

RECEBIDO EM: 20/10/2015

APROVADO EM: 07/03/2016

REFLEXÃO DIALÉTICA ACERCA DO CASO N. 12.728 – POVO INDÍGENA XUCURU

*DIALECTIC REFLECTION ABOUT THE CASE N. 12.728 -
INDIGENOUS PEOPLE XUCURU*

César Augusto Carra

*Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino
Pós-graduado no programa de Pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial
(GV Law) pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.
Procuradoria Geral do Município de Jaú, PGMJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Abertura do sujeito constitucional; 2 Os indígenas como maioria e a superação do ideal integracionista; 3 As dificuldades remanescentes: os territórios ancestrais indígenas; 4 Caso n. 12.728; 5 Reflexão dialética: o postulado contido no art. 21 da convenção americana e sua compatibilização com os arts. 20, xi e 231, §§ 1º e 2º da constituição; Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho, fundado na crítica construtiva, objetiva tecer reflexões dialéticas sobre o Caso n. 12.728 e as previsões contidas nos arts. 20, XI e 231, §§ 1º e 2º da Constituição. Iniciando por uma contextualização histórica até os dias atuais, o artigo abordará o tratamento legislativo conferido pelo Brasil com relação à questão indigenista, abordando desde a completa segregação até a malsinada política integracionista, que reduziu a nada os valores culturais, sociais e religiosos, que caracterizam o peculiar modo de ser dos índios. Realizada a apresentação legislativa, discorrer-se-á sobre a superação do ideal integracionista, capitaneada pela Constituição de 1988, indicando os principais atos internacionais ratificados pelo Brasil, e que asseguram aos índios o gozo efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais sem restrições, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e instituições. Lançadas as bases da argumentação, o artigo se voltará a apresentação das dificuldades remanescentes, dando especial destaque as disputas travadas no processo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios para, enfim, adentrando pela análise do Caso n. 12.278, tentar compatibilizar, uma de suas recomendações, com o disposto na da Constituição, utilizando-se, como principal argumento, o princípio do *pro homine* e como método o dialético.

PALAVRAS-CHAVE: Índios. Caso n. 12.728. Constituição. Compatibilização.

ABSTRACT: This study, based on constructive, objective criticism weave dialectical discussions between Case n. 12,728 and forecasts contained in articles. 20, XI and 231, §§ 1º and 2º the Constitution. Starting with a historical context to the present day, the article will address the legislative treatment granted by Brazil with respect to the indigenous issue, approaching from complete segregation to unwelcome integrationist policy, which reduced to nothing the cultural, social and religious values that characterize the peculiar way of being of the Indians. Held legislative presentation will be talk about overcoming the integrationist ideal, led by the 1988 Constitution, indicating the main international instruments ratified by Brazil, and to ensure the Indians the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms without restrictions, respecting their social and cultural identity, customs, traditions and institutions. Laid the foundations of the argument, the article will turn the presentation of the outstanding difficulties, with special emphasis disputes fought in the process of demarcation of lands traditionally occupied by Indians to finally entering the examination of Case n. 12.278, trying to match one of its recommendations, the provisions of the Constitution, using as its main argument, the principle of *pro homine* and how the dialectical method.

KEYWORDS: Indians. Case n. 12.728. Constitution. Compatibility.

INTRODUÇÃO

A contar da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil, rompendo com o Estado de exceção de outrora, experimentou significativos avanços na órbita jurídica.

Restabelecendo um Estado Democrático de Direito, fundado, basicamente, nos valores insculpidos pelo art. 1º, a Constituição cidadã, na memorável frase de Ulysses Guimarães, reconhecendo o caráter plural da sociedade brasileira, positivando o multiculturalismo, inseriu, dentre as suas preocupações centrais, a questão envolvendo os direitos fundamentais de um grupo considerado dominante, com aqueles outorgados a uma minoria cultural.

Constituindo a *ratio* do vetor hermenêutico conferido pelo preâmbulo do texto constitucional, onde logo de início se eleva à condição de valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, para que se possa alcançar tal desiderato faz-se necessário propugnar por meios de compatibilização, num verdadeiro processo democrático.

