

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2023.22.11567>

## O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL DAS CORTES NACIONAIS COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Alex Gaspar de Oliveira

Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos. Belém/PA, Brasil.  
<http://lattes.cnpq.br/4964002251567193>. <http://orcid.org/0000-0002-4280-7334>

Paula Benassuly Arruda

Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos. Belém/PA, Brasil.  
<http://lattes.cnpq.br/7257034539917718>. <https://orcid.org/0000-0003-1135-2418>

### RESUMO

Este artigo pretende analisar o tema Controle de Convencionalidade como o instrumento de diálogo entre as Cortes nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para alcançar este propósito possui como objetivo demonstrar quais os principais obstáculos para a realização do Controle de Convencionalidade nas decisões dos tribunais nacionais. Como metodologia, procedeu uma pesquisa bibliográfica de caráter dedutivo, na qual vai analisar os pressupostos teóricos de Max Abbot, identificando seus argumentos nas duas decisões emblemáticas usadas como parâmetros do presente artigo: a decisão do Caso Raposa Serra do Sol e a decisão do Caso da Moradia Tradicional de Caiçara. Como resultados e conclusões, esta pesquisa vai apresentar os dois caminhos seguidos pelo Poder Judiciário no Brasil que representam um pequeno indicativo de como as Cortes brasileiras vêm exercendo esse diálogo com o Sistema Interamericano.

**Palavras-chave:** controle de convencionalidade; diálogo interjurisdicional; Raposa Serra do Sol; Moradia Caiçara.

### CONVENTIONALITY CONTROL AS AN INSTRUMENT FOR INTERJURISDICIONAL DIALOGUE OF NATIONAL COURTS WITH THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

This article intends to analyze the theme of Conventionality Control as an instrument of dialogue between national courts and the Inter-American Human Rights System. To achieve this purpose, it aims to demonstrate what are the main obstacles to the implementation of the Conventionality Control in the decisions of national courts. As a methodology proceeded a bibliographic research of deductive character, where it will analyze the theoretical assumptions of Max Abbot, identifying his arguments in the two emblematic decisions used as parameters of the present article: the decision of the Raposa Serra do Sol Case and the decision of the Moradia Tradicional Caiçara Case. As results and conclusions this research will present the two paths presented by the Brazilian judiciary that represent a small indication of how the Brazilian Courts has been exercising this dialogue with the Inter-American System.

**Keywords:** conventionality control; Interjurisdictional Dialogue; Raposa Serra do Sol; Caiçara House.

Submetido em: 2/10/2020

Aceito em: 23/7/2023

## 1 INTRODUÇÃO

A aplicação dos Tratados Internacionais de direitos humanos vem encontrando óbices por parte dos operadores de direito, em especial no Brasil, onde a comunidade jurídica defende a tese de que esses tratados não se coadunam com as regras infraconstitucionais e até mesmo com a Constituição Federal (Brasil, 1988). Isso demonstra uma falta de harmonização entre a legislação nacional e a legislação e jurisprudência internacionais. As cortes nacionais, em regra, não exercem esse diálogo com as cortes internacionais, o que acaba se tornando um processo de monólogo das cortes pela não utilização do Controle de Convencionalidade.

Assim sendo, o presente artigo tem como objetivo geral apresentar se é possível realizar o controle de convencionalidade interno e se este controle é feito. Para alcançar esses objetivos serão utilizados dois casos emblemáticos do direito brasileiro ocorridos nos últimos anos, que expuseram caminhos interessantes sob o ponto de vista da análise do controle de convencionalidade: o Caso Raposa Serra do Sol e o Caso Moradia Tradicional Caiçara, procurando apresentar o problema de integração dessas decisões com os preceitos presentes em tratados internacionais de direitos humanos aplicados a estes casos concretos.

Com isso, chega-se à seguinte problemática: Tratando-se de controle de convencionalidade interno com base nos julgamentos do Caso Raposa Serra do Sol e Caso Moradia Tradicional de Caiçara, houve um diálogo interjurisdiccional entre essas duas decisões com a jurisprudência da Corte Interamericana?

Para responder esta pergunta o presente artigo está estruturado em três partes. Na primeira parte serão observados os aspectos conceituais do Controle de Convencionalidade e como é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro em âmbito de constituição e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. Na segunda parte do artigo serão apresentados os possíveis problemas de aplicação do controle de convencionalidade pelos juízes locais à luz do pensamento de Max Abbot, com as respectivas críticas ao seu pensamento. Na terceira parte serão apresentados os resultados das decisões do Caso Raposa Serra do Sol com os principais argumentos que vão demonstrar a utilização ou não do Controle de Convencionalidade, assim como o resultado do caso Moradia Tradicional Caiçara, se foi utilizado ou não um Controle de Convencionalidade procurando diferenciá-lo do caso Raposa Serra do Sol.

A metodologia empregada na presente pesquisa utilizou fontes exclusivamente bibliográficas, com algumas leis que tratam do tema, sendo uma pesquisa de caráter dedutivo, conceitual e comparativo.

O presente tema é de fundamental importância, pois essa falta de diálogo, traduzida pela não utilização das decisões de outras cortes nacionais e da Corte Interamericana, acarreta responsabilidade internacional além de impactos estratégicos negativos em termos de visibilidade das decisões das cortes nacionais.

A presente pesquisa, portanto, traz esse debate à tona visando a despertar os leitores para a importância do Controle de Convencionalidade como instrumento de efetivação de decisões voltadas para o respeito aos direitos humanos presentes nos tratados internacionais os quais o Brasil se comprometeu a cumprir.

## 2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – ASPECTOS CONCEITUAIS

A compreensão do controle de convencionalidade e como ele apresenta-se perante as cortes brasileiras, demanda uma compreensão do que é um tratado internacional de direitos humanos e como se conceitua o Controle de Convencionalidade e suas espécies, para que a aplicação do Controle de Convencionalidade se torne coerente e sólida.

Esses tratados possuem, assim, a natureza jurídica de tratados-leis, ou seja, neles existem regras e princípios que se destinam a reger determinadas relações internacionais além de possuírem um caráter de ordem geral, ou seja, são aplicados a todas as situações que se enquadram dentro de suas hipóteses de incidência:

Consoante se denota, o tratado é um instrumento de veiculação de regras jurídicas, é o meio que Estados e organismos internacionais possuem para harmonizar interesses e cooperar entre si para concretizar metas comuns nos mais variados assuntos. Por meio do instituto do tratado intenta-se, entre outras coisas, proteger os direitos humanos, o que em sentido amplo, culmina com a salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo central de todos os demais direitos do homem. Mas, há que se pontuar que a aplicação das normas de direitos humanos depende da atuação do Estado (Leal; Martinazzo, 2018, p. 79).

