XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

VALTER MOURA DO CARMO

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;
Coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Valesca Raizer Borges Moschen, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-165-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos do Grupo de Trabalho - Direito Internacional II do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXV Encontro Nacional do CONPEDI realizado entre os dias 6 e 9 de julho, em Brasília, numa parceria com o Mestrado e o Doutorado da Universidade de Brasília - UNB, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Proteção e Promoção dos Direitos Humanos: Proteção Multinível de Direitos Humanos: o Trabalho escravo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos; os Tratados Internacionais Ambientais na Política de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; A Liberdade de Expressão e a Aplicação de Sanções Penais como Medidas Ulteriores no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Respostas Internacionais a Violência do Gênero e Avanços da Lei Maria da Penha; Processo Internacional Transfronteiriço: os Litígios que não Respeitam Fronteiras – Da Soberania à Tutela dos Direitos.

b. à Judicialização do Direito Internacional e o Diálogo com o Sistemas Judiciais Nacionais: Por que resistir? A resistência do STF ao Diálogo com a Corte IDH; Possíveis Conflitos Existentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira de 1988; A Judicialização do Direito Internacional : a Jurisdição da Corte Internacional de Justiça sob a Ótica do Voluntarismo Estatal de Direitos Humanos; A Instrumentalização das Teorias do Diálogo Judicial: Aproximação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos por meio da Autoridade Persuasiva; A Incompatibilidade da Prisão Perpétua do Tribunal Penal Internacional e a Constituição de 1988;

c. à Integração Regional: Soberania da União Europeia e no Mercosul em Tempos de Globalização; A Construção da Supranacionalidade à Luz do Constitucionalismo Internacional; Globalização e Integração entre os Povos da América Latina.

d. ao Direito Econômico Internacional: A Importância do órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio para a Proteção dos Interesses Econômicos do Estado Brasileiro; Tratado Transpacífico e a Organização Mundial do Comércio: uma Análise da Mudança na Estruturação do Comércio Internacional; A apropriação de Recursos Genéticos entre a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Organização Mundial do Comércio: Caminhos para uma Harmonização?; Um Olhar sobre as Empresas Transnacionais e a Internacionalização do Direito; A Influência do Princípio de Cooperação Internacional: Reflexões sobre a política Brasileira de Cooperação Sul-Sul com Moçambique.

e. ao Diálogo entre as Fontes do Direito Internacional: A Aplicação da convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil; A Incorporação dos Tratados Internacionais: uma Análise sobre as Consequências no Direito Interno; Análise da Força dos Comentários à Convenção Modelos da OCDE em Face da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados;

Esperamos que este livro contribua para a compreensão das intensas transformações sofridas pela Sociedade Internacional nos tempos atuais e possa ser útil no desenvolvimento e na transformação do Direito Internacional.

Prof. Dr. Bruno Manoel Viana De Araujo (UPE)

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (UNIMAR)

POR QUE RESISTIR? A RESISTÊNCIA DO STF AO DIÁLOGO JUDICIAL COM A CORTEIDH.

WHY RESIST? THE STF RESISTANCE TO JUDICIAL DIALOGUE WITH CORTEIDH.

Rafaela Teixeira Sena Neves [1]

Resumo

Através do estudo das Teorias do Diálogo Judicial, o presente trabalho visa realizar uma análise comparativa entre o STF (Supremo Tribunal Federal) e a CorteIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos), a partir dos casos “Raposa Serra do Sol” (Petição 3.388-4 RR) e o caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, a fim de identificar o porquê e as consequências da postura de resistência do STF e qual a função que esse diálogo pode exercer rumo na interação do Direito Internacional ao nacional e na efetivação dos Direitos Humanos dos povos tradicionais.

Palavras-chave: Diálogo judicial, Supremo tribunal federal, Corte interamericana de direitos humanos, Resistência, Povos tradicionais

Abstract/Resumen/Résumé

Through the study of theories of Judicial Dialogue, this paper aims to conduct a comparative analysis between the STF (Supreme Court) and CorteIDH (Inter-American Court of Human Rights), from the cases "Raposa Serra do Sol" (Petition 3.388- 4 RR) and the Indigenous People Kichwa case of Sarayaku vs Ecuador in order to identify why and the consequences of STF resistance posture and what function this dialogue can exercise towards the interaction of international law at national and enforcement of Human rights of traditional peoples.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial dialogue, Supremo tribunal federal, Inter-american court of human rights, Resistance, Traditional peoples

---

[1] Doutoranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Mestra em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Advogada.

INTRODUÇÃO

A análise dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos revela-se um dos campos mais férteis para a análise do caráter evolutivo (e construtivo) do direito transnacional[1], pois desenvolve interpretações judiciais a partir de parâmetros principiológicos que não se esgotam na mera transcrição literal dos Tratados Internacionais, mas a partir do uso dos precedentes e da interação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) com cortes nacionais e supranacionais.

Interação essa que pode muito bem ser entendida como um *diálogo*, que não deve partir só da CorteIDH para o âmbito nacional, mas também do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), que diante da identificação do processo de globalização em que Cortes no mundo inteiro conversam (SLAUGHTER, 1994, p.99), faz-se necessário afastar-se da ideia de supremacia constitucional sobre o direito internacional, no âmbito prático, para que se possa avançar, ou pelo menos começar a entender, os impactos da justiça internacional sobre a justiça interna. Já que negá-los, é omitir a própria história e a situação atual de condenações[2] e tramitações de litígios contra o Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Por isso, exsurge a necessidade de *recepcionar* o SIDH no ordenamento jurídico brasileiro e de usar o *diálogo judicial* com a CorteIDH como seu instrumento. Aliás, o entendimento aqui é que *recepção* é um processo que não se esgota com a mera ratificação de tratados e de Cortes Internacionais (KELLER; SWEET, 2008, p. 678) e que está para além da incorporação formal realizada através do controle feito pelo legislativo, logo, aqui será levado em consideração, para fins didáticos, somente o papel e o dever do STF de *recepcionar.*

Sendo assim, o estudo visado neste trabalho científico possui o fito de analisar as fontes e as consequências da postura de resistência do STF diante da utilização do *diálogo judicial* como instrumento desse dever de *recepcionar*, e a partir da comparação entre os casos "Raposa Serra do Sol" (Petição 3.388-4 STF) e o caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador (CorteIDH), entender qual a função que esse diálogo pode exercer na efetivação dos Direitos Humanos dos povos tradicionais.

