

Direitos, Judiciário e racismos: a questão dos quilombos*

Encontra-se pendente de julgamento a ADIN 3239, em que o antigo PFL, atual DEM, questiona a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o processo de aquisição e titulação das terras dos remanescentes de quilombos, tal como previsto no art. 68 do ADCT.

O julgamento da questão apresenta uma série de dificuldades para o Poder Judiciário. A começar pela classificação interna na distribuição, que lhe deu o caráter de “direito administrativo-desapropriação” e não de “direitos fundamentais”, como lhe corresponderia.

Primeiro, porque os relatórios internacionais destacam a falta de capacitação adequada “em matéria de direitos humanos”, em particular com respeito aos “direitos consagrados” em tratados internacionais, especialmente “na judicatura e entre os agentes públicos” (item 19 e recomendação 42 do relatório do Comitê DESC¹, recomendação 18 do relatório CERD² e itens 61 e 80, “i” do relatório da moradia adequada.³)

Segundo, porque a situação de omissão, em relação a tais comunidades, já foi apontada por diversos relatórios internacionais do sistema de proteção de direitos humanos: a) o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais, em 2003, manifestou preocupação com “discriminação arraigada” contra afro-brasileiros, povos indígenas e grupos de ciganos e quilombos e com o despejo forçado dos quilombos por empresas mineradoras e outras empresas comerciais⁴; b) o Comitê para eliminação de todas as formas de discriminação racial (CERD), em 2004, salientava que “poucas áreas de quilombos tinham sido oficialmente reconhecidas” e “um número ainda menor” recebera o título de propriedade dos territórios ocupados, recomendando a “aceleração do processo de identificação das comunidades quilombolas e das terras, bem como da distribuição dos respectivos títulos”⁵; c) o Conselho Econômico e Social, apresentando informe do Relator

* Apresentado no X Brasa, Brasília, 23 de julho de 2010, Sessão 5.11- “ A questão quilombola entre o direito e a política: sobre agenciamentos classificatórios e o papel dos mediadores.”

¹ [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion\(1989-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf)

² [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/\\$FILE/G0441073.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/$FILE/G0441073.pdf)

³ http://www.unfpa.org/derechos/documents/relator_vivienda_brasil_04.pdf

⁴ [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion\(1989-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf) p.56-58, itens 20 e 36.

⁵ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/\\$FILE/G0441073.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f23afefaffdb960cc1256e59005f05cc/$FILE/G0441073.pdf) itens 12 e 16.

especial para a moradia adequada, em 2004, considerava a necessidade “urgente para o Governo no sentido de adotar medidas e legislação nacional para garantir proteção contra despejos forçados e assegurar que qualquer despejo seja executado em conformidade com as obrigações internacionais”, ao mesmo que reconhecia que o art. 68 do ADCT constituía um “simbólico ponto de partida para rever históricas discriminações contra descendentes de escravos”, recomendando a adoção, para as comunidades quilombolas, das orientações constantes da Recomendação XXIX.⁶

Aliás, neste processo de pressão para a questão do julgamento, a Relatoria para moradia adequada (da brasileira Raquel Rollnik)⁷, além de Bartolomé Clavero⁸, do Fórum Permanente dos Povos Indígenas na ONU se pronunciaram favoravelmente à demanda das comunidades negras, ao passo que a Relatoria dos povos indígenas (James Anaya) e mesmo o CERD se omitiram de apreciações a respeito.

Terceiro, porque as próprias decisões judiciais têm sido profundamente refratárias a apreciar a questão de tratados internacionais de direitos humanos, prevalecendo, depois de muita discussão, a jurisprudência no sentido de um caráter supra-legal (durante muito tempo houve a equiparação com a legislação ordinária), mas resistindo ao status constitucional de tais instrumentos internacionais.⁹

Quarto, porque é evidente a dificuldade dos atores jurídicos em reconhecer o racismo da legislação. O próprio caráter étnico de discriminação da imensa concentração fundiária no país ficara oculto, porque a abolição deu por “encerrado”o “problema do negro”, excluindo-os dos textos legais e constitucionais qualquer referência a “quilombos”, que só reaparecem cem anos depois, na Constituição de 1988. A Lei de Terras, de 1850, ao estabelecer como única possibilidade de aquisição a compra, ignorou as distintas posses e regulações existentes entre as comunidades tradicionais. Apropriação de terras e racismo, pois, continuaram a ser legados pendentes do período da independência.

