por quem quer que fosse. A exploração mineral então estaria dividida em exploração realizada pelos próprios índios e exploração mineral formal, que estaria sujeita as ressalvas do art. 231, §3º (CURI, 2007).

No tópico quanto ao usufruto exclusivo, foi apresentado a posição de Souza Filho de que o adjetivo “exclusivo”, refere-se apenas a indisponibilidade do direito ao território e não a exclusividade na fruição. A parte final do art. 231, §3º traz uma frase controversa, prevê a possibilidade de “participação no resultado da lavra, na forma da lei”, se dada a comunidade indígena uma participação e não a totalidade, de certo que essa atividade é exercida por outro agente.

Controverso também é a expressão “na forma da lei”, dessa expressão se retira duas interpretações: a primeira de que é preciso uma lei que regulamente a pesquisa e lavra em terra indígena. A segunda que, essa expressão se refere ao Código de mineração (Dec. 227/67), o que não parece ser muito acertado. Já este não condiz com a ordem constitucional vigente e não traz regra específica quanto ao território indígena.

Quanto a fruição exclusiva do território indígena Villares (2003, p. 244) tem uma posição contrária, adotando uma interpretação literal da lei. Defendendo que terceiros também possam explorar a atividade garimpeira, através de concessão, mediante autorização governamental.

A possibilidade que se apresenta a mais sensata pela leitura do art. 231, §3º da Constituição, a pesquisa e a lavra de material mineral está condicionado por força da norma constitucional a aprovação *ad referendum* do Congresso Nacional e consulta prévia as comunidades afetadas, todavia a exploração deve ser uma atividade exclusiva dos indígenas, até para que se evite de certa maneira, os conflitos em razão da atividade. Quanto a atual situação da exploração de material

mineral em território indígena preleciona Villares, 2003, p. 245):

A reivindicações dos povos indígenas por mais alternativas sustentáveis de atividades econômicas, que melhorariam a sua condição de vida, é justa e necessária. Contudo, a exploração dos recursos minerais em terras indígenas hoje não está regulamentada, o que faz a impossibilidade dessa atividade, seja por terceiros ou pelos próprios índios. A falta de balizas claras, e impostas por lei, como quer a constituição, que impossibilitam a exploração de recursos minerais está clara..

Por fim, distancia-se de uma solução quanto a regulamentação da atividade garimpeira em território indígena. A pressão de forças antagônicas que atuam sobre a questão, arrastam a discussão que é evitada pelo Congresso Nacional.

3.4 COMÉRCIO DE CRÉDITOS DE CARBONO: ASPECTOS JURÍDICOS

O crédito de carbono é uma medida utilizada por indústrias e nações que permite a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa por um sistema de compensação. O crédito de carbono é um instrumento consagrado no protocolo de Kyoto, cuja a finalidade é a redução da produção de gases que agravam os resultados do efeito estufa.

O protocolo de Kyoto, formulado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992 (RIO 92), fixou como meta a redução de 5,2% do total de CO² produzido nos países desenvolvidos¹⁰, tomando como base a década de 90. O protocolo representa o documento de maior importância celebrado durante esta conferência.

O protocolo prevê a possibilidade de redução de poluente, através de mecanismos como a execução conjunta (Joint implementation), comércio de emissões (Emissions trade) e mecanismo de mercado limpo (MDL), conforme seu art. 12.

O cálculo para atingir a meta estabelecida é feita pelos Estados e repassado para as indústrias, com a cota que cada uma terá de cumprir. Duas serão as

¹⁰ O anexo I do Protocolo de Kyoto enumerou os países que devem obedecer a meta de redução de 05%, o Brasil não está entre eles, isso por que se limita aos países tidos desenvolvidos, pela seguinte lógica, por serem estes que iniciaram a revolução industrial são os países que a mais tempo estão emitindo gases que agravam o problema do efeito estufa, todavia todos os países que são signatários do protocolo devem colaborar com para redução da emissão desses gases, mas a clausula que estabelece esta meta (05%) se aplica aos países considerados desenvolvidos pelo anexo I do protocolo.

