XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Luís Alexandre Carta Winter – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-317-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Trabalhar com direito internacional dos direitos humanos é trabalhar no deslinde de novos campos e novos desafios, típicos do final do Século XX e do primeiro quartel do Século XXI. Se de um lado, representam novas searas, de outro, temos, em algumas linhas, a resistência dos sujeitos tradicionais do direito internacional público. A coletânea dos artigos sobre o tema, apresentados no GT de Direito Internacional dos Direitos Humanos I, e trabalhados no XXV Congresso do CONPEDI, realizado de sete a dez de dezembro de 2016, exteriorizam várias dessas problemáticas. Por uma questão didática, levando-se em conta o conteúdo dos artigos, estes foram reunidos em quatro blocos.

O primeiro, pensado mais em um contexto filosófico, reflexivo, compreendendo tanto a estética do direitos humanos, como sua hermenêutica, estão os artigos DIREITOS HUMANOS – PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE UNIVERSALISMO E RALATIVISMO CULTURAL, da autoria de Simone Alvarez Lima e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; DILEMA INIMAGINÁVEL PARA OS DIREITOS HUMANOS: A PERIGOSA ONDA DESGLOBALIZANTE, NACIONALISTA E XENÓFOBA EM PLENA ERA DIGITAL, de Laecio Noronha Xavier; ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE A TOLERÂNCIA, de Everton Silva Santos e Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral; DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO, de João Carlos Campanilli Filho e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches; O DIREITO À IGULADADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO RESPOSTA À COLONIALIDADE, de Paulo Victor Schroeder e Pedro Bigolin Neto; REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO, de Nicholas Salles Fernandes Silva Torres e Lívia Gaigher Bosio Campello; DIREITO À CULTURA NA AMÉRICA LATINA, de Noara Herculano Morais Travizani e, finalmente, REFLEXÕES TEÓRICAS ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, de Mariana Lucena Sousa Santos.

O segundo, pensado mais em um contexto do sujeito, jurisdição e efetividade dos direitos humanos, estão os artigos A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A (IN)EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E DESAFIOS, de Luana Rochelly Miranda Lima Pereira; A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ESPECÍFICA SITUAÇÃO DE

RISCO DO DIREITO ALEMÃO – POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS, de Paulo César Freitas; CRÍTICA AO EXERCÍCIO ILIMITADO DO PODER SOBERANO PELAS NAÇÕES COMO FORMA DE VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, de Gabriela Ferreira Pinto de Holanda e Kaliany Varjão de Santana Oliveira Guimarães; e TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E DA DIGNIDADE SEXUAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL, de Maria Rosineide da Silva Costa e Mariana Faria Filard.

O terceiro, um pouco menor, trabalha com a correlação entre o direito humanitário e os direitos humanos, compreendendo os artigos A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CONFLITOS ARMADOS E O CASO PAVLE STRUGAR NO TIRPUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGUSLÁVIA, de Thiago Giovani Romero e Ana Cristina Alves de Paula; REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A FINANCEIRIZAÇÃO DA VIDA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PROPOSTA QUE COLOCA REFUGIADOS EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ATIVOS, de Matheus Fernando de Arruda e Silva e Jorge Luis Mialhe; e INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER, de Gustavo Rabay Guerra e Henrique Jerônimo Bezerra Marcos.

O quarto, pensado dentro de um contexto regional, incluindo aí, tanto o sistema interamericano, como o MERCOSUL, estão os artigos DEZ ANOS DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL: SISTEMA INTERAMERICANO E O PROBLEMA DA COMPLIANCE, de Rafaela Teixeira Sena Neves e Laércio Dias Franco Neto; JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, MEMÓRIA E VERDADE: ELEMENTOS PARA PROBLEMATIZAR DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA, de Alex Daniel Barreto Ferreira e Gabriela Maia Rebouças; NOVOS DEBATES NO CONSELHO NACIONAL SOBRE A MIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL: UMA ANÁLISE DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS QUE PRORROGARAM A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N.o 97/12 (2010-2016), de Julia de Souza Rodrigues; O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA QUESTÃO DE TERRAS INDÍGENAS BRASILEIRAS DIANTE DO NOVO CONTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA E O PLURALISMO JURÍDICO, de Gustavo Nascimento Tavares e Ruan Carlos Pereira Costa; PRISÃO PREVENTIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Amanda Guimarães da Cunha Floriani e Rodrigo Mioto dos Santos; SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, de Leila Maria da Juda Bijos; e DESENVOLVIMENTO E INTEGRAÇÃO REGIONAL: A ATUAÇÃO DO MERCOSUL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS, de Luís Alexandre Carta Winter e Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers.

São artigos básicos na construção das novas concepções de direitos. Assuntos de grande relevância que auxiliarão a novos pesquisadores. Sendo uma leitura obrigatória para os que queiram trabalhar nesta nova e dinâmica área.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bosio Campello - UFMS

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter - PUC-PR

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS BRASILEIRAS DIANTE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA E O PLURALISMO JURÍDICO

THE CONVENTIONALITY CONTROL IN QUESTION OF INDIGENOUS LANDS BRAZILIAN BEFORE THE NEW CONSTITUTIONALISM LATIN AMERICA AND LEGAL PLURALISM

Gustavo Nascimento Tavares [1]
Ruan Carlos Pereira Costa [2]

Resumo

O presente artigo propõe apresentar fundamentos que justifiquem o controle de convencionalidade como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas, adotando o Novo Constitucionalismo latino-americano como paradigma do pluralismo jurídico. Por meio do método indutivo, o trabalho visa delinear a partir de casos concretos, como o controle de convencionalidade pode garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais em um contexto de direito pluralista. No Brasil, ainda que exista abertura constitucional para o pluralismo jurídico, o controle de convencionalidade não é exercido de forma a garantir a máxima proteção e promoção à diversidade dos povos indígenas.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico, Direito fundamental à diversidade, Controle de convencionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to present reasons to justify the conventionality control as effective instrument of fundamental rights of indigenous peoples , adopting the New Constitutionalism Latin American as a paradigm of legal pluralism. Through the inductive method , the paper aims to outline the basis of concrete cases , such as conventionality control can ensure maximum effectiveness of fundamental rights in the context of pluralist law. In Brazil , although there is openness to constitutional legal pluralism , the conventionality control is not exercised in order to ensure maximum protection and promotion of the diversity of indigenous peoples.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal pluralism, Fundamental right to diversity, Conventionality control

---

[1] Bacharel em Direito (2011-2015) pela UFU e Mestrando em Direito Público pela Unversidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós Graduação em Direito turma 2016-2018.