É nessa senda que, ponderando a natureza aberta do sujeito constitucional – na acepção talhada por Michel Rosenfeld – este trabalho, partindo de um processo de justificação legislativa, e hermenêutica, utilizando-se do método dialético, ampliando a dimensão estrita do diálogo para o exercício fenomenológico do movimento da argumentação, apresentando as principais nuances constantes do Caso n. 12.728, buscará compatibilizá-lo com o vigente texto constitucional, sinalizando que em virtude do princípio da humanidade ou *pro homine*, com o processo de relativização da soberania estatal e forte na abertura constitucional conferida pelo art. 5º, § 2º, o art. 21 da Convenção Americana, por ser mais protetivo do que a legislação doméstica, alça posição de primazia, inclusive frente ao próprio mandamento consignado nos arts. 20, XI e 231, §§ 1º e 2º da Constituição.

1 ABERTURA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Sem prejuízo do objetivo acima, para efeitos de compreensão julga-se importante formular, em capítulo próprio, uma breve consideração sobre o que seja o caráter aberto do sujeito constitucional. Para tanto, e tendo em mira as modificações operadas a partir do século XX, para que se possa compreender o caráter heterogêneo desta sociedade plural, é preciso realizar uma pequena digressão acerca das desconfianças oriundas do modelo liberalista, notadamente diante do modo marxista da organização social.

Em sua conhecida obra *O Capital*, Karl Marx, apresentando a derrocada da sociedade capitalista, defende um modo de estruturação complexa da relação existente entre proletariado e capital, onde notadamente prepondera o direito como elemento de superestrutura; ou seja, em conformidade com a sua teoria da base e da superestrutura, o direito seria destinado a proteger somente os anseios da classe dominante, caracterizada pela burguesia, emergindo daí sua estratificação social.

Retratando o que a doutrina convencionou reconhecer como materialismo histórico, a visão marxista, por mais que passível de críticas, pode ser utilizada como base de argumentação teórica para o processo dialético de justificação da compatibilização de interesses divergentes, tais como minorias vs. maioria.

Nesse ínterim, tem-se o apanágio de Stuart Hall.

Teórico jamaicano, Stuart Hall, efetuando uma releitura do materialismo histórico, corrigindo algumas distorções existentes na doutrina marxista, preocupando-se com as conotações que estavam sendo atribuídas ao princípio da igualdade, rompendo com a ideia até então dominante, no sentido de que só existiria uma forma de se conceber a democracia, infirmo o princípio majoritário, passou a sustentar a necessidade de o Estado atuar no sentido de emancipar as minorias, assegurando-lhes a efetiva participação.

Fornecendo valiosas contribuições, os estudos realizados por Stuart Hall são capazes de desencadear uma releitura do texto constitucional, e da posição das instituições, tendo como objetivo a implementação de uma verdadeira ressignificação democrática.

Eis a razão pela qual Michel Rosenfeld¹, abordando os estudos de Hall, assinala que “a incompletude e a permanente abertura são inerentes ao projeto constitucional moderno”.

Ora, se a incompletude e a permanente abertura são ínsitas ao projeto constitucional moderno, cabe ao jurista idealizar mecanismos de superação, dando a devida proteção aos grupos que até então eram considerados invisíveis, a exemplo das minorias étnicas, tais como os índios.

1 ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: Selfhood, citizenship, culture, and community*. London and New York: Routledge, p. 186, 2010.

2 OS INDÍGENAS COMO MAIORIA E A SUPERAÇÃO DO IDEAL INTEGRACIONISTA

Definindo a noção de minorias, Sidney Guerra² (2015, p. 234) assevera que:

A noção de minoria correlaciona-se mais estritamente ao elemento numérico, referente a um contingente inferior de pessoas, o que de certa forma pode ser uma caracterização reducionista, tendo em vista que nos dias de hoje não cabe estabelecer uma divisão com base apenas no aspecto quantitativo, principalmente porque geraria impasses em relação a grupos que muitas vezes são socialmente discriminados ou marginalizados, embora não correspondam estritamente a um grupo inferior numericamente – por exemplo, as mulheres, as crianças, os idosos.

Forjando as bases da distinção entre minorias e grupos vulneráveis, em conformidade com as valiosas lições de Guerra é possível classificar os índios na primeira posição.

Por mais que a Constituição atual reconheça aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar” (MORAES, 2016, p. 905), a questão indigenista nem sempre foi assim.

Traçando o histórico evolutivo da questão indigenista no Brasil é de se citar que após a chegada dos europeus ao recém descoberto continente americano, deparando-se eles com a população aqui existente, passaram a surgir as primeiras legislações.

