

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Reinaldo Silva Pimentel Santos

**TERRITORIALIDADE E AMÉRICA LATINA:  
uma análise da proteção territorial das comunidades tradicionais negras e o  
Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Belo Horizonte  
2012

Reinaldo Silva Pimentel Santos

**TERRITORIALIDADE E AMÉRICA LATINA:  
uma análise da proteção territorial das comunidades tradicionais negras e o  
Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: José Luiz Quadros de Magalhães

Belo Horizonte  
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237t Santos, Reinaldo Silva Pimentel  
Territorialidade e América Latina: uma análise da proteção territorial das comunidades tradicionais negras e o direito internacional dos direitos humanos / Reinaldo Silva Pimentel Santos. Belo Horizonte, 2012.  
121f.

Orientador: José Luiz Quadros de Magalhães  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Territorialidade humana – América Latina. 2. Comunidades sociais 3. Negros – Condições sociais. 4. Quilombos. 5. Direitos humanos. I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 326(8=6)

Reinaldo Silva Pimentel Santos

**TERRITORIALIDADE E AMÉRICA LATINA:  
uma análise da proteção territorial das comunidades tradicionais negras e o  
Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: José Luiz Quadros de Magalhães

---

José Luiz Quadros de Magalhães (Orientador) – PUC Minas

---

Mario Lúcio Quintão Soares – PUC Minas

---

Kiwonghi Bizawu – Escola Superior Dom Helder Câmara

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2011

*Pai, Mãe, Tia Alzira  
Meus eternos pilares...*

## AGRADECIMENTOS

Acredito que só quem passa por uma pós-graduação entende o verdadeiro significado desses agradecimentos. E, especialmente, esse mestrado em direito não significou apenas noites sem dormir, dias dentro de bibliotecas, afastamento de familiares, amigos e namorada. Essencialmente, significou um processo de mudança, autoconhecimento, indignação e, finalmente, mudanças e orgulho pela origem africana, negra, preta ou afrodescendente, se preferirem. Esse processo não durou os 24 meses instituídos pela PUC Minas como prazo para a finalização do mestrado, mas quase seis anos desde que contaram-me sobre direitos humanos.

Com o texto finalizado e, às portas de uma defesa pública de dissertação, um turbilhão de imagens, pessoas, momentos, frustrações e vitórias povoam minhas lembranças. Por tudo, devo agradecer.

À Deus, Olorun, Oxalá, Brâman, Alá, Shiva, Javé ou qualquer outra denominação que ainda insistimos em personificar, oferecendo nomes e esquecendo da inteligência suprema que ofereceu-nos a chance da vida e do aprendizado.

Aos meus três pais/mães, José Reinaldo, Maria de Fátima e Alzira. Pai, pela doce voz firme nos momentos necessários. Por preocupar-se e ensinar tanto sobre a importância do próximo. Mãe, por ser a essência do amor e a certeza de colo quando as lágrimas insistem em cair. Tia Alzira, pelos maiores ensinamentos que tive, explicitados nas situações mais simples dos meus dias.

À Carol, que tanto acreditou que tudo daria certo, mesmo quando esse tudo apontava para o total fracasso.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais que passei a considerar uma segunda casa e aos professores que tanto ensinaram. Prof. Mário Lúcio Quintão Soares pela firmeza nos apontamentos, sempre coerentes. Prof. Fernando Horta Tavares, por apresentar a importância da pesquisa e da interlocução entre graduação e pós-graduação. Prof. José Luiz Quadros de Magalhães, eterno orientador, por reavivar em seus alunos a indignação que tantos perdem durante os semestres de um curso de Direito. Por apoiar, desde a graduação aquele estranho projeto sobre comunidades quilombolas.

Aos três pilares ideológicos que tive a sorte de encontrar em meu caminho: Marcelo Dayrell Vivas, Dr. João Batista de Oliveira e Márcia Maria de Paiva Borges Martini. São vocês os “responsáveis-culpados” por acenderem essa chama dos direitos humanos.

Àqueles que dividi bons momentos profissionais: Raquel Toussaint, Kátia Lacerda, Maressa Miranda, Sílvia Sander, Felipe Willer, Cléver Machado, Cláudia Aguiar. Agradeço pelas tensas discussões nas “reuniões extraoficiais”

Aos representantes das comunidades quilombolas que tanto contribuíram em minha formação: Sandra, Dona Tiana, Maurício, Seu Valter, Dona Luíza e tantos outros. Espero que esse texto possa auxiliar-nos em nossa luta diária.

Por fim à todos aqueles que acreditam, um novo caminho é possível.

*Encontrei minhas origens  
Em velhos arquivos  
Livros*

*Encontrei  
Em malditos objetos  
Troncos e grilhetas*

*Encontrei minhas origens  
No leste  
No mar em imundos tumbeiros*

*Encontrei  
Em doces palavras  
Cantos  
Em furiosos tambores  
Ritos*

*Encontrei minhas origens  
Na cor de minha pele  
Nos lanhos de minha alma*

*Em mim  
Em minha gente escura  
Em meus heróis altivos*

*Encontrei  
Encontrei-as, enfim  
Me encontrei. (SILVEIRA, 1981)*

## RESUMO

A presente dissertação realizou um estudo referente à territorialidade e as comunidades tradicionais negras na América Latina. Seu objetivo foi analisar o posicionamento de três países latino-americanos – Brasil, Colômbia e Equador – quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras, baseando-se na normativa internacional protetiva dos direitos humanos. A pesquisa investigou o conceito e a evolução histórica dos direitos humanos, discutindo a influência ideológica existente nesses. Mediante a formação dos estados nacionais, foi realizado um estudo sobre a coexistência de diferentes etnias na formação da identidade nacional, pautada na negação da diferença. Desse ponto, verificou-se a exclusão dos povos negros e, especificamente das comunidades tradicionais negras na América Latina. Ante a importância que o território possui para tais comunidades, passou-se a verificar os direcionamentos da normativa internacional protetiva de direitos humanos, comparando-a com as experiências dos três países selecionados. Concluiu-se que a ratificação de instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos pelos países não significa a adoção de medidas efetivas quanto à proteção territorial de comunidades tradicionais negras. A proposta do Estado Plurinacional observada no Equador, pelo seu caráter participativo e democrático, apresentou uma quebra de paradigmas e significativos avanços na citada proteção territorial.