[2] Bacharel em Direito (2009-2013) pela UNIPAM e Mestrando em Direito Público pela Unversidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós Graduação em Direito turma 2016-2018.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se dá sob o enfoque teórico do pluralismo jurídico e como esta nova realidade se amolda no direito brasileiro, particularmente, nas decisões judiciais sobre terras e direitos indígenas. A área de concentração da pesquisa são os direitos fundamentais. O tema delimita-se ao controle de convencionalidade nas disputas de terras indígenas e como o ordenamento jurídico brasileiro deve se comportar para reconhecer a diversidade e garantir direitos fundamentais destes povos. A hipótese da pesquisa é: estabelecer o controle de convencionalidade como instrumento de reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais indígenas dentro de um contexto pluralista, nos moldes do Novo Constitucionalismo da América Latina.

O objetivo geral do artigo é analisar como o controle de convencionalidade pode ser um instrumento de promoção dos direitos indígenas dentro do contexto pluralista de direito. Os objetivos específicos são: (i) apresentar o Novo Constitucionalismo na América Latina como paradigma do pluralismo jurídico; (ii) demonstrar a possibilidade e analisar o controle de convencionalidade como meio de se promover direitos fundamentais nas questões indígenas; (iii) apresentar os casos emblemáticos sobre as questões indígenas dentro do enfoque de proteção dos direitos fundamentais e do pluralismo jurídico, fazendo uma comparação com o arcabouço jurisprudencial do direito internacional.

O marco teórico será (HESPANHA, 2013)[1]. A função social da pesquisa consiste em erguer a discussão sobre o controle de convencionalidade do direito brasileiro em questões envolvendo direitos fundamentais dos indígenas e enfrentar o pluralismo jurídico nas especificações nacionais.

A metodologia de abordagem será indutiva. O trabalho será dividida em três parâmetros: (i) apresentar argumentos que solidifiquem a tese do Novo Constitucionalismo da América Latina como um paradigma do pluralismo jurídico; (ii) discutir a aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro como instrumento de promoção ao direito fundamental à diversidade dos povos indígenas; (iii) partindo da jurisprudência internacional e dos parâmetros anteriores fixados, objetiva-se analisar casos concretos julgados no ordenamento interno, busca-se inferir a capacidade do sistema jurídico brasileiro em exercer o controle de convencionalidade, dentro da moldura do pluralismo jurídico. A pesquisa será dogmática por meio da interpretação argumentativa das fontes de pesquisa utilizadas, sejam elas teóricas ou jurisprudenciais.

1 HESPANHA, Antônio Manoel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013

O trabalho justifica-se por estudar o controle de convencionalidade envolvendo questões de terras indígenas no momento em que a América Latina caminha para se tornar uma comunidade plurinacional que promova os direitos fundamentais conjuntamente com a diversidade dos povos. Para a pesquisa serão utilizadas as obras de (NEVES, 2009), (WOLKMER, 2008) (HESPANHA, 2013), (HABERMANS, 2001) e os acórdãos do STF e outros tribunais que julgaram recentemente os casos emblemáticos que ficaram conhecidos como Serra Raposa do Sol e a Aldeia Maracanã.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA COMO PARADIGMA DO PLURALISMO JURÍDICO E DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIVERSIDADE E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA

Antes mesmo de se entender os efeitos do constitucionalismo na sociedade contemporânea, o direito se apresenta sob uma nova veste, onde os conceitos de soberania, Estado, democracia, nacionalidade e tantos outros se desenha em outra dimensão diante da força normativa dos direitos humanos. Expressões como "constelação pós-constitucional" (HABERMAS, 2001); "Transconstitucionalismo" (NEVES, 2009) refletem uma tendência de superação do constitucionalismo voltado à soberania das nações para um Novo Constitucionalismo voltado para a supremacia da pessoa humana. Os direitos humanos cada vez mais se reafirmam como o pico da ordem social normativo jurídica.

A atual conjuntura do direito é centrada no cidadão e sua plenitude para o gozo dos direitos. Houve uma virada na formação do Estado moderno, os deveres perderam importância e deram lugar aos direitos (BOBBIO, 2004). A sociedade por meio do cidadão passa a ser o núcleo gravitacional dos direitos e não mais o Estado, este tornou-se apenas instrumento de garantia dos direitos do homem (SANTOS, 2010). Tal mudança afetou de forma significativa os Estados e sua relação com a soberania. O direito como produto exclusivo do Estado, que vigorou após o final do séc XVIII, sofreu abalo no final do séc XX. O panorama de pluralismo jurídico que era a regra da sociedade até o advento do Estado, tende a retornar sobre a veste de um direito plural e universal, no qual o Estado possui um papel significativo (HESPANHA, 2013).

O direito como toda prática social se adapta à realidade de seu tempo, o fenômeno da globalização desafia a estrutura moderna do ordenamento jurídico e realoca os atores sociais para diferentes funções (HABERMAS, 2003). A pessoa humana passa a ser a principal finali-

dade do direito, posto essa premissa, o direito estatal não é mais suficiente para atender as demandas contemporâneas (HESPANHA, 2007). A sociedade espera que, por meio do direito fundamental à diversidade, exista igualdade de condições e equilíbrio correcional das diferenças sociais (HABERMAS, 2002).

O pluralismo propõe que o ordenamento jurídico seja posto em confronto com outras perspectivas do direito, multifacetária e cosmopolita. (HESPANHA, 2007). Não se trata de prospecção futura, mas sim de realidade fática de consequências ainda imprevisíveis. Dentro do contexto pluralista, a América Latina adaptou o constitucionalismo à sua realidade e originou o fenômeno conhecido como "Novo Constitucionalismo da América Latina".

Para entender tal fenômeno é preciso primeiramente compreender que o constitucionalismo, visto como prescrições jurídicas de limitação do poder estatal e garantia das liberdades individuais (STRECK, 2014), se modificou ao longo do último século. Sobre estes dois vetores o constitucionalismo se redesenhou com a predominância das garantias e liberdades individuais no Estado liberal, e com a predominância das limitações do poder estatal vinculado em promover o bem estar, no Estado social (BOBBIO, 2004).