Assim sendo, é por intermédio da atuação do Estado que as normas de direito internacional adentram no ordenamento jurídico doméstico. Uma parte dessa atuação é o trâmite ao qual o tratado deve se submeter até a sua incorporação na ordem jurídica interna; trâmite esse que é composto de fases: negociações preliminares, autenticação, assinatura do Poder Executivo, aprovação parlamentar, adesão ou ratificação (Leal; Martinazzo, 2018).

Voltando ao tema tratados internacionais, em especial a Constituição Federal (Brasil, 1988) não estatuiu uma hierarquia desses tratados de direitos humanos. Logo, o Brasil adotou como forma de ingresso dos tratados internacionais a teoria monista, no qual a ordem jurídica interna e a internacional fazem parte de um único sistema. Entre os defensores do monismo, no entanto, há divergências daqueles que defendem a primazia do direito interno e dos que entendem a primazia do direito internacional:

Aqueles que entendem que há a primazia do direito interno [monismo nacionalista ou moderado], o fazem afirmando que a adoção dos preceitos do direito internacional seria uma faculdade discricionária, pois este seria uma consequência do direito interno. Para este pensamento, o Estado não pode estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. [...]

Já os que entendem que há a primazia do direito internacional (monismo internacionalista ou radical), colocam que o direito interno deriva do direito internacional e a ele é subordinado. Isto pois, o fundamento da norma internacional decorreria do *pacta sunt servanda*, que é a norma mais elevada [norma máxima] da ordem jurídica mundial e da qual todas as demais normas derivam, representando o dever dos Estados em cumprirem as suas obrigações (Leal; Martinazzo, 2018, p. 85).

Daí surge uma das dificuldades de diálogo entre os preceitos de direito internacional e o ordenamento jurídico interno. Ao optar-se por uma hierarquia de uma ordem sobre outra, é como se as mesmas ordens, seja interna ou internacional, não pudessem conversar, isto é, uma passa a excluir a outra.

Com a detecção dessa dificuldade de diálogo, a corrente monismo internacionalista passou por uma evolução e ficou conhecida como corrente do monismo internacionalista dialógico, na qual haveria um maior diálogo entre as fontes de direito interno e direito internacional, porém não eliminaria a hierarquia dessas fontes:

Por fim, destaca-se o monismo internacionalista dialógico, que prima pela diferenciação das normas internacionais pelo seu conteúdo. Esta posição seria, ainda, monista internacionalista, mas seria também dialógica, na medida em que possibilitaria um diálogo entre as fontes de proteção internacional e interna. Portanto, no que se refere aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito Interno. Continuará existir a hierarquia do monismo internacionalista, todavia mais fluida. O princípio da hierarquia continuará a ser respeitado, haveria apenas a aplicação da norma mais favorável ao ser humano [princípio internacional *pro homine*]. Assim, o monismo tem sido, portanto, a opção dos Estados quando da solução dos conflitos que envolvam tratados internacionais e leis internas (Leal; Martinazzo, 2018, p. 85).

Apesar de tal avanço, as causas que dificultam a aplicação do Controle de Convencionalidade pelos tribunais nacionais vão muito além do debate entre os monistas nacionalistas e os monistas internacionalistas. A própria Constituição Federal (Brasil, 1988), em seus artigos 5º §2º<sup>1</sup> e 3º<sup>2</sup>, traz problemas para o exercício de tal controle.

A principal crítica é que se a Constituição, no §2º, não exclui outros direitos e garantias provenientes de tratados internacionais, é porque ela mesmo autoriza que estes direitos e garantias internacionais sejam incluídos no ordenamento jurídico interno, ou seja, passam a ter aplicação imediata no âmbito interno (Mazzuoli, 2009 *apud* Leal; Martinazzo, 2018).

Essa polêmica interpretativa acabou despertando reações. Uma delas foi o tratamento dado ao tema pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (Brasil, 2004), que inseriu o §3º, o que significou que os tratados de direitos humanos podem ou não ser aprovados como se emendas constitucionais fossem. Isso instituiu uma possibilidade de hierarquia entre aqueles tratados que não fossem aprovados como emendas constitucionais.

Como exemplo desse imbróglio jurídico, houve os RE 349.703/RS e RE 466.343/SP, que tratavam da prisão civil do depositário infiel que também contrariavam o Pacto de São José da Costa Rica, que é um tratado de direitos humanos não aprovado com o rito de emenda constitucional. Tais recursos extraordinários foram julgados com base na tese da supralegalidade, na qual os tratados de direitos humanos ratificados pelos Brasil e que não forem aprovados dentro dos parâmetros do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, terão *status* supralegal, ou seja, inferior às normas constitucionais e superior à legislação ordinária, porém há algumas críticas à tese da supralegalidade:

<sup>1</sup> Art. 5º – §2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

<sup>2</sup> Art. 5º – §3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[...] a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada [defendida, v.g., por Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP] peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regime jurídico” imprópria para o atual sistema [interno e internacional], de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhe é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder no âmbito interno [v.g., o Poder Legislativo], mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as categorias de tratados de nível constitucional e supralegal [caso sejam ou não aprovados pela maioria qualificada], a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferentes [ou seja, desigualou os “iguais”], em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia (Mazzuoli, 2009, p. 91).

Por esses aspectos citados percebe-se que há tanto um controle de constitucionalidade dos tratados internacionais quanto um controle de legalidade, assim como também uma verificação de compatibilidade da legislação dos tratados internacionais com a legislação ordinária. Assim, chega-se ao conceito do controle de convencionalidade que é de fundamental importância para a compreensão do diálogo entre as fontes do direito internacional e as fontes do direito interno:

O controle de convencionalidade pode, assim, ser definido como o processo de compatibilização vertical [sobretudo material] das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, se uma norma infraconstitucional contrariar os ditames de um tratado internacional de direitos humanos ratificados pelo Brasil deverá ser declarada inconvenção. Esse controle é coadjuvante ao controle de constitucionalidade das leis, mas nunca subsidiário a este.

Comparado com esse o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é ainda mais amplo, pois enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido por parte dos tribunais internos, o de convencionalidade tem lugar tanto no plano internacional como no plano interno (Leal; Martinazzo, 2018, p. 94).