Mais que isto: significa, também, o reconhecimento de distintas formas de racialização, em relação a afro-descendentes e indígenas. De fato, “o modo diferente pelo qual os dois grupos foram historicamente racializados afeta as respectivas capacidades para afirmar uma identidade cultural de grupo distinta”¹⁰,

⁶ http://www.unfpa.org/derechos/documents/relator_vivienda_brasil_04.pdf itens 70, 75, 88 e 80.b.

⁷ <http://raquelrollnik.wordpress.com/2010/05/27/brasil-regressao-nos-direitos-das-comunidades-quilombolas/>

⁸ <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6124>

⁹ A alteração que marca a atual jurisprudência se deu com o julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, dezembro de 2008.

¹⁰ HOOKER, Juliet. Inclusão indígena e exclusão dos afro-descendentes na América Latina. São Paulo, USP, *Tempo Social*, v. 18, n. 2, p. 89-111. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v18n2/a05v18n2.pdf>

que, muitas vezes, passa pela afirmação de língua, usos, costumes e cultura distintas.¹¹ Daí porque tanto o enquadramento das “comunidades quilombolas” e de outras “comunidades tradicionais” no sistema jurídico de proteção da Convenção nº 169-OIT quanto as pautas hermenêuticas constitucionais que associam o art. 68 do ADCT com o art. 231 da Constituição, se podem ser consideradas como exitosas no sentido de afirmar uma especificidade cultural, trabalhando com o “reconhecimento cultural”, não podem constituir, neste mesmo processo, num descuido em relação à “luta contra a discriminação racial”. O fato de índios e afro-descendentes sofrerem os dois tipos de injustiça deve alertar para a necessidade de promover, simultaneamente, as duas políticas, para a qual, contudo, há que se dar atenção especial à identificação e eliminação “de todas as formas de racismo institucionalizado, ou seja, o racismo que reside de forma aberta ou encoberta nas políticas, nos procedimentos, nas práticas e na cultura das instituições públicas e privadas”.¹²

E, por fim, a própria crítica à denominada “democracia racial”. Alexandre Emboaba da Costa destaca que os argumentos tendem a: a) apontar a miscigenação como falta de racismo como fator que influencia as relações sociais, esquecendo a articulação complexa entre classe, gênero, raça, sexualidade e espiritualidade na “constituição desigual do desenvolvimento e das sociedades da América Latina”; b) divorciar o Brasil dos processos históricos de desenvolvimento global, construindo uma “especificidade histórica” como “algo isolado”, como se não houvesse qualquer inserção num sistema internacional de distribuição desigual de hierarquias; c) supervalorizar a ligação entre miscigenação e igualdade social como se fosse um processo estático, esquecendo tratar-se de “um sistema específico de dominação, com suas maneiras próprias de reproduzir a hierarquia e o poder”. Em suma: “em vez de proteger a miscigenação a qualquer custo”, necessário “examinar como as relações desiguais e hierárquicas foram

¹¹ Neste sentido, cumpre salientar que em duas comunidades quilombolas (Cafundó/SP e Tabatinga/MG) foi identificado o uso de “léxico de origem africana”, com função de demarcação social, e em outra (Curiaú/AP), o reconhecimento do estatuto de “quilombo” operou alterações de natureza lingüística e cultural. Vide, neste sentido: PETTER, Margarida Maria Taddoni. **Intolerância lingüística e resistência: a questão do negro.** Texto apresentado no *I Simpósio Nacional sobre a Intolerância*, realizado entre 15 e 21 de novembro de 2006, na Casa de Cultura Japonesa- FFCLH/USP, em São Paulo/SP. Por sua vez, o resgate da “cultura africana” fica evidente em oito comunidades quilombolas do litoral sul do Rio Grande do Sul, que, desde 2005, vêm desenvolvendo o cultivo do arroz *Oryza glaberrima*, primeiro arroz cultivado no país, introduzido pelos negros no século XVI e proibido desde 1739, com a exploração do arroz asiático. Vide: <http://www.guayi.org.br/?area=1&item=109>