---

[1]O presente artigo é uma reflexão de diversos textos que se utilizam ora da expressão "direito internacional", ora "direito supranacional", cada uma com significados próprios, logo, a expressão "direito transnacional" aqui é utilizada como gênero, do qual, direito internacional e supranacional são espécies, que serão utilizadas como sinônimos.

[2]Atualmente, o Brasil conta com quatro condenações na CorteIDH, a saber: caso Damião Ximenes Lopes vs Brasil de 2006; caso Escher e outros vs. Brasil de 2009 e o caso Garibaldi vs Brasil de 2009 e o caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia) vs Brasil de 2010.

E para isso, este trabalho se dividirá didaticamente em (1) uma breve dissertação sobre as Teorias do Diálogo Judicial*;* (2) numa análise pragmática sobre o diálogo entre o STF e a CorteIDH a partir da comparação entre os casos Raposa Serra do Sol e Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador; e (3) nos comentários sobre a postura de resistência do STF verificada a partir da comparação, a fim de propiciar o debate acerca da função que esse diálogo pode exercer na *recepção* do SIDH.

A metodologia utilizada para a escolha dos casos, entre o STF e a CorteIDH, levou em consideração três requisitos: (I) casos sentenciados após a ratificação da competência da CorteIDH pelo Brasil; (II) casos em que há uma pertinência temática, ou seja, a propriedade comunal indígena que é o direito "chave" do qual, todos os outros direitos trabalhados no caso decorrem; (III) a complexidade da demanda, tendo em vista que por se tratar de povos tradicionais, não pode ser encarada como simples casos de um somatório de indivíduos, pois o caráter de Povo que se autodetermina e com identidade própria deve ser intrínseco a essa discussão e das peculiaridades do contexto latino americano que tornam casos como esses, uma demanda frequente.

2 TEORIAS DO DIÁLOGO JUDICIAL

Diante desse contexto de sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos, ou melhor, de litigância transnacional (SLAUGHTER, 2003, p.192), Annie-Marie Slaughter propõe caminhos que nos ajudam a refletir sobre a postura mais adequada rumo à *recepção*. Postura esta, que traz o afastamento da ideia de hierarquia ao proporem a *comunicação judicial*. Em 1994, Slaughter ao identificar a "conversa" entre Cortes de países distintos, como algo real, resultante de um processo de globalização, de maneira pioneira, propõe a *comunicação transjudicial* como um fenômeno crescente (SLAUGHTER, 1994, p. 116-117), que avança o debate para além da utilização dos precedentes internacionais por parte das cortes nacionais, mas também mostra, quando o contrário é legítimo e as consequências positivas desse ir e vir. , que podem assumir a geometria de três formas: (a) a comunicação horizontal, que se referem a tribunais com o mesmo status, ou seja, com o mesmo nível hierárquico – nacionais ou supranacionais -, que se comunicam entre si sem vinculação hierárquica entra as partes da comunicação, logo, assumindo os precedentes uma autoridade persuasiva (SLAUGHTER, 1994, p. 103) - como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se utiliza de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos como metodologia interpretativa, ou melhor, como autoridade persuasiva; (b) a comunicação vertical que se realiza através de cortes

que estejam inter-relacionadas por meio de um tratado internacional que estabelece uma jurisdição independente, especializada e que se sobrepõe à jurisdição dos tribunais nacionais (SLAUGHTER, 1994, p. 106) – como é o caso do Brasil e da Corte Interamericana de Direitos Humanos -; e a (c) comunicação transjudicial vertical-horizontal ou mista que se distingue pela diferença de combinações e pela participação de 03 (três) atores, sendo eles: (1) o tribunal supranacional, (2) um meio/caminho/facilitador para a comunicação entre os dois, e (3) os tribunais nacionais, ocorrendo quando uma corte supranacional se utiliza do precedente de outra corte a ela vinculada, para, disseminando tal precedente, as demais cortes se utilizarem do precedente da corte supranacional (SLAUGHTER, 1994, p. 111-112).

A partir de tais geometrias, a comunicação transjudicial pode exercer uma série de funções, como a garantia de eficácia dos tribunais supranacionais, pois é através desse diálogo que as cortes internacionais podem contar com o "apoio" das cortes nacionais, por proporcionar a aceitação das obrigações internacionais, tendo em vista que esse diálogo produz uma espécie de disseminação do entendimento, pois faz-se mister que as cortes nacionais não resistam a obedecer as decisões das cortes internacionais, dá a necessidade de publicidade do diálogo entre elas, tendo em vista que os Estado tendem a assumir mais facilmente obrigações internacionais já assumidas por outros Estados (SLAUGHTER, 1994, p. 116-117).

Corroborando a esta linha de raciocínio, o conceito de *Pluralismo Constitucional* trabalhado por Aida Torres Pérez diáloga com a Teoria da *Comunicação Transjudicial* proposta por Slaughter, pois é definido como uma situação na qual há um pluralismo de instituições que não estão hierarquicamente organizadas, em que há um reconhecimento de validade entre elas, mas em diferentes níveis de reconhecimento, ou seja, interdependência e ausência de hierarquia (PÉREZ, 2009, p. 66-69).

O *pluralismo* aqui identificado pela autora ratifica o proposto por Slaughter, pois ao trazer a interdependência e a ausência de hierarquia para o debate, mostra a situação de um sistema nacional, diante da sua participação em um sistema internacional, como é o Brasil no SIDH, no qual o debate pela supremacia constitucional se torna insuficiente.

Tanto é, que Pérez além de identificar no debate acerca da supremacia obsoleto, reconhece o diálogo como um ideal utópico, pois evita erros, tendo em vista que melhora a qualidade do entendimento resultante, pois além de exigir um processo argumentativo, no encontro das convergências entre os sistemas, compatibiliza as agendas ao facilitar a recepção de entendimentos externos (PÉREZ, 2009, p. 149-150).

Mas, esse *pluralismo*, bem como a *comunicação transjudicial* somente tem condições de se concretizar, a partir da mudança de postura do nosso judiciário, e em especial do STF, ao assumir o diálogo como sua nova atividade cotidiana.

Não à toa, iniciamos esse artigo falando sobre o diálogo judicial como instrumento da *recepção,* por justamente requerer do poder judiciário que se deixe de ter uma visão intraocular do ordenamento jurídico, para, a partir de uma visão global, observar o que está sendo discutido "para além do gabinete". Aliás, a máxima "o que não está nos autos, não está no mundo", reflete muito bem essa postura de isolamento, e de *não-comunicação* do nosso judiciário.

