UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

ANA PAULA JOAQUIM

DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA – UMA ANÁLISE À LUZ
DO CASO RAPOSA/SERRA DO SOL

São Paulo

2013

ANA PAULA JOAQUIM

**DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA – UMA ANÁLISE À LUZ
DO CASO RAPOSA/SERRA DO SOL**

**Dissertação submetida à Faculdade de
Direito do Largo de São Francisco da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Direito.**

Área de Concentração: Direito do Estado.

Subárea: Direito Constitucional

Orientador: Dalmo de Abreu Dallari.

São Paulo

2013

Nome: JOAQUIM, Ana Paula

Título: Direitos Constitucionais Indígenas – uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado
Subárea: Direito Constitucional

Orientador: Dr. Dalmo de Abreu Dallari

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*À memória dos tios Lolô, Carlos, Sandoval e Neném.
À minha família, com amor, por tudo que ainda nos espera.*

AGRADECIMENTOS

Entre o pensar de uma ideia e a solidão de colocá-la em páginas em branco há um flexuoso caminho que não se percorre verdadeiramente só. Diversas pessoas me acompanharam nesta jornada, dando, muitas vezes, o melhor de si. A estas pessoas deixo aqui meus sinceros agradecimentos:

Aos meus pais e irmão, pelo direcionamento, amor, apoio e carinho.

Ao Professor Dr. Dalmo de Abreu Dallari, pela confiança, inspiração e por toda a contribuição na minha formação acadêmica.

Ao Desembargador José Pedro, do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, por ter apoiado e viabilizado este projeto. Aos amigos e companheiros do Gabinete de Des. José Pedro. Vocês foram imprescindíveis para a realização e conclusão deste trabalho.

À tia Juraci Simões e à amiga Lilian Moraga, pelo acolhimento, cuidado e companheirismo.

Aos alunos e professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela experiência, pelo aprendizado e por avivarem em mim o amor pelo ensino e pesquisa.

Aos Professores da Universidade Federal de Roraima, Fernando Xavier e Maxin Repetto, pelo conhecimento compartilhado, opiniões e críticas, que me trouxeram inquietude e a necessidade de superá-las. Com isso cresci.

Às amigas Adriana Chaves e Giselle Palmeira por atenderem prontamente meu pedido de ajuda. À amiga Camila Rejane pelo carinho e por não me deixar desistir de lutar pelos meus sonhos. Aos meus amigos queridos de sempre e aos meus novos queridos amigos, pelo incentivo, torcida, por terem suportado a minha ausência e pela compreensão nas horas mais difíceis.

À equipe do Instituto Socioambiental, Ana Paula Caldeira Souto Maior e Ciro Campos, pelas conversas, entrevistas e por todas as informações repassadas. Sou muito agradecida a vocês!

Aos professores e alunos do curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima, pela torcida sincera e contagiante.

Ao amigo André Augusto, professor do Curso de História da UERR, por

ter compreendido minhas dificuldades e ter me estendido a mão quando tudo parecia difícil.

Aos meus dois novos amigos e companheiros de jornada, Vanessa Teixeira e Pedro Peruzzo, com os quais compartilho valores e me sinto pertencente a uma tribo. À equipe do Observatório Interdisciplinar de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo por me ajudar a olhar além para enxergar as minorias.

Aos povos indígenas da Raposa Serra do Sol, pela emocionante recepção em suas terras e por todo o conhecimento e carinho transmitido. Sem vocês, este trabalho não existiria.

Por fim, e mais importante, à Deus, por ter me proporcionado a realização deste sonho, sem me deixar ignorar que os planos Dele para mim são muito maiores dos que os meus.

Todos os interesses momentâneos não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.

Konrad Hesse

RESUMO

O trabalho tem por escopo reunir o conteúdo e compreender a abrangência dos direitos indígenas previstos na Constituição Federal de 1988, com o auxílio da doutrina brasileira da efetividade e dos estudos que identificam os Tribunais Constitucionais como garantidores dos direitos fundamentais. O tema ganha relevo à medida que sua judicialização se torna frequente. Com isso, o Poder Judiciário tem sido a última instância para a concretização desses direitos. A análise do assunto se faz à luz do julgamento da PET 3388/RR, que questionou, perante o Supremo Tribunal Federal, a demarcação administrativa da terra indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima. Julgamento que se tornou um verdadeiro paradigma sobre a questão indígena no Brasil, mas que inquietou a doutrina especializada na temática constitucional-indígena. Firmado um diálogo entre a postura do STF e a referida doutrina, capitaneada pelos professores Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Manuela Carneiro da Cunha, dentre outros, podem-se constatar as alterações trazidas pelo Órgão Constitucional no que se refere à proteção dos direitos indígenas. A título de exemplo, pode-se citar a mitigação do instituto do indigenato, com a introdução de um marco temporal para a demarcação de terras indígenas; e as diretrizes sugeridas em voto-vista, as quais foram incorporadas na decisão, por maioria, inovando o ordenamento jurídico, mas, muitas vezes, fragilizando aqueles direitos que a Corte deveria proteger.