¹² <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/raz-sistema-jud-racismo2.pdf> e El racismo y la administración de la justicia". Madrid: Amnistía International, 2001, p. 112-113

reproduzidas dentro de um sistema que não visa à separação de raças como na América do Norte, mas uma suposta tendência à integração e à cordialidade.”¹³

Quinto, porque, em se tratando de comunidades, a propriedade não tem sido nem a forma pública, estatal, nem aquela tradicional, ou seja, a privada, de feitiço civilista dos códigos. Especialmente no caso do Judiciário brasileiro, isto é um enorme desafio, quando se tem em conta que: a) boa parte dos casos de posse ou mesmo de terras indígenas são decididos com a mera exibição do título de propriedade (esquecendo a distinção entre ambos os institutos), com evidente prevalência desta última sobre a primeira; b) as comunidades utilizam um mesmo espaço territorial de forma coletiva, nem sempre com fronteiras individuais claramente destacáveis, o que vai contra toda uma formação jurídica privatista; c) tem-se destacado pouco a função socioambiental da propriedade (art. 186,CF), o que implica preservação ambiental, respeito a relações de trabalho (não-utilização de trabalho escravo, portanto) e aproveitamento adequado e racional; d) a visão jurídica tradicional tem associado “terra” a “mercadoria”.

Isto está relacionado com a associação que a terra tem com a noção de soberania e mesmo de poder despótico ou de domínio sobre um território, o que ficou evidente no julgamento Raposa Serra do Sol (reconhecer “território” seria abrir mão da soberania do país, criando micro Estados e permitindo o avanço da internacionalização da Amazônia), mas, ao mesmo tempo, demonstra a manutenção do colonialismo interno nas relações de terra. Não é à toa, pois, que os relatórios da Comissão Pastoral da Terra demonstrem que a manutenção do trabalho escravo esteja intimamente ligada à agricultura dita “moderna” (o agronegócio de exportação).¹⁴ Mas que consequências teria a troca da expressão “terra” por “território” no sentido de espaço de reprodução social, cultural e simbólica, para tais comunidades?

Sexto, porque estes processos envolvendo comunidades quilombolas dizem respeito também ao próprio “status jurídico” da oralidade, dos testemunhos orais e da história oral como provas dentro de um processo judicial, que está acostumado com a escritura, como forma de reprodução de conhecimento dito científico. São depoimentos, lembranças, relatos e vivências colocados dentro de processos administrativos e judiciais a justificar a territorialidade, a ancestralidade, a convivência em comunidade, os laços de parentesco, as formas de religiosidade, as disposições de utilização da propriedade. Isto implica, também, a produção da visibilidade das manifestações destas comunidades e de um processo de justiça

¹³ COSTA, Alexandre Emboaba. Mobilizando a ancestralidade afro-brasileira para a transformação das relações sociais e o desenvolvimento global. Disponível em: <http://www.orunmila.org.br/blog/?p=167>

¹⁴ BALDI, César Augusto. Violência no campo: revisitando conceitos. Disponível em: <http://etnico.wordpress.com/2009/08/20/violencia-no-campo-revisando-conceitos/>

cognitiva, reavaliando a ciência como única forma de conhecimento.¹⁵ Ademais, as próprias comunidades rompem o padrão eurocentrado: a resistência negra não somente preservou saberes africanos e afro-brasileiros, mas desenvolveu um sistema de sabedoria, história, memória da opressão, experiência vivida, aprendizado.¹⁶ O passado, desta forma, passa a ser mobilizado como expansão do presente, como legitimando uma nova epistemologia.