Essa verificação da compatibilidade traz benefícios na medida em que permite uma uniformização de sistemas jurídico internos com o sistema internacional, assim como uma otimização de princípios aplicáveis aos direitos humanos.

O Controle de Convencionalidade contribui para o estabelecimento de *standards*, princípios e jurisprudência internacional no âmbito doméstico, além de proporcionar um diálogo na esfera dos direitos humanos Piovesan (2016 *apud* Barros, 2018). Os juízes nacionais passariam a ser intérpretes da Convenção Americana de Direitos Humanos, compatibilizando o direito doméstico com os fundamentos encontrados nos tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo país.

O controle de convencionalidade pode ser difuso ou concentrado. No modelo difuso o controle de convencionalidade caracteriza-se como um dever de todos os juízes e tribunais locais; aí inclui-se, também, o Supremo Tribunal Federal – STF – quando compatibiliza diante de um caso concreto as leis domésticas com o conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos que o país se comprometeu em cumprir; assim, o magistrado se tornaria um “juiz interamericano” (Barros, 2018).

Já o Controle Concentrado de Convencionalidade trabalha a hipótese de que apenas as normas constitucionais com *status* de emenda constitucional são paradigmas desse modelo. Logo, existem algumas diferenças marcantes entre os modelos:

a) tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado [equivalentes a emendas constitucionais] são paradigmas de controle concentrado [para além obviamente, do controle difuso] de convencionalidade, v.g., uma ADIN no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional com eles incompatível; e b) tratados de direitos humanos que têm somente status de norma constitucional [não sendo “equivalentes às emendas constitucionais”, dada a não aprovação pela maioria qualificada do art.5º, §3º] são paradigmas apenas do controle difuso de convencionalidade, o qual pode ser exercido *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto (Mazzuoli, 2016 *apud* Barros, 2018, p. 105).

O controle de convencionalidade não deve ser visto apenas como uma forma de harmonização entre as normas internas e as normas constante nos tratados, pois esse controle também é considerado uma obrigação convencional. Logo, as normas constantes nos artigos 1º<sup>3</sup>, 2º<sup>4</sup> e 43<sup>5</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata, respectivamente, da obrigação de respeitar os direitos, o dever de adotar as disposições de direito interno e, por fim, de proporcionar à Comissão informações sobre a maneira pela qual o direito interno assegura a aplicação das disposições da Convenção, acaba por impor aos juízes nacionais o dever de exercer o controle de convencionalidade, pois o mesmo advém de regras do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, além do princípio da interpretação em prol do ser humano (interpretação *pro homine*) (Barros, 2018). Nos termos da realidade jurídica nacional podemos considerar o seguinte:

Logo, ao tomarmos como exemplo o Brasil, esse Estado, ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos, toma para si a responsabilidade de seus agentes estatais observarem as normas convencionais de direitos humanos do sistema interamericano, não podendo invocar suas disposições de direito interno que se choquem com tais normas internacionais para justificar o inadimplemento da Convenção Americana (Barros, 2018, p. 107).

Para que o controle de convencionalidade ocorra de maneira que possibilite harmonização e fortalecimento de todos os preceitos voltados à proteção de direitos humanos, torna-se necessário o diálogo entre as fontes de direito internacional e as disposições de direito interno. Esse diálogo, no entanto, sofre críticas e obstáculos por parte de doutrinadores, dentre eles Max Abbot; críticas essas que serão tratadas no tópico a seguir.

<sup>3</sup> Art. 1º Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

<sup>4</sup> Art. 2º Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>5</sup> Art. 43 Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

### 3 O DIÁLOGO ENTRE CORTES E OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO

O fortalecimento do controle de convencionalidade necessita fundamentalmente do diálogo entre as Cortes. Este é compreendido como uma interação entre os tribunais nacionais e a corte interamericana de direitos humanos, logo inexistente a última palavra, pois o diálogo vai justamente proporcionar a formação de um argumento jurídico conjunto:

O diálogo das cortes não envolve consenso, harmonia ou desacordo, mas o simples fato de as cortes estarem no projeto comum do funcionamento do sistema jurídico. Logo, por inexistir “a palavra final”, cria-se um fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos, eis que todas as decisões não dialogam entre si, utilizando-se também do diálogo das fontes, para que seus próprios argumentos não sejam ulteriormente rechaçados.

No sistema americano de direitos humanos, o diálogo das cortes reforça a proteção dos direitos humanos, em razão da necessária motivação das decisões judiciais e do princípio do *pro homine*, quando for necessário aplicá-lo pelo diálogo entre fontes internacionais e nacionais (Barros, 2018, p. 116).

Ressaltada a importância do diálogo, há correntes teóricas que o criticam, levantando problemas que são resultantes de inconvenientes da ordem orgânica interna que afetam o trabalho dos juízes locais e, até mesmo, a execução do controle de convencionalidade.

O primeiro problema surge quando se interpreta que a Corte Interamericana está outorgando uma nova função ao Judiciário, ou seja, dando novas atribuições aos juízes nacionais para que realizem de ofício o Controle de Convencionalidade. Isso estaria violando o princípio da legalidade, sendo uma espécie de investidura irregular na função. A lesão à legalidade viria tanto em âmbito internacional quanto nacional (Abbot, 2016).

Desde el punto de vista internacional, para cumplir con el principio de legalidad, el control de convencionalidad interno debiera estar establecido expresamente en la Convención Americana [sobre todo si se toma en cuenta su enorme importancia], cosa que evidentemente no ocurre; y aunque para cierta doctrina se encontraría implícito con ella, resulta claro que su origen y desarrollo – al parecer aún inconcluso – ha sido jurisprudencial, según se ha dicho [...]

Desde el punto de vista nacional, una vez aceptado este control por los diferentes países, se debieran haber hecho las modificaciones legales internas correspondientes para llevarlo a la práctica, en virtud del art. 2 de la Convención – modificaciones no menores, dicho sea de paso –, dentro de un plazo prudencial (Abbot, 2016, p. 106).

O segundo problema do controle de convencionalidade surge no momento em que os juízes nacionais utilizam material normativo externo, principalmente a jurisprudência da Corte Interamericana. Para estes críticos, esta jurisprudência estaria causando um efeito *erga omnes*; efeito este também observado ao usar-se os tratados ou as opiniões consultivas, por exemplo. A principal crítica quanto a isso é que a Corte Interamericana não exige obrigatoriedade na utilização de todo esse material jurídico novo.

