

ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO

**DIREITO AO DESENVOLVIMENTO
DE COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Professor Gilberto Bercovici, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Largo do São Francisco
São Paulo, 2009

Banca examinadora

Para Geisa, João, Gustavo e Helena.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas no Brasil, procurando identificar suas fontes, sujeitos e objeto. Para tanto, buscou-se inicialmente examinar o direito ao desenvolvimento no plano internacional, especialmente no que concerne à possibilidade da sua titularidade ser exercida por minorias e outros grupos vulneráveis. Posteriormente, ainda no âmbito do direito internacional, destacou-se a hipótese de as comunidades indígenas, como espécies de minorias, serem titulares de um direito ao desenvolvimento próprio, com características específicas, apontando-se as fontes, os legitimados passivos e o objeto desse direito. A seguir, verificou-se que todos os elementos do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas também se encontram presentes no direito positivo brasileiro. No plano nacional, suas fontes principais são a Constituição de 1988, os tratados de direitos humanos incorporados à ordem jurídica interna com *status* supralegal e a legislação ordinária. Já a legitimidade passiva diz respeito ao *estado brasileiro*, às *pessoas jurídicas* e às *pessoas físicas*. Integram o objeto do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas no Brasil os mesmos direitos que o compõem no âmbito internacional: a) o direito à autodeterminação indígena; b) o direito à manutenção da própria cultura; c) o direito à opção por um processo próprio de desenvolvimento; d) o direito ao território indígena e à utilização dos recursos naturais; e) o direito à participação; f) o direito à melhoria das condições econômicas e sociais; g) o direito à saúde; h) o direito à previdência social; i) o direito à educação; j) o direito à subsistência, ao trabalho e à obtenção de renda; k) o direito à cooperação. A maior parte dos direitos acima enumerados correspondem a *discriminações positivas de natureza permanente*. Finalmente, observou-se que o direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas não é absoluto, podendo entrar em colisão com outros direitos constitucionais, situação que deve ser solucionada pelos mecanismos adequados, anotando-se que quando for utilizada a técnica da ponderação de interesses há uma *tendência* no sentido de que a intensidade das limitações impostas aos bens ligados aos princípios do *direito constitucional indigenista* será menor do que aquela que incidirá sobre os bens que lhes forem opostos.

ABSTRACT

The present work discusses the right to development of indigenous communities in Brazil, trying to identify its sources, subjects and object. In order to accomplish that, it was necessary to take a deep look into the right to development from an international perspective, specially in what concerns the possibility of being put into action by minorities as well as other vulnerable groups. Later, still in the international law area, it was highlighted the possibility of the indigenous communities (as part of the minorities' group) be entitled to a self development right with its own characteristics, pointing out the sources, the creditors and debtors and the object of this right. After, it was verified that all elements of the right to development of indigenous communities are also present in the Brazilian laws. From a national standpoint, its main sources are the Federal Constitution of 1988, the human rights' treaties incorporated into the Brazilian law system with supralegal status and the ordinary laws. By its turn, the passive legitimacy corresponds to the Brazilian State, the legal entities and natural persons. The object of the right to development of indigenous communities in Brazil is composed of the same rights that integrates it on an international level: a) the right to indigenous self-determination; b) the right to maintain its own culture; c) the right to opt for a proper development process; d) the right to indigenous territories and to explore its natural resources; e) the right to participate; f) the right to better social and economic conditions; g) the right to health; h) the right to social welfare; i) the right to education; j) the right to subsistence, work and income; k) the right to cooperation. Most of these rights correspond to positive discrimination of permanent nature. Finally, it was noticed that the right to development of indigenous communities is not absolute for it might conflict with other constitutional rights. Such situation must be solved by appropriate mechanisms, taking into account that, in case the technique of balancing of interests is used, there is a clear tendency that the intensity of the limitations imposed to the rights tied to the indigenous constitutional rights will be lesser than the ones that will fall upon the rights that will eventually be opposed to them.