Sétimo, porque, em se tratando de processos que vem ocorrendo durante largo período de tempo e envolvendo terras em que se concentra boa parte da biodiversidade do país (tal como também é o caso das terras indígenas), é evidente a pressão do agronegócio, das mineradoras e dos grandes empreendimentos para descaracterização das comunidades como “arcaicas”, “tradicionais” e “primitivas” e, pois, contrárias tanto ao “desenvolvimento” da nação, mas também congeladas em etapas anteriores de produção. Aqui, em sentido diverso, o que importa destacar é a defesa da sócio-diversidade, da biodiversidade e das distintas formas de manejo e de propriedade dentro do território nacional.

Juan Garcia Salazar, líder afro-equatoriano, a partir de depoimentos orais, salienta:¹⁷

“Nós, povos de origem africana que vivemos nos territórios do norte de Esmeraldas, nos assumimos de raízes ancestrais, não somente porque chegamos quando ninguém podia chegar, mas também porque chegamos para fazer que estes territórios sejam o que agora são. **Sem nossa presença aqui estas terras seriam qualquer coisa, menos espaços para a conservação e a vida.**”

Oitavo, porque os processos de resistência foram completamente distintos e há uma diversidade enorme de quilombos, rurais e urbanos, sendo descabido estabelecer os casos de Alcântara e Marambaia como representativos de todos as ocorrências no país. Não é demais lembrar que o STF, ao julgar a Petição 3388, envolvendo Raposa Serra do Sol, imaginou estar tratando da questão indígena como um todo, esquecendo que as condições de resistência, preservação da memória e de organização dos índios da Amazônia são completamente distintas dos guaranis no Mato Grosso (com as demarcações em ilhas), dos índios do Nordeste (considerados “ressurgidos”) ou mesmo das populações indígenas vivendo em cidades.

¹⁵ Vide a discussão de João Pacheco de Oliveira a respeito da história oral: Os caxixós do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante de imagens da primitividade e do índio genérico. Disponível em: http://www.anai.org.br/arquivos/Laudo_Antropologico_Caxixos_Capao.pdf

¹⁶ COSTA, Alexandre Emboaba, op. cit., p. 9.

¹⁷ SALAZAR, Juan Garcia, ed. *Territorios, territorialidad y desterritorialización*; un ejercicio pedagógico para reflexionar sobre los territorios ancestrales. Quito: Fundación Altropico, 2010, p.63.

Por outro lado, a própria forma de resistência das comunidades quilombolas é distinta do movimento negro (urbano, no geral). Como salienta Josilene Brandão, “a permanência na terra é um elemento diferenciado de resistência e luta por direitos”, que demonstra “um pertencimento e também um processo organizativo pautado em outros valores, ou seja, o que fortalece a identidade é ficar na terra, concebida como direito.”¹⁸

Como destaca Juan Garcia Salazar, “a resistência é um direito ao qual não podemos renunciar”, pois foi “com a resistência ao que se impõe e vem do outro, que nossos antepassados criaram e recriaram os espaços territoriais”.¹⁹

Nono, porque diz respeito à própria noção de cultura com que os atores jurídicos trabalham. Tem prevalecido uma noção de cultura vinculada à tradição como algo imutável, imodificável, como a condenar as comunidades a permanecer congeladas no tempo da abolição: uma forma, portanto, de contrapor à modernidade e à evolução, associações típicas do pensamento moderno, o que fica evidente nos votos dos ministros do STF que se referiram a “silvícolas”, índios “aculturados” e “em fase de aculturação”. Por um lado, desconhecem o fato de que as próprias tradições são “inventadas”, de que é exemplo, no Brasil, o “tradicionalismo” gaúcho, “fundado” na década de 1960.²⁰

Por outro lado, isto implica a necessidade de utilizar novos léxicos para repensar questão de direitos humanos. Inúmeras seriam as possibilidades, mas destaquem-se duas. Fernando Ortiz, na década de 1940, em Cuba, cunhou a expressão “transculturação, como forma de designar o processo de trânsito de uma cultura a outra e suas repercussões sociais:”²¹

“não somente consiste em adquirir uma distinta cultura, que é o que, em rigor, indica a voz anglo-americana *aculturation*, mas que o processo implica também a perda ou desarraigamento de uma cultura precedente, o que poder-se-ia dizer uma parcial *desculturação* e, ademais, significa a conseqüente criação de novos fenômenos culturais que poderiam denominar-se de *neoculturação*. (...) a criatura sempre tem algo de ambos progenitores, mas também é distinta de cada um dos dois.”