Os países da América Latina não passaram pela período histórico do Estado social e tiveram seu constitucionalismo implantado sob um pós-colonialismo deficitário de direitos sociais. A incorporação dos direitos fundamentais no ordenamento dos povos latino americanos não possui correspondência unívoca com os traços sociais que definem estes povos. O constitucionalismo democrático na América Latina saltou o Estado social.

As lutas sociais e políticas que constroem o direito e a política de um povo, não foram as bases para o constitucionalismo do continente latino-americano, houve uma implementação de um sistema sem conexão com a realidade, como resultado, o direito nestes países, não pôde ser estruturado como um sistema uniforme e coerente de direito (SANTOS, 2010). Não houve realização e efetivação dos direitos, e sim, uma exclusão em massa, decorrente de uma desigualdade visceral herdada do período colonial, que mesmo diante do fenômeno do constitucionalismo não foi superada.

Diante do vácuo deixado pela ausência do Estado social, tais estados ingressaram no neoconstitucionalismo mergulhados em desigualdades sociais e deficiência de prestação de direitos fundamentais. Com uma democracia recortada de modelos europeus sem comunicabilidade com sua realidade. O colonialismo abafou a cultura desses povos deixando a democracia desequilibrada nestes países, de tal forma, que as desigualdades aumentaram e as minorias ficaram à margem do Estado Democrático de Direito. Tal consequência foi essencial para o surgimento do Novo Constitucionalismo da América Latina (SANTOS, 2010).

Com a evolução dos direitos humanos, principalmente pela incorporação destes pelas cartas constitucionais na forma de direitos fundamentais, e também pelas lutas sociais da segunda metade do século XX, as novas constituições da América Latina surgidas a partir de 1982, utilizaram mecanismos jurídicos para corrigir este déficit democrático e constitucional. O fenômeno ganhou força e atraiu olhares de teóricos e juristas diante do novo modelo constitucional, que pode ser visto como um paradigma para o pluralismo jurídico. O fundamento que justifica essa corrente constitucional é a promoção do direito fundamental à diversidade e proteção às minorias com respeito as suas diferenças (NOVAIS, 2006).

O pluralismo na América Latina surge da quebra da relação vertical entre direito e sociedade (TEUBNER, 2009), tanto a sociedade quanto o direito se ramificaram e adquiriram uma capilaridade horizontal, reorganizando a estrutura e os sistemas jurídicos. Diante da necessidade de construção de um modelo de direito próprio a cada nação, o direito teve que alcançar onde o direito estatalista não conseguia penetrar. A diversidade social e multicultural dos povos latino-americanos foi um campo fértil para o surgimento desse fenômeno.

O Novo Constitucionalismo na América Latina, na visão de alguns autores (BALDI, 2014), é divido em três ciclos, que são: (i) o primeiro ciclo (1982-1988), o Constitucionalismo Multicultural, que reconheceu o multiculturalismo e os direitos indígenas; (ii) o segundo ciclo (1989-2005), o Constitucionalismo Pluricultural, que adotou o pluralismo jurídico interno, reconheceu as tradições, os costumes indígenas, contudo tal ciclo foi limitador de algumas garantias dos povos indígenas; (iii) o terceiro ciclo (2006-2009), o Constitucionalismo Plurinacional, este ciclo é claramente influenciado pela declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, esta nova fase traz toda uma sistemática constitucional, que reconhece à diversidade e proporciona os meios de se corrigir diferenças sociais. Por meio da participação democrática e da autonomia jurídica, o Estado reconhece o pluralismo e coordena os sistemas jurídicos em torno de um Estado Plurinacional.

A constituição não deve ser vinculada apenas ao seu caráter formal, de matriz geradora de processos políticos, mas também deve ser um pacto político-social que expresse a pluralidade de um povo e seus traços históricos, permeada pela coexistência de concepções divergentes, produto de lutas e esforços sociais (WOLKMER, 2008). A cultura constitucional dos povos da América foi imposta pelas ideias jurídicas do modelo europeu. Com o passar dos anos, as incongruências dos modelos importados causaram efeitos sociais indesejados.

Todo este contexto histórico fez surgir no América Latina o movimento do Novo Constitucionalismo, culminando com o constitucionalismo plurinacional vivenciado em países como Bolívia, Equador e Venezuela. Tais constituições apresentam o Novo Constituciona-

lismo no seu processo constitucional, no forma de ampla participação que estes países introduziram para construir o documento democrático legítimo, que representasse a universalidade da população. Para se alcançar universalidade, igualdade e equitatividade, torna-se necessário dar voz às minorias e ampliar o discurso que elabora o direito (NOVAIS, 2006). Tais constituições representam um avanço político sem diminuir a importância dos Estados, mas sim reconhecendo a ampla participação popular, inclusive dos povos indígenas, na construção democrática de um direito plural que atenda os anseios sociais.

O Novo Constitucionalismo na América Latina é um paradigma do pluralismo jurídico, pois, modifica o direito estatal e realoca o sistema jurídico constitucional admitindo influências externas e internas, desde que estejam protegidos os direitos fundamentais e o caráter democrático do direito pluralista. Na visão de outros consagrados autores o fenômeno é visto de forma mais ampla, como para Ferrajoli, segundo o jurista italiano, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) inaugurou o constitucionalismo de terceira geração (FERRAJOLI, 2012), devido a sua extensa tratativa dos direitos sociais, do dever de proteção as minorias e do reconhecimento aos direitos indígenas e relativos ao meio ambiente, a CRFB/1988 potencializou o Estado Constitucional (FERRAJOLI, 2015).

A história do constitucionalismo brasileiro por meio de suas constituições refletiram o tipo de pluralismo que foi adotado ao longo da história do país. As constituições de 1824 e 1891 possuíam fortes traços liberais, a constituição de 1934 pode ser considerada a primeira constituição que rompeu com esta tradição monista (WOLKMER, 2008), foi inovadora em direitos sociais, econômicos e ampla participação política, reconhecendo inclusive a representação classista.

As constituições autoritárias (1937; 1967 e 1969) e também a Constituição de 1946 de caráter mais social, podem ser classificadas como constituições democráticas em seu aspecto formal, mas sem plenitude de participação popular, nem tampouco inclusão de minorias no espaço democrático político e jurídico (WOLKMER, 2008). A CRFB/1988 foi significativamente a carta magna nacional que mais encampou a tese pluralista por meio do amplo reconhecimento dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013). A grande importância dessa carta foi o reconhecimento de atores preferenciais de proteção constitucional, como a criança, o idoso, o consumidor e também o índio.

