



Konstantin Gerber: Controle de convencionalidade na questão indígena

“Aldeia, a vida mais parece uma teia/que te prende e te isola, não quero tua esmola/nem a sua dó, minha terra não é pó/meu ouro é o barro onde piso, onde planto/ e que suja seu sapato quando vem na reserva fazer turismo/ pesquisar e tentar entender o porquê do suicídio”
Brô Mês

O controle de convencionalidade pode ser concebido como um procedimento por meio do qual o juiz nacional discute o sentido de um dispositivo convencional[1]. Quando se estuda o Direito a partir do ordenamento, sabe-se que este é mais do que a mera soma de normas jurídicas, sendo este ordenamento composto de regras, princípios, procedimentos, direitos e garantias fundamentais, a chamada “ordem jurídica objetiva”[2], a ser revelada fenomenologicamente por meio do processo com solução de problemas concretos.

O controle de convencionalidade é exercido por cada órgão estatal e pelos juízes dentro de suas competências e procedimentos. Os juízes estão obrigados a exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre normas internas e normas da Convenção Americana, levando-se em conta as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a interpretação conferida pela Corte Interamericana[3].

Com base em dito controle, as interpretações judiciais e administrativas, bem como as garantias judiciais, devem ser aplicadas em adequação aos princípios da Convenção Americana e a seus princípios de interpretação, como o *pro homine* ou *favor persona* (artigo 29, CADH)[4]. Trata-se da possibilidade de se aplicar preferencialmente os direitos contidos no direito convencional como parâmetro mínimo, obrigação derivada do artigo 1º da CADH, bem como de adequar a interpretação do direito interno a uma interpretação conforme, para efeito do artigo 2º da CADH[5].

André de Carvalho Ramos alerta para a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal não faça somente a citação do texto da Convenção Americana ou do tratado internacional, mas que exercite um “controle de convencionalidade aplicado”, valendo-se da interpretação da jurisprudência internacional, analisando-se “apenas se a norma internacional foi violada por meio da própria aplicação da norma constitucional”[6].

Não se pode dizer que o STF aplique a doutrina do controle de convencionalidade, ainda que o ministro Celso de Mello tenha nesse sentido se expressado, em caso envolvendo depositário infiel:

“Devemos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas transcritas em tratados internacionais de direitos humanos”[7].

Para exemplo de interpretação francamente discordante de tribunal nacional, o STF, desde o julgado da



Raposa Serra do Sol (Petição 3.388 — Roraima), veicula as noções de “renitente esbulho por parte de não índios” e do “fato indígena em 5 de outubro de 1988” — a tese do marco temporal desde a promulgação da Constituição para ocupações indígenas —, entendimento que vem sendo repetido em ações de reintegração de posse.

Há um direito de retornar à terra, quando se tratar de casos em que houve deslocamento forçado em decorrência de massacres, pois no caso da Comunidad Moiwana vs. Suriname Sentencia de 15 de junio de 2005, em caso de massacre de uma aldeia no Suriname, determinou-se não só a investigação e a punição pelas execuções extrajudiciais, mas também, no parágrafo 209, que o Estado deve “asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados”.

Em caso envolvendo massacre de yanomami (massacre de Haximu), o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, no RE 351.487-3, sobre o conceito de crime de genocídio; da mesma forma, o STJ, ao decidir que este crime não é submetido ao julgamento do Tribunal do Júri (REsp 222.653).

O ministro Lewandowski (RMS 29.087) reitera haver um novo genocídio dos povos originários:

“Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam *manu militari* (...)”[8].

Sabemos, porém, que de outro lado figura o ministro Gilmar Mendes, representante, por assim dizer, da “jurisdição patrimonial”, como se diz em Filosofia do Direito[9]. No caso vertente, os guarani kaiowá foram expulsos na década de 1940 da terra indígena Guyraroká.

Entendemos que nessas hipóteses de perda de terra em decorrência de massacres, o STF deve corrigir sua interpretação, o que não exclui a possibilidade de denúncia na OEA pelo retardamento injustificado de todas as demarcações de terras indígenas por parte de nosso Ministério da (In)Justiça.

Com a recente tradução dos julgados interamericanos para o português, bem como a profusão de publicações de comentários à Convenção Americana, com referência aos julgados, acreditamos que isso facilitará a vida dos assessores dos ministros de nosso mais elevado tribunal, de modo a se orientar pelo *ratio decidendi* interamericano, ou, ao revés, a dificultará, na medida em que mais munidos estarão os que advogam pelos direitos humanos no país.

E não é uma Sociologia do Direito importada da Europa que impedirá de dizer o seguinte: ao STF cumpre também declarar o estado inconstitucional de coisas em Mato Grosso do Sul, de modo a determinar providencias para os reiterados deslocamentos forçados dos povos originários.ñ

[1] SUXE, HERVÉ, 2007, p. 158 apud ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*.



Librotecna, Santiago de Chile: 2013, p. 28.

[2] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. RCS, São Paulo: 2007, pp. 107 e 108.

[3] Cf. CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225 cf. OEA, Control de Convencionalidad. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7, p. 9.

[4] ALCALÁ, 2013, Op. Cit, p. 26.

[5] Idem, p. 22

[6] CARVALHO RAMOS, André de. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104, FDUSP, São Paulo: 2009, pp. 245 e 258-259.

[7] STF, HC 87.585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 362.

[8] STF. Recurso Ord. Em Mandado de Segurança 29.087, DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Redator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 16 de outubro de 2014, p. 30.

[9] Cf. GARBELLINI CARNIO, Henrique. *Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico*. Panóptica. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, p. 104.

Date Created

20/02/2016