Da mesma forma, Silvia Riveira Cusiquanci, a partir da cosmologia aimara, critica a noção de “hibridez” e propõe uma imagem desestabilizadora: *chhixi*, uma palavra que tem diversas conotações, porque é uma “cor produto da justaposição, em pequenos pontos ou manchas, de duas cores opostas ou contrastadas: o branco

¹⁸ COSTA, Josilene Brandão da. Do quilombo ao movimento: organizando a luta d direito à terra no Brasil. IN: *Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2009, p. 106.

¹⁹ SALAZAR, op. cit, p. 147.

²⁰ OLIVEN, Ruben George. *A parte e o todo: a diversidade cultural no Brasil-nação*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 97-134.

²¹ ORTIZ, Fernando. *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*. Habana: Letras Cubanas, 1991, p. 24.

e o negro, o vermelho e o verde, etc". Desde sua ideia, que não busca homogeneidade, mas sim diferença, sustenta:²²

“É esse cinza jaspeado, resultante da mescla imperceptível do branco e do negro, que se confundem para a percepção sem nunca mesclar-se de todo. A noção chhixi, como muitas outras (allqa, ayni) obedece à ideia aimara de algo que é e não, ao mesmo tempo, ou seja, à lógica do terceiro incluído. Uma cor cinza chhixi é branco e não é branco, ao mesmo tempo, é branco e também é negro, seu contrário. “

Existiriam, contudo, somente obstáculos e dificuldades? Destaquem-se, neste sentido, algumas virtualidades a serem exploradas neste processo.

Primeiro, um incentivo à formação dos atores jurídicos no sentido de uma cultura de direitos humanos, que não fique somente vinculada à questão de direitos civis e políticos, mas englobe discussões sobre direitos econômicos, sociais e culturais, processos de litigância internacional, tratados internacionais de direitos humanos, jurisprudência de cortes internacionais e os distintos processos de interculturalidade, racismo e colonialismo envolvidos nestes questionamentos.

A pretensão de aplicação do conceito de quilombo, expedida pelo Conselho Ultramarino de 1740, significa, simultaneamente, “frigorificar” um conceito de comunidade e, pois, de cultura estática e invariável, e, ao mesmo tempo, utilizar-se de um instrumento claramente repressivo do sistema colonial para interpretar um artigo definidor de direitos constitucionais. Antes, pelo contrário, é justamente a descolonização do conceito de “quilombo” que se faz necessária enfatizar e defender.

Segundo, a auto-definição ou auto-identificação é considerada, pelos tratados internacionais, como o “critério fundamental para definir os grupos aos quais se aplicam as disposições” da Convenção. Não é o único critério e tampouco o Decreto 4.887/2003 assim prevê, mas é evidente que se trata de um elemento altamente questionador tanto do etnocentrismo quanto do racismo da sociedade. Mas que isto: é a constatação de que a invisibilização de tais comunidades foi ativamente produzida como inexistência e, pois, como irrelevância. Uma “sociologia das emergências” se faz necessária para contrabalançar a “sociologia das ausências”.

Terceiro, porque, em se tratando de processos que vem ocorrendo durante largo período de tempo e envolvendo terras em que se concentra boa parte da biodiversidade do país (tal como também é o caso das terras indígenas), é evidente a pressão do agronegócio, das mineradoras e dos grandes empreendimentos para

²² RIVERA CUSICANQUI, Silvia. Chhixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. IN: YAPU, Mario (compilador). *Modernidad y pensamiento descolonizador. Memoria Seminario Internacional*. La Paz: PIEB, 2006, p. 11.

descharacterização das comunidades como “arcaicas”, “tradicionais” e “primitivas” e, pois, contrárias tanto ao “desenvolvimento” da nação, mas também congeladas em etapas anteriores de produção. Aqui, em sentido diverso, o que importa destacar é a defesa da sócio-diversidade, da biodiversidade e das distintas formas de manejo e de propriedade dentro do território nacional.