Diante disso, possui o STF o dever de *comunicar,* tendo em vista que por ser a corte suprema e por ter legitimado a positivação constitucional sobre o papel do direito internacional no âmbito interno (MAÚES, 2013, p.217), precisa se enxergar mais que o "guardião da constituição", e se reconhecer como parte integrante de um todo, ou seja, como corte nacional integrante de uma comunidade global de sistemas de proteção dos Direitos Humanos.

Daí porque, o STF não possui somente uma obrigação nacional de respeito à Constituição Federal de 1988, mas também, o dever internacional de interação nível nacional-internacional através do diálogo com a CorteIDH. Sendo isso, mais que um compromisso internacional, e sim o respeito ao dever de adotar disposições de direito interno disposto no artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos assumido pelo Brasil quando da sua ratificação[3].

Diante disso, como uma melhor forma de se proporcionar o debate, na tentativa de vislumbrar um caminho rumo à efetivação do diálogo entre os juízes, cabe destacar os modelos normativos propostos por Vicki Jackson (2010), que funcionam como orientação das ações dos juízes para pensar e praticar a relação do direito interno com o direito internacional. São estas: a resistência, a convergência e o engajamento/compromisso.

Na postura de *resistência*, o direito nacional é que vale, há um ceticismo e desconfiança das fontes internacionais, e aversão às fontes externas, pois seja direito internacional ou direito estrangeiro não será levado em consideração no âmbito interno. O judiciário ao solucionar um caso concreto, tem como base a supremacia das constituições nacionais sobre os tratados internacionais.

Esse tipo de postura propicia um formalismo na interpretação constitucional, pois além de representar um limite ao juiz, no âmbito da sua discricionariedade para decidir, limita as

[3]Sobre o Brasil, embora tenha o mesmo ratificado a Convenção Americana em 1992, e, portanto, automaticamente tenha se sujeitado ao monitoramento pela Comissão Interamericana, o documento relativo à CorteIDH só foi depositado apenas em dezembro de 1998.

fontes consideradas e as questões a serem respondidas em cada caso podendo levar também, a uma exclusão dessas formas não vinculantes de direito transnacional – a autora associa essa postura ao modelo hierárquico do *dualismo*, que traz a necessidade da legislação doméstica para dá efeito a internacional -. Além disso, essa postura pode se manifestar por meio da *resistência* ativa, quando um país ao assumir a postura de rejeitar um precedente transnacional, e da *resistência* passiva, que pode ser manifestada pelo silêncio ou pela indiferença em adotar um precedente transnacional (JACKSON, 2010, p. 33-35).

Já a postura de *convergência,* propõe uma postura nacional de identificação, ou melhor, "de se tornar idêntico" às normas transnacionais. Não é uma questão de se aproximar, mas de se identificar, ou seja, a jurisprudência nacional sempre deve convergir, caminhar no sentindo de alcançar ao direito internacional. Especialmente, se entre cortes nacionais e internacionais há tratados internacionais que foram incorporados pela ordem interna dos Estados, fato que obriga as cortes nacionais a adotar a postura da *convergência,* tendo em vista que a sua interpretação não pode destoar da interpretação dada às mesmas normas, por cortes supranacionais (JACKSON, 2010, p. 53).

Já a postura de *engajamento/compromisso* é caracterizada pela interpretação judicial do direito constitucional que pode ser melhorada com o engajamento com a ordem jurídica transnacional. As fontes transnacionais não são tidas como obrigatórias, mas como um auxílio interpretativo à corte sobre a melhor decisão a ser tomada acerca da constituição.

Segundo a autora, as fontes do *engajamento/compromisso* seriam: o texto constitucional, que traz ou não a exigência de uma interpretação conforme o entendimento internacional; a complexidade da construção da decisão judicial que na busca de um consenso, levaria em consideração a experiência estrangeira ou internacional; a noção do direito como um sistema que diante das mudanças sociais buscaria em fontes internas e externas, fundamento necessário para a sua contínua construção e a própria era transnacional, tendo em vista que as constituições nacionais seriam compreendidas como instrumentos de interação nível nacional-internacional e obrigaria as cortes nacionais a considerar o direito estrangeiro e o direito internacional (JACKSON, 2010, p. 81-86).

O *diálogo,* conforme ensinam as autoras, proporciona uma série de vantagens, como a tomada de "decisões menos erradas", criatividade e inovação argumentativa, autocrítica, pois como proporciona a troca de experiências e decisões já utilizadas em outros países, propicia o olhar inovador e criativo do direito nacional, um olhar crítico do seu próprio sistema – através da percepção de semelhanças e distinções entre os ordenamentos jurídicos -, além de poder

evitar a repetição dos erros já cometidos em outros países em casos semelhantes. (PÉREZ, 2009, pp. 149-150; JACKSON, 2010, p.77)

Dessa forma, corroboramos o entendimento proporcionado por Vicki Jackson, tendo em vista que não pode mais o judiciário encarar o debate de sua decisão e da utilização dos precedentes como algo estranho ao seu trabalho e se manter apático diante da globalização e da litigância transnacional, fechando os olhos para o direito transnacional, pois passados 20 (vinte) anos da aceitação voluntária do Brasil em ser signatário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, já está mais do que na hora dos compromissos com esse sistema serem *levados a sério.*

Logo, fundamentar o uso ou não do direito internacional, nas decisões judiciais, a partir dos modelos hierárquicos e doutrinários do dualismo e do monismo, é insuficiente, pois além de serem modelos que não conseguem atender as indagações surgidas com a positivação constitucional sobre o papel do direito internacional no âmbito interno, a saber, a questão da supralegalidade (MAÚES, 2013, p.217), são anteriores a criação dos sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos. Daí porque, não são capazes de atender as demandas da complexidade da litigância transnacional.

Diante disso, insta, cada vez mais, que a postura de e*ngajamento* e da *comunicação transjudicial* sejam incentivadas. Incentivo esse que não deve se esgotar com a pesquisa acadêmica, mas se expandir para a prática jurídica, em que o poder judiciário tem que se colocar a disposição desse *diálogo.* E o STF, por tudo o que já foi exposto, possui dever de vanguarda nesse exercício, motivo que nos enseja analisar seu julgado, a fim de verificar, qual a postura assumida pelo Tribunal, em relação ao dever de *diálogar* com a CorteIDH, em matéria de Direitos Humanos dos povos tradicionais.