Palavras-chave: Comunidades tradicionais. Quilombos. Direitos humanos. Estado Plurinacional

## **ABSTRACT**

The present master thesis analysis issues related with traditional black communities of Latin America and their relation with the territory. The goal is to analyze, from the international instruments of human rights, how three different countries, Brazil, Colombia and Ecuador, deals with the territorial protection of the traditional black communities. The research investigates how the liberal ideology influenced the construction of the concept of human rights throughout the history. The formation of the national states in Latin America was characterized by the exclusion of the indigenous people and the black people, and by the denial of its differences. This denial leads to human rights abuses of traditional black communities, especially with regard of its relation with their territory. Thereafter, the research analyzed how the international law protects the human rights of traditional people, and how the three countries related above experienced the territorial protection of traditional black communities. The conclusion is that the ratification of international instruments of human rights protection of traditional people by the states do not ensure, per se, the protection of the right to territory of the traditional black communities. The attempt to implement a Plurinational State in Ecuador, for its democratic and participatory nature, meant a paradigm shift and significant advances in territorial protection.

Keywords: Traditional communities. Quilombo. Human rights. Plurinational State.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>2 DIREITOS HUMANOS E ESTADO MODERNO .....</b>	<b>21</b>
2.1 Unificação, igualdade e universalismo – A negação da diferença e a construção do Estado Moderno .....	31
2.2 Negritude e América Latina – Formação dos Estados Latino-americanos ..	33
2.3 Terra, território e direito à propriedade .....	37
<b>3 DIREITO INTERNACIONAL E COMUNIDADES TRADICIONAIS NEGRAS .....</b>	<b>40</b>
3.1 O Sistema Global de Direitos Humanos – A Organização Internacional do Trabalho.....	40
3.1.1 <i>A Convenção n.º 107</i> .....	40
3.1.2 <i>A Convenção n.º 169</i> .....	44
3.2 O Sistema Americano de Direitos Humanos.....	49
<b>4 COMUNIDADES TRADICIONAIS NEGRAS E AMÉRICA LATINA – A     REALIDADE NO BRASIL, COLÔMBIA E EQUADOR .....</b>	<b>56</b>
4.1 Brasil .....	56
4.1.1 <i>Instrumentos Normativos</i> .....	60
4.1.1.1 <u>Constituição da República</u> .....	61
4.1.1.1.1 Artigos 215 e 216 .....	61
4.1.1.1.2 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Artigo 68.....	63
4.1.1.1.2 <u>Decreto n.º 3.912/2001</u> .....	64
4.1.1.1.3 <u>Decreto n.º 4.887/2003</u> .....	67
4.1.1.1.3.1 Definições sobre as comunidades.....	68
4.1.1.1.3.2 Territorialidade e alcance de terras .....	69
4.1.1.1.3.3 Participação dos integrantes das comunidades .....	70
4.1.1.1.3.4 Sobreposição de terras e conflito de interesses .....	71
4.1.1.1.3.5 Representação da comunidade e características do título .....	72
4.1.2 <i>Políticas Públicas e Ações Estatais</i> .....	73
4.1.3 <i>Conflitos de Interesse e Função Jurisdicional</i> .....	75
4.1.3.1 <u>A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239</u> .....	76
4.2 Colômbia .....	79
4.2.1 <i>Constituição Política da República da Colômbia de 1991</i> .....	81
4.2.2 <i>A Lei n.º 70/1993</i> .....	82
4.3 Equador.....	86
4.3.1 <i>Instrumentos Normativos</i> .....	87
4.3.1.1 <u>Constituição da República do Equador de 1998</u> .....	87
4.3.1.2 <u>Constituição da República do Equador de 2008</u> .....	92
4.3.1.3 <u>Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou Afro-equatorianos</u> .....	98
4.3.2 <i>Conflitos de Interesse e Função Jurisdicional</i> .....	101
<b>5 ESTADOS PLURINACIONAIS - DA HOMOGENEIDADE AO     RECONHECIMENTO DO OUTRO .....</b>	<b>106</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>116</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na primeira década do século XXI os eventos e movimentos políticos, econômicos, sociais e culturais ocorridos na América Latina demonstraram a incapacidade de previsão e delimitação da contemporaneidade pela ciência, principalmente a social e jurídica. (BAUMAN, 2010). No campo político, a eleição de Hugo Chávez na Venezuela, Luis Inácio Lula da Silva no Brasil, Evo Morales na Bolívia, Tabaré Vazquez no Uruguai, Néstor e Cristina Kirchner na Argentina, Daniel Ortega na Nicarágua e Fernando Lugo no Paraguai consolidou a força da esquerda e centro-esquerda, além do enfraquecimento da direita. (SADER, 2010). No campo econômico, a Europa demonstrou diuturnamente a fragilidade de suas instituições financeiras e paradigmas pretéritos, enquanto estados latino-americanos indicaram a capacidade de assumir novos papéis. Será, entretanto, no campo social e cultural que serão percebidos uma série de eventos imprevisíveis na contemporaneidade e capazes de reconstruir paradigmas.

A modernidade sólida, conforme apresentada por Bauman teve a capacidade de reunir modos de vida e valores, através da sistematização estrita de experiências, eventos e realidades. Coube a ciência, em sua proposta cartesiana, observar a essa realidade e indicar formatos de sistematização mediante pressupostos anteriormente criados. (BAUMAN, 1999). Entretanto, como sistematizar realidades, eventos e experiências não antes observadas? Como delimitar e explicar com pressupostos pretéritos os eventos políticos ocorridos no Equador e na Bolívia?

Essencialmente, pode-se visualizar nesses dois países um contingente populacional numericamente superior que, percebendo tal fato, demandou sua efetiva participação nos espaços de poder. Se, em um primeiro momento esses grupamentos sociais demandaram participação efetiva nos espaços de poder, posteriormente questionaram os paradigmas da modernidade. A ciência jurídica e seus antigos modelos – criados para regular todas as situações socialmente possíveis – foram colocados em discussão. Mediante a coexistência de grupamentos sociais diversos, povos originários, afrodescendentes, eurodescendentes, dentre outros diversos; é incompreensível a adoção de modelos únicos, impostos, não debatidos e apresentados como pretensamente naturais por uma pequena parcela populacional. Sob o paradigma da dignidade da pessoa

humana é imprescindível a garantia de direitos, considerando, entretanto, o reconhecimento das diferenças. (BARCELLOS, 2002).

Cumprido ao presente trabalho analisar a proteção territorial oferecida às comunidades tradicionais negras em três estados da América Latina. Considera-se, inicialmente, a existência de grupamentos sociais diversos que possuem diferentes concepções, formas de fazer, viver e criar em suas realidades. Na América Latina, percebe-se grande preocupação com os povos originários<sup>1</sup>, sendo que a existência e realidade das comunidades tradicionais negras ganharam destaque apenas no século XX. Fato comum na história dos estados latino-americanos é a invasão do colonizador europeu no século XV e XVI, além dos genocídios perpetrados contra os povos originários e a diáspora cometida com os povos africanos. Anteriormente, realizou-se uma pesquisa quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras no Brasil. Compreendidas como comunidades de remanescentes de quilombos, o tema ganhou destaque a partir da última década do século XXI, quando o governo brasileiro começou a desenvolver políticas públicas sociais específicas a esse grupamento social. À época, o número de titulações realizadas pelo estado brasileiro demonstrava um distanciamento entre os instrumentos internacionais ratificados pelo país, a normativa interna e as ações governamentais. Questionou-se inicialmente, a possibilidade de um ordenamento jurídico estabelecer condutas socialmente aceitas, para determinados grupamentos que não partem dos mesmos pressupostos em relação àqueles que definiram o que seria “socialmente aceito”. Nesse sentido, quanto ao direito à propriedade, não pareceu possível que realidades sociais distintas, fossem homogeneizadas e sistematizadas perante um pretense critério de normalidade.