Quarto, diversos países latino-americanos tem vindo a firmar a Convenção nº 169-OIT, tratar da questão de direito internacional em seus julgamentos e estabelecer os destinatários dos tratados. Recentemente, a Nicarágua, ao aprovar a referida Convenção, estabeleceu, no art. 2º do Decreto A.N. Nº 5934, de 4 de junho de 2010, que as disposições eram extensivas aos “povos e comunidades afro-descendentes (garífunas e creolles)”²³ A indicar, portanto, precedentes alvissareiros para a questão no Brasil.

Quinto, porque é possível a utilização e interpretação contra-hegemônicas da legislação existente. Assim, o recente Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010), apesar de bastante “desidratado”²⁴ em relação às demandas da população negra, pode ser reavaliado, a partir da substituição da expressão “racial” por “étnica” e outros dispositivos.

Que consequências, em termos de empoderamento das comunidades, e mesmo de outros grupos sociais (indígenas, populações tradicionais, etc) podem ser obtidas? Se, por um lado, as comunidades quilombolas estão contempladas na seção da cultura e do acesso à terra, por outro lado, há expressas determinações no sentido de: a) preservação de usos, costumes, tradições e manifestações religiosas (art. 18); b) políticas públicas voltadas para o desenvolvimento sustentável de tais comunidades (art. 32); c) tratamento diferenciado para política agrícola das comunidades (art. 33). Da mesma forma, ainda que não tenha definido o conceito de quilombo, reproduzindo apenas os dispositivos constitucionais (vide o art. 18, § único e o art. 31), não é menos verdade que tampouco tal condição ficou incompatível com a disciplina já realizada pelo Decreto nº 4.887/2003. Por sua vez, ficou determinado que o poder público **adotará** programas de ação afirmativa (art. 15), que, paradoxalmente, são definidas “como programas e medidas especiais adotados pelo Estado e **pela iniciativa privada** para a correção das desigualdades **raciais** e para a promoção da igualdade de oportunidades” (aqui, a expressão permaneceu “raciais” e não “étnicas”). Ou seja, apesar da exclusão da questão das cotas, o Estatuto estabeleceu uma imposição, para o poder público e para a

²³ Disponível em: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6454>. O texto legal encontra-se disponível em: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/06/nicaragua-decretoconvenio169.pdf>.

²⁴ Vide algumas críticas em: BALDI, César Augusto. Estatuto da Igualdade (?) Racial. Disponível em: <http://etnico.wordpress.com/2009/09/11/estatuto-da-igualdade-racial/>

iniciativa privada, de iniciativas para redução da “desigualdade racial.”Um caminho, portanto, a percorrer.

Sexto, a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos têm insistido que as investigações de casos envolvendo raça e gênero devem ser objeto de maior atenção, vigor e imparcialidade, para que a violação não reste impune, que se reafirma a condenação, pela sociedade, do racismo e como forma de “manter a confiança das minorias na habilidade das autoridades em protegê-las da ameaça da violência racial.”²⁵

Mais que isto: a Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando situações de terras indígenas e de outras populações tradicionais, ao interpretar o art. 21 da Convenção Americana de Direitos (“Pacto San Jose da Costa Rica), reconheceu que tal norma acarretava: a) a proteção do direito de propriedade em sentido que inclui o direito dos membros das comunidades indígenas e tradicionais dentro do modelo de propriedade comunal²⁶; b) o reconhecimento da especial relação de tais povos com a terra como base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica²⁷, não meramente uma “questão de posse e produção”; c) a ocupação tradicional por tais comunidades deve ser suficiente para obter do Estado o reconhecimento de sua propriedade; d) o Estado deve delimitar, demarcar e outorgar título coletivo do território de tais povos, em conformidade, eventualmente, com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas²⁸; e) o Estado deve abster-se de realizar atos que podem dar lugar a que outros afetem a existência, valor, uso ou gozo do território a que tem direito os integrantes de tais comunidades; f) quando a propriedade comunal e a propriedade privada individual entrem em contradição aparente ou real, a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte proporcionam pautas para estabelecer restrições admissíveis ao gozo e exercício de tais direitos, devendo o Estado avaliar, à luz de tais parâmetros, se é “necessária uma restrição a estes direitos de propriedade privada para preservar a subsistência física e cultural” das comunidades.²⁹ São pacíficas na jurisprudência internacional que: a) a responsabilidade internacional dos Estados pode decorrer de atos ou omissões de quaisquer dos poderes,