Praticamente fundadas no critério da autoidentificação étnica, a definição de indígena era obtida por exclusão; ou seja, ser índio era sintetizado naqueles que não tinham incorporado os valores da civilização europeia.

Prevalendo durante um significativo espaço de tempo, a partir das contribuições do antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro, ministradas no II Congresso Indigenista Interamericano, realizado no Peru, em 1949, o termo índio foi ressignificado.

2 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 234, 2015.

Assim, diferentemente do aspecto excludente, o termo índio passou a ter a seguinte acepção: parcela da população que apresenta problemas de inadaptação ante os seus valores morais, culturais e sociais.

Preservando o aspecto etnográfico das comunidades indigenistas, o conceito difundido no II Congresso Indigenista Interamericano acabou sendo incorporado ao direito pátrio pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio, notadamente quando consegue retratar as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas para o processo de enculturação.

E a mudança conceitual também foi sentida na órbita legislativa, isso porque, consultando o direito indigenista, é possível entrever que no devir histórico, a questão indígena no Brasil é passível de ser resumida em pelo menos três fases.

Inicialmente os índios, segundo o ordenamento brasileiro vigente durante o período monárquico, constituíam um entrave ao desenvolvimento nacional em função de não se renderem aos objetivos políticos e econômicos predominantes à época.

Assim, ao invés de atuar no sentido da diminuição das desigualdades, o Estado brasileiro se fundamentava na estigmatização das sociedades indígenas, tratando-as de maneira preconceituosa.

Beirando o extermínio, que marcou grande parte do período colonial, seguiu-se com o processo de integração.

Principiando-se no período republicano, dada a omissão tanto da Constituição Imperial de 1824, quanto da Constituição da República de 1891 acerca da questão indigenista, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 a política integracionista recebeu um colorido todo especial, pois, a tutela dos silvícolas passou a ser ditada diretamente pelo texto constitucional, notadamente no que tange à posse de suas terras ancestrais.

Exemplo interessante de tal proteção era a prescrição contida no art. 129, assim transcrito, “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Prevendo que competiria privativamente à União promover a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, a Constituição de

1934 institucionalizava uma verdadeira política de integração, colocando os silvícolas na comunhão nacional.

Não resolvendo os problemas decorrentes da questão, e eliminando os valores que causavam a inadaptação da população indígena, o modelo pregado pela Constituição de 1934 acabou sendo superado pela Constituição de 1988.

Positivando o direito à diferença, a Constituição de 1988, superando a política integracionista, que forçava os índios a se submeterem à identidade nacional, reconhecendo talvez a maior característica que distingue à comunidade indígena da comunidade nacional, declarou ser preservada a organização social dos índios, independentemente de sua classificação.

Nesse ínterim, por mais que o estatuto do índio estereotipe os silvícolas em isolados; em vias de integração e integrados (art. 4º), a Constituição lhes assegura o direito de serem e permanecerem como índios, sujeitos de direitos originários.

Disso se defluiu que muito antes da instituição do regime proposto pela atual Constituição, a comunidade indígena já gozava de direitos justificados por fatos e regras imprevisos pela nova norma constitucional, pois, são eles os verdadeiros proprietários desta terra. Seria como se os índios fossem titulares de direitos naturais.

Acompanhada, essa certa suposição, pela ratificação de importantes documentos internacionais, dos quais se destacam a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, depreende-se que a questão indigenista encontra-se em processo de constante modificação, tendo como principal objetivo assegurar o gozo, por parte dos silvícolas, dos direitos e garantias fundamentais que predicam o seu peculiar modo de ser.

3 AS DIFICULDADES REMANESCENTES: OS TERRITÓRIOS ANCESTRAIS INDÍGENAS

Na busca de tratamento adequado para a questão indigenista, e a par da evolução legislativa, inclusive da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda falta aos povos indígenas mecanismos mais eficazes para a consagração de seus territórios ancestrais.

Ressentindo-se de melhor tratamento por parte do direito positivo, e entendendo como insuficiente, porquanto em grande parte ineficaz, o procedimento de demarcação das terras indígenas, tal como previsto pela Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto n° 1.775, de 8 de janeiro de 1996, está à mercê de uma reformulação urgente, a fim de melhor sintonizá-lo com os principais atos internacionais subscritos pelo Brasil, a exemplo da Convenção Americana e da Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes da OIT.