A CRFB/1988 pode ser considerada uma constituição aberta ao pluralismo. Mesmo após vinte e cinco anos de sua vigência, ela ainda irradia normas de direitos fundamentais, justamente por sua possibilidade de recepcionar direitos novos. O constitucionalismo vivido no Brasil após a CRFB/1988 se amolda dentro do constitucionalismo garantista de Luiji Fer-

rajoli[2], por este traço, tal autor coloca o Brasil como um representante paradigmático da terceira fase do constitucionalismo (FERRAJOLI, 2012).

O Garantismo é fundamento da democracia substancial (FERRAJOLI, 2012), tal modelo prima por um estado liberal mínimo (miníma restrição às liberdades individuais) e um estado social máximo (máxima satisfação das necessidades sociais do cidadão). Todas as constituições advindas depois desse período tem importantes traços garantistas, de carta programática para o Estado de efetivar e promover a realização dos direitos fundamentais, consolidar a democracia e promover valores, como igualdade e justiça social.

O constitucionalismo garantista é uma teoria jusfilosófica mais ampla que engloba o fenômeno pluralista do Novo Constitucionalismo da América Latina, esta visão elucidada por Ferrajoli é de extrema importância, pois, mesmo o Brasil não sendo considerado um Estado Plurinacional, estabelece ampla gama de direitos fundamentais e reconhece a normatividade dos direitos humanos e sua influência sobre o Estado brasileiro. O constitucionalismo garantista funciona como um aporte de direitos humanos (FERRAJOLI, 2015).

A América Latina como paradigma deste novo direito pluralista redesenhou as políticas voltadas aos povos indígenas traçando um marco do direito no que tange: a proteção, a promoção, o reconhecimento, a ampla participação e a autonomia destes povos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua jurisprudência ao longo dos últimos anos também trouxe avanço aos direitos indígenas. (WOLKMER, 2008).

O direito internacional se consolidou como importante fonte do direito que deve ser utilizada como instrumento para: a promoção, a proteção e a diversidade dos direitos dos índios. A CRFB/1988, ao permitir que os tratados de direitos humanos sejam incorporados ao nosso sistema, abre as portas para que avanços em relação a estes direitos fundamentais sejam incorporados ao ordenamento por meio do controle de convencionalidade (SANTOS, 2010). O paradigma do pluralismo jurídico na América Latina influência diretamente as decisões da corte interamericana de direitos humanos, de forma reflexa, tais inovações se apresentam para o direito brasileiro como uma alternativa constitucional, para estabelecer um fluxo constante de direitos fundamentais (PULIDO, 2013).

2 Para Ferrajoli, o garantismo é uma teoria jusfilosófica que pode ser visto sob três formas: (i) a primeira, como modelo normativo de direito, caracterizado no plano epistemológico como técnica de maximização de liberdades e no plano jurídico uma vinculação estatal de garantir direitos dos cidadãos; (ii) em uma segunda acepção, o garantismo de Ferrajoli é visto como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência, dentro desta perspectiva há uma redefinição destes conceitos, adotando o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do mesmo, existe uma convergência entre os conceitos de validade e efetividade, mas ainda sim há distinção, dentro desta concepção o direito deve ser formalmente e materialmente válido; (iii) a terceira concepção o garantismo é visto como filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, nesta concepção, a proposta do garantismo é a separação entre direito e moral e justiça e validade.

Os processos democráticos de criação do direito devem observar a realidade pluralista como um instrumento de ampliação dos direitos e não um fator limitador do Estado (HESPANHA, 2007). O modelo constitucional vivenciado na América Latina pode ser visto como um paradigma, dentro do propósito atual do direito, de garantir e promover a diversidade.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO À DIVERSIDADE DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

No Brasil, onde o constitucionalismo é multicultural, e não plurinacional, os direitos fundamentais dos indígenas são reconhecidos, mas de maneira limitada. O sistema jurídico pátrio não é considerado pertencente ao modelo jurídico dos Estados Plurinacionais, mas, está inserido no constitucionalismo garantista. A CFRB/1988, ao permitir que tratados internacionais sobre direitos humanos sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno, abre a possibilidade para o diálogo de fontes entre o direito interno e o direito internacional. Os tratados aqui incorporados ganham *status* de norma supralegal ou até mesmo de emenda constitucional, tais normas após incorporação ao sistema podem servir de parâmetro para o chamado controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade assim como o controle de constitucionalidade deve ser visto, em um primeiro momento, como instrumento de proteção, integração e coordenação do sistema jurídico (MENDES, 2005). Mas também deve ser visto como possibilidade de renovação do direito. O controle de constitucionalidade é meio eficaz para se moldar as normas jurídicas de acordo com a Constituição, já o controle de convencionalidade permite que a incorporação de direitos humanos na forma de direitos fundamentais sirva de baliza para aplicação do direito interno (BARROSO, 2013).

A CRFB/1988 tem como traço genético a proteção e garantia dos direitos fundamentais, tal característica permite que o direito pátrio sempre esteja em transformação para se adequar a máxima realização e efetivação destes direitos. O controle de convencionalidade nada mais é do que a constitucionalização do direito internacional (SARLET, 2006). Tal controle permite o fluxo de direitos humanos de maneira coordenada e serve de parâmetro para o controle de normas internas (MARINONI, 2013).

A emenda constitucional nº 45/2004 trouxe a possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quórum* qualificado, permitindo que estes fossem incorporados de forma equivalente às emendas constitucionais. O ingresso material e for-

mal de normas de direitos humanos que se incorporam ao sistema jurídico pode servir de parâmetro para controle de outras normas que estejam em desconformidade com tais tratados ratificados e internalizados, neste caso tem-se o que se denomina por controle de convencionalidade concentrado (BARROSO, 2009).

O direito precisa ser um conjunto de regras que tenha efetividade na sociedade, (BOBBIO, 2006) para a norma de direito interno não basta apenas ser compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta à integrar a ordem jurídica internacional. O controle de convencionalidade, na sua forma difusa, existe desde a promulgação da CRFB/1988 (art. 5º, § 2º), já na sua forma concentrada, o controle de convencionalidade passou a existir com a emenda constitucional nº 45/2004 (art. 5º, § 3º).

O STF firmou precedente[3] em 2009, de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico com status de supralegalidade (art. 5º §2º) ou com status de norma constitucional (art. 5º § 3º), a tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes instituiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos tem efeito paralisante na legislação infraconstitucional. A supralegalidade os coloca entre a constituição e a legislação ordinária. O controle de convencionalidade exerce função de complementariedade em relação ao controle de constitucionalidade e não de subordinação (MARINONI, 2013).