3 QUAL A FUNÇÃO DO DIÁLOGO ENTRE O STF E A CORTEIDH?

O *diálogo* é mais que um instrumento de r*ecepção* do SIDH, constitui ser um dever do STF frente o *pluralismo interamericano*, tendo em vista que apesar de não haver uma coação de coerência e nem um único padrão normativo interamericano, deve o SIDH visar a unidade entre as cortes nacionais e os precedentes da CorteIDH.

Somente faz sentido falar em interação, se essa estiver pautada em um processo deliberativo que fomente a construção e a reinterpretação do Direito a partir de uma perspectiva dinâmica multicultural que propicie a interpretação evolutiva, ou seja, aquela que "permite

abordar os tratados de direitos humanos como 'instrumentos vivos' cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais" (MAUÉS, 2007, p.128).

Esse processo deliberativo, metodologicamente falando, pode se dá por meio da comparação entre casos da CorteIDH e do STF que gozem da mesma relevância temática, pois, é nessa troca de experiências judiciais é que podemos perceber as vantagens que o *diálogo* poderia proporcionar e, perante um plano prático, quais os desafios e as perspectivas que a *recepção* enfrentará para se materializar através do *diálogo judicial.* Vejamos.

3.1 ANÁLISE DOS VOTOS DO CASO "RAPOSA SERRA DO SOL"

O caso em tela trata-se de uma Ação Popular (Pet. 3.388/RR) que questionava a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua e de vícios no processo administrativo-demarcatório, tendo como Ministro relator Ayres Britto, no qual foi decido em seu acórdão pela constitucionalidade da demarcação contínua da terra indígena, da ação popular e do procedimento administrativo-demarcatório, sob dezenove salvaguardas institucionais aprovadas majoritariamente a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito, além disso, foram vencidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa que e Marco Aurélio. Para efeitos de análise de *diálogo judicial,* se destacaram os votos dos Ministros Ayres Britto (o relator) e do Ministro Menezes Direito (voto-vista do qual saíram as dezenove condicionantes) aos quais será dispensada maior atenção na presente análise.

O Ministro relator começa o seu voto comentando sobre as fases do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, a saber, a identificação e delimitação antropológica da área, declaração de posse permanente, demarcação propriamente dita, homologação mediante decreto do Presidente da República e o registro a ser realizado no Cartório de imóveis e na Secretaria do Patrimônio da União e que tal procedimento se deu de modo satisfatório. Nisso, após essa exposição, passa o Ministro a mencionar, "precedentes deste nosso STF em matéria de demarcação de terra indígena" (PET 3.388/RR, p. 258); menção esta que não passa de uma breve citação de quatro[4] julgados, a fim de contextualização da temática.

A partir daí, o Ministro discorre sobre os "índios como tema de matriz constitucional" (PET 3.388/RR, p. 262), por identificar que tal matéria encontra-se dentro do "bloco normativo-constitucional", motivo que leva o magistrado a fazer uma "interpretação sistêmica/contextual" da Constituição Federal de 1988 (CRFB) para chegar as seguintes conclusões encontradas

[4]São eles: ADI 1.512; MS 25.483; RE 183.188 e o MS 24.045.

durante todo o voto: (1) que os "índios" são parte essencial da realidade política e cultural brasileira; (2) que tais dispositivos permitem adjetivar de brasileiros, os "índios"; (3) que todas as terras indígenas nesses dispositivos fazem parte do território estatal-brasileiro,

> **sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional**. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional [...] (PET 3.388/RR, p. 270, grifo nosso)

(4) que todas essas terras são propriedade física da União, cuja titularidade não é compartilhada pelos "índios", pois fazem parte de uma categoria jurídico-constitucional, não um ente federado e exerce a União controle contra os Estados, os Municípios e os "não-índios"; (6) que as terras indígenas são inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis; (7) que tais dispositivos não permitem a adoção dos vocábulos "povo, país, território, pátria ou nação indígena", pois terras indígenas assume uma compostura nitidamente sócio-cultural, não política; (8) que essa previsão constitucional protege os "índios" de modo tão próprio, que lhe causa estranhamento o fato dos agentes públicos brasileiros terem aderido formalmente aos termos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; (9) que é a nossa Constituição que os "índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria [...] e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja (PET 3.388/RR, p. 280); (10) que a demarcação de terras indígenas revelam um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal; (11) que `"a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da aculturação)" os benefícios de um estilo de vida civilizado (PET 3.388/RR, p. 290); (12) que há um falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, pois a CRFB intenta conciliar os institutos da colonização e do indigenato e isso confirma a

> **desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas**, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição [...] (PET 3.388/RR, p. 292, grifo nosso).

(13) que quanto ao conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas, o marco temporal da ocupação deve respeitar a promulgação da CRFB, o marco da tradicionalidade relaciona-se com a questão "originária", ou seja, a mais antiga expressão da cultura brasileira, o marco da concreta abrangência fundiária inter-relaciona a habitação permanente com a utilização de terras para atividades produtivas, mais preservação dos recursos ambientais e com a reprodução física e cultura e o marco da proporcionalidade que deve basear-se na CRFB; (14) que o modelo contínuo de demarcação das terras indígenas é compatível com a CRFB; (15) que há conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios e terras indígenas com a questão de território de faixa de fronteira.

Vencido tais conclusões é que o Ministro começa a efetivamente analisar o caso concreto da demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol" e vota pela improcedência da ação popular, ou seja, pela constitucionalidade da demarcação contínua das terras indígenas, "devendo-se retirar das terras em causa todos os indivíduos não-índios" (PET 3.388/RR, p. 344).

Insta aduzir, ainda, que como fundamento para a sua decisão, utilizou o Ministro, reiteradamente da CRFB, inclusive do seu preâmbulo, de enciclopédia e dicionário, de doutrinas ("Kelsen, Baggio, Boaventura de Sousa Santos"), livro de literatura ("O navio negreiro"), de entrevista e de sítio eletrônico ("Wikipédia") (PET 3.388/RR, p. 293).

O Ministro Menezes Direito corrobora a mesma linha de raciocínio traçado pelo Ministro relator, tendo em vista que tem na Constituição Federal a principal fonte de fundamentação de todo o seu voto, o que faz com que as argumentações, em alguns trechos, sejam similares. Razão porque não nos debruçaremos detalhadamente ao seu voto, mas, somente nos argumentos que se afastam do posicionamento do relator.