RÉSUMÉ

Le présent travail s'agit du droit au développement des communautés indigènes au Brésil, surtout, de ses fondements, sujets et objet. D'abord, le droit au développement a été analysé dans le plan international, principalement la reconnaissance de ce droit aux minorités et aux groupes vulnérables. En suite, encore dans la perspective du droit international, on a remarqué l'hypothèse des communautés indigènes, comme type de minorité, aient un droit au développement propre, avec ses fondements, créanciers, débiteurs et objet typiques. Après, on a conclu que tous éléments du droit au développement des communautés indigènes sont trouvés aussi dans le droit positif brésilien. En fait, au plan national, ses sources principaux sont la Constitution de 1988, les traités de droits de l'homme reconnus dans l'ordre juridique interne et la législation ordinaire. Les débiteurs du droit au développement sont à la fois l'*Etat brésilien*, les personnes morales et les individus. L'objet du droit au développement au niveau nationale est aussi vaste qu'au niveau international, c'est à dire: a) le droit à l'autodétermination indigène; b) le droit à la préservation de sa culture; c) le droit de l'option de se propre processus de développement; d) le droit au territoire indigène et à l'exploration de ses ressources naturelles; e) le droit de participation; f) le droit à l'amélioration de ses conditions sociaux et économiques; g) le droit à la santé; h) le droit à la Sécurité social; i) le droit à l'éducation; j) le droit à la subsistance, au travail e à l'obtention de revenu; k) le droit à la coopération. La plupart de ces droits sont espèce de *discriminations positives permanentes*. Enfin, on a démontré que le droit au développement de communauté indigène n'est pas absolu, donc il peut entrer en choc avec d'autres droits constitutionnels. Ce type de conflit est, en règle, solutionné par la technique de la pondération des intérêts. D'un ce cas, il y a une *tendance* de favoriser les *droits constitutionnels des indigènes*.

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que direta ou indiretamente me auxiliaram durante a elaboração da presente tese.

Antes de tudo, gostaria de agradecer aos meus pais, irmãos, cunhados e sobrinhos, que muito contribuíram para que eu tivesse a higidez física e mental para empreender meus objetivos profissionais. Meu irmão Luiz Cláudio Correia dos Anjos me deu, ainda, auxílio especial na tradução e revisão dos textos em língua estrangeira.

Esta jornada acadêmica foi extremamente facilitada pela orientação proporcionada pelo estimado Professor Gilberto Bercovici, não só porque confiou nas minhas possibilidades como orientando, mas, sobretudo, porque realizou um percuciente e indispensável trabalho de supervisão, lendo todo este extenso trabalho, e através de suas sugestões e críticas promovendo um profícuo diálogo, não podendo lhe ser imputado nenhuma das insuficiências do mesmo. Levo dessa jornada também o estreitamento da nossa amizade, o que muito me honra e alegra.

O Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade de São Paulo me permitiu ampliar meu repertório de conhecimento e de amigos, tendo tido uma contribuição decisiva para a elaboração deste esforço intelectual. Todos os professores do curso que ministraram aulas nas disciplinas que cursei durante o cumprimento dos créditos necessários ao doutorado foram companheiros desta jornada e merecem o meu profundo agradecimento. Gostaria de destacar os professores Fábio Konder Comparato e Marcus Orione Gonçalves Correia, os quais, além de importantes lições jurídicas, não nos permitiram olvidar o compromisso do direito com a ética e com a promoção da dignidade da pessoa humana. Também agradeço as valiosas contribuições dos professores Luís Fernando Massonetto e Eduardo Carlos Bianca Bittar na ocasião da minha qualificação. A convivência com os colegas do curso foi extremamente prazerosa e sempre mitigava as agruras de quem tem o

desafio de se dedicar com afinco a um tema acadêmico e continuar exercendo suas atividades laborais.