possibilidades dessa indústria: ela poderá reduzir a emissão de gases poluentes (através da redução da produção, ou forma de produzir) ou poderá compensar a emissão, através de reflorestamento de áreas anteriormente degradadas, preservação de florestas nativas que estiverem sob risco de serem destruídas, ou destinação diversa que contribua para o desenvolvimento sustentável. Para tanto é feita uma medição no caso em concreto para quantificar o total da redução, a empresa que superar a meta, terá o limite da sua superação em créditos de carbono.

As empresas que fecharem com *deficit* na sua redução, precisam suplementar o restante para que não sofram as penalidades imposta pelo protocolo e pela legislação interna dos países signatários. Neste momento surge o mercado de créditos de carbono, as empresas em *deficit* (demanda) suplantam com os créditos disponíveis (oferta) no mercado. Os créditos de carbono são negociados na bolsa de valores através de corretoras criadas para este fim.

Esta corretora compra o crédito de produtores, que realizam sequestro de carbono, conforme já apresentado acima seja por reflorestamento de áreas desmatadas, a prevenção ao desmatamento, ou meio que contribua para o desenvolvimento sustentável. Para fins de comprovação a corretora analisa a região, aplicando os critérios de quantificação, para se chegar a um valor exato que, será representado em créditos.

O proprietário se obriga pelo tempo acordado entre as partes, a preservar a área. Nota-se que neste caso não ocorre mudança na propriedade, porém parece haver uma certa restrição quanto aos direitos inerentes da posse que passam a ser restringidos pelo acordo.

O Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651), traz a natureza do crédito de carbono, considerando-o como um título;

Art.3. Para efeitos desta Lei, entende-se por:

XXVII - crédito de carbono: Título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacional.

Para traçar os limites do usufruto do território indígena para a atividade de sequestro de carbono é preciso contrapor, a forma de utilização aos três institutos já estudados anteriormente, a saber: propriedade indígena, posse indígena e usufruto indígena.

Quanto a propriedade indígena, se entendermos as terras indígenas como bem público afetado aos objetivos do 231 da Constituição, que tem sido a posição atual, apesar das críticas, seria deveras complicado conceber qualquer forma de utilização, fora dos ditames do referido artigo, neste sentido tem sido também as decisões do Supremo Tribunal Federal (LIMA, 2011).

Todavia na interpretação de usufruto exclusivo (art. 231 §2º), se entender utilizar-se do território tanto na forma cultural quanto comercial, que parece ser a interpretação mais sensata. Seria possível conceber em um primeiro momento a possibilidade da utilização do território para o sequestro de carbono.

Da posse e usufruto indígena, sob o território indígena incide a indisponibilidade dos direitos, ou seja, o indígena não pode dispor dos direitos ao seu território, sendo nulo qualquer ato celebrado que venha restringir os direitos constitucionais do território. Esta ressalva é feita pelo art. 18 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73):

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou silvícola.
 §1º Nessas áreas, é vedada qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

O art. 231 reafirma a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, domínio ou posse do território indígena;

Art. 231. [...]

 §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 as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

A venda de créditos de carbono, em regra é feita em contratos de longo prazo. Nesse caso é preciso fazer a diferenciação, se o contrato para utilização do território se trata de um contrato de arrendamento ou um contrato de parceria. Conforme apresentado, o art. 18 do Estatuto do Índio veda expressamente o arrendamento. Este referido dispositivo vai de acordo com a Constituição (1988),

pois no arrendamento ocorre a cessão do direito de uso da terra, seja total ou parcial. Pois em qualquer dessas modalidades o direito do indígena seria limitado, o que não é permitido pela Constituição.