Quando o Ministro passa a explicar o conteúdo positivo do ato de demarcação de terras indígenas, além de citar a CRFB, menciona precedentes do próprio STF para ratificar o seu posicionamento nas seguintes questões: (a) o marco para a determinação da ocupação indígena, deve seguir a promulgação da Constituição; (b) a imprescritibilidade das terras indígenas, (c) quanto à necessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional por se tratar de área de fronteira e (d) que para equacionar a força do direito internacional positivado no direito interno, quando se trate de espécie normativa relativa aos direitos do homem, impõe trabalhar no plano constitucional[5].

Além desses precedentes, o Ministro também faz constantemente o uso de leis federais, doutrina nacional[6] e internacional[7], laudo antropológico; e no momento em que se depara com a referência de fonte internacional trazida pelas partes, é que o Ministro traz para a discussão do seu voto, a menção à fonte internacional.

Nesse ponto em específico, é importante ressaltar que as partes mencionam a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, o que faz com que o magistrado entenda necessário trazer a

---

[5]Tratam-se dos RE 44.585 (DJ de 11/10/1961), voto do Ministro Victor Nunes Leal; do RE 94.414 (DJ de 14/2/1997), Relator o Ministro Moreira Alves; do MS 25.483 (DJ de 14/09/2007), Relator o Ministro Carlos Britto; HC 87.585 TO.

[6]Tratam-se dos livros de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Sergio Buarque de Holanda, José Afonso da Silva, entre outros.

[7]São eles: Principles os public international law; Problemas and process – internacional law and how we use it; The constitucional law of the United States; Handbook on the construction and interpretation os the laws, entre outros.

baila, a Convenção 169 da OIT, pois também é "atinente aos povos indígenas" (PET 3.388/RR, p. 395). E já nesse início, o Ministro destaca alguns artigos da Convenção 169 da OIT para dizer que muitas das garantias previstas nesse documento já se encontram "asseguradas pela nossa Constituição, não havendo, em princípio, inovação no que se refere às prerrogativas de nosso Estado Nacional" (PET 3.388/RR, p. 396) e que quanto à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, os procedimentos e medidas referidos nela, "são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país" e, além disso, entende o magistrado ser essencial para que a

> **Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas** para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo, **não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional [...]** (PET 3.388/RR, p. 396, grifo nosso).

Tanto é que para exemplificar o excerto acima, o Ministro cita um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos[8] para mostrar que a "comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União", pois o "direito dos índios as suas terras", segundo a decisão e o artigo 21 da "Convenção Interamericana"(sic), pode ser subordinado pela lei ao interesse social e deve ser interpretado como abrangente na sua forma de ocupação tradicional e seu enfoque coletivo (PET 3.388/RR, p. 398).

Logo, segundo o Ministro, não deve tal Declaração ser qualificada como um instrumento normativo do Direito Internacional, pois as resoluções da Assembleia Geral não são em geral vinculantes. Portanto, seja pela ausência de integração, seja "porque baldia de força vinculante, por si só, como fonte de direito internacional, não há de se aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna" (PET 3.388/RR, p. 400).

Nesse sentido, entende o Ministro que ao contrário do que se extrai dessa Declaração e da Convenção 169 da OIT, é compatível com a CRFB, a instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes ou quando do interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária, das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, "independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI" (PET 3.388/RR, p. 408), razão porque julga parcialmente procedente a ação

[8]Tratam-se dos livros de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Sergio Buarque de Holanda, José Afonso da Silva, entre outros.

popular desde que sejam observadas dezenove condicionantes de usufruto dos "índios sobre suas terras" que foram extraídas da interpretação constitucional, as quais foram incorporadas ao acórdão, por maioria, e que, em geral, limitam a finalidade do uso das terras dos povos indígenas, pois não abrange a exploração de recursos hídricos, potenciais energéticos, pesquisa, lavra de recursos minerais, garimpagem, faiscação, a cobrança de tarifas em troca da utilização das estradas, objeto de arrendamento ou de qualquer negócio jurídico, a caça por pessoas estranhas, a ampliação da terra indígena já demarcada. Terras com a atuação das Forças Armadas, da Polícia Federal, condicionadas ao interesse da política de defesa nacional, independentemente de consulta aos envolvidos e, havendo a criação de uma unidade de conservação, as terras indígenas serão, também, administradas pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade que determinará o acesso, trânsito, permanência e uso dos indígenas, visitantes e "pesquisadores não-índios" nessas áreas. Sendo tais terras imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis e gozando de plena isenção tributária (PET 3.388/RR, p. 418).

3.2 ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO POVO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS EQUADOR

O caso sentenciado pela CorteIDH em 27 de junho de 2012 traz a demanda do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, de nacionalidade Kichwa da Amazônia equatoriana, que compreende dois povos que compartilham da mesma tradição linguística e cultural: o Povo Napo-Kichwa e o Povo Kichwa de Pastaza, organizados politicamente através de assembleia comunitária[9], localizando-se na região do Equador Amazônico nas margens do rio Bobonaza, um território de difícil acesso, mas com terras adjudicadas pelo Estado em 1992, onde vivem de acordo com seus costumes e tradições.

O Estado do Equador, com interesse de intensificar a atividade hidrocarborífera, assinou, em 1996, um contrato de participação com a empresa CGC para exploração de hidrocarbonetos e extração de petróleo cru, cedendo um determinado espaço territorial para tal finalidade. Ocorre que, como o espaço concedido correspondia a 65% do território ancestral e legal dos Sarayaku, determinou o Estado, como obrigações contratuais à empresa: (a) a obrigação de obter de terceiros qualquer permissão ou direito de passagem ou servidão que se fizesse necessário para chegar à área do contrato; (b) a elaboração de um Estudo de Impacto

[9]Com Estatuto reconhecido e registrado pelo Estado do Equador em 2004, ano em que também foram reconhecidos como Povo Originário Kichwa de Sarayaku.

Ambiental (EIA) e um plano de manejo ambiental nos seis primeiros meses; e (c) a realização de todos os esforços para preservar o equilíbrio existente na área de exploração do bloco adjudicado.

Nisso, após um ano da assinatura do contrato, o EIA foi aprovado, mas na prática não foi implantado e em, 2000, quatro anos após a assinatura do contrato, inicia-se as negociações da CGC para a entrada no território Sarayaku, sem respeitar a organização política e a autoridade da assembleia comunitária dos Sarayaku, ao passo que tentavam obter a concessão individualmente, que, diante da resistência do Povo Indígena, restou-se falido, motivo que ensejou a assinatura de um convênio de cooperação de segurança militar entre a CGC, o Estado do Equador e as Forças Armadas que adentraram no território Sarayaku, causando o terror ao tentar obter a permissão para a entrada da CGC.