Não fosse o Ministério Público Federal uma instituição que tem um programa regulamentado de apoio aos membros que desejem aperfeiçoar seus conhecimentos em matérias de interesse para a carreira, esse trabalho talvez não tivesse sido possível. Assim, agradeço ao Conselho Superior daquela Instituição pelo deferimento do meu pedido de afastamento temporário das minhas funções de Procurador Regional da República para a redação da tese. Agradeço, ainda, ao colega José Leonidas Bellem de Lima, o qual, na condição de Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da 3ª Região à época, auxiliou-me nesse pedido. Também quero registrar um agradecimento aos Colegas da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, em especial àqueles aos quais os meus processos foram redistribuídos durante o meu afastamento e que solidariamente assumiram uma maior carga de trabalho durante aquele período.

Gostaria de expressar minha gratidão aos servidores lotados no meu gabinete na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, Wilson, Daniel e Ricardo, e dos meus estagiários Manari e Marina, bem como aos servidores Sérgio, Marco e Maira, lotados no gabinete da Dra. Geisa de Assis Rodrigues, pela valiosa ajuda nos processos.

Muitas foram as lições que aprendi com as comunidades indígenas com os quais tive a oportunidade de trabalhar como membro do Ministério Público Federal na Bahia, em especial as comunidades Pataxó, Tuxá, Pataxó Hã Hã Hãe, Kiriri, Pankararu, as quais me legaram, dentre outros ensinamentos, a tolerância pela diversidade cultural e a certeza de que o respeito aos direitos dos índios só nos engrandece enquanto Nação. Passado o tempo das lutas cotidianas e do convívio intenso, o interesse despertado pela causa indígena resultou nesta tese e na continuidade na defesa dos direitos dos índios, agora do Mato Grosso do Sul e de São Paulo.

A paz doméstica foi fundamental para que eu reunisse condições de concluir esta empreitada. Maria Lúcia Lopo e Edna da Silva Santana foram imprescindíveis para que tudo corresse nos trilhos.

Meus filhos João, Gustavo e Helena foram extremamente pacientes e resignados quanto aos muitos momentos em que precisei ficar ausente do seu convívio para dedicar-me à elaboração da tese. Paradoxalmente, contudo, apesar desse incômodo momentâneo a eles imputado, minhas crianças foram uma grande motivação para que eu me dedicasse e concluísse este trabalho, mantendo acesa a utopia de podermos construir um mundo melhor para todos.

Finalmente, não há palavras que possam expressar a minha gratidão à colega, amiga e esposa, Geisa de Assis Rodrigues. Também não há como enumerar todos os motivos acadêmicos e pessoais que tenho para lhe agradecer, pois para tanto precisaria escrever uma outra tese, ainda maior do que essa. Dentre muitas outras razões, ela estimulou minha vocação acadêmica desde o mestrado, ajudou-me de muitas formas durante os créditos e em todas as fases da elaboração desse trabalho de doutorado, substituiu-me nas sessões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, acolheu-me e apaziguou-me nos momentos de angústia. Porém, o mais importante é que me deu o seu amor e dois filhos maravilhosos. A minha incapacidade de traduzir em palavras o que sinto por ela só é amenizada pela certeza de que enquanto eu viver os meus olhos lhe demonstrarão, todos os dias, como é pouco o tempo de uma única vida para amar.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DE COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL

ÍNDICE

Introdução	1
1. Direito ao desenvolvimento	9
1.1. O fenômeno do desenvolvimento	9
1.2. Direito e desenvolvimento	55
1.3. Direito Internacional do Desenvolvimento	59
1.4. Direito ao Desenvolvimento	70
1.5. A possibilidade de conferir valor jurídico ao desenvolvimento no plano internacional	93
1.6. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional	120
1.6.1. O direito ao desenvolvimento nas convenções internacionais	123
1.6.1.1. O direito ao desenvolvimento nas convenções <i>constitutivas de organizações internacionais globais</i>	124
1.6.1.2. O direito ao desenvolvimento nas convenções <i>constitutivas de organizações internacionais regionais</i>	127
1.6.1.3. O direito ao desenvolvimento nas <i>convenções globais de direitos humanos</i>	139
1.6.1.4. O direito ao desenvolvimento nas <i>convenções regionais de direitos humanos</i>	147
1.6.1.5. As convenções internacionais como fontes do direito ao desenvolvimento	153
1.6.2. O direito ao desenvolvimento no costume internacional	155
1.6.3. O direito ao desenvolvimento como princípio geral do direito	164

1.6.4.	O direito ao desenvolvimento na doutrina	166
1.6.5.	O direito ao desenvolvimento na jurisprudência	169
1.6.6.	O direito ao desenvolvimento como obrigação <i>erga omnes</i>	173
1.6.7.	O direito ao desenvolvimento e o <i>soft law</i>	175
1.6.8.	O valor jurídico do direito ao desenvolvimento	180
1.7.	Dimensões, sujeitos e objeto do direito ao desenvolvimento	183
1.7.1.	A dimensão individual do Direito ao Desenvolvimento	185
1.7.2.	A dimensão coletiva do Direito ao Desenvolvimento	200
1.7.2.1.	O Direito ao Desenvolvimento dos Povos	202
1.7.2.2.	O Direito ao Desenvolvimento dos Estados	207
1.7.2.3.	O Direito ao Desenvolvimento de coletividades internas regionais	216
1.7.2.4.	O Direito ao Desenvolvimento de grupos vulneráveis e de minorias	219
1.7.2.4.1.	Noções conceituais de grupos vulneráveis e de minorias	220
1.7.2.4.2.	Os direitos dos grupos vulneráveis em sentido estrito e das minorias	243
1.7.2.4.3.	Limites às medidas de discriminação positiva permanentes relativas às minorias	257
1.7.2.4.4.	Os grupos vulneráveis em sentido estrito e as minorias como titulares do direito ao desenvolvimento	263
2.	O direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas	271
2.1.	Noções básicas sobre os índios	271
2.2.	As comunidades indígenas como minorias	280
2.3.	A noção de desenvolvimento aplicada aos índios: o etnodesenvolvimento indígena	286
2.4.	A face jurídica do etnodesenvolvimento indígena: o direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas	307
2.5.	As fontes do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas	314
2.5.1.	As Convenções Internacionais	316

2.5.1.1.	A Convenção nº 169 da OIT	316
2.5.1.2.	A Convenção de Madrid sobre o Fundo de Desenvolvimento Indígena	320
2.5.1.3.	Outras Convenções Internacionais	322
2.5.2.	O <i>soft law</i>	322
2.5.2.1.	A Declaração da ONU Sobre Direitos dos Povos Indígenas	323
2.5.2.2.	Outros documentos integrantes do <i>soft law</i>	327
2.5.3.	Outras fontes	329
2.6.	Elementos do direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas	331
2.6.1.	A titularidade ativa	332
2.6.2.	A legitimidade passiva	335
2.6.3.	O objeto	337
2.6.3.1.	O direito à autodeterminação indígena	341
2.6.3.2.	O direito à manutenção da própria cultura	370
2.6.3.3.	O direito à opção por um processo próprio de desenvolvimento	398
2.6.3.4.	O direito ao território indígena e à utilização dos recursos naturais	406
2.6.3.5.	O direito à participação	419
2.6.3.6.	O direito à melhoria das condições econômicas e sociais	433
2.6.3.7.	O direito à saúde	437
2.6.3.8.	O direito à educação	444
2.6.3.9.	O direito à subsistência, ao trabalho e à obtenção de renda	455
2.6.3.10.	O direito à cooperação internacional	472
2.6.4.	As discriminações positivas permanentes	480
3.	O direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas no Brasil	485
3.1.	O direito ao desenvolvimento na Constituição Federal de 1988	485
3.2.	Desenvolvimento e índios no Brasil	494
3.3.	As fontes do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas no Brasil	503