Todavia, por parceria entende-se a ação conjunta da comunidade e de terceiros, visando o benefício da população indígena local e o fortalecimento da cultura. Nesse caso o usufruto permanece com a população indígena. Firmar aliança para realização das atividades produtivas, com fins de garantir sua reprodução física e cultural, vai de acordo com a atual ordem constitucional (VILLARES, 2009).

Os acordos de parcerias entre os indígenas e terceiros não precisam necessariamente da anuência de órgão público, pois são juridicamente capazes para o mesmo. Todavia é responsabilidade da União proteger os bens indígenas, Para tanto é concedido a Fundação Nacional do Índio – FUNAI o direito de polícia administrativo para proteger as terras indígenas.

Deve ser feita uma análise do caso concreto se, a utilização não está restringindo direito constitucional de usufruto. Outro ponto importante a ser destacado é quanto a utilização tradicional, nesta hipótese não há problema em generalizar, toda forma de utilização para fins culturais é ilimitada, qualquer ato ou negócio jurídico que limite a utilização tradicional, recai o art. 231, §6º sendo declarados nulos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada sobre os limites do usufruto das terras da União, por povos indígenas, constata-se da urgência na definição ou regulamentação desse instituto. Isto se torna imperativo uma vez que influencia diretamente a forma de utilização do território, por parte da comunidade indígena.

Até o momento trata-se de um tema em aberto, pois a Constituição prevê o instituto, mas não o define. Deixando para a legislação infraconstitucional essa atribuição. Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 2057/91, conhecido com Estatuto das Sociedades Indígenas que visa dirimir os pontos em abertos deixado pela Constituição.

A doutrina especializada e a jurisprudência tem sido as fontes utilizadas, para balizar os limites da aplicabilidade do usufruto indígena. Ambas tem lançado mão da antropologia jurídica, que melhor compreende o instituto, que visa regular as formas de utilização originária da sociedade indígena.

Entretanto, se tomarmos uma análise do texto Constitucional, levando em consideração o contexto temporal da promulgação da Constituição, fica destacado que a intenção do Constituinte foi assegurar o modo de vida tradicional indígena, não abrindo margens para inserção de elementos estranhos a comunidade. Um texto cerrado.

Quanto aos limites do usufruto devem respeitar duas fronteiras, sendo a primeira a utilização tradicional, que é a fruição baseada na forma do art. 231, §1º. Na incidência dessa utilização, há uma clara delimitação prevista voltada para as condições de vida, usos, tradições e culturas dos povos indígenas. Ultrapassar tal limite incide, portanto, em desobediência a norma constitucional. E a segunda

fronteira trata-se da utilização comercial, essa se caracteriza em razão da finalidade mercantil, sob ela incide as regras gerais de direito, inerentes a atividade que será realizada.

São limites do usufruto, a inalienabilidade e a impenhorabilidade, em razão de sua natureza jurídica de bem público constitucionalmente afetado. Sobre isso, uma vez mais denota-se a urgência e a importância de dar ao tema uma regulamentação que satisfaça, prioritariamente os comandos constitucionais ante os institutos civilistas. Quanto a natureza da terra indígena, se manifestou o Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, confirmando a sua natureza de bem público, conforme o art. 20, XI da Constituição. Classificando-o como bem público especial afetado a reprodução física e cultural das populações indígenas, conforme 231 §1º da Constituição.

Se concluir que, o termo “exclusivo”, previsto no parágrafo 2º do mencionado artigo constitucional, refere-se a impossibilidade de participação nos frutos da terra ocupada, de qualquer agente estranho a comunidade, tem-se então o limite da exclusividade. Todavia, se entender que por “exclusivo”, reafirma o caráter indisponível de tais terras, o usufruto limitar-se-á a utilização que, não transfira seu direito de fruição.

Por ser o usufruto uma questão ainda em aberto, a falta de definição, se torna uma limitação para o exercício desse direito. As populações indígenas nunca foram encaradas como prioridade, tal afirmação resta demonstrada no processo histórico, que envolve a questão indígena no Brasil. O destino dessas populações sempre vinculado aos interesses do Estado.