O terceiro problema é que os juízes nacionais seriam considerados, agora, juízes interamericanos, pois seriam os primeiros a determinar uma responsabilidade internacional ao país,

na medida em que, ao aplicar o controle de convencionalidade, os juízes nacionais estariam deixando de aplicar a ordem normativa doméstica (Abbot, 2016).

O quarto e último problema causado pelo Controle de Convencionalidade seria as interpretações divergentes entre os juízes de diferentes instâncias no Judiciário de um mesmo país, na medida em que haveria diferentes decisões, o que levaria a Corte Interamericana a dar a última palavra:

Por último, un cuarto problema es que la relación entre los jueces de distinta jerarquía dentro de cada Poder Judicial podría verse seriamente afectada en virtud de la aplicación del control de convencionalidad interno, no solo porque serían posibles diferentes posturas al interior del mismo en sus variados niveles, sino también porque según se verá más adelante, en último término, sería solo la Corte Interamericana quien tendría la última palabra en cuanto a si dicho control ha sido bien o mal ejercido, sin perjuicio de que a pesar de todo lo dicho control, la Corte no se considere a sí misma una “cuarta instancia” (Abbot, 2016, p. 110).

Ao analisar-se o controle de convencionalidade em âmbito de Cortes Constitucionais, há de se considerar, também, que cada país possui suas próprias especificidades em relação ao Controle de Constitucionalidade, ou seja, uns mais concentrados outros mais difusos. Isso provoca uma inquietação no modo como aplicar o Controle de Convencionalidade no sentido forte, ou seja, se realmente existe um controle ideal dentro das respectivas regulações existentes nos países, pois em alguns deles podem ocorrer controles de constitucionalidade distintos; por exemplo, pode haver um controle concentrado a pedido da parte, um concentrado que ocorra de ofício, um difuso a pedido da parte ou um difuso de ofício.

Todo lo dicho nos lleva a concluir que parece algo contradictorio que la Corte señale que es obligatorio realizar un control de convencionalidad – al menos el fuerte – por todos los jueces de un Estado ex-officio y, al mismo tiempo, exija que dicho control deba someterse a las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, porque entre ambas puede existir una clara incompatibilidad (Abbot, 2016, p. 112).

Assim, a Corte Interamericana defende que os juízes locais sejam juízes interamericanos e que apliquem um controle forte e de ofício, ressaltando o respeito pelas competências e atribuições processuais de cada país. Logo, a Corte reforça o artigo 2º<sup>6</sup> da Convenção Americana de Direito Humanos, no qual cada país deve adotar as modificações do seu direito interno visando a adequá-lo ao que a mesma solicita.

Sendo assim, o Controle de Convencionalidade pode tomar dois caminhos: o primeiro, que traz mais problemas, consiste na faculdade do juiz local em não aplicar uma norma local por considerá-la inconveniente, na medida em que esta norma contraria a Convenção Americana (Abbot, 2016); e o segundo seria a harmonização das normas locais com as normas internacionais, numa espécie de “interpretação conforme”, ou seja, interpretando as normas locais com base nas disposições internacionais. Essa saída, no entanto, ainda pode trazer problemas:

<sup>6</sup> Artigo 2º. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.



En realidad, esta situación es casi segura, dado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos posee sus propias reglas de interpretación, muy distintas a las que suelen existir en un ordenamiento jurídico local, al ser considerados los tratados internacionales como “instrumentos vivos”. De esta manera, y sólo se menciona a modo ilustrativo, suele decirse que la interpretación de los tratados de derechos humanos es evolutiva, sistemática y finalista, lo que obliga a tener una visión holística de los mismos; o que estos derechos son interdependientes e indivisibles, y tienen además un sentido autónomo. Lo anterior, sin perjuicio de la interdependencia entre los propios tratados de derechos humanos (Abbot, 2016, p. 115).

A tentativa de harmonização, conforme o autor, não é tão simples dado que o direito internacional dos direitos humanos possui um caráter evolutivo sempre em constante mudança interpretativa, o que pode, de certa forma, não acompanhar a mudança de interpretação das normativas nacionais dos países signatários da Convenção. Ademais, deve-se ter cuidado no processo interpretativo, pois essa harmonização pode deixar de lado as peculiaridades locais de cada país, ou seja, pode deixar em um segundo plano as características próprias da cultura jurídica cada nação.

O uso do princípio *pro homine* pode tornar a normativa local mais protetora e idônea, e a única forma de compreender o direito aplicado ao caso concreto seria mediante uma argumentação sólida e consistente (Abbot, 2016). Logo, o princípio *pro homine* deixa obsoleta as regras de hierarquia dentro dos ordenamentos jurídicos, pois o critério hierárquico cederia perante o critério de maior proteção dos interesses do homem. O autor ressalta que no controle de convencionalidade nem sempre a norma internacional triunfará sobre a norma interna, assim como nenhuma norma internacional vai esvaziar um conteúdo de uma norma interna, uma vez que na utilização do princípio *pro homine* não tem como saber previamente se a norma interna vai triunfar sobre a norma internacional e nem se a norma internacional vai triunfar sobre a norma interna (Abbot, 2016).

Apesar de tais considerações, o diálogo interjurisdiccional apresenta vantagens para a proteção dos direitos humanos e também um desequilíbrio no plano da igualdade:

Ahora bien, buena parte de la doctrina alude a esta interacción entre jueces estatales e internacionales refiriéndose a la misma como un “diálogo interjurisdiccional” estimando que ella podría contribuir al enriquecimiento mutuo y, en definitiva, a mejorar la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Sin embargo, dadas las reglas del control de convencionalidad interno y sobre todo del externo que ha establecido la Corte, parece algo forzoso hablar a este respecto de un “diálogo”. Ello, puesto que aunque resulta obvio que esta última podría tomar en cuenta algunas argumentaciones de los jueces nacionales, dicho “diálogo” no se realiza en un plano de igualdad, sino de total subordinación, con lo cual el tribunal internacional siempre puede terminar imponiendo su parecer. Esta la razón por la que algunos han hablado de un “diálogo unidireccional” (Abbot, 2016, p. 120).