Conforme anteriormente indicado os movimentos e eventos culturais, políticos e econômicos na América Latina, com a maior participação de afrodescendentes e povos originários nos espaços de poder reforçaram a necessidade da presente pesquisa. As comunidades tradicionais negras não compartilham da mesma concepção de terra, território e propriedade que os outros setores da coletividade. Dessa forma, território, terra e o direito à propriedade passam a ser analisados enquanto um conceito construído, notadamente marcado por diferentes ideologias. A

---

<sup>1</sup> No presente trabalho optou-se por utilizar a denominação ‘povos originários’, evitando as expressões ‘índios’ ou ‘indígenas’. Justifica-se tal utilização, ante a constatação que a expressão ‘índio’ reflete um equívoco do colonizador europeu ao acreditar que havia desembarcado nas Índias, quando da invasão das Américas ao final do século XV.

formação do estado nacional acompanha esse mesmo pressuposto. O estado moderno é uma construção que, na Europa, utilizou-se da religião, língua ou outros elementos catalisadores para a formação de uma nacionalidade. Juntamente a concepção de nacionalidade, ser nacional significa ser incluído, próximo, possuidor de determinados elementos que ideologicamente escolhidos. Na América Latina, formada pela co-existência de diferentes povos, o elemento catalisador para a formação das nacionalidades também será construído. Os povos originários, tratados e compreendidos à época como inferiores, poderiam integrar as nacionalidades que estavam sendo criadas desde que reconhecessem sua suposta inferioridade e aceitassem a superioridade do colonizador europeu. Formar uma nacionalidade em cada estado latino-americano significou a negação das diferenças, construindo imagens que impossibilitariam o embate entre os indivíduos. Como exemplo, o processo nacionalizante brasileiro significou a construção de uma identidade onde inexiste a tensão étnica, falso exemplo de democracia racial. (HASENBALG, 2005). Perante o constitucionalismo contemporâneo cumpre verificar pressupostos que possibilitem a co-existência desses diferentes grupamentos sociais, respeitadas suas identidades e diferenças. Serão os direitos humanos - em sua proposta emancipatória - que oferecerão os elementos de garantia e respeito às tais identidades e diferenças.

Ante tais constatações prévias, como problema cumpriu verificar se os posicionamentos dos estados brasileiro, colombiano e equatoriano coadunam com a normativa internacional protetiva dos direitos humanos quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Para a análise, utilizou-se como principal instrumento internacional a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelos três países. Apresentou-se como hipótese preliminar que a ratificação de instrumentos internacionais concernentes ao tema pelo estado não significa a adoção de medidas efetivas para a proteção territorial das comunidades.

Para a verificação da hipótese partiu-se da análise da evolução histórica dos direitos humanos e a influência do direito natural contraposto ao direito positivo. Não apenas, analisou-se o processo de formação do estado moderno e, especificamente dos estados latino-americanos, marcados pela negação da diferença e pela imposição de critérios de normalidade a serem aceitos. Passa-se a verificar o processo de exclusão das comunidades tradicionais negras, além da desconsideração da terra, território e direito à propriedade dessas comunidades.

Desse ponto, analisaram-se os instrumentos internacionais protetivos dessas comunidades e seus territórios. Realizadas tais discussões, tornou-se possível contrapor o posicionamento dos três estados latino-americanos quanto à proteção territorial e a normativa internacional. Notadamente, foi oferecida maior importância no desenvolvimento do texto ao posicionamento do estado brasileiro, comparando suas iniciativas à realidade colombiana e equatoriana.

Por fim, a proposta do Estado Plurinacional - realidade observada no estado equatoriano - apresenta-se como importante possibilidade para o constitucionalismo contemporâneo, respeitando a co-existência de grupamentos sociais distintos e reestruturando a lógica da nacionalidade e Estado. Tal proposta apresenta consideráveis contribuições quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras.

## 2 DIREITOS HUMANOS E ESTADO MODERNO

A discussão relativa à proteção, defesa, promoção e garantia dos direitos humanos passou a residir no cerne das discussões científicas ao longo das últimas cinco décadas. O processo de proteção partiu da premissa que determinadas garantias são inerentes ao indivíduo, independentemente qualquer característica social, política ou econômica observada em uma comunidade. (TRINDADE, 1997). Nesse sentido, observa-se o aumento do número de tratados, convenções, pactos e acordos firmados pelos estados, destinados à proteção do indivíduo. Para uma melhor compreensão do tema é necessário analisar o processo de formação desses direitos e sua evolução histórica, ainda que inexistam definições precisas sobre o surgimento perante a doutrina. Nesse processo de análise, as contribuições teóricas gregas e romanas, a passagem pela Idade Média, as grandes revoluções e as duas grandes guerras influenciarão o entendimento do tema, possibilitando um contraponto em direito positivo e natural e, posteriormente inaugurando a expressão “direitos humanos”.

Na Grécia, o drama de Antígona pode ser utilizado como importante elemento para a diferenciação entre normas criadas pelo homem e àquelas cujos deuses são a fonte primária. Ressalta-se que tal passagem não trata, conforme observado na contemporaneidade, especificamente de direitos humanos nesse período da história grega. Conforme observado, a unidade conceitual dos direitos humanos será obtida nos séculos XVIII e XIX com as revoluções e no século XX, com o movimento de internacionalização. Entretanto, deve-se analisar a existência de princípios e normas que, apesar de não serem definidos pelos homens, justificavam sua existência pela condição de dignidade desses – no caso dos gregos, emanados pelos deuses ou adstritos à natureza. (GIACOIA JUNIOR, 2008).

Antígona, filha de Édipo, terá dois irmãos mortos em combate. Em um deles – Polinice – haverá de recair um decreto de Creontes, rei de Tebas, que proibirá o enterro de seu corpo e qualquer homenagem a ser prestada, por considerá-lo um traidor. Não apenas, a norma criada pelo rei determinará que todo aquele que descumpra sua ordem seja morto. Antígona, ao contrário de sua irmã Ismene, não aceitará tal determinação e enterrará seu irmão, assim como prestará as devidas homenagens. (SÓFOCLES, 2002).