Consistindo no nó górdio da não efetivação da maioria dos direitos fundamentais assegurados à população indígena, a consagração efetiva do território ancestral põe-se como elemento impostergável da consciência da identidade indígena ou tribal, considerada pela OIT como o critério fundamental para determinação das minorias protegidas pela Convenção n. 169.

Apenas a título de contextualização, em notícia divulgada no sítio eletrônico G1³, segundo levantamentos realizados pela Comissão Pastoral da Terra foi possível identificar a ocorrência de diversos conflitos agrários fundamentados nas disputas travadas entre índios e não-índios.

Representando um número alarmante, e militando, o Caso n. 12.728 da CIDH, no sentido de facilitar o processo de reconhecimento dos territórios ancestrais, pondo-se a dissertar sobre os índios, este trabalho não poderia deixar de citar os conflitos fundiários existentes, e que dificultam a implementação do programa desenhado pela Constituição para albergar a questão indigenista.

4 CASO N. 12.728

Suscitado pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares – GAJOP e pelo Conselho Indigenista Missionário em defesa do povo indígena Xucuru, o Caso n. 12.728 pode ser assim resumido:

Em 16 de outubro de 2002, o Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, o Gabinete de Assessoria Jurídica

3 A mesma reportagem notícia que: “Segundo a Funai, atualmente há 426 terras indígenas regularizadas, que representam 12,2% do território nacional. Mas a maioria delas (98,75%) se encontra na Amazônia Legal, enquanto que 554.081 dos 896.917 índios existentes no Brasil, segundo o Censo do IBGE de 2010, estão nas outras regiões, que concentram 1,25% da extensão de terras indígenas demarcadas” Acesso em 19 maio 2016 <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/04/disputas-por-posse-de-terra-no-brasil-mataram-15-indios-em-2013-diz-cpt.html>>.

às Organizações Populares – GAJOP e o Conselho Indigenista Missionário – CIMI (doravante “os peticionários”), apresentaram uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“a Comissão Interamericana”, “a Comissão” ou “a CIDH”) contra a República Federativa do Brasil (“o Estado”, “o Estado brasileiro” ou “Brasil”), pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana” ou “a Convenção”), em relação com as obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco.

2. Os peticionários alegam que o Estado violou o direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru e seus membros em virtude da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e da ineficácia da proteção judicial destinada a garantir esse direito, assim como da falta de recursos judiciais eficazes e acessíveis. Na etapa de mérito, os peticionários incluíram alegações relacionadas com os artigos 4 e 5 da Convenção Americana. Por sua vez, o Estado argumenta que a petição é improcedente pois o processo administrativo de demarcação da “Terra Indígena Xucuru”, iniciado em 1989, está formalmente concluído. Apesar disso, o Estado reconhece que ainda não finalizou a desintrusão do território indígena com a respectiva retirada completa dos ocupantes não indígenas. O Estado alega, no entanto, que o processo de demarcação do território Xucuru foi realizado dentro de um prazo razoável, levando em conta a complexidade da questão e a necessidade de garantir o devido processo legal aos terceiros não indígenas, assim como o direito destes a uma indenização justa.

3. Após examinar a posição das partes, os fatos provados e a normativa relevante, a CIDH conclui que o Brasil é internacionalmente responsável pela violação do artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem para fatos ocorridos até a ratificação da Convenção Americana pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. A Comissão também conclui que, a partir daquela data, o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 5, 21, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com as obrigações consagradas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros.

Deflagrado em conformidade com o procedimento estabelecido no Regulamento da Comissão Internacional de Direitos Humanos, aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009, o Caso n. 12.278 tinha como objetivo apurar se o Brasil havia violado dispositivos constantes da Convenção Americana, bem como da Declaração Americana, notadamente os artigos 5, 21 e 25.1.

Resultando positiva a violação, a CIDH, dentro de sua competência, editando relatório, acabou emitindo uma série de recomendações, dentre as quais se destaca a encartada no item 1, e que propunha a revisão do tratamento normativo conferido pela legislação pátria.

Irrompendo uma série de discussões doutrinárias, muitas delas imbuídas pela suposta violação a soberania do Estado brasileiro, a recomendação exarada pela CIDH reveste o caráter científico necessário para embasar uma reflexão dialética, e também filosófica, acerca da eficácia que deve ser conferida aos direitos positivados em tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, notadamente quando contrastados com a Constituição.