²⁵ ECHR, Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria, Judgmente 26 July 2007, para. 98; ECHR, Menson and others v. United Kingdom, acórdão 47916/99.

²⁶ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua, 31 de agosto de 2001, parágrafos 148 e 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf.

²⁷ Caso Comunidad Yakye Axa vs Paraguay, 17 de junio de 2005, párrafos 123 a 156. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

²⁸ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf puntos resolutivos, número 5.

²⁹ Idem, párrafos 127, 128 y 158.

independentemente de sua hierarquia e mesmo que o fato violador provenha de norma constitucional,³⁰ b) o Poder Judiciário deve ter em conta não só o tratado, mas também a interpretação que dele tem feito a Corte.³¹

Sétimo, coloca-se a necessidade de repensar a relação entre as normas definidoras de direitos presentes na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. Neste sentido, se faz necessário um “diálogo das fontes”, de forma que “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte.”³²

É que os tratados internacionais de direitos humanos preveem, no geral, uma cláusula de prevalência da norma que seja mais favorável à proteção do ser humano. Veja-se, por exemplo, o art. 29, “b”, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, os artigos 5. 2 e 46 do Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, os artigos 5.2 e 24 do Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, o art. 1.3 da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, os artigos 1º e 16.2 da Convenção internacional contra a tortura e outros tratamentos humanos, cruéis e degradantes, os artigos 13 e 14 da Convenção de Belém do Pará. Em outros termos, a aplicação da norma que seja mais favorável, mais protetora ou mais benéfica às vítimas e, pois, beneficiárias dos tratados de direitos humanos.

A alegação de eventual falta de previsão constitucional para tanto (poder-se-ia alegar princípios implícitos fundados no art. 4º, II, da Constituição) veio a ser minimizada recentemente. É que o Decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, internalizou a “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, ou seja, com status de equivalência de “emenda constitucional”. E esta Convenção, agora incorporada com os mesmos

³⁰ Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, de 05/02/2001, em que ficou assentado que o Chile deveria “adequar suas normas constitucionais e legais aos standards de liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana” (parágrafo 91.2). Disponível em: http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencias_CIDH/TrabajadoresCongreso/VOTO%20RAZONADO-GARCIA%20-TRABAJADORES%20CESADOS%20DEL%20CONGRESO.pdf

³¹ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 26/09/2006, em que ficou assentado que, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como uma Convenção, “seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão a ela submetidos” e, portanto, “o Poder Judicial deve ter em conta não só o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tenha realizado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (parágrafo 124). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

efeitos de emenda constitucional, prevê, em seu art. 4, item 4, que: a) nenhum dispositivo da Convenção “afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais podem estar contidas na legislação do Estado parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado”; b) não haverá derrogação ou revogação de quaisquer direitos humanos e liberdades fundamentais, “ sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdade ou que os reconhece em menor grau”.

Se os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, como sustenta a doutrina, e a previsão tem equivalência de emenda constitucional, é possível continuar aceitando que tais regras de “primazia de norma mais favorável” somente se aplicam às disposições envolvendo pessoas com deficiência e não aos demais direitos constitucionalmente assegurados e também reconhecidos em tratados internacionais de direitos humanos?

Os desafios para enfrentamento do racismo, do etnocentrismo e do colonialismo(interno) são imensos, mas as perspectivas abertas pelos processos de constitucionalismo intercultural e dos novos precedentes do direito internacional dos direitos humanos dão alento para estas mesmas lutas.

César Augusto Baldi é mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (Espanha), servidor do TRF-4ª Região desde 1989 e organizador de “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (ed. Renovar, 2004).