Questionada, Antígona será levada ao rei e defenderá a validade de seu ato. Inquirida se era do seu conhecimento que um édito proibia o enterro e as homenagens a seu irmão, Antígona responde afirmativamente. O rei, indignado, questionará como pôde Antígona desobedecer as lei, se as conhecia. Em sua resposta, a filha de Édipo indica que normas divinas, não escritas e imutáveis possibilitavam o enterro e as devidas homenagens a seu irmão. Nesse sentido, indicará Antígona:

Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça. E nem me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. (SÓFOCLES, 2002, p. 214)

A passagem ganha importância perante a ciência jurídica ao iniciar a contraposição entre direito positivo e o direito natural. O direito natural será justificado perante a existência de normas transcendentais que garantiriam aos homens o mínimo de dignidade - no caso em voga, ser enterrado em suas terras e receber as devidas homenagens. Não apenas, deve-se citar a percepção entre os gregos da diversidade de leis e costumes que ensejaria a dúvida da existência de princípios superiores às normas específicas. (MAGALHÃES, 2002, p.24). Os diferentes costumes entre gregos e demais povos ensejavam discussões sobre a existência de um direito natural eternamente válido, que sobreporia qualquer legislação específica criadas pelos homens. Nesse sentido, serão os estoicos que contribuirão para novas concepções referentes ao direito natural ao reconhecerem na razão o elemento que possibilitaria a existência de princípios e normas universais. Para Zenon

o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica eram uma criação essencialmente racional; portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. (MAGALHÃES, 2002, p. 27)

Será o pensamento estoico que contribuirá com a ordem jurídica romana e a contraposição entre direito natural e positivo. Cícero, maior expoente da Antiguidade Clássica, se importará com o “direito”, e não com a “lei”. Compreendendo a “lei” como uma criação humana para regular as condutas dos seres, o “direito” passa a

ser verificado como uma ordem metafísica imutável, perfeita e eterna. Nesse sentido, para Cícero em *De Legibus* (I, 17-19) citado por José Luiz Quadros de Magalhães:

O que nos interessa, neste discurso, não é o modo de prevenir cautelas processuais ou a maneira de despachar uma consulta qualquer [...], devemos abraçar, nesta dissertação, o fundamento universal do direito e das leis, de modo que o chamado direito civil fique reduzido, diríamos, a uma parte de proporções bem pequenas. Assim haveremos de explicar a natureza do direito, deduzindo-a do pensamento do homem. (MAGALHÃES, 2002, p. 28)

Na Idade Média, marcada pelo pensamento cristão medieval, a concepção de direito natural será marcada pelo estoicismo e pelo pensamento romano. A Igreja Católica diferenciará o direito natural absoluto do relativo, cabendo ao absoluto a discussão daquele ideal humano anterior ao pecado original. Em outro pólo, o direito natural relativo compreendia um sistema principiológico adaptado à natureza humana, após o pecado original. (MAGALHÃES, 2002, p. 31). Agostinho e Tomás de Aquino irão contribuir para o embate entre o direito positivo e natural. Agostinho defenderá que caso as leis terrenas sejam contrárias às leis divinas, estas perderiam sua vigência. Posteriormente, Tomás de Aquino diferenciará a existência da lei eterna, natural, divina e humana. Em que pese a importância no pensamento de Tomás de Aquino da diferenciação entre a lei eterna, natural e divina, cumpre ressaltar a contraposição dessas com a lei humana. Para o autor, o direito - posteriormente identificado como direito positivo - é uma criação humana representativa do ato de vontade, decorrente do poder. Em outro ponto, caberia a justiça emanar princípios imutáveis e intrínsecos, ora justificados no cosmos, em um ser divino ou na condição racional humana. Ressalta-se que, em todo esse período ocorreu o embate entre as regras impostas pelo homem mediante a detenção de poder *versus* regras universalmente válidas.

Na Inglaterra, segundo José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p.34) a elaboração da Magna Carta marca o início da limitação do poder do estado. Serão as ideias de limitação do poder estatal e da garantia de direitos fundamentais que irão caracterizar o constitucionalismo moderno. Não apenas, o aperfeiçoamento da imprensa por Gutemberg possibilitará a circulação de ideias para um maior número de indivíduos. Após a Magna Carta de 1215, observa-se o Ato de Habeas Corpus, o *Bill of Rights* e o Instrumento de Governo de Cromwell que, juntamente ao

Racionalismo e o Iluminismo marcarão as garantias formais de direitos fundamentais. Tais ideias irão fundamentar a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte e, posteriormente, serão materializadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A garantia desses direitos é processo histórico de longa trajetória, onde

A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes do pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirmam a precedência dos direitos individuais inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem. (MAGALHÃES, 2002, p. 41)

A garantia desses direitos, conforme anteriormente apresentado, tem sua origem na Inglaterra e cede espaço para o desenvolvimento do Estado Liberal. Ressalta-se que o Estado Liberal não apresenta restrições ou direcionamentos normativos à ordem econômica. Nesse sentido, conforme Paulo Bonavides, citado por Magalhães (2002, p. 43) há na Europa um triunfo do liberalismo, e não da democracia, uma vez que este liberalismo pressupõe o individualismo. Dentre todas as garantias defendidas pelo liberalismo, percebe-se que apenas a propriedade privada não poderá sofrer restrições de qualquer espécie, reiterando o traço individualista. Tal característica somada à inoperância estatal em políticas públicas sociais marcará o desfazimento do estado liberal.

Com o final da Primeira Guerra Mundial, as novas constituições não estariam atentas apenas quanto ao estruturalismo estatal, mas também com a necessidade de garantir exigências da sociedade, pautadas em critérios mínimos de sobrevivência. Nesse pressuposto, há um alargamento dos direitos fundamentais, onde a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 consubstanciarão o constitucionalismo social ou Estado Social. (MAGALHÃES, 2002, p. 44). Não apenas, durante a Primeira Guerra Mundial será percebida a criação de mecanismos em relações internacionais, que submeteriam os estados à princípios previamente definidos pela Sociedade das Nações. Entretanto, a falta de coordenação entre os estados-membros dessa Sociedade ocasionam para seu desmantelamento.