As fontes do direito interno e externo devem dialogar de forma que seja promovido a máxima efetivação dos direitos humanos (MARQUES, 2009). O controle das leis, baseado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, pode ser referência para o controle difuso e concentrado de normas infraconstitucionais (MENDES, 2005), tal controle é um instrumento efetivo de promoção à eficácia dos direitos fundamentais, (SARLET, 2006). Na Era do direito, essa abertura sistêmica dá dinamismo e promove a renovação normativa sempre voltada para a proteção e promoção dos direitos humanos.

Os direitos indígenas diante do Novo Constitucionalismo da América Latina e da recente jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos alcançaram posição de destaque e se consolidaram como um paradigma do pluralismo jurídico. A questão das terras indígenas no Brasil foi recentemente colocada sob o espeque dos direito humanos em casos emblemáticos que versaram sobre a inclusão jurídica e social dos índios na sociedade brasileira.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-1. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Distrito Federal, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 26 jun. 2016.

No período Colonial e Imperial brasileiro os índios sofreram com políticas e normas ineficazes, diante do distanciamento cultural entre os colonos e os povos indígenas. Não houve promoção da cultura indígena, pelo contrário, houve desrespeito por parte dos colonos aos poucos atos normativos que garantiam mínima proteção a estes povos (CUNHA, 1987). No Brasil Colônia havia a negligência dos colonos em respeitar normas voltadas aos indígenas. De outro lado, no Brasil Império havia a ideia de que a soberania era absoluta e não havia espaço para duas soberanias no mesmo território, diante desta justificativa houve enorme repressão e violação aos direitos indígenas (AZEVEDO, 2004).

No período Republicano, as Constituições[4] de 1934 (art 129), 1937 (art. 154) e 1946 (art. 216) reconheceram direitos indígenas, mas, sempre com um caráter integralista submissivo destes povos perante à cultura imposta, o que lhes era permitido era a posse de suas terras tradicionais. Nas constituições de 1967 (art. 186) e 1969 (art. 198) houve espaço apenas para manutenção dos direitos já conquistados. Nas primeiras Constituições brasileiras o enfoque era dar a posse permanente da terra aos índios e estabelecer que estas eram bens da União, como forma de proteger a posse dos índios. Mas essa legislação indigenista, que vigorou por quase 500 anos, tratou de excluir os índios e impediu que tais povos adquirissem autonomia ficando sempre à margem da sociedade. Não houve um fator de correção político e democrático que equilibrasse a violação de direitos humanos sofridos por estes povos (FAUSTO, 1999).

Ao longo da história o índio no Brasil sofreu um logo processo de exclusão e marginalização na sociedade, (CUNHA, 1987), com o advento da CRFB/1988, os direitos indígenas ganharam *status* de direitos fundamentais, e houve reconhecimento da vulnerabilidade destes povos. A CRFB/1988 avançou significativamente no tema e construiu um rol extenso de direitos relacionados aos povos indígenas.

O rol extenso de artigos reflete o caráter multicultural da Constituição vigente, o sistema de proteção dos povos indígenas pode ser considerado um subsistema dentro do sistema de direitos fundamentais. Os índios na CRFB/1988 foram expressamente elencados como atores que merecem tratamento especial por parte do Estado. As várias diretrizes da carta magna podem ser classificada em três grandes temas que são: direitos fundamentais *lato sensu* que contemplam todas as pessoas independente da etnia; os direitos fundamentais específicos daqueles povos; e os deveres do Estado em promover à diversidade dos povos indígenas.

O art. 3º da CRFB que estabelece como objetivos fundamentais: (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a busca por um desenvolvimento nacional; (iii) a er-

4 BRASIL. Constituições anteriores. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/> Acesso em: 01 de ago 2016.

radicação da pobreza, da marginalização com a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos. Tais objetivos são valores que refletem diretamente nos povos indígenas.

O art. 231 da CRFB/1988 reconhece os índios como povos autônomos e estabelece: (i) a valorização de seus costumes, culturas, crenças e tradições; (ii) reconhece as terras tradicionalmente ocupadas por eles, garantem sua posse permanente conjuntamente como o uso exclusivo das riquezas do solo; (iii) reserva o aproveitamento dos recursos hídricos, incluindo os potenciais energéticos, e demais riquezas do solo somente condicionado a autorização do congresso nacional garantido o contraditório às comunidades indígenas envolvidas; (iv) garantem às terras indígenas, inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. Todo o rol deste artigo garante proteção e também promoção das comunidades indígenas

O grande paradigma da CRFB/1988 em relação aos direito indígenas foi o direito à diferença e a integração inclusiva, os povos indígenas podem se inserir na sociedade preservando sua cultura. O documento constitucional brasileiro garantiu ampla proteção e colocou os direitos daqueles povos como um valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais relativos as terras indígenas são assim classificados: em direitos fundamentais dos povos indígenas, direitos em relação à terra e deveres do Estado de garantir que estes povos exerçam seus direitos fundamentais.

Colocado o controle de convencionalidade (art. 5º §§2º e 3º da CRFB/1988) e o rol de direitos dos povos indígenas (arts. 1º ao 5º; 176; 231 e 232 da CRFB/1988) tem-se um micro sistema constitucional que permite que as decisões judicias, os atos do Poder Legislativo e mesmo do Poder Executivo sejam direcionados por balizas constitucionais de forma a promover a máxima efetividade dos direitos fundamentais das comunidades indígenas. O controle de convencionalidade pelo rito do art. 5º § 3º da CRFB/1988, por ser equiparado à emenda, cria um bloco de constitucionalidade (SARLET, 2006) com densidade normativa para aumentar a proteção existente, promovendo uma constante renovação da Constituição, já o rito do art. 5º § 2º da CRFB/1988, estabelece normas supralegais com força normativa para realizar este fluxo de direitos humanos para o direito interno. O direito constitucional internacional é justamente esta internalização dos direitos humanos e seus processos de reconhecimento e efetivação (PIOVESAN, 2013).

Para o controle de convencionalidade ser exercido como instrumento de ampliação de direitos fundamentais é essencial que o direito interno estabeleça um diálogo com as cortes internacionais. O direito sobre a ótica pluralista deve abandonar pilares hierárquicos que difi-

cultem o fluxo de direitos humanos. Diante da pluralidade de cortes deve-se primar pelo resultado mais benéfico a pessoa humana em detrimento da soberania estatal (NEVES, 2009).