No contexto do controle de convencionalidade surgem, ainda, várias espécies ou classes de interpretação, como a extensiva, que vai mais além do que a estabelecida pela Corte, com uma interpretação inovadora que aborda argumentos jurídicos que nunca foram utilizados pela Corte, assim como interpretações de cunho corretivo, neutralizadoras e discordantes que

contrariam, deixam sem efeito e mostram um total desacordo com a Corte, por considerar o entendimento desta última equivocado.

Ademais, ao utilizar o princípio *pro homine* podem surgir discordâncias entre interpretações dentro de um mesmo país ou entre juízes de países diferentes, o que pode levar a interpretações díspares, pelo caos interpretativo:

Es decir, todo lo dicho hasta a respecto de la inaplicación de la norma local, la interpretación armonizante, el triunfo de la norma nacional e sobre todo en las interpretaciones extensivas e innovadoras, nos lleva a concluir que pese sus buenas intenciones, el principio *pro homine*, unido al de progresividad u a la Idea de “estándar mínimo”, pueden dar origen a un notable desorden, contradicciones e incertezas en las sentencias de los jueces nacionales, que lejos de unificar los criterios del sistema interamericano, como ha pretendido la Corte al instaurar la doctrina del control de convencionalidad interno, podrían ocasionar un auténtico caos interpretativo, por mucho “diálogo jurisdiccional” que pudiera existir entre tribunales del mismo país, de diferentes Estados, o – con las salvedades anotadas en su momento – entre éstos y la propia Corte (Abbot, 2016, p. 126).

O presente tópico apresentou, assim, os argumentos que demonstram que o diálogo entre cortes ainda apresenta certas resistências por parte da doutrina. Isto pode explicar um dos motivos da não aplicação do controle de convencionalidade pelos juízes nacionais. No próximo tópico será demonstrado, em termos sucintos, dois casos que servem como paradigmas para comprovar ou reputar tais hipóteses.

## 4 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E O CASO MORADIA TRADICIONAL CAIÇARA

Os dois casos utilizados neste artigo demonstram justamente duas realidades distintas que podem ser observadas no Controle de Convencionalidade. Em termos metodológicos foi escolhida como modelo uma decisão da mais alta corte do país – STF – e outra decisão da corte de uma instância mais inferior em termos da hierárquica jurídica territorial – Vara Judicial da Comarca de Iguapé do Estado de São Paulo. Neste tópico será demonstrado se foi ou não aplicado o controle de convencionalidade nos dois casos.

### 4.1 O Caso Raposa Serra do Sol Pet 3388/RR – Supremo Tribunal Federal

O presente caso foi originado a partir da Ação Popular Pet 3.388/Roraima, cujo requerente foi o senhor Augusto Affonso Botelho Neto, tendo como requerida a União. O caso teve como relator o ministro Ayres Brito e foi julgado em 19/3/2009.

Com relação aos fatos, a demanda refere-se à demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol, efetuada pelo Ministério da Justiça por meio da Portaria nº 534/2005 e posterior Decreto homologatório assinado pelo então presidente Luís Inácio Lula da Silva.

O território indígena Raposa Serra do Sol localiza-se no extremo norte do país, no Estado de Roraima, com fronteira com a Venezuela e com a Guiana, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramut. A região é habitada por várias etnias indígenas, e é uma região objeto de disputa com os arroteiros e com os militares das forças armadas.

No presente caso o STF apresentou alguns fundamentos. O primeiro deles foi a inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório, no qual reconheceu que a

demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade.

É de se destacar alguns aspectos do ato de demarcação de terras indígenas na medida em que o STF trabalhou com o conceito de marco temporal; logo a Constituição trabalhou com data certa, ou seja, a data de sua promulgação como insubstituível referencial para o reconhecimento da posse aos índios; não se observou o caráter de perdurabilidade no sentido de continuidade etnográfica, isto é, a tradicionalidade da posse indígena não se perde.

Assim, na decisão foram traçados alguns condicionamentos; dentre os principais estão: a) o usufruto das riquezas do solo e dos rios nas terras indígenas não se sobrepõe ao interesse público da União; b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos, e sempre dependerá da autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional, da instalação de bases, unidades e postos militares e da expansão energética, ouvido o Conselho de Defesa Nacional, independente de consulta das comunidades indígenas envolvidas, assim como da Fundação Nacional do Índio; d) a atuação das forças armadas e da polícia federal na área fica assegurada e se dará independentemente de consultas às respectivas comunidades; e) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

As demarcações ainda que afirmem direitos indígenas, também atuam como grandes limitadoras ao especificar os poderes do Estado sobre essas terras. Por isso a discussão gira em torno da violação ou não da Constituição bem como da violação de diversos instrumentos de Direito Internacional, já que a autodeterminação e os direitos de participação e consulta são restringidos (Romero, 2012 *apud* Pessoa, 2018, p. 340).

Após o Acórdão houve a interposição dos Embargos de Declaração, no qual o STF manifestou que o Acórdão da Ação Popular Pet.3-388/Roraima não cria um efeito vinculante quando do exame de outros processos. Apesar de tal ressalva em outro caso envolvendo a Terra Indígena Limão Verde e Guyraroka no Mato Grosso do Sul, a tese do marco temporal foi utilizado pelo STF.

Há certas críticas que podemos observar nesse Acórdão. A primeira delas refere-se à vedação de ampliação da terra indígena já demarcada, pois ao STF não cabe interferir no mérito de um ato de competência do Poder Executivo, assim como os povos indígenas têm o direito inalienável à demarcação de suas terras. O segundo refere-se à questão do marco temporal, no qual a Constituição não faz nenhuma referência a este marco, e por se tratar de direitos originários estes não podem sofrer uma interpretação restritiva.

Por fim, há a crítica ao mecanismo da consulta prévia que sofreu um enfraquecimento com relação ao que está expresso na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – e em outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que o STF desconsiderou em questões relacionadas a projetos de desenvolvimento, interesse nacional e segurança nacional das fronteiras, o instituto da Consulta Prévia.

Como observação, destaca-se, nesse julgamento, que não há um diálogo entre os argumentos utilizados pelo STF com os argumentos empregados pelas decisões da Corte Interamericana e constante nos tratados e convenções internacionais que tratam sobre o tema.

Como exemplo, cite-se o caso da Comunidade Mayagna Awas vs Nicarágua<sup>7</sup>, quando houve o reconhecimento de que a terra indígena não se resume a uma simples relação de posse e produção, mas, sim, possui um elemento material e espiritual do qual a população indígena deve gozar plenamente para preservar o seu legado cultural; já a decisão da Raposa Serra do Sol adotou uma interpretação restritiva ao tratar a relação de posse por esbulho à luz do Direito Civil, definindo um marco temporal para fins de reconhecimento do direito.