A Associação dos Sarayaku apresentaram uma comunicação perante o Ministério de Minas e Energia, uma queixa perante a defensoria pública, um mandado de segurança no judiciário, reuniram-se com lideranças estatais em Quito. Tudo, com o fito de obter a imediata saída das forças armadas. Mas, diante da negativa, a associação resolve declarar "Estado de Emergência" no território, paralisa todas as atividades da comunidade para que os membros, exceto os que não sabiam andar e os que estivessem muito doentes, pudessem adentrar a mata e exercer uma tarefa de vigilância para proteger todo o seu território, em especial, as fronteiras, permanecendo por meses na mata adentro.

Não satisfeito, a CGC com o apoio do Estado do Equador, em 2003, plantou 467 poços com explosivo "pentolite" no território Sarayaku, ocasionando na destruição de parte do seu território sagrado. Nesse ano, o caso é levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que no ano seguinte tem concedido o pedido de Medidas Provisórias, emitido pela Corte Interamericana, para que houvesse a imediata retirada dos explosivos no território indígena, que só teve parte dos explosivos retirados em 2009, levando a CGC a retornar, mais uma vez, suas atividades; o que faz com que a CIDH leve o caso à CorteIDH em 2010, que condena o Estado do Equador em 2012 em uma sentença ímpar[10].

Diferentemente das outras sentenças da CorteIDH, quanto ao mérito, a aqui analisada não traz os "artigos" da Convenção Americana violados, e sim, os direitos. Tal observação se faz importante, tendo em vista que é nesse caso que a CorteIDH vai sedimentar o direito a

[10]Em 2011, ao apresentar suas alegações finais, o Estado reitera o pedido de diligência de visita dos juízes da CorteIDH ao território Sarayaku. Visita esta que teve objetivou obter informações adicionais acerca da situação dos peticionários e dos lugares em que teriam ocorrido alguns dos fatos alegados. Foi a primeira vez que os juízes da CorteIDH realizaram uma visita ao local dos fatos de um caso contencioso a sua jurisdição.

consulta a partir da intersecção com outros direitos. Uma estratégia importante diante da não previsão do desse direito na CADH.

A CorteIDH ao discorrer acerca do mérito do direito à proteção à propriedade comunal indígena, assevera que o artigo 21 da CADH "protege a estreita vinculação que os povos indígenas com suas terras", pois reconhece que entre "os povos indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva", proteção essa que dá a garantia para que possam continuar vivendo "de acordo com seu modo de vida tradicional, sua identidade cultural e estrutura social" (CORTEIDH, 2012, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, par.145) e que há uma relação especial do Povo Sarayaku com o seu território e para estabelecer tais conclusões, a Corte se utilizou de seus próprios precedentes a fim de manter a sua interpretação.

Além disso, entende a Corte que este caso não se encaixa em um dos critérios de restrição da propriedade indígena estabelecido pela jurisprudência desse tribunal, e para fundamentar tal entendimento, a CorteIDH afasta seu próprio precedente[11], expondo detalhadamente a falta de semelhança relevante entre o precedente e o caso em voga.

Passado tais considerações, passa a CorteIDH a dissertar acerca da obrigação estatal de garantir o direito à consulta ao Povo Sarayaku, e como se trata de um direito não previsto na CADH, em primeiro lugar, discorre a Corte acerca do reconhecimento do direito à consulta dos povos tradicionais, alicerçado no respeito ao direito a cultura e a identidade cultural, sendo previsto legalmente na Convenção 169 da OIT.

A Corte reitera o já sedimentado ao longo da sua jurisprudência de que os "tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento", para justificar a interpretação evolutiva que se propõe a fazer – compatível com a CADH e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – e da leitura conjunta da CADH com a Convenção 169 da OIT, tendo em vista que ao "interpretar um tratado, não só levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados, [...] mas também o sistema no qual se inscreve" e, inclusive, se preciso for, utilizar instrumentos que não "tenham origem no mesmo sistema regional de proteção" (CORTEIDH, 2012, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, par.161).

Nisso, para fundamentar ainda mais o uso da Convenção 169 da OIT, utiliza a CorteIDH da citação da constituição de vários países (que a ratificaram ou não)[12] para abordar a importância da consulta ou da propriedade comunitária, de precedentes de cortes nacionais de

[11]Trata-se do caso Saramaka vs Suriname, sentenciado pela CorteIDH em 2008.
[12]São eles Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela.

países que ratificaram[13] essa convenção, para fundamentar que o direito à consulta prévia deve estar em consonância com os dispositivos da Convenção 169 da OIT, e de precedentes de cortes nacionais de países que não a ratificaram[14], mas que também referem-se sobre a necessidade de realizar consultas prévias com as comunidades indígenas. Aliás, após fazer esse apanhado de legislação interna e precedentes nacionais, inclusive de países que não ratificaram a sua competência e nem fazem parte da OEA (como é o caso dos Estados Unidos, Canadá e da Nova Zelândia), conclui a CorteIDH que mais que uma obrigação, a consulta constitui norma convencional e um "princípio geral do Direito Internacional" (CORTEIDH, 2012, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, par.164).

Depois de instaurado esse panorama geral, passa a CorteIDH a tratar das características da consulta prévia, usando para seu embasamento, relatórios da OIT, da ONU, aos quais fundamentou as seguintes características: caráter prévio, boa-fé, finalidade de se chegar a um acordo, adequada, acessível, obrigação de realizar um estudo de impacto ambiental (CORTEIDH, 2012, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, par.180 a 207).

Quanto à característica de que a consulta deve ser fundamentada, utilizou-se de precedentes de cortes nacionais[15] e da legislação interna de Estados da região[16]; para trabalhar a questão da vinculação do direito à consulta com o direito à propriedade comunal em relação ao direito à identidade cultural, usou a CorteIDH dos seus próprios precedentes para reconhecer a obrigação dos Estados de respeitar a relação especial dos indígenas com o seu território, a fim de assegurar a sua sobrevivência social, cultural e econômica, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de instrumentos internacionais da UNESCO, do Comitê PIDESC, da ONU, da Comunicação 276/2003 da Comissão Africana de Direitos Humanos e de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e para fundamentar a obrigação do Equador de adotar a consulta no direito interno a partir de seus próprios precedentes (CORTEIDH, 2012, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, par.208 a 227).