O pluralismo não permite uma hierarquia rígida de diferentes ordenamentos, é necessário escolher balizas para determinar o tipo de decisão a que se quer chegar e não criar aspectos formais que atuem como barreiras para a decisão mais contempladora de direitos humanos (NEVES, 2009). O reconhecimento do melhor direito perpassa pela democratização das esferas de decisão e ampliação do debate institucional (HABERMAS, 2001).

A CRFB/1988 em sua face do constitucionalismo garantista, como constituição pioneira na extensão dos direitos fundamentais, tem a possibilidade de aproximar-se de um direito pluralista e abastecer suas normas de diversas fontes, inclusive incorporar aos direitos indígenas parâmetros do constitucionalismo plurinacional vivenciado atualmente por diversos países da América Latina.

4. RAPOSA SERRA DO SOL E ALDEIA MARACANÃ: ANÁLISE À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO, DO NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA E DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade apto a ser tornar instrumento de transformação do direito deve ser pautado pelo prevalência dos direitos humanos. Recentemente o Poder Judiciário brasileiro julgou dois casos de grande repercussão social envolvendo direitos indígenas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também enfrenta questões dentro desta temática, construindo uma jurisprudência maciça. O desafio é estabelecer um controle de convencionalidade que busque efetivar direitos fundamentais adotando uma pluralidade de cortes com democratização do direito, e não uma hierarquia rígida que vise apenas sublimar valores de soberania e interesse público (NEVES, 2009).

Dois são os intrumentos normativos internacionais que tratam sobre direitos indígenas, sendo um deles incorporado ao direito brasileiro. A convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas em Estados Independentes, internalizada ao direito brasileiro pelo Decreto Nº 5.051, de 19 de abril de 2004; e também recentemente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas promulgada em 2007, mas que ainda não foi internalizada ao direito brasiliero, mas ainda sim o país é signatário.

A convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho[5] reconheceu amplos direitos aos povos indígenas, e é um marco da luta por igualdade e inclusão social, sendo um efetivo instrumento de promoção do direito à diversidade dos povos indígenas. A convenção além de reconhecer direitos propõe a democratização das questões envolvendo comunidades indígenas e a busca de consenso para se alcançar o equilíbrio entre: autonomia, inclusão, livre desenvolvimento, combate as diferenças sócioeconômicas, dentre outros fatores. A convenção é um instrumento de proteção do índio, é também de promoção, emancipação e inclusão social, respeitando a cultura dos povos e o seus direitos relativos à memória e a diversidade cultural.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[6] de 2007 influenciou diretamente as constituições plurinacionais e tem como principais pontos: (i) a autodeterminação dos povos indígenas para o desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo sistemas próprios de saúde, educação, resolução de conflitos internos e outras formas de autogoverno; (ii) Direito ao consentimento livre, prévio e informado, tal medida garante a participação dos povos indígenas de forma democrática a serem adequadamente consultados sobre medidas que atinjam sua esfera de autonomia; (ii) Direito a reparação pelo furto de suas propriedades, tal direito permite que os índios reivindiquem quaisquer prejuízos, de cunho patrimonial, cultural, religioso e espiritual que estes povos sofreram ou venham a sofrer; (iii) Direito a manter sua cultura, a sociedade deve oferecer mecanismos de inclusão do índio respeitando sua cultura, seu idioma, sua língua e seus costumes locais; (iv) Direito a comunicação, os índios tem direito de manter sua própria comunicação e manter os meios de comunicação em sua língua sem qualquer imposição externa.

Assim como os tratados internacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é também outro referencial de fonte do direito internacional envolvendo direitos dos povos indígenas. No Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica foi assinado em 1969, mas somente em 1992 foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992, a competência contenciosa da CIDH ocorreu somente em 1998. Esse fato demonstra a resistência do ordenamento interno brasileiro em aceitar o pluralismo jurídico.

A jurisprudência da CIDH propugna por valorização da cultura dos povos indígenas, autonomia, correção do longo processo de exclusão vivido pelas comunidades indígenas em toda a América Latina, ampla participação democrática em questões políticas e jurídicas, medidas efetivas de inclusão; amplo debate com participação dos interessados na tomada de de-

5 Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1989.
6 Assembléia Geral Das Nações Unidas, 61ª Sessão. **Declaração Universal dos Povos Indígenas** (A/61/295).

cisões; busca por consenso dentro da sociedade garantido a proteção processual aos povos e comunidade indígenas, reconhecimento à diferença com a possibilidade de emancipação e livre desenvolvimento destes povos. A corte não apenas garante a proteção das comunidades com seu isolamento, mas também atua no sentido de inserir os povos na sociedade.

A jurisprudência da CIDH por inúmeras vezes reconheceu que o Estado brasileiro violou direitos dos povos indígenas, direitos estes relativos à propriedade, a integridade e as garantias judiciais, todas as violações estão expressamente estipuladas no Pacto de São José da Costa Rica (arts. 08, 21 e 25) e possuem correspondência reflexa com a CRFB/1988. O Brasil possui a postura de se adequar a jurisprudência da corte, mas sempre em caráter paliativo, após ocorrido fatos controversos que cheguem ao crivo da CIDH. Falta ao país se utilizar do direito internacional para resolver questões em curso no Poder Judiciário.

O caso das terras indígenas julgado pelo STF conhecido como Raposa Serra do Sol[7], foi uma ação popular proposta em 2005 por dois senadores do Estado de Roraima em face da União, que a principio discutia a existência de vícios formais e materiais na portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça. A portaria versava sobre demarcação de terras do Estado de Roraima que seria destinada à comunidades indígenas. Após a publicação da portaria em 2005, várias ações judiciais foram propostas discutindo o teor material e formal da portaria. A ação popular intitulada de petição nº 3.388/RR trouxe ao crivo da suprema corte o caso das terras indígenas.

A primeira decisão do STF veio em 2009. No acórdão, por maioria de 10 ministros a favor, e apenas um contra, a corte decidiu pela manutenção da portaria e fixou dezenove condicionantes que foram denominadas pela própria corte de um regime jurídico para reger demarcações de terras indígenas. Dentro os principais elementos das condicionantes temos: (i) Os índios podem exercer sua posse mas estão submetidos a diversas limitações do poder público e vinculados à necessidade de aprovação do congresso nacional em determinados casos; (ii) As terras indígenas são exclusivas para as comunidades; possuem imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e imunidade tributária; não podem ser ampliadas para fora das demarcações; e o ingresso, trânsito e permanência de não índios não podem ser tarifados pelos índios e devem ser controlados pela FUNAI.