Outra comparação é feita com a decisão da Corte Interamericana no caso Povo de Saramaka vs Suriname<sup>8</sup>, no qual a Corte consagrou o direito a ser consultada, conforme seus costumes, a tradição de eventuais planos de desenvolvimento em seus territórios. O mesmo aconteceu com o Caso Kichwa Sarayaku vs Equador<sup>9</sup>, quando a Corte ressaltou a importância da consulta prévia aos povos indígenas para que eles tomem conhecimento dos riscos dos empreendimentos e dos riscos ambientais.

Ao comparar com o Acórdão da Raposa Serra do Sol, o STF impôs condicionantes e limitações, por exemplo: expansão estratégica da malha viária e exploração de alternativas energéticas e riquezas de cunho estratégico que podem ser realizadas independentemente de consulta às populações indígenas afetadas.

Por fim, em que pese o julgamento ser favorável determinando a legalidade dos atos de demarcação das terras indígenas, houve uma perda no sentido de construção de um precedente alinhado com os preceitos de consulta prévia e respeito aos direitos culturais e ancestrais dos povos indígenas presentes nas Corte Interamericana de Direitos Humanos. O STF não aplicou um controle de convencionalidade no referido caso; isso, no futuro, pode trazer graves problemas principalmente na construção de uma jurisprudência em casos envolvendo comunidades indígenas e processos de demarcação de terra, como também empreendimento energético e de infraestrutura em terras indígenas.

Ademais, ainda que se perceba nitidamente um diálogo claro e horizontal entre as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos, o diálogo é incipiente e situacional no Brasil, bem como na América Latina.

Ver-se-á adiante que o Supremo Tribunal Federal enquanto um dos órgãos responsáveis pelo controle de convencionalidade no Brasil, realiza tal tarefa de maneira incipiente, sem dialogar de forma profunda e consistente com as decisões da Corte Interamericana (Barros, 2018, p. 119).

O que se demonstrou nesse julgamento do STF foi a ausência de um diálogo com a jurisprudência da Corte interamericana, pois desconsiderou a Convenção nº 169 da OIT no ponto em que trata da consulta prévia; desconsiderou, também, a territorialidade e a ancestralidade dos territórios indígenas, diferente de como foi tratado no caso Comunidade Mayagna Awas vs Nicarágua, por exemplo. Logo, a decisão do STF teve uma preocupação maior com o estabelecimento de condicionantes que se basearam em argumentos de autoridade, o que é uma tendência da Corte nos dias atuais diante de uma ausência de argumentação sistemática.

<sup>7</sup> Corte IDH – Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Ano 2000.

<sup>8</sup> Corte IDH – Caso Del Pueblo Saramaka VS. Suriname, 2007.

<sup>9</sup> Corte IDH – Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y SUS miembros VS. Ecuador, 2012.

Os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do Tribunal. A decisão é tomada por agregação de opinião dos juízes de órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões de decidir. Esta variável institucional resulta em um padrão de argumentação que tende a ser baseado em argumentos de autoridade. Há pouca incidência de argumentação sistemática que procure reconstruir racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz desta reconstrução. [...]

Não há no Brasil, um sistema de precedentes organizado. A citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso ser decidido. Os casos são citados para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença (Rodriguez, 2013, p. 93).

No julgamento final, o STF decidiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol terá demarcação contínua, posto que os produtores rurais que hoje ocupam as terras deverão deixar as terras ocupadas ilegalmente, e estabeleceu 19 condicionantes, dentre alguns o do usufruto condicionado à Política de Defesa Nacional, assim como o usufruto não abrange os recursos hídricos e energéticos.

Em 29 de março 2004 o Conselho Indigenista de Roraima e a Rain Forest Fundation Us apresentaram denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado do Brasil, solicitando medidas cautelares para a proteção da integridade física, e em 6 de dezembro de 2004 a Comissão outorgou as medidas cautelares.

Foi julgada a Admissibilidade do Caso pela Comissão em 23 de outubro de 2010, com o número 125/10, com supostas violações dos artigos 4º, 5º, 8º, 12, 21, 22 24 e 25 da Convenção Americana em sua relação com os artigos 1º.1 e 2º do mesmo instrumento.

Na data de 15 de março de 2023 houve uma Audiência na sede da Corte Interamericana com a presença dos peticionantes e representantes do governo brasileiro e representantes da Comissão, em que discutiram providências que poderiam ser tomadas para cessar as ameaças que os povos indígenas ainda continuam sofrendo na região, assim como analisar as ações concretas que estão sendo tomadas pelo governo brasileiro. Como providências dessa Audiência, as partes presentes terão 30 dias para submeter relatórios com os principais pontos tratados na reunião.

Como o caso ainda aguarda uma decisão final da Comissão para que possa remeter à Corte para julgamento, não houve a aplicação de sanções por parte da Corte.

Em relação à Corte Interamericana, com um precedente recente envolvendo a tese do marco temporal e o governo brasileiro, foi tratado o Caso Indígena de Xucuru vs Brasil, caso 12.728, sendo a primeira vez em que o Brasil é condenado por violação aos direitos indígenas. Nesse caso foi desconsiderada a tese do marco temporal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal:

Enquanto o STF fixa um termo certo, a data da promulgação da Constituição, a Corte IDH estabelece um conceito mais elástico e que se funda na existência de uma base espiritual ou material de identidade, sustentada na relação única com as terras tradicionais e que pode manifestar-se de diversas maneiras, não exclusivamente pela posse efetiva ou pela existência de disputa possessória, como fixado pelo STF (Basetto; Konno, 2019, p. 43).

Como houve, nesse caso, um desfecho na Corte Interamericana, na sentença foram aplicadas reparações, dentre elas: a) concluir o processo de desintrusão do território indígena; b) efetuar o pagamento de indenizações por benfeitorias; c) apresentar um relatório sobre as medidas adotadas; dentre outros.

#### **4.2 Caso Comunidade de Rio Verde – Direito Territorial dos Caiçaras – Processo 1003980-21.2019.816.0244 – Comarca de Iguape – Justiça Estadual de São Paulo**

O caso foi originado de uma Ação Ordinatória para Concessão de Direito Público Subjetivo à Moradia Tradicional Caiçara, proposta pelo casal Edmilson Prado e Karina Otsuka representados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo junto a Vara Judicial da Comarca de Iguape, no qual foi solicitada uma liminar para que a Fundação Florestal e o Estado de São Paulo se abstivessem de executar uma ordem administrativa de demolição da casa do casal sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 e de responsabilização por crime de desobediência.