5 REFLEXÃO DIALÉTICA: O POSTULADO CONTIDO NO ART. 21 DA CONVENÇÃO AMERICANA E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM OS ARTS. 20, XI E 231, §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO

Dentre as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso n. 12.728, talvez a mais relevante, para efeitos deste artigo, seja justamente a consignada no item 1, a saber:

1. Adotar com brevidade as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Em consequência, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

Recomendando ao Brasil a adoção, com brevidade, das medidas necessárias, inclusive de índoles legislativas, para realizar a desintrusão dos não-índios do território ancestral do povo indígena Xucuru, no item 1 a CIDH, aliada à fundamentação expendida no contexto do relatório, apegando-se ao disposto no art. 1 da Convenção Americana, louvando-se nos precedentes firmados por ocasião do julgamento dos casos do Povo

Saramaka. Vs. Suriname; Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua; Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai; e, Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai, frisou que na orientação dos:

[...] órgãos do sistema interamericano, a propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não está baseada no reconhecimento oficial pelo Estado, mas sim no uso e posse tradicionais das terras e recursos; os territórios dos povos indígenas e tribais “pertencem a eles pelo seu uso ou ocupação ancestral”. O direito de propriedade comunal indígena fundamenta-se, ainda, nas culturas jurídicas indígenas, e nos seus sistemas ancestrais de propriedade, independentemente do reconhecimento estatal; a origem dos direitos de propriedade dos povos indígenas e tribais encontra-se, portanto, no sistema consuetudinário de posse da terra que existe tradicionalmente entre as comunidades⁶⁸. Em virtude disso, a Corte afirmou que “a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio conferido pelo Estado.

Causando espécie aos juristas brasileiros, e ainda que não tenha sido dada a palavra final pela Corte Interamericana, a recomendação formulada pela Comissão suscitou, e ainda suscita, inúmeros conflitos, especialmente porque contravém não somente a legislação ordinária, como também o próprio texto constitucional.

Atribuindo tratamento normativo diverso do previsto pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 e pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, o art. 21 da Convenção Americana, dispendo acerca da propriedade privada, elevou-a a condição de um genuíno direito fundamental.

Atrelando-se, de início, a garantia da propriedade privada, o ponto crítico da recomendação consiste na interpretação avançada conferida pela Corte e pela própria CIDH quando em voga a aplicabilidade do artigo 21 à propriedade indígena.

Rompendo com o paradigma hobbesiano de que a propriedade somente poderia existir se tutelada pelo próprio Estado, a propriedade indígena, na tessitura do artigo 21 da Convenção Americana, promanaria da própria cultura da população indígena, prescindindo do prévio reconhecimento estatal.

Disso se deflui que o processo de demarcação, caracterizado pelo reconhecimento das terras ancestrais, na orientação do sistema americano, teria natureza declaratória, e não constitutiva.

Modificando sensivelmente os direitos originários dos índios sobre as suas terras, e não reconhecendo tratamento semelhante na jurisprudência brasileira, mesmo no célebre caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR, rel. Min. Carlos Britto), onde foram fixados dezenove pontos a serem observados no processo de demarcação dos territórios indígenas, a recomendação lavrada pela CIDH é bastante intrigante, especialmente porque, contravindo o assinalado nos arts. 20, XI e 231 da Constituição, não poderia subsistir diante da soberania estatal, servindo o texto supremo de escusa para o descumprimento da medida pelo Brasil.

Todavia, por mais que o tratamento concedido pela CIDH seja diverso do outorgado pelo Brasil, tem-se a fundada convicção de que, com base no princípio da humanidade, sendo mais protetivo da dignidade, e estando em conformidade com os demais documentos internacionais dos quais o Brasil é parte, deve o artigo 21 preponderar diante da legislação doméstica, ainda que trate o tema de maneira diversa da preconizada pela Constituição.

Quando se abordou o histórico evolutivo da legislação brasileira, denotou-se que, com o advento da Constituição de 1988, o Brasil, sintonizando sua legislação com os principais diplomas internacionais, reconhecendo o caráter plural da sociedade brasileira, prestigiando medidas de preservação dos direitos das minorias, inovando frente as ordens constitucionais pretéritas, e rompendo com o ideal nacionalista - fundado na integração dos povos indígenas aos costumes e valores de uma sociedade europeia -, atribuiu, em seus arts 231 e 232, um colorido todo especial a questão indigenista.

