

TRÊS POSSÍVEIS SENTIDOS DO ARTIGO 129, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

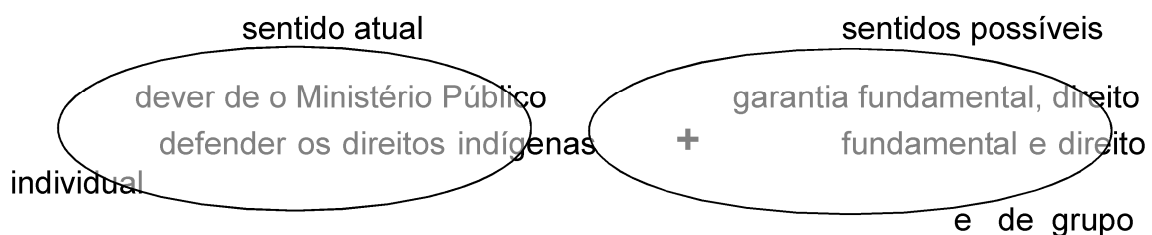
Paulo Thadeu Gomes da Silva, Doutor em Direito pela PUC/SP, Procurador Regional da República e Professor da Universidade São Judas Tadeu

Este pequeno artigo objetiva descrever as possibilidades de se interpretar a norma do artigo 129, V, da Constituição Federal e, nesse exercício de interpretação, tentar extrair três sentidos inseridos no dispositivo.

Antes, porém, impõe-se explicar o que se entende por sentido. Sentido é aqui utilizado na acepção construída por LUHMANN, para quem o sentido, premissa para a elaboração de toda experiência, é uma forma específica que possui dois lados: realidade ou atualidade e potencialidade ou possibilidade, lados esses que se apresentam simultaneamente (BARALDI, 1996).

Aplicando-se essa ideia de sentido à norma em questão tem-se que o disposto no artigo 129, V, da CF, traduzido na sentença “São funções institucionais do Ministério Público: defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”, possui dois lados: aquele que exprime a realidade ou atualidade, e que determina, como obrigação, que o Ministério Público defenda os direitos e interesses das populações indígenas, e aquele que expressa a potencialidade ou possibilidade, já representado pelos sentidos que possam ser atribuídos à norma, os quais, no exercício de interpretação aqui levado a cabo, são traduzidos pelas seguintes ideias: a) essa norma expressa uma garantia fundamental; b) ao mesmo tempo representa um direito fundamental; c) o plural nela existente, embora não exclua, *prima facie*, eventual manifestação de direito individual no interior do grupo, leva a crer que sempre haverá de se levar em conta de consideração as relações estabelecidas entre o indivíduo e o grupo. Graficamente:

Artigo 129, V, CF



É norma de garantia fundamental porque a defesa – o verbo grafado na norma constitucional é “defender” – dos direitos e interesses indígenas a ser feita pelo Ministério Público protege esses mesmos direitos e interesses quando em jogo, garantindo, até onde seja possível, a sua defesa; proíbe, *a contrario sensu*, qualquer ação do mesmo órgão estatal que vá contra os mesmos direitos e interesses indígenas¹. E quais direitos e interesses seriam esses? Todos aqueles inerentes ao grupo e positivados, explicitamente, nas normas dos artigos 231-232, da Constituição Federal. Eventual violação estatal ou privada à norma de garantia produz os mesmos efeitos deletérios como se fosse violação ao próprio direito fundamental, pois que a Constituição Federal confere a eles, garantias e direitos, tratamento unívoco.

É norma dúplice de direito fundamental – não se trata do caráter dúplice de um direito fundamental consoante doutrina HESSE [direito subjetivo e elemento da ordem objetiva], dimensões essas atinentes a todos os direitos fundamentais, nem se trata de um mesmo artigo conter mais de uma norma, mas sim de uma mesma norma de direito fundamental poder ser, simultaneamente, norma-garantia e norma-direito –, porque ao mesmo tempo em que permite ao grupo possuir esse direito de se ver defendido pelo Ministério Público quando em jogo direito e interesse coletivo, permite ao próprio Ministério Público possuir como seu o direito fundamental à defesa desses direitos e interesses.

No primeiro caso, e para aqueles que aceitam a tese de que a fundamentalidade do direito diz respeito ao seu conteúdo, portanto, fundamentalidade material (MENDES et alii, 2008), o direito fundamental pertencente ao grupo pode ser caracterizado, por um lado, como sendo de defesa ou de *status negativus*, e por outro lado, como sendo a prestação ou de *status positivus*, desde que se pense na positivação de normas constitucionais que se dirigem à conciliação entre o *ethnos* e o *demos* (PONTHOREAU-LANDI, 2008), o que permite afirmar que a Constituição de 1988 é uma verdadeira autobiografia nacional, protetora, por isso mesmo, de todos os direitos e interesses indígenas, e imunizadora de ataques sob a máscara de intervenções estatais verticais e de particulares e horizontais contra esses mesmos direitos e interesses².