Após esta decisão, foram apresentados sete embargos de declaração questionando a amplitude da decisão; os embargos foram propostos pelos autores da ação popular, pelos assistentes, pelo Ministério Público Federal, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Ro-

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular Petição 3.388-4-RR – Roraima. Relator: Ministro Carlos Britto Pesquisa Jurisprudência, Acórdãos, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> Acesso em 28 de jul 2016

raima e por terceiros, todos os embargos foram julgados conjuntamente pelo STF em 2013[8]. Neste acórdão, cujo o relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a corte decidiu que não houve vícios processuais na ação popular; e também no processo administrativo demarcatório; e também que os embargos de declaração não seriam o instrumento processual adequado para tal correção.

Na questão do mérito a corte assentou o entendimento de que, a decisão proferida na pet. 3.388/RR tem força intelectual e persuasiva de uma decisão do STF, mas não é vinculante, em sentido técnico, para os demais juízes e tribunais. Outro ponto enfrentado nos embargos foi que, a demarcação realizada pela portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005 é válida e produz efeitos imediatos; o acórdão também determinou a supervisão judicial para o cumprimento da portaria, observado as condicionantes impostas no acórdão da ação popular, e por fim, a corte declarou exaurida sua competência após o trânsito em julgado deste acórdão, para que os demais processos sobre terras indígenas sejam julgados pelo órgãos locais competentes, não impedidos meios processuais adequados como a via recursal e a reclamação.

Nos embargos, os ministros que foram votos vencidos, alegaram que a corte extrapolou seu limite constitucional e atuou como um legislador positivo. Os demais ministros entenderam que a questão envolvia vários interesses individuais e coletivos, difusos e homogêneos e que diante desta complexidade a corte atuou no sentido de elucidar questões controversas.

A decisão do STF estabelece formas protetivas de garantir a permanência dos índios na terra, mas faz ressalvas quando presentes o interesse público da União e as relações envolvendo riquezas provenientes da terra. A autonomia indígena se submete à soberania do Estado nos casos que o interesse público esteja presente e os povos indígenas perdem seu direito do contraditório. Nas condicionantes fixadas pelo tribunal não há espaço para a inclusão social e cultural do índio, a proteção dos povos é da forma mais comoda para o Estado, por meio de seu isolamento do restante da sociedade. A corte suprema, diante dos fundamentos possíveis para a construção de sua decisão, optou por favorecer a soberania nacional e a proteção dos povos indígenas, e não a pluralidade cultural com a democratização do direito e o reconhecimento à diversidade com promoção ao livre desenvolvimento.

Outra controvérsia importante, envolvendo comunidades indígenas, chegou ao Poder Judiciário e foi apreciado, em segunda instância, pela 6ª turma especializada do Tribunal Regional Federal da 2º Região (TRF2ª)[9]. O caso conhecido como Aldeia Maracanã, envolve a

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embragos de declaração. Roraima Relator: Ministro Luis Roberto Barroso Presquisa Jurisprudência, Acórdão 23 de outubro de 2013. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> Acesso em 03 de ago 2016

9 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo Interno 2013.02.01.003338-7 -RJ – Rio de

disputa entre, povos indígenas e o governo do estado do Rio de Janeiro, por um prédio público abandonado. Havia próximo ao estádio Jornalista Mário Filho, (conhecido popularmente por Maracanã) o antigo prédio do Museu do Índio, que desde 1978 estava abandonado pelo poder público, neste local vivia vários indígenas de diferentes comunidades (em torno de 60 indígenas).

O prédio em disputa, foi construído em 1862 e doado em 1910 ao Serviço de Proteção ao Índio com o objetivo de se tornar centro de promoção da cultura indígena. No período de 1953 à 1977 o local de fato abrigou o Museu do Índio, mas posteriormente as instalações se mudaram para o bairro de Botafogo na cidade do Rio e o prédio ficou abandonado. Em 2006, o local foi ocupado por um grupo de cerca de vinte indígenas de diversas etnias, em um primeiro momento essa ocupação ficou conhecida como assentamento maracanã. Em 2012 o local foi comprado pelo Governo Estadual, já com a intenção de demolir o local para obras da Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil. O ápice da disputa pela posse do Museu do Índio ocorreu em 2013.

O Governo do Rio queria a desocupação da área para a realização de obras para a Copa do Mundo. Por outro lado, os diversos índios de variadas tribos que viviam no espaço, em um verdadeira aldeia urbana, queriam que o prédio fosse tombado e o lugar fosse destinado a promoção da cultura indígena, um espaço urbano reservado as comunidades e se tornasse um elo de ligação entre o índio e a sociedade, promovendo a inserção do índio no contexto urbano, dentro dos limites da sua vontade, preservando sua cultura. Seria um centro de promoção da diversidade indígena, que efetivamente realizasse um integração entre os povos indígenas e o restante da sociedade. O projeto seria um primeiro passo para ampliar a inclusão do índio garantindo sua diversidade com a manutenção da sua cultura.

O Governo do estado do Rio de Janeiro ingressou com ação de imissão de posse frente aos povos indígenas que habitavam o antigo Museu do Índio, no bojo da ação o poder público ofereceu aos índios a remoção para outro local destinado a sua moradia. O juízo da 8ª Vara Federal/RJ conferiu tutela antecipada ao estado do Rio de Janeiro a favor da imissão da posse, inclusive fixando prazo para que os indígenas deixassem o imóvel. O magistrado de primeira instância se ateve a olhar a questão em litígio, apenas sobre a ótica patrimonial, alegando a contrapartida do poder público em oferecer moradia em local diverso ser medida suficiente para garantir a integridade das comunidades envolvidas.

Janeiro. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 25 de agosto de 2014. Acesso em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento> Acesso em: 28 jun. 2016.

O caso chegou ao TRF2ª por meio de agravo de instrumento proposto pelas comunidades indígenas, onde se pleiteava a permanência dos índios no local e que seu uso fosse destinado a criação de um espaço comunitário, uma universidade indígena. A defesa do estado do Rio de Janeiro alegou que o imóvel não podia ser considerado terra indígena. A todo momento o poder público tentou retirar a questão do foco dos direitos fundamentais dos indígenas.