Vencido esta complexa fundamentação, passa a CorteIDH a análise do direito à vida, à integridade e liberdade pessoal violados no caso em tela, e a partir de uma considerável elucidação dos fatos e da menção a seus próprios precedentes, reitera o seu posicionamento de que tais direitos impõem uma dupla obrigação, a saber, negativa, que pressupõe que ninguém

[13]São eles Belize, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Brasil, Guatemala, Peru e México
[14]São eles Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia.
[15]Precedentes oriundos da Corte Constitucional da Colômbia e do Equador.
[16]São eles: Peru, Bolívia, Equador, Venezuela, Colômbia e Nicarágua.
.

seja privado de sua vida arbitrariamente e positiva, tendo em vista que os Estados devem adotar medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida.

Finalmente, quanto aos direitos às garantias e à proteção judicial, a Corte se pronunciou no sentindo de que o Estado do Equador não garantiu um recurso efetivo que remediasse a situação jurídica infringida, nem garantiu que a autoridade competente prevista decidisse sobre os direitos das pessoas que interpuseram recurso, fundamentando o reconhecimento da violação desses direitos a partir dos seus próprios precedentes.

Como medidas de reparação das violações aos direitos humanos do Povo indígena Kichwa de Sarayaku, a CorteIDH determinou a retirada de explosivos e reflorestamento das áreas afetadas, a devida consulta prévia, a regulamentação da consulta prévia no direito interno, capacitação de funcionários estatais em direitos dos povos indígenas, ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, publicação e divulgação da sentença, indenização quanto ao dano material e imaterial e reembolso de gastos ao Fundo de Assistência Jurídica.

3.3 CARACTERÍSTICAS DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO: COMENTÁRIOS

A partir da análise e da descrição, ainda que breve, dos votos dos ministros – tendo em vista, tratar-se de uma demanda complexa e com mais de seiscentas páginas e da sentença da CorteIDH. Insta, agora, tecer comentários acerca do que foi exposto a luz das Teorias do Diálogo Judicial.

Com a leitura do acórdão e dos votos acima comentados referentes a Petição 3.388 RR (Caso "Raposa Serra do Sol") é possível notar uma divergência entre os métodos de fundamentação utilizados pelos membros do Tribunal, sendo ambos os votos, fundamentados, principalmente em uma interpretação sistemática do próprio texto constitucional, reforçada pela doutrina.

Há uma preocupação com a coerência e a uniformidade do ordenamento interno, mas não do SIDH como um todo, pois quando há a referência de precedentes, são do próprio STF, sendo que não há o debate sobre o seu cabimento ou não, e nem da pertinência da *ratio decidendi.* O que há, na verdade, é uma mera citação do julgado com o objetivo de se confirmar o que se está querendo dizer ou de contextualizar a demanda, como, a título de exemplo, no voto do Ministro Menezes Direito e no voto do Ministro Relator, respectivamente.

A situação é ainda mais crítica quando se olha para a relação entre o direito interno e o direito internacional, pois só há a consideração adequada das fontes externas, quando voltadas

para a doutrina, pois quando utilizada, só foi para corroborar o entendimento que o ministro já desenvolveu, ou seja, a "cereja do bolo" da fundamentação.

Não houve uma construção ou uma desconstrução fundamentada dos argumentos principais dos precedentes da CorteIDH, e quando houve, foi somente a sua citação, fora de contexto e para corroborar o entendimento que o juiz já havia desenvolvido e simplesmente dizer "não se aplica", sendo uma utilização elucidativa e sem o verdadeiro sentido (PET 3.388/RR, p. 398).

Aliás, mais que uma postura de desconsideração aos tratados internacionais, inclusive da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil há mais de 10 anos, foi uma postura de ceticismo e aversão ao direito internacional, na qual mais pareceu um "direito de fora", ou melhor, "alienígena" no sentido pejorativo em qual se atribuiu até "intenção", a saber:

> É a nossa Constituição que índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria [...] e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja (PET 3.388/RR, p. 280).

Nesse sentido, resta claro a postura nítida de r*esistência* assumida pelo STF, em que os Ministros, como intérpretes da Constituição nacional, resistem às influências estrangeiras e internacionais, além de não se reconhecerem como magistrados de uma corte integrante de um sistema regional de proteção de Direitos Humanos.

No que tange a sentença de 27 de junho de 2012 da CORTEIDH, que diz respeito ao caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, é possível perceber uma detalhada descrição dos fatos e de provas colhidas no processo; ampla publicação, no corpo da sentença, de fatos, provas e fundamentação o que facilita o uso dos precedentes.

É possível perceber, também, que constantemente a CorteIDH *dialoga* com cortes nacionais, internacionais, estrangeiras, com outros sistemas e organismos de proteção de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Comissão Africana de Direitos Humanos e a ONU, além de se utilizar de fontes normativas externas, como reforço interpretativo, pois há uma preocupação com a coerência e a unidade do Sistema de Proteção de Direitos Humanos no âmbito global e regional.

Uma Corte, que no entendimento de Taruffo possui uma *orientação prospectiva,* tendo em vista que escolhe/seleciona casos relevantes que incentiva e proporciona o maior e melhor uso dos precedentes (TARUFFO, 1997, p. 438 – 454).

Ou seja, uma Corte aberta a *comunicação judicial,* e talvez seja ela o exemplo mais bem sucedido desse fenômeno, tendo em vista que é possível vislumbrar, somente nesse caso, duas formas de c*omunicação transjudicial,* a saber, a *comunicação horizontal,* quando a CorteIDH

se utilizou de seus próprios precedentes para construir a fundamentação, que no caso em tela se deu de duas formas: a primeira, quando a CorteIDH afastou seu próprio precedente para justificar a sua ação mais restritiva, e a segunda, quando utilizou e aplicou seus próprios precedentes para detalhar as obrigações estatais e justificar a interpretação extensiva da CADH.

E a c*omunicação mista* quando, por exemplo, a CorteIDH se utilizou de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e de precedentes de países que não ratificaram sua competência como autoridade persuasiva, a fim de justificar o direito a consulta como um princípio geral do direito internacional.

Por todo o exposto, podemos afirmar que a CorteIDH, ao contrário do STF – que adotou uma postura de r*esistência* - adota uma postura de *engajamento,* pois se utilizou de diversas fontes externas (textos normativos e decisões judiciais estrangeiras e internacionais), para a construção de um sistema global coerente e que propicia a proteção dos Direitos Humanos a partir da diversidade.