Não recepcionando, em certa parte, o disposto na Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1971, dentre as inovações conferidas pela Constituição cidadã ocupou posição de destaque, sem dúvida, a proteção atribuída as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A despeito de as considerar como sendo bens da União (art. 20, XI), o enfrentamento da questão pelo Constituinte de 1988 ainda foi bastante tímido, isso porque, afora ser distinta da posse regulada pelo direito civil, a posse permanente não confere densidade ao direito originário dos índios sobre suas terras ancestrais, as quais, por constituírem bens da União, são considerados bens de uso especial – dada a sua afetação, mas ainda integrantes do patrimônio nacional.

Não legitimando os direitos humanos desta minoria, e também grupo vulnerável, que são os indígenas, o processo político-social entalhado pela Constituição de 1988 tem condições de ser aprimorado.

Sinalizando a necessidade e a possibilidade de o processo de legitimação dos territórios indígenas ser melhorado, o leitor mais atento, firme no postulado da supremacia da constituição, poderia indagar como um ato internacional haveria de se sobrepor ao texto constitucional, síntese da soberania estatal.

Talvez maculado pela orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do caso que acabou invalidando o instituto da prisão civil por dívidas, onde ficou assentado que os tratados internacionais, quando versassem sobre direitos humanos, teriam *status* supralegal, ou seja, estariam acima das leis, mas abaixo da Constituição, o leitor conferiria interpretação por demais restritiva a abertura empreendida pelo art. 5º, § 2º, aplicando de pronto um pré-conceito, inviabilizando toda e qualquer espécie de reflexão, ante a colocação de um argumento categórico.

Não podendo o direito ser forjado em bases absolutas, e se calcando numa abordagem filosófica, o meio encontrado para justificar a prevalência do artigo 21 da Convenção Americana sobre o texto constitucional é, apegando-se as experiências colhidas do direito comparado, sustentar que no específico desse caso, por conceder maior estatura ao valor dignidade, o artigo 21 da Convenção Americana, num processo de compatibilização, tem peso maior do que os mandamentos previstos nos arts. 20, XI e 231 da Constituição, preponderando, assim, no caso concreto.

Após a superação das teorias monistas e dualistas, que empreendiam justificar a natureza jurídica pela qual os atos internacionais eram recebidos pela ordem interna, muitas outras correntes emergiram.

Podendo ser sintetizadas nas correntes que defendiam a natureza infralegal, constitucional, supralegal e supraconstitucional, para efeitos de argumentação será dado enfoque à vertente que entende que os tratados internacionais de direitos humanos tem natureza supraconstitucional.

Consultando a doutrina internacionalista mais autorizada, verifica-se que a ideia de supraconstitucionalidade das normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos é tema que campeia, de longa data, o direito alienígena.

Exemplifica muito bem o assunto o escólio de José Joaquim Gomes Canotilho⁴, para quem:

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1276.

[...] o alicerçamento do sistema jurídico político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados, mas um novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo; Emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmado em declarações e documentos internacionais; Tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Dissertando sobre o chamado constitucionalismo global, em conformidade com as ideias difundidas por Canotilho é possível defender a existência de normas internacionais que são superiores às próprias normas constitucionais, isso porque, a contar do término da 2ª guerra mundial, o mundo experimentou um profundo processo de globalização, devendo o constitucionalismo se adaptar aos novos limites conferidos a soberania, e sua provável relativização.

Citando como exemplo as normas de direitos humanos, com base no constitucionalismo global é válido sustentar a predominância do artigo 21 da Convenção Americana sobre os arts. 20, XI e 231 da Constituição.

Reforça o predito, o tratamento supraconstitucional concedido pela Carta Holandesa de 1956 a temática.

Estruturando o Estado holandês, a Constituição de 1956, preocupando-se com a efetivação dos direitos humanos, frisou expressamente que os direitos oriundos de tratados internacionais incorporados ao ordenamento doméstico teriam hierarquia superior às próprias normas constitucionais.

Considerado como um caso isolado, a experiência holandesa serviu de alicerce para que outros doutrinadores abraçassem essa ideia.

Nessa linha pode-se citar, dentre os autores internacionais que se dedicam ao tema, Albuquerque Mello.

Por mais que o *status* supraconstitucional dos tratados possa ser assunto de difícil justificação, especialmente por confrontar diretamente com a soberania estatal, a ideia ali propagada encontra esteio nas também precisas palavras de Florisbal de Souza Del'olmo⁵ que, estatuindo o método de harmonização, assinala que:

5 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 97.