Apesar do trágico saldo ocasionado nessa ocasião, um novo grande conflito voltou a acontecer entre 1939 e 1945. Ante o sacrifício da população soviética, a perseguição aos judeus, as bombas em Hiroshima e Nagasaki, dentre outros fatos diversos, a comunidade internacional questionará se a barbárie ocorrida era evitável. Nesse sentido, verificou-se a necessidade de desenvolvimento de organismos supranacionais que viabilizassem a proteção do homem, além de evitar eventos como as duas grandes guerras anteriormente citadas ocorressem em outra oportunidade. Dá-se nesse sentido a consubstanciação do movimento de internacionalização de direitos humanos, iniciado com o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Especificamente, o direito humanitário era responsável pela normatividade protetiva do indivíduo durante conflitos bélicos entre estados. A Liga das Nações trazia a necessidade de relativização da soberania estatal onde, segundo Piovesan (2007, p.112) tal instituição tinha como finalidade promover a paz, segurança internacional e mútua cooperação entre seus membros, condenando eventuais agressões externas. A relativização da soberania apresenta-se com o comprometimento dos estados membros da Liga em assegurar condições dignas ao homem, recriando a antiga concepção de soberania estatal absoluta ao estabelecer sanções econômicas e militares ao estado violador. Em último ponto, a Organização Internacional do Trabalho foi criada ao final da Primeira Guerra Mundial, tendo como finalidade a promoção de padrões internacionais e condições de trabalho dignas ao homem. Segundo Louis Henkin (1996) a Organização Internacional do Trabalho foi um dos maiores contribuintes para a formação e a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em que pese a importância desses precedentes, a consolidação dos direitos humanos em uma perspectiva internacionalista virá com o final da Segunda Guerra Mundial, significando uma resposta às atrocidades cometidas durante os regimes totalitários. Para Piovesan (2007) a barbárie do totalitarismo significa uma ruptura dos direitos fundamentais, entendidos como garantias constitucionalizadas. É perceptível a negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito, hipótese que possibilita a reconstrução paradigmática dos direitos humanos, como aqueles essencialmente históricos e axiológicos. Para tanto, conforme apresentado por Hannah Arendt (2003) o principal direito, passa ser o direito a ter direitos, ou a garantia de ser um sujeito de direitos.

Nesse universo, a Carta das Nações Unidas de 1945 instaura uma nova ordem internacional, reconstruindo as relações entre os estados. Conforme Flávia Piovesan, a

Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. (PIOVESAN, 2007, p. 131)

Não apenas, resta definido o principal propósito das Nações Unidas, como

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011a, p. 2)

Todo o aparato das Nações Unidas será reafirmado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Adotada em 10 de dezembro do citado ano, com a aprovação de 48 estados e 8 abstenções, a inexistência de qualquer questionamento ou reserva aos princípios da Declaração conferiu um suposta “ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”. (PIOVESAN, 2007, p. 136). Leciona Norberto Bobbio que esses direitos nascem como universais, se desenvolvem como positivos constitucionais e encontram sua plena realização como positivos universais. (BOBBIO, 1992, p. 25-30). Será essa universalidade que ensejará o contemporâneo debate entre o universalismo e o relativismo em direitos humanos. Esses dois pólos - universalista e relativista - irão revisitar o alcance das normas de direitos humanos ao verificar se determinada regra pode ser aplicada a todos indivíduos ou se deve-se considerar as peculiaridades culturais.

Segundo os universalistas, o ponto de partida será o indivíduo, (PIOVESAN, 2007) sua liberdade e autonomia. Justifica-se que o fundamento dos direitos humanos é a dignidade, valor intrínseco à condição humana. Reforça a autora que houve uma manifestação global favorável ao universalismo, ante a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nessa ocasião inexistiu

qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, [fato que] confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2007, p. 136)

Para os relativistas, conforme Piovesan (2007, p. 148) toda a noção de direito estaria ligada ao sistema cultural, político, econômico e social observado em determinada sociedade. Dessa forma, cada grupamento social possuiria sua própria concepção sobre os direitos a serem encarados como fundamentais, adstritos as circunstâncias culturais e sociais de uma época histórica. Ainda, segundo a autora, para os relativistas o pluralismo cultural prejudica a formação de uma ética universal, sendo imperioso que as diferenciações culturais sejam observadas. Não apenas, Vincent (1986) demonstrará que a doutrina do relativismo cultural é baseada em três pilares. Inicialmente, dispõe que as regras sobre a moral irão variar em cada local do globo. A forma de compreensão da diversidade reside em colocar-se em um contexto cultural que ela é apresentada. E, por fim, as reivindicações morais são produtos desse contexto cultural, sendo o próprio contexto fonte de sua validade. Dessa forma, segundo o autor, não há uma moral universal, uma vez que a história do mundo é a história da coexistência de várias culturais ou grupamentos sociais diversos. Buscar uma moral universal, aquela discutida por Immanuel Kant (2002), ou até mesmo o princípio da universalidade como critério para toda moralidade do globo é uma ação imperialista ao impor que valores de determinada cultura sejam compreendidos como universais.

Jack Donnelly, citado por Flávia Piovesan (2007, p. 150) busca desconstruir a unicidade da teoria relativista, indicando a co-existência de diversos relativismos. Na visão do autor

[n]o extremo, já o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser um importante fonte de validade de um direito ou regra moral. (DONNELLY apud PIOVESAN, 2007, 150)

Dessa forma, a evolução histórica da concepção de direitos humanos pode ser dividida em três momentos históricos distintos. Inicialmente, temos a

contraposição entre direito natural e direito positivo. Nesse momento histórico cita-se a importância do pensamento grego e romano, além da influência da Igreja Católica no feudalismo, através de seus dois ícones, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Verifica-se a existência de regramentos destinados a balizar a coexistência dos homens, fortemente marcados pela utilidade. Se, os homens criam esses regramentos para a coexistência, haverá também aquelas normas que independem do status de poder ou de pretensa utilidade. Baseados na concepção do cosmo perfeito ou na existência de uma entidade divina, esses regramentos serão imutáveis. Em um segundo momento, iniciado com a Magna Carta de 1215, observar-se-á uma forte limitação do poder estatal e a garantia de liberdades individuais, traços determinantes do constitucionalismo moderno. Com o avanço do liberalismo, essencialmente não-democrático, pode-se situar esse segundo momento até o advento das duas grandes guerras mundiais. O Estado Liberal e o Social irão garantir para o indivíduo através de seus textos constitucionais direitos civis e políticos, econômicos e sociais, respectivamente. Por fim, o terceiro momento compreenderá a ruína do Estado Social e o processo de internacionalização dos direitos humanos. A barbárie cometida nas duas grandes guerras apontará para a necessidade da defesa internacional do indivíduo, relativizando as antigas concepções sobre soberania estatal.

Ocorre que, com o processo de internacionalização as nações diretamente interessadas terão a possibilidade de definir os significados das violações de direitos humanos. Verifica-se a utilização do discurso pretensamente universalista para justificar as ações diversas dessas nações interessadas. Nesse sentido, Immanuel Wallerstein reconstrói o embate entre universalismo e relativismo ao identificar a utilização do discurso de proteção dos direitos humanos para interesses diversos. Segundo o autor

[n]o fundo, o debate sempre girou em torno do que queremos dizer com universalismo. Tentarei mostrar que o universalismo dos poderosos sempre foi parcial e distorcido, um universalismo que chamo de 'universalismo europeu' por ter sido promovido por líderes e intelectuais pan-europeus na tentativa de defender os interesses do estrato dominante do sistema-mundo moderno. (WALLERSTEIN, 2007, p. 27)

Conforme apresentado pelo autor, a ótica universalista e a tentativa de defender o estrato dominante também serão observadas em direitos humanos.