Palavras-chave: Direitos Constitucionais Indígenas. Demarcação de Terras Indígenas. Supremo Tribunal Federal. Raposa Serra do Sol.

ABSTRACT

The work scope is to gather content and understand how far the indigenous rights provided for in the Constitution of 1988 goes, with the help of the Brazilian doctrine of effectiveness and studies that identify the constitutional courts as guarantors of fundamental rights. The issue becomes important because your judicialization becomes frequent. With this, the Judiciary has been the last resort for the realization of these rights. The subject is analysed from the judgment of PET 3388/RR, which questioned in the Supreme Court, the administrative demarcation of the Raposa Serra do Sol, located in the State of Roraima. Trial that became a true paradigm on indigenous issues in Brazil, but worried the doctrine specializes in theme-indigenous and constitucional. Established a dialogue between the STF and the posture that doctrine, led by teachers Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Manuela Carneiro da Cunha, among others, could confirm the changes introduced by the Constitutional Authority with regard to the protection of indigenous rights. For example, one can cite the mitigation of the Institute of indigenato, with the introduction of a time frame for the demarcation of indigenous lands, and suggested guidelines for vote-view, which were incorporated in the decision by majority innovating the legal system often to weaken those rights that the Court should protect.

Keywords: .

Indigenous Constitutional Rights. Demarcation of Indigenous Lands. Supreme Court.

Raposa Serra do Sol

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional da Saúde
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INPA	Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia
ISA	Instituto Socioambiental
MS	Mandado de Segurança
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PET	Petição
RCL	Reclamação
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
UNICAMP	Universidade de Campinas
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A DOUTRINA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL	16
1.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS.....	17
1.2 A DOUTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE	25
1.3 OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.....	31
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS.....	37
2.1 CONCEITOS PRELIMINARES.....	37
2.2. A MUDANÇA DO PARADIGMA: DO INTEGRACIONISMO AO DIREITO À ALTERIDADE.....	42
2.3 A ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE.....	46
2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS POVOS INDÍGENAS.....	54
2.4.1 O direito à demarcação do território indígena como meio de assegurar o exercício do direito fundamental à terra.....	61
2.4.2 Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas...	62
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CASO RAPOSA SERRA DO SOL.....	76
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	79
3.2 A DEMARCAÇÃO DA TIRSS.....	82
3.3 O JULGAMENTO DA PET 3388/RR: OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS PARA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	94
3.4 AS VOZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	95
3.4.1 Ministro Carlos Ayres Britto: relator do feito e redator do acórdor.....	96
3.4.2 Ministro Menezes Direito: as salvaguardas	106
3.4.2.1 <i>As salvaguardas previstas na Constituição Federal.....</i>	<i>109</i>
3.4.2.1.1 Do relevante interesse público.....	110
3.4.2.1.2 Da autorização do Congresso Nacional para a exploração dos recursos hídricos.....	111
3.4.2.1.3 Da autorização do Congresso Nacional para a exploração das riquezas minerais.....	114
3.4.2.1.4 Da garimpagem e fискаção.....	118
3.4.2.1.5 Dos negócios jurídicos que restringem o pleno usufruto e da posse direta pela comunidade indígena.....	120
3.4.2.1.6 Da caça, pesca, coleta de frutos e atividade agropecuária ou extrativista.....	121

3.4.2.1.7 Da imunidade tributária.....	122
3.4.2.1.8 Da imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade dos direitos dos índios sobre suas terras.....	122
3.4.2.2 As salvaguardas que limitam o usufruto indígena mediante a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais.....	123
3.4.2.2.1 Da área de fronteira.....	124
3.4.2.2.2 Dos serviços públicos.....	129
3.4.2.2.3 Das unidades de conservação.....	130
3.4.3 As limitações impostas mediante verdadeiras regras de demarcação criadas pelo Supremo Tribunal Federal.....	139
3.5 O alcance da decisão.....	142
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169