[...] soberania e supranacionalidade não são incompatíveis, (...) onde o Estado entende ser mais consentâneo com seu objetivo a instituição da supranacionalidade”, o entendimento deste doutrinador é que esta abdicação da soberania seria na verdade um exercício próprio da mesma.

Demonstrando que a supraconstitucionalidade dos tratados não elimina a soberania estatal, os ensinamentos de Del’olmo, aliado as contribuições ministradas por Canotilho e Albuquerque Mello, pode servir de fundamento de justificação para a exigibilidade da recomendação tombada no item 1 do Caso n. 12.728, ainda que divergente do tratamento conferido pela vigente Constituição, até porque, embora tenha se sagrado, na obra de Jean Bodin, como elemento indispensável ao conceito e a existência do Estado, a soberania vem sendo alvejada por constantes relativizações, mostrando-se oportuno vir à baila o comentário tecido por Luigi Ferrajoli⁶, no sentido de que aquela “[...] deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.”

Ora, questionado sob o ponto de vista filosófico, a soberania não pode ser elevada como imperativo categórico capaz por si só de impedir qualquer espécie de reflexão acerca da vinculação do Estado brasileiro às recomendações emitidas pela CIDH no Caso n° 12.278, sob pena de se por em xeque o progresso da ciência.

Cite-se, ainda, que situação parecida a esta já foi dilucidada no âmbito doutrinário por ocasião da incorporação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, onde o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, sinalizando a possibilidade de o Brasil vir a se submeter a penas de caráter perpétuo, bem como imprescritíveis, salientou que, em conformidade com o princípio da humanidade, conferindo maior proteção à dignidade, o Estatuto de Roma preponderaria frente ao ordenamento doméstico.

O mesmo se diga quanto ao reconhecimento, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do princípio do *pro homine*, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. César Peluso e do HC 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes.

Encontrando tratamento semelhante na jurisprudência hodierna, e firme na natureza aberta do sujeito constitucional, entende-se que com base no princípio do *pro homine*, e dentro de uma ideia de constitucionalismo global, dando maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais

6 FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

dos índios, o artigo 21 da Convenção Americana deve prevalecer, e não derogar, os arts. 20, XI e 231 da Constituição, exercitando-se, assim, um juízo de ponderação entre dois textos que para nós tem igual valor e estatura.

Quem saiba com essa breve reflexão, não se consiga, em tempos vindouros, presenciar uma nova revolução copernicana, caracterizada pela progressiva mitigação da soberania estatal, tal como inclusive já se avista no atual modelo adotado pela União Europeia, que transcende em alguns aspectos o mero *status* de uma confederação de Estados soberanos e independentes.

CONCLUSÃO

Conclui-se que apesar dos avanços experimentados pela legislação brasileira no tocante a questão indigenista, ainda remanesce uma importante tarefa a se concretizar, qual seja, idealizar mecanismos de maximização da proteção desta parcela vulnerável, e minoritária, da sociedade brasileira, tal como recorrentemente consagrado nos princípios documentos internacionais.

Não se satisfazendo com as meras previsões constantes dos arts. 20, XI, 231 da Constituição, 17, I da Lei nº 6.001, de 1973 e 1º do Decreto nº 1.775, de 1996, tanto a legislação infraconstitucional, quanto a própria constituição, deverão ser relidas à luz da do art. 21 da Convenção Americana, notadamente quando se reconhece que, com o processo de modificação da noção de soberania, no conflito entre normas internacionais e internas, aí incluídas as próprias normas constitucionais, deve prevalecer a que maio favoreça a dignidade da pessoa humana (*pro homine*).

REFERÊNCIAS

BELFORT, Lucia Fernanda Inácia. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Valor constitucional dos tratados de direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1724, [21 mar. 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11076>>. Acesso em: 19 maio 2016.
- GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- HALL, Stuart. *O problema da ideologia o marxismo sem garantias*. Da diáspora: identidades e mediações culturais. Editora Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003. p. 265-293
- HARADA, Kiyoshi. *Tratados que versam sobre direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1749, [15 abr. 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11161>>. Acesso em: 19 maio 2016.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- KELSEN, Hans, CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
- MARX, Karl. *O Capital*. v. 2. 3. ed. Nova Cultural: São Paulo, 1988.
- MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. Atlas: São Paulo, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. Selfhood, citizenship, culture, and community. London and New York: Routledge, 2010.