Com relação aos fatos, os mesmos envolveram a comunidade de caiçaras do Rio Verde, localizado no sul de São Paulo na Estação Ecológica da Jureia. O peticionante comprovou, por meio de sua árvore genealógica, que seus antepassados vêm residindo nesse local desde o século 19. A partir de 1987 a área do Rio Verde/Grajaúna/Praia do Una passou a integrar a Unidade de Conservação Estação Ecológica Jureia Itatins, na qual a Fundação Florestal reconheceu o avô do peticionante e seu genitor como moradores tradicionais da praia do Una, reconhecimento este que foi estendido ao peticionante.

Em 4 de julho de 2019, com base no parecer da Procuradoria do Estado de São Paulo, foi requerido que a Fundação Florestal executasse a demolição das casas de famílias caiçaras na região do Rio Verde, sem que houvesse consulta prévia, aviso ou saída espontânea. A petição, solicitando a suspensão da demolição, ingressou no Poder Judiciário em 10 de julho de 2019, tendo sido concedida a liminar, porém está no aguardo da sentença de mérito do magistrado.

A decisão do magistrado em termo de liminar levou em consideração o laudo antropológico apresentado de reconhecimento da tradicionalidade de peticionante e o trabalho voluntário de antropólogos, e assegurou as condições de permanência das populações e comunidades tradicionais em decorrência de as mesmas viverem em estreita relação com o ambiente natural, dependendo dos recursos naturais para a sua reprodução sociocultural por meio de atividades de baixo impacto ambiental.

O laudo concluiu que o peticionante é autorreconhecido como morador tradicional e caiçara, com base no Decreto 6.040/07 (Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais) e na Convenção nº 169 da OIT.

Como argumentação, o magistrado afirmou que o desenvolvimento sustentável tem como elemento indissociável o social e a preservação ambiental, sendo as comunidades caiçaras decisivas para a integridade dos ecossistemas existentes. Além disso, o magistrado utilizou como argumento a importância do fandango (prática cultural) que é integrado ao Patrimônio Cultural Nacional desde 2015, e que possibilita a continuidade dessa comunidade segundo os modos tradicionais. Outro argumento levantado foi a importância da Romaria do Bom Jesus do Iguape como uma tradição cultural ligada a essa comunidade.

O destaque da decisão foi a tese da suprallegalidade da Convenção nº 169 da OIT e da Convenção sobre a Diversidade Ecológica sobre a legislação interna, mostrando um nítido

Controle de Convencionalidade nesse caso. Houve uma crítica à autoexecutoriedade dos atos do Estado pelo cumprimento abrupto da decisão de demolição em 4 de julho de 2019 que envolveu a comunidade tradicional, que não foi precedido de aviso prévio possibilitando eventual cumprimento espontâneo, não foi acompanhado do transporte nem da guarda e de transporte dos bens, tampouco foi disponibilizada alternativa habitacional ainda que provisória. Foi, portanto, deferida a tutela de urgência, determinando que a Fazenda Pública se abstenha de executar ordem de demolição da casa e da desocupação do petionante e sua companheira.

Com relação ao processo principal, a petição inicial destaca que a área da Jureia é alvo de inúmeros conflitos socioambientais que atingem a comunidade tradicional de caiçaras, e que a mesma comunidade é responsável pela conservação da biodiversidade da região. Concluiu-se, portanto, que a ação da Fundação Florestal foi arbitrária, autoritária e desproporcional contra as famílias caiçaras do Rio Verde. Houve, também, a alegação de violação ao devido processo legal e do direito de defesa das famílias da comunidade tradicional de caiçaras, destacando que não se trata de um conflito patrimonial privado, mas, sim, de um direito territorial de comunidades tradicionais caiçaras.

A petição também alegou a violação ao direito público subjetivo à moradia tradicional caiçara na Comunidade do Rio Verde, e como argumento destaca os artigos 215<sup>10</sup> e 216<sup>11</sup>, incisos I e II, da Constituição Federal, que tratam do patrimônio material e imaterial praticado por diversos grupos que compõem o Estado pluriétnico brasileiro. Cita a Lei nº 9.985/2000<sup>12</sup> – Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – SNUC –, que assegura a tutela territorial das populações tradicionais. Destaca a Lei 11.428/2006<sup>13</sup> – Lei da Mata Atlântica –, que dá um tratamento especial às populações tradicionais, além do Decreto nº 6.040/2007<sup>14</sup> – Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais –, no qual conceitua esses povos como grupos culturalmente diferenciados com formas próprias de organização social como condição para a sua reprodução cultural, social e ancestral com conhecimentos transmitidos pela tradição.

Em termos internacionais a petição e a decisão liminar utilizaram a Convenção sobre Diversidade Biológica aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02/1994<sup>15</sup> e a Convenção nº 169 da OIT, defendendo o direito das comunidades à consulta livre, prévia e informada.

<sup>10</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

<sup>11</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver.

<sup>12</sup> Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

<sup>13</sup> Lei nº 11.428, de 22 de Dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.

<sup>14</sup> Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

<sup>15</sup> Decreto Legislativo nº 02, de 3 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 e 14 de junho de 1992.

Por fim, como jurisprudência da Corte Interamericana, os requerentes citam o caso *Moiwana vs Suriname*, destacando o direito humano de propriedade coletiva, além de fazer uma interpretação extensiva do artigo 21<sup>16</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos em sintonia com a Convenção nº 169 da OIT, com a equiparação dos povos indígenas com os povos tribais e comunidades tradicionais. Houve, portanto, a assunção do conceito amplo de território, procurando garantir os direitos territoriais para proteger os direitos culturais da comunidade de caiçaras.

Pela decisão anterior, em caráter liminar, houve um nítido diálogo entre Cortes e um controle de convencionalidade, quando o magistrado utilizou uma interpretação extensiva da Convenção Americana dos Direitos Humanos no seu artigo 21 ao tratar da territorialidade e, ao mesmo tempo, empregou a Convenção nº 169 da OIT; ademais, o magistrado usou leis nacionais interpretando-as à luz do princípio *pro homine*, harmonizando tais interpretação com os instrumentos normativos internacionais:

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante [jamais subsidiário] do conhecido controle de constitucionalidade. A expressão controle de convencionalidade ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas [as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país] com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional (Mazuoli, 2011 *apud* Pessoa, 2018, p. 341).