4 RESISTIR E PERSISTIR?

Por meio da análise comparativa realizada a luz das Teorias do Diálogo Judicial foi possível identificar a postura de r*esistência* assumida pela STF, e antes que seja tratado a respeito das vantagens de *não resistir,* isto é, de d*ialogar,* carece falar, ainda que de forma breve, a respeito das fontes dessa *resistência.*

Conforme explicado anteriormente, na postura de r*esistência* há um ceticismo e uma aversão ao direito transnacional, modelo no qual as constituições são vistas como base para resistência ou diferenciação ao direito e às práticas externas, logo no âmbito da construção de fundamentação de decisão judicial, esse direito "externo" não é levado em consideração.

Quanto à r*esistência* do STF, essa pode ser classificada como uma *resistência passiva* manifestada por meio da *indiferença/silêncio*, que é postura que não diz respeito a falta de conhecimento, mas a falta de interesse e vontade de considerar o uso de fontes estrangeiras ou transacionais, por ser uma postura contraditória, se de um lado, há o conhecimento das fontes internacionais, por outro, há a rejeição de sua relevância (JACKSON, 2010, p.33).

Esse tipo de postura propicia uma espécie de duplo limite à discricionariedade judicial, pois como visto nos votos dos Ministros, a Constituição representava a diretriz, por meio do qual a interpretação deveria começar e seguir, como também, representava o marco pelo qual o juiz não pode ultrapassar (JACKSON, 2010, p. 34).

Como primeira causa da postura de *resistência* do STF, identificamos a própria Constituição, pois conforme assevera Vicki Jackson, tal documento é visto como a "auto-compreensão da noção de identidade" por expressar as particularidades, os compromissos, as características e as limitações do seu povo, logo, o direito estrangeiro teria pouco a ensinar. Essa fonte pode ser vista, a título de exemplo, na passagem do voto do Ministro Relator, a saber, "todas as terras indígenas versadas pela nossa Constituição fazem parte do território estatal-brasileiro, sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano [...]"(PET 3.388/RR, p. 270).

Outra fonte da r*esistência* seria o originalismo, que defende a necessidade de identificar o significado "original" do texto, ou seja, aquele que era pretendido pelo constituinte. Essa ideia está ligada a uma concepção de soberania popular e reforça a resistência ao direito transnacional, como pode ser percebido na passagem: "ela, Constituição, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas tão-só, em 'terras indígenas'"(PET 3.388/RR, p. 276).

O direito como identidade autóctone, é a outra fonte que pode ser identificada, pois representa a ideia do Direito como organicamente relacionado à história específica de um povo e do seu estágio máximo de desenvolvimento com o passar do tempo. É o que podemos ver da leitura do excerto "[...] desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas [...], pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca"(PET 3.388/RR, p. 284).

Finalmente, como característica dessa postura do STF temos a r*esistência política/ elitismo* em que os juízes buscariam esse apoio e essa aliança interna para se opor ao legislativo e ao executivo, uma espécie de repulsa a recepção formal de tratados internacionais, como é possível observar aqui:

> O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente "Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas"(PET 3.388/RR, p. 280)

Em suma, a postura de r*esistência* propicia o isolamento do Tribunal frente um contexto global de interação entre cortes, sendo uma postura incompatível com a *recepção*, pois tal modelo enfraquece o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista que de nada adianta o Brasil ser signatário, se não há por parte do poder judiciário o dever de coerência e de *diálogo com* esse sistema.

Persistir em uma postura *resistente* é persistir em uma postura ineficaz, pois, em se tratando de Direitos Humanos, e em especial, a situação dos povos tradicionais; estamos

falando em uma demanda comum na América Latina que exige do judiciário um olhar a partir da diversidade.

Desta feita, o *diálogo* possui aqui uma dupla função, isto é, a de instrumento da *recepção,* pois força o judiciário a debater com os precedentes internacionais de modo a construir uma decisão preocupada com a coerência e unidade do SIDH como um todo, tendo em vista que a eficiência da atuação do SIDH está relacionada à sua legitimidade social e à atuação de atores interessados em acompanhar e difundir seus parâmetros e decisões.

Daí porque, como se trata de um sistema que não é adotado de força coativa, deve buscar construir uma força persuasiva, através do d*iálogo judicial,* para dar maior efetividade à sua jurisprudência que é "guia inescusável" (ABRAMOVICH, 2009) de interpretação da CADH pelos juízes locais.

E, por segundo, a função de garantia de efetividade dos Direitos Humanos dos Povos Tradicionais, exercida pelo poder judiciário, pois é a partir da perspectiva do d*iálogo* que o direito pode ser reinterpretado a partir de uma perspectiva dinâmica multicultural, ou seja, um *diálogo* que tendo por base o Princípio *Pró-homine* e o "gerenciamento da diferença e não sua eliminação" devendo ter *sensibilidade jurídica* para romper com os obstáculos do direito ocidentalizado e propiciar a construção de conceitos, "(...) métodos e formas de conceber as situações de tomadas de decisão de modo a que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las"(GEERTZ, 1998, 325).

É importante salientar que mais que uma função, o *diálogo judicial* constitui um *dever* para o STF, pois esse é um dos caminhos que vai propiciar o avanço em questões estruturais, como a da demarcação das terras indígenas, tendo em vista que se a demarcação contínua representou um importante passo, o meio por qual se chegou a essa conclusão – os fundamentos e as fontes utilizadas - e as próprias condicionantes constituem evidências do quanto nós precisamos aprender, avançar e *dialogar* com a CorteIDH.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: Novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos,** São Paulo, n. 11, 2009. p. 7-39. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf**.** Acesso em: 23/12/2014.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Rationales for precedent**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). Interpreting precedents. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 481-501.

BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the On the relationship between international and domestic constitutional law.** 2008. Disponível em: http://icon.oxfordjournals.org/content/6/3-4/397.abstract. Acesso em: 19/11/2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador.** Sentença de 27 de junho de 2012.

GEERTZ, Clifford. "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa" In **O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa.** Rio de Janeiro, Vozes, 1998.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará.** Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI – Agência de Comunicação Ltda, 2007.

_____. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, 2013.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Pacto San José da Costa Rica. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

PÉREZ, Ainda Torres. **Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts**. Harvard International Law Journal, vol. 44, winter/2003.

_____. **A Typology of Transjudicial Communication**. University of Richmond Law Review, vol. 29, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3.388 Roraima (Caso Raposa Serra do Sol).** Acórdão de 19 de março de 2009.

TARUFFO, Michele. **Institutional factors influencing precedents**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). Interpreting precedents. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

UREÑA, Renne. **A proteção multinível dos direitos humanos na América Latina.** In GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRES PÉRES, Aida. Proteção Multinível dos Direitos Humanos. 2012, p. 15-48.