Mediante a coexistência de diferentes culturas é impossível determinar o conjunto de direitos e garantias estanques e absolutas, definidas sem qualquer diálogo, a serem observadas em um mundo multicultural. Flávia Piovesan (2007, p. 150) identificará como os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas.

Note-se que os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades individuais. Daí a adoção de expressões como 'todas as pessoas' (ex.: 'todas as pessoas tem direito à vida e à liberdade' – art. 2º da Declaração), 'ninguém' (ex.: 'ninguém poderá ser submetido à tortura' – art. 5º da Declaração), dentre outras. (PIOVESAN, 2007, p. 150)

Em mesma ordem, Wallerstein oferecerá subsídios para a desconstrução do universalismo que, pretensamente pretenderá defender a dignidade da pessoa humana. Ocorre que para essa defesa são criadas falsas dicotomias como ocidental e outras culturas, nacionais e estrangeiros, civilizados e não civilizados, nós e os outros. Nesse sentido:

Há três tipos principais de apelo ao universalismo. **O primeiro é o argumento de que a política seguida pelos líderes do mundo pan-europeu defende os 'direitos humanos' e promove uma coisa chamada 'democracia'. O segundo acompanha o jargão do choque entre civilizações, no qual sempre se pressupõe que a civilização 'ocidental' é superior às 'outras' civilizações porque é a única que se baseia nesses valores e verdades universais.** E o terceiro é a afirmação da verdade científica do mercado, do conceito de que 'não há alternativa' para os governos senão aceitar e agir de acordo com as leis da economia neoliberal. (WALLERSTEIN, 2007, p. 26, grifo nosso)

Esse discurso entra em crise no momento que não consegue garantir proteção à totalidade dos seres humanos. Há a garantia para uma pequena parcela populacional, enquadrada em elementos previamente estabelecidos. Entretanto, o estrangeiro, o não civilizado, o terrorista ou o não-ocidental não é humano – para o discurso universalista – uma vez que ele não compartilha de determinados elementos previamente estabelecidos. Confirmando tal realidade, Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup> demonstrará a possibilidade de utilização dos direitos humanos como mecanismo de dominação. Para o autor

---

<sup>2</sup> Conforme orientação da Associação Brasileira de Normas Técnicas - NBR 14.724 de abril de 2011 – as citações em línguas estrangeiras devem ser traduzidas no corpo do texto. No presente trabalho, os textos e documentos da autoria de Boaventura de Sousa Santos apresentam grafia diferente do

[a] complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo ou, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica. Proponho-me de seguida identificar as condições culturais através das quais os direitos humanos podem ser concebidos como cosmopolitismo ou globalização contra-hegemônica. **A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado - uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do «choque de civilizações» tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo ("the West against the rest").** A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. (SANTOS, 1997, p. 18-19, tradução nossa, grifo nosso)<sup>3</sup>

Nesse universo, cientes da dominação ocasionada pelo universalismo e as possíveis violações do relativismo é importante a conceituação oferecida por José Luiz Quadros de Magalhães (2007) ao apresentar a necessidade de observar as perspectivas filosófica, constitucional e internacional dos direitos humanos. Caberá a matéria definir direitos e garantias sem as quais não seria factível uma sociedade adequada para o pleno desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do homem. Não apenas, deve-se considerar o reconhecimento da diferença entre os indivíduos, hipótese básica para compreensão dos direitos humanos enquanto mecanismos emancipatórios. Tais concepções passam a ser utilizadas na discussão da proteção territorial das comunidades tradicionais negras na América Latina.

---

português do Brasil. Nesse sentido, no corpo do texto as citações foram traduzidas, com seu original presente nas notas de rodapé.

<sup>3</sup> A complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo ou, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica. Proponho-me de seguida identificar as condições culturais através das quais os direitos humanos podem ser concebidos como cosmopolitismo ou globalização contra-hegemônica. A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado - uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do «choque de civilizações» tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo ("the West against the rest"). A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

## **2.1 Unificação, igualdade e universalismo – A negação da diferença e a construção do Estado Moderno**

Após a verificação da evolução histórica e a formatação de um conceito de direitos humanos, a análise do processo de formação do estado moderno oferece subsídios para a compreensão da coexistência das comunidades tradicionais negras com demais grupamentos sociais. Conforme José Luiz Quadros de Magalhães (2011) a formação do estado moderno dá-se principalmente a partir do século XV, configurando lutas internas onde o poder monarca irá afirmar-se perante o poder feudal. Trata-se de um processo de unificação, seja dos exércitos ou da economia, onde o monarca irá posicionar-se frente aos poderes externos, como a igreja. Para José Luiz Quadros de Magalhães trata-se

de um poder unificador numa esfera intermediária, pois cria um poder organizado e hierarquizado internamente, sobre os conflitos regionais, as identidades existentes anteriormente a formação do Reino e do Estado nacional que surge neste momento e de outro lado se afirma perante o poder da Igreja e dos Impérios. Este é o processo que ocorre em Portugal, Espanha, França e Inglaterra. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

Dessa unificação decorre o desenvolvimento de um duplo conceito de soberania - interna e externa - surgindo a necessidade de justificação do poder monarca ou estatal. Esses dois elementos – estado ou rei – não poderão identificar-se unicamente com determinado grupamento social em detrimento a outros. Tal fato prejudicaria o reconhecimento do poder único, desfazendo os laços horizontais entre os grupamentos e verticais entre o poder estatal e os grupos sociais. O rei pertencente à determinada região utilizará apenas uma língua e reconhecerá apenas uma religião, identificando-se com um grupo social em detrimento aos demais. Conforme Magalhães (2011) a principal tarefa dessa estrutura de poder centralizada que está sendo desenhada no século XV é criar uma nacionalidade e impô-la sobre as identidades pré-existentes. Como exemplo, foi essa a realidade observada no estado espanhol. A unidade reside na capacidade do poder real em manter uma identidade espanhola, superior à identidade galega, basca, catalã ou castelhana. Desconstrói-se, dessa forma, a imagem de formação do estado moderno em um processo automático e natural. Nesse sentido

a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno) dependia da construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano. Assim, na Espanha, o rei castelhano agora era espanhol, e todos os grupos internos também deveriam se sentir espanhóis, reconhecendo assim a autoridade do soberano. Este processo de criação de uma nacionalidade dependia da imposição e aceitação pela população, de valores comuns. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