¹ Essa proibição pode ser imediata, p. ex., proíbe ação que vise pura e simplesmente à assimilação do grupo, desrespeitando a clivagem positivada no texto constitucional como direito fundamental de grupo; e mediata, p. ex., proíbe ação que indiretamente possa causar impacto e contribuir para a desestruturação identitária e organizacional de uma dada comunidade indígena.

² Robert ALEXANDER argumenta com a existência de testes pelos quais deveria um direito passar para se aferir a respeito de sua fundamentalidade, esta que se manifesta quando a violação ou não satisfação de um interesse ou carência significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia, Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, RDA, v. 217, julho/setembro 1999, p. 61, o que de todo pertinente à discussão aqui travada, pois em jogo o direito de as comunidades indígenas de verem defendidos pelo Ministério Público seus respectivos direitos e interesses.

No segundo caso, e para aqueles que creem na fundamentalidade do direito no que diz com a sua formalidade (DIMOULIS & MARTINS, 2006), é direito fundamental do Ministério Público defender os direitos e interesses indígenas, direito esse que pode mesmo ser qualificado de processual e procedimental: é um direito ao processo e, no interior deste, ao procedimento³.

Como é bem de ver, tanto em um caso como em outro, e a despeito da existência da polêmica doutrinária a respeito de filiação de uma tese ou outra à corrente progressista ou conservadora, a permissão para a interpretação que vem de ser atribuída à norma do artigo 129, V, da Constituição Federal decorre, no limite, do disposto na norma do artigo 5º, § 2º, da mesmo texto supremo.

O plural empregado na norma constitucional sob análise significa que: a) não se exclui a possibilidade de o Ministério Público defender eventual direito individual que esteja na iminência de ser violado ou já o foi; b) toda defesa de direito ou interesse indígena, ainda que individual, tem de considerar o grupo.

A primeira situação, embora numa simples leitura possa causar perplexidade, é tranquilamente explicável pela possibilidade de no interior do grupo haver a manifestação de direito individual, o que leva mesmo a um problema reflexivo, pois então já estar-se-á frente ao direito dos direitos, à minoria das minorias. Esses problemas, complexos, ao serem descritos como factíveis, permitem uma interpretação da norma em questão segundo a qual o Ministério Público pode defender direito individual. Por exemplo, índio que sofra pena de banimento de seu grupo, deve ter assegurado seu direito individual contra a decisão que o baniu, contudo, eventual apreciação judicial sobre esse ato deve sempre levar em conta o grupo.

A segunda situação, também de descrição bastante complexa, pode ser descrita pela necessidade de, sempre quando estiver em jogo direito ou interesse indígena, e ainda que de caráter individual, a decisão a ser proferida ter de se lastrear em prova produzida no processo e que considere o grupo como um todo. Por exemplo, eventual decisão judicial sobre imputabilidade indígena tem de ser proferida com base em perícia que seja feita com relação ao índio acusado e, necessariamente, ao grupo ao qual ele pertence.

Essas problematizações são necessárias porque pode haver situação em que o próprio Ministério Público, na defesa de direito individual do índio, pode ir contra direito do grupo. Trata-se de caso daquele tipo denominado de difícil. Suponha-se que o Ministério Público estadual ajuíze ação de destituição de poder familiar contra família indígena e em favor de criança menor impúbere indígena por entender que esta sofra maus-tratos de seus pais. Como conciliar

³ Sobre a possibilidade de o Ministério Público ser titular de direito fundamental, ver HC n. 70.514, DJ de 27-6-1997, no qual se afirmou ser prerrogativa da acusação pública o direito à igualdade de armas.

ataque e defesa a direito individual e de grupo num mesmo processo tendo como legitimado ativo o Ministério Público, o qual, *prima facie*, é legitimado apenas para defender direito de grupo? A regra de competência é clara e acaba por determinar a atribuição para o caso, que é mesmo do órgão do Ministério Público estadual. Todavia, potencial lesão a direito de grupo, e mesmo individual, remanesce. Uma solução plausível pode ser a admissão, no processo, do órgão do Ministério Público federal como fiscal da lei, o que está expressamente positivado na norma do artigo 232, CF, para que tanto o direito individual quanto o de grupo sejam respeitados e obedeçam a uma equação na qual o resultado obtido seja o mais adequado possível no plano da realidade, já que este último detém um *savoir-faire* especializado no tema se comparado àquele inerente ao Ministério Público estadual. Essa forma de atuação pode ser tida como constitucionalmente adequada, pois que em jogo direito fundamental.

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **RDA**, v. 217, p. 61, jul./set., 1999.

BARALDI, Claudio. Sentido. In: **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. ITESO: México, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. RT: SP, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: SP, 2008.

PONTHOREAU-LANDI, Marie Claire. La Constitution comme structure identitaire. In: **Les 50 ans de la Constitution – 1958-2008**. CHAGNOLLAUD, Dominique (org.). LexisNexis: Paris, 2008.