Pelo caso da comunidade Caiçara percebe-se que o controle de convencionalidade é possível e que pode ser um instrumento de proteção contra a violação de direitos humanos, quebrando o paradigma de que a harmonização entre normas nacionais e internacionais seja uma utopia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou, nos tópicos anteriores, que o exercício de diálogo entre as cortes no Controle de Convencionalidade não é uma das tarefas mais simples para os operadores do direito, principalmente os que atuam no ordenamento jurídico nacional.

Embora a construção doutrinária destaque severas críticas negativas a este controle, existem argumentos relevantes daqueles que defendem o controle de convencionalidade como instrumento de promoção dos direitos humanos, visando sempre à proteção dentro dos parâmetros do princípio do *pro homine*.

Dentro do objetivo geral proposto, o presente artigo apresentou, no último item, o caso *Raposa Serra do Sol* e o Caso da *Moradia Tradicional de Caiçara*, procurando fundamentalmente associá-los dentro de uma perspectiva de diálogo com tratados internacionais,

<sup>16</sup> Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda a pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e forma estabelecidos em lei. 3. Tanto a usura e qualquer forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.



como o entendimento jurisprudencial da Corte em relação a alguns temas, a exemplo da compreensão do instituto da consulta prévia, interpretação da propriedade comunal do artigo 21 da Convenção Interamericana, entre outros.

Assim, em resposta à problemática, o diálogo transnacional entre essas duas decisões não apresentou similaridades, mas, sim, caminhos totalmente opostos. Enquanto o caso Raposa Serra do Sol desconsiderou em sua decisão a importância da consulta prévia presente na Convenção nº 169 da OIT, o caso Comunidade Tradicional Caiçara deu bastante destaque a este instituto, atribuindo importância decisiva ao consentimento da comunidade para qualquer tentativa que possa prejudicar o exercício de seus direitos territoriais.

Ainda sobre direitos territoriais, o Caso Raposa Serra do Sol apresentou uma interpretação restritiva do direito à propriedade comunal na medida em que deu importância a um marco temporal, ao mesmo tempo em que restringiu alterações em relações as terras demarcadas, atribuindo características da posse civil, entre eles a necessidade de esbulho ao tratar sobre o direito à propriedade. Além disso, estabeleceu a obrigatoriedade de que essa demarcação seja de terras contínuas, o que é totalmente contrário ao que prega a jurisprudência da Corte e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê a interpretação ampliada do artigo 21, no qual o que prepondera são os direitos culturais e ancestrais da comunidade independentemente se as faixas de terras demarcadas são contínuas ou não.

Por outro lado, o caso Moradia Tradicional de Caiçara, em sua petição inicial e em sua decisão liminar, trabalhou com os pressupostos ampliados do artigo 21 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e atribuiu uma importância ímpar aos aspectos culturais e de ancestralidade dessa comunidade.

Os pressupostos teóricos levantados pelo artigo, sobretudo em relação à tese de Max Abbot, demonstra que o Controle de Convencionalidade ainda necessita de um maior reconhecimento pela comunidade jurídica, pois está muito ligada aos problemas apresentados por Abbot. O caso da Moradia Tradicional Caiçara, no entanto, vem justamente romper esse paradigma do Controle de Convencionalidade, demonstrando que os juízes locais e os petionantes podem utilizar desse instrumento para promover um maior diálogo entre as cortes nacionais e as internacionais.

O presente artigo demonstrou que este diálogo é possível, restando apenas a iniciativa da comunidade jurídica de instituir tais práticas. Isso, sem dúvida, vai contribuir para uma evolução do direito enquanto ciência, que deve estar cada vez mais interligado com o que vem sendo decidido e julgado em outros países e cortes internacionais, visando sempre a uma proteção multinível de direitos humanos.

Com base no exposto, no decorrer deste artigo procurou-se demonstrar que o objetivo desta pesquisa foi mostrar que é possível realizar o controle de convencionalidade e que esse controle, lamentavelmente, ainda não é feito, em regra, pelo Poder Judiciário, restando apenas casos escassos no Judiciário, a exemplo da Comunidade do Rio Verde do Povo Caiçara, em que o Controle de Convencionalidade demonstrou sucesso em sua aplicação.

## 6 REFERÊNCIAS

- ABBOT, Max Silva. Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 14, n. 2, 2016.
- BARROS, Vinicius Alexandre Fortes. Responsabilidade internacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos decorrente do Monólogo Nacional e do não uso do controle de convencionalidade. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novos paradigmas da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto; KONNO, Alyne Yumi. O caso do povo indígena xucuru perante a comissão interamericana de direitos humanos. *Revista da Defensoria Pública da União*, [s. l.], ed. 12, p. 27-50, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/231>.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Brasília: MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, ano 2004, p. 1-9, 30 dez. 2004.
- DEPESP. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Ação civil pública, com pedido liminar de reparação de danos materiais emergentes*. Registro, SP. 84 p. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/wp-content/uploads/2016/12/ACP-ENSEADA-DA-BALEIA.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2019.
- DPU. Defensoria Pública da União. *O Caso Povo Indígena Xucuru perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Registro, DF. 43 p. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/xud00023.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- LEAL Carla Reita Faria; MARTINAZZO, Waleska Piovani. O status constitucional dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico e o Controle de Convencionalidade das Leis: uma abordagem sobre o duplo controle vertical material das leis no Brasil. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novos paradigmas da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOTÍCIAS STF. Brasília, 30/09/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276407>. Acesso em: 9 dez. 2016.
- PESSOA, Conrado Falcon. Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas a partir da garantia do direito à propriedade privada na jurisprudência do sistema interamericano. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novos paradigmas da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- PET 3388 – Raposa Serra do Sol. *Conectas*. Brasília, 15/8/2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/24172-pet-3388-raposa-serra-doso>. Acesso em: 9 dez. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; PIOVESAN, Flávia. *Impacto das decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: Juspodvum, 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Capítulo 2.

### **Autor correspondente:**

Alex Gaspar de Oliveira

Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos

Rua Augusto Corrêa, nº 01 – Bairro: Guamá. CEP: 66075-110. Belém/PA, Brasil

[al\\_gaspar@hotmail.com](mailto:al_gaspar@hotmail.com)

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia  
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0.