Utilizando-se novamente do exemplo espanhol, é compreensível a criação da identidade/nacionalidade conforme os interesses do poder estatal ou monarca:

Quais foram inicialmente estes valores? Um inimigo comum (na Espanha do século XV os mouros, o império estrangeiro), uma luta comum, um projeto comum, e naquele momento, o fator fundamental unificador: uma religião comum. Assim a Espanha nasce com a expulsão dos muçulmanos e posteriormente judeus. Ser espanhol era ser católico e quem não se comportasse como um bom católico era excluído. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

Não apenas, segundo Suiama (2003) citando Francesco Rossolillo, e analisando a ideologia nacionalista junto à hipótese de formação do Estado francês, apresenta-se que a

ideologia nacionalista, porém, não sobrevive quando confrontada com a história. Na Idade Média, observa Francesco Rossolillo, uma pessoa “deveria se sentir antes de tudo um cristão, depois um borgonhês e, somente em terceiro lugar, um francês (sendo que o sentir-se francês tinha, então, um significado inteiramente diferente do atual)”. O fator de discriminação “ascendência comum”, no mais, é absolutamente débil para definir o nacional. O que significa concretamente possuir uma ascendência comum? A identidade lingüística é insuficiente para explicar o fenômeno, pois “muitas Nações são plurilíngües e (...) muitas línguas são faladas em várias Nações, (...) além disso, o monolingüismo de determinadas Nações, como a França ou a Itália, não é algo original nem espontâneo, e sim, pelo menos em parte, um fato político, fruto da imposição a todos os membros de um Estado, pelo poder político, de uma língua falada apenas numa porção deste Estado, com a conseqüente decadência dos dialetos e das línguas originais”. A precariedade dos critérios “objetivos” usualmente apresentados, permite concluir que “a Nação não passa de uma entidade ideológica, isto é, do reflexo na mente dos indivíduos de uma situação de poder” [qual seja, o Estado Nacional], conclui Rossolillo. (ROSSOLILLO apud SUIAMA, 2003)

Magalhães (2011) apresenta que a formação do Estado Moderno depende da intolerância religiosa, social, cultural. Trata-se de negar a diversidade para criar um conceito de nacionalidade que possibilite a manutenção do elo entre os indivíduos. Será essa negação do diferente uma das maiores causas da violência na

modernidade e contemporaneidade. A padronização, a imposição de aproximação entre os pretensamente iguais e a exclusão dos diferentes importará na dicotomia que regulará a formação do estado moderno: nós *versus* os outros. Suiama analisa a importância da formação do eu, ou “nós” *versus* o “outro” e a naturalização desse processo:

Um dos mais poderosos recursos de que se vale a ideologia é a naturalização das divisões sociais e a criação da figura do outro, por oposição ao sujeito produtor do discurso. Diversamente do que o discurso dominante quer fazer crer, a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas. Não obstante, estamos acostumados a dizer que alguém é bandido, estrangeiro, louco, homossexual, índio ou negro, e achar que todas essas classificações são naturais e eternas. Não há nada de natural nelas, porém. (SUIAMA, 2003)

Nesse universo de negação da diferença e no embate “nós” *versus* o “outro” residirá o desrespeito às garantias fundamentais. Jacques Sémelin (2009) observa em sua análise sobre o uso político dos massacres e dos genocídios a importância do citado embate. É indiscutível a evolução histórica da ciência jurídica quanto à garantia de direitos aos indivíduos. Entretanto, nos massacres e com o uso político desses, será de vital importância retirar, excluir, desconstruir a humanidade do outro. O inimigo não é humano, assim como os loucos, bandidos, estrangeiros, índios ou negros. Cria-se uma imagem de normalidade – essencialmente branca, ocidental e dominante – e, aqueles afastados dessa normalidade terão sua humanidade relativizada ou excluída. Se, conforme Sémelin, nos genocídios a humanidade do inimigo é excluída, criando processos de ódio extremo, pode-se inferir que na formação dos estados modernos houve uma relativização da humanidade do estrangeiro. O estado moderno utilizou-se desses pressupostos, através da negação da diferença, criando o nacional e o estrangeiro ou o evoluído ocidental e o subdesenvolvido oriental, indígena, negro, hipótese que também marcará a formação dos estados latino-americanos.

## **2.2 Negritude e América Latina – Formação dos Estados Latino-americanos**

A formação dos estados na América Latina seguirá a mesma ótica daquela anteriormente apresentada, quanto à formação dos estados nacionais na modernidade europeia. Nesse sentido é próximo o posicionamento de Tocqueville

(1998) e José Luiz Quadros de Magalhães. Magalhães (2011), quanto à formação do Estado Nacional apresenta a necessidade de criação e imposição de uma nacionalidade, que aproximará os indivíduos. Em mesma linha, analisando a experiência na América, Tocqueville (1998) apresenta que o mestre – estado moderno – não mais indica como os indivíduos devem pensar. Esses indivíduos têm liberdade de pensar de forma contrária às imposições do poder estatal. E, inclusive, o indivíduo tudo conservará, como sua vida e seus bens. Entretanto, pensando de forma distinta o indivíduo passará a ser considerado um estrangeiro e será diferenciado e excluído

Magalhães (2011) identifica como fator comum na formação dos estados latino-americanos o fato de terem sido construídos por parcela minoritária da população existente. Observa-se que serão os descendentes dos europeus que obterão o poder estatal com os processos de independência observados no decorrer do século XIX. Conforme Magalhães

[n]ão interessava para as elites econômicas e militares (masculina, branca e descendente de europeus) que os não brancos (os povos originários e os afro-descendentes), a maior parte dos habitantes, se sentissem integrantes, se sentissem partes do Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos), assim como milhões de imigrantes forçados africanos e de outras regiões do planeta, foram radicalmente excluídos de qualquer concepção de nacionalidade. O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

Nesse sentido, pode-se identificar uma proximidade entre o processo de formação dos estados latino-americanos. Serão seis elementos, que guardadas as devidas particularidades, são observados na formação desses estados, sendo: a existência de povos originários, a invasão dos europeus, o genocídio dos povos originários, a diáspora africana, a necessidade de abolição da escravidão por pressões internas/externas e a criação de uma nacionalidade baseada na exclusão.

A verificação da experiência brasileira permite a visualização do citado processo. Em um primeiro momento tem-se a existência dos povos originários, onde verifica-se a existência de três a cinco milhões de indivíduos no território hoje identificado como Brasil, que compunham diferentes grupamentos, como os caráibas, xavantes, tupis, jês e guaranis. Juntamente, pode-se verificar o segundo e

terceiro elementos da formação dos estados latino-americanos: invasão europeia e genocídio dos povos originários. Mediante processos de invasão falsamente apresentados sob o signo da descoberta, coube ao invasor europeu exterminar quase toda a população originária existente no território brasileiro e latino-americano. O papel europeu – violência, subjugação, desconstrução da identidade – era, inclusive, justificado e apresentado como um auxílio a esses povos. Nesse sentido, pode-se citar o intenso debate, conforme apresentado por Wallerstein (2007) entre Bartolomé de Las Casas e Juan Gines de Sepúlveda (1948). Apesar do surgimento de um importante expoente de defesa dos povos originários – Las Casas – restou a concepção da inferioridade desses dos povos originários e a obrigação europeia em encaminhá-los para uma pretensa evolução.