3.3.1. A Constituição de 1988	505
3.3.1.1. A ruptura com o paradigma assimilacionista em direção à alteridade	505
3.3.1.2. O direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988	529
3.3.1.2.1. O direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas à luz do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988	530
3.3.1.2.2. A interpretação sistemática das normas constitucionais aplicáveis aos índios	531
3.3.2. A integração do direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no plano internacional ao direito positivo brasileiro	533
3.3.3. A legislação ordinária	545
3.3.4. A doutrina	548
3.3.5. A jurisprudência	549
3.4. Elementos do direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil	552
3.4.1. A titularidade ativa	552
3.4.2. A legitimidade passiva	554
3.4.3. O objeto	559
3.4.3.1. O direito indigenista à autodeterminação no Brasil	560
3.4.3.2. O direito indigenista à manutenção da própria cultura no Brasil	575
3.4.3.3. O direito indigenista à opção por um processo próprio de desenvolvimento no Brasil	589
3.4.3.4. O direito indigenista ao território indígena e à utilização dos recursos naturais no Brasil	594
3.4.3.4.1. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios	608
3.4.3.4.1.1. Conceito constitucional	608
3.4.3.4.1.2. A demarcação	616

3.4.3.4.1.3.	O direito à posse permanente	623
3.4.3.4.1.4.	A vedação à remoção	629
3.4.3.4.1.5.	O regime jurídico: inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade	635
3.4.3.4.1.6.	O direito ao usufruto exclusivo	637
3.4.3.4.1.6.1.	Exploração de recursos hídricos em terras indígenas	638
3.4.3.4.1.6.2.	Exploração de recursos minerais em terras indígenas	648
3.4.3.4.1.7.	A nulidade e extinção dos atos relativos às terras tradicionais	654
3.4.3.5.	O direito indigenista à participação no Brasil	660
3.4.3.6.	O direito indigenista à melhoria das condições econômicas e sociais no Brasil	669
3.4.3.7.	O direito indigenista à saúde no Brasil	670
3.4.3.8.	O direito indigenista à educação no Brasil	679
3.4.3.9.	O direito indigenista à subsistência, ao trabalho e à obtenção de renda no Brasil	695
3.4.3.9.1.	O direito indigenista à subsistência no modelo de etnodesenvolvimento radicalmente alternativo	702
3.4.3.9.2.	O direito indigenista à subsistência nos modelos de etnodesenvolvimento que incorporam empréstimos culturais	704
3.4.3.9.2.1.	Obtenção de renda através do redimensionamento das atividades tradicionais	706
3.4.3.9.2.2.	Obtenção de renda através da Renda Indígena	708
3.4.3.9.2.3.	Obtenção de renda através do trabalho produtivo	709
3.4.3.9.2.3.1.	Obtenção de renda através do trabalho assalariado	712
3.4.3.9.2.3.2.	Obtenção de renda através da	

exploração de atividades econômicas não tradicionais pelas comunidades indígenas	714
3.4.3.9.2.4. Obtenção de renda através da exploração econômica de recursos hídricos e minerais localizados em terras indígenas por terceiros	727
3.4.3.9.2.5. Obtenção de renda através de programas de previdência e assistência social	734
3.4.3.9.3. Atividades de subsistência e pluralismo jurídico	734
3.4.3.10. O direito indigenista à cooperação no Brasil	736
3.4.4. As discriminações positivas permanentes em relação aos índios no Brasil	738
3.5. Desenvolvimento e defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses indígenas no Brasil	739
3.6. A relação entre o direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas e outros direitos constitucionais no Brasil	746
Conclusão	752
Bibliografia	761