A decisão proferida pelo TRF2ª foi em manter a decisão de primeira instância que concedeu a imissão de posse ao estado do Rio de Janeiro. A corte optou por adotar fundamentos que privilegiam o interesse público em detrimento dos direitos fundamentais. Para o tribunal a questão se resume ao direito à moradia dos indígenas, e que bastaria isso para que a expropriação fosse válida. A corte não adotou a prevalência dos direitos fundamentais diante do interesse público. Sobre a questão ainda correm outras ações e o processo ainda está em curso.

Em rara oportunidade de promover a inclusão do índio e permitir que estes povos tivessem um espaço destinado à sua cultura dentro contexto urbano, garantindo a interculturalidade com respeito à diferença, o Poder Judiciário insistiu em tratar o índio como uma comunidade à margem da sociedade que deve permanecer em sua aldeia demarcada o mais longe possível do restante da sociedade, tal decisão não converge com o direito internacional vivenciado na América Latina.

Tanto no acórdão do STF quanto no acórdão do TRF2ª o sistema jurídico brasileiro ignorou a existência da corte internacional e a existência de uma jurisprudência internacional que verse sobre as comunidades indígenas. O controle de convencionalidade é justamente utilizar o direito internacional como fonte apta a garantir a máxima eficácia dos direitos humanos (MARINONI, 2013).

Adotando os parâmetros da: Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígena de 2007; e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; conclui-se que as decisões judicias adotadas nos casos conhecidos como Raposa Serra do Sol e Aldeia Maracanã não realizaram um controle de convencionalidade que garantisse a máxima efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas. O microssistema constitucional que garante proteção aos povos indígenas e reconhecimento do direito internacional dos direitos humanos não foi utilizado ampliando a participação dos povos indígenas, não houve promoção à diversidade preservando a diferença e o direito à memória dos povos indígenas não foi reconhecido com razoabilidade.

O Brasil possui grande dificuldade em utilizar o direito internacional como fonte do direito, se utiliza a ideia de subsidiariedade ao invés de complementariedade, não existe efeti-

va propugnação para o pluralismo de cortes e o amplo diálogo entre elas, mesmo quando as questões não sejam apreciadas concomitantemente (NEVES, 2009). O direito encontra-se em um paradigma que busca por meio da proporcionalidade dimensionar a máxima aplicação dos direitos fundamentais (PULIDO, 2013). É latente a necessidade de reconhecer consensos dentro do direito para democratizar suas decisões (HESPANHA, 2013).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno conhecido por constitucionalismo plurinacional ocorrido em países da América Latina representou novo paradigma para o direito fundamental à diversidade e promoção da pessoa humana, em especial para os povos e comunidades indígenas. O Brasil, apesar de não se encontrar inserido no rol de Estados plurinacionais, possui em seu modelo constitucional garantista abertura para adoção de um pluralismo jurídico adaptado à nossa realidade e o controle de convencionalidade é um importante instrumento que legitima este processo.

O Poder Judiciário brasileiro, no que tange a questão das terras indígenas, está perdendo a oportunidade de corrigir a injustiça do nosso passado colonial. O controle de convencionalidade é instrumento hábil e eficaz para internalizar os direitos dos povos indígenas de forma que tais direitos tenham máxima eficácia. O reconhecimento desta realidade pluralista e humanitária é essencial para o desenvolvimento dos direitos humanos nas questões internas envolvendo quaisquer minorias.

Nos casos conhecidos como Raposa Serra do Sol e Aldeia Maracanã, o Poder Judiciário não elevou a jurisprudência para o nível internacional dos direitos humanos, exercendo um efetivo controle de convencionalidade. Nas decisões das cortes privilegiou-se a supremacia da soberania do Estado e o isolamento dos indígenas como forma de garantir proteção, quando o correto deveria ser a primazia dos direitos fundamentais, com a promoção, proteção, valorização da diversidade e demais meios de emancipação. Há de se utilizar os direitos humanos como um fator de correção histórico da exclusão social que os povos indígenas sofreram ao longo do tempo.

A CRFB/1988 é permissiva para se adotar um pluralismo jurídico de fontes do direito internacional. O ordenamento brasileiro, a partir dos parâmetros constitucionais, não tem exercido um controle de convencionalidade efetivo. Para que no Brasil, o paradigma do pluralismo jurídico da América Latina irradie efeitos nas questões indígenas é necessário um maior diálogo entre o direito pátrio e o direito internacional.

REFERÊNCIAS

Assembléia Geral Das Nações Unidas, 61ª Sessão. **Declaração Universal dos Povos Indígenas** (A/61/295).

AZEVEDO, João Lúcio de. **O Marques de Pombal e a sua Época**. São Paulo: Almedina, 2004.

BALDI, César Augusto. **Novo Constitucionalismo Latino-Americano.** In: Jornal Estado de Direito. 32ª ed. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-%20constitucionalismo-latino-americano/>. Acessado em: 25 jun.de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** versão atualizada até a Emenda n. 88/2015. 46. ed. (Coordenação de Edições Técnicas)

BRASIL. Constituições anteriores. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/> Acesso em: 01 de ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embragos de Declaração. Roraima Relator: Ministro Luis Roberto Barroso Presquisa Jurisprudência, Acórdão 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> Acesso em 03 de ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-1. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Distrito Federal, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 26 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular Petição 3.388-4-RR – Roraima. Relator: Ministro Carlos Britto **Pesquisa Jurisprudência**, Acórdãos, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> Acesso em 28 de jul. 2016

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo Interno 2013.02.01.003338-7 -RJ – Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 25 de agosto de 2014. Acesso em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento> Acesso em: 28 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Norberto Bobbio; compilado por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsever, 2004.

CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos dos Índios – Ensaios e Documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo : Editora da USP, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução André Karan Trindade. In FERRAJOLLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional:** Estudos Políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litter Mundi, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **A Era das transições**; tradução e introdução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**; tradução George Speber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loylola, 2002.

HESPANHA, Antônio Manoel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HESPANHA, Antônio Manoel. **O Caleidoscópio do direito:** o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2º Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade:** um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfo contra a maioria.** Coimbra: Coimbra editora 2006

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos direitos –** Um Escrito Sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en America Latina.** Lima: Insituto Internacioal Derecho y sociedad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TEUBNER, Gunther. Direito, **sistema e policontexturalidade.** Tradução Bruna Vieira de Vicenzi e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos:** dimensões emancipatórias. In.: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. Teoria Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.