Como se percebe, há ainda uma disputa conceitual, e mesmo “ontológica” acerca da questão indígena, que vai deste a compreensão (e também pré-compreensão) das formas ocupacionais, da diferenciação entre terra e território, passando, claro, pela exegese dos modos de ser, fazer e viver dos povos indígenas. No entanto, não se trata do desafio posto às medidas legislativas ou de regulamentação, mas também como debate doutrinário e jurisprudencial, instrumentalizado, ao que se espera, sempre por uma perspectiva multidisciplinar.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.

ARIMATÉIA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade**: Limitações e Restrições Públicas. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. **Lei 13.134, de 16 de junho de 2015**. Altera as Leis no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), no 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro-desemprego para o pescador artesanal, e no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social; revoga dispositivos da Lei no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e as Leis no 7.859, de 25 de outubro de 1989, e no 8.900, de 30 de junho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Demarcação de terras indígenas. (PET) nº 3388 (2008). Requerente: Augusto Afonso Botelho Neto e outros. Requerido: União. Relator: Sr. Ministro Carlos Britto. DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

CHAGAS, Afonso Maria das. **A emergência dos direitos territoriais frente ao direito de propriedade fundiária: Do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos**. 2012. 229p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo – RS, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1992.

_____. **Índios no Brasil: Histórias, Direito e Cidadania**. São Paulo: Claro enigma, 2013.

_____. ALMEIDA, M. W. B. “Populações tradicionais e conservação ambiental”, In: CAPOBIANCO, J.P.R. et. al. (Orgs). **Biodiversidade na Amazônia Brasileira: Avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/Bio5.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

CURI, Melissa Volpato. **Mineração em terras indígenas: Caso terra indígena Roosevelt**. 2005. 161p. Dissertação (Mestrado em geociências), Instituto de Geociências, Administração e Políticas de Recursos Minerais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas – SP, 2005.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direito fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 26 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 4º volume. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIZER O DIREITO. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e renitente esbulho**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/01/terras-tradicionalmente-ocupadas-pelos.html>>. Acesso em: 05 maio 2016.

DUPRAT, Deborah (Org). O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade. In: DUPRAT, Deborah (Org). **Pareceres jurídicos: Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007. p. 9-20.

FARIA, Ivani Ferreira de. **Ecoturismo Indígena Território, Sustentabilidade, Multiculturalismo: Princípios para a Autonomia**. 2007. 193p. Dissertação (Doutorado em Geografia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GOMES, Ana Carolina Alcantarino Jardim; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. **Terra como mínimo existencial ecológico dos povos indígenas**.

Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=51783435ce8f5bb4>>. Acesso em: 08 maio 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das Coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização**: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do índio**. Salvador: Juspodvm, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

MELO NETO, Orlando Luiz de. **A relatividade dos direitos fundamentais e os limites a relativização**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-relatividade-dos-direito-fundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizacao,47267.html>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil**: e legislação em vigor. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Vanderlei Mendes de. **Turismo, território e modernidade**: Um Estudo da População Indígena Krahô, Estado de Tocantins (Amazônia Legal Brasileira). 2006. 187p. Dissertação (Doutorado em Geografia), Faculdade de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 6. ed. Salvador: juspodivm, 2011.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. (ACr) nº 0090.10.000302-0 (2015). Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. RR, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTOS, Alexandre Silva dos. **O insituto do Indigenato e a indenização pela nulidade do título em virtude de demarcação de terra indígena**. Disponível em: <

<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/214/137>>. Acesso em 02 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo, 2006.

SILVA, Vera Lúcia da. LEITÃO, Maria do Rosário de Fátima Andrade. **A regulação jurídica da pesca artesanal no Brasil e o problema do reconhecimento do trabalho profissional das pescadoras**. Disponível em: <
<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/viewFile/230/103>>. Acesso em: 15 maio 2015

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código Indígena no Direito Brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

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

WOLKEMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos da História do Direito**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.