O quarto elemento será a diáspora africana. Trata-se do processo sócio-cultural que obrigou milhares de indivíduos do continente africano à deslocamentos forçados, para serem utilizados como mão-de-obra nos países de destino. No Brasil, os escravos foram basicamente utilizados na agricultura e na mineração, constituindo base do sistema laboral nos séculos XVII e XVIII (IANNI, 1988), sendo que tal processo pode ser observado em todo o território latino-americano.

O quinto elemento será a abolição da escravidão devido às pressões internas/externas. No caso brasileiro a abolição foi motivada pelas duas espécies de pressão. Internamente, cumpre destacar o papel desenvolvido por Joaquim Nabuco (2000) em sua concepção abolicionista. Entretanto, será a pressão da Inglaterra, através da ameaça de não mais realizar negócios com o país e a apreensão de navios negreiros que motivarão a Lei Áurea de 1888.

Por fim, o sexto elemento será a criação da nacionalidade baseada na exclusão em cada um os estados. Conforme apresentado por Magalhães (2011) não interessava às elites que passaram a dominar os estados latino-americanos posteriormente aos movimentos políticos do século XIX que os escravos e povos originários integrassem a nova ordem. No Equador e na Colômbia a população restou à margem dos benefícios oriundos dos movimentos de independência. No Brasil, entretanto, uma peculiaridade será observada. Apesar da exclusão dos escravos e povos originários as elites rezearam o afastamento absoluto. Ressalta-se que menos de 10% da população brasileira era composta por europeus ou descendentes desses. Tornou-se necessário, dessa forma, a criação de uma nacionalidade brasileira objetivando negar a diferença existente entre os povos

originários, ex-escravos africanos e os europeus. Se na Espanha, conforme trabalhado anteriormente utilizou-se a religião para oferecer uma proximidade e um sentimento de ligação entre os indivíduos, no Brasil foi utilizada a concepção de miscigenação. Gilberto Freyre identifica que (2004a; 2004b) a escravidão brasileira difere-se de qualquer outra experiência no mundo. Não apenas a escravidão, mas o movimento pós 1888 demonstra a unicidade do escravismo no Brasil. Percebe-se que, pela narrativa do autor há uma tentativa de desconstruir a imagem da escravidão como realidade calculada e essencialmente violenta. Para Freyre (2004a) a realidade do escravo brasileiro é diversa, existindo situações que esse escravo gozava, inclusive, de significativos benefícios. Desses benefícios será desconstruído o afastamento absoluto entre o senhor de engenho e o escravo, ou entre o branco e o negro. Sob essa concepção, o escravismo brasileiro será diverso daquele observado nos Estados Unidos da América, já que pretensamente inexistente no Brasil o explosivo embate racial estadunidense. Cria-se o povo brasileiro, formado e marcado pela miscigenação, afastando-se o embate entre brancos, negros e povos originários.

Ocorre que, esse processo de unificação/negação da diferença para formação dos estados nacionais teve seus movimentos contrários, sendo observado o surgimento das comunidades tradicionais negras. O estado nacional criado não considerava a participação dos ex-escravos e seus descendentes. Não apenas, as práticas sociais e culturais africanas não eram aceitas, ante a contrariedade à ideia de normalidade anteriormente construída e imposta. Coube então, a criação de locais de afastamento dessa normalidade, analisados em uma perspectiva materialista ou culturalista. Segundo Flávio dos Santos Gomes:

Em termos gerais, tanto as análises culturalistas como as materialistas apontaram os principais aspectos da formação dos quilombos [e das comunidades tradicionais negras] durante a escravidão sob o prisma de sua 'marginalização'. Para os culturalistas [...], aqueles que fugiam para os quilombos visavam a reconstruir as origens africanas da sua 'cultura'. Para os materialistas [...] os quilombos significavam, em última instância, a 'reação' coletiva contra a violência e os maus-tratos da escravidão. Nessas duas correntes, o aquilombamento aparecia como um processo que se dava quase fora da sociedade escravista, posto que a escravidão era um mundo que 'coisificava' socialmente o escravo. Seria no quilombo, enfim, num mundo fora da escravidão, que os escravos resistiram (cultural e materialmente) à dominação. Só dessa maneira os escravos puderam se tornar sujeitos de sua própria história. (GOMES, 2006, p.37)

A formação dos estados latino-americanos acompanhou a ótica utilizada na Europa, quanto à criação de uma nacionalidade, desconstrução de diferenças e identidades. Entretanto, processos contrários foram observados, dentre esses a formação das comunidades tradicionais negras. O processo de aquilombamento no Brasil e em outros países da América Latina continuou após os movimentos de abolição da escravidão e de independência dos estados. E, especificamente, o território, terra e propriedade terão especial condição para esses grupamentos sociais.

### **2.3 Terra, território e direito à propriedade**

Mediante considerações quanto à formação dos estados modernos, sob o prisma da América Latina e seu processo escravocrata, cumpre verificar a importância da terra, território e do direito à propriedade para as comunidades tradicionais negras. Essas comunidades surgem como reação à diáspora africana ao buscar reconstruir as bases culturais, sociais e econômicas anteriormente observadas no continente africano.

A proteção territorial das comunidades tradicionais negras depende da compreensão da evolução e modificações do instituto “propriedade”. Conforme apresentado por Santana (2008) a construção histórica da propriedade individual e patrimonial foi marcada por uma “sacralização” ou pretensos “direitos humanos à propriedade”. Nesse sentido, a propriedade conforme conhecida hoje é uma invenção da modernidade, decorrentes das profundas mudanças observadas na Europa Ocidental com o fim do período feudal. Macpherson (1991) observa que o conceito de propriedade modificou-se no período antigo, medieval e moderno. Haverá mudanças durante o período contemporâneo, onde se torna imperioso aproximar a concepção de propriedade com a realidade democrática vivida. Observa-se que a propriedade ganha e recebe forte influência do constitucionalismo moderno, que não é necessariamente democrático.

Basicamente, a contemporaneidade utiliza o princípio da dignidade da pessoa humana como principal arcabouço jurídico. Por tal princípio deve-se possibilitar aos indivíduos o pleno desenvolvimento físico, intelectual e psíquico, devendo os estados coibirem possíveis violações de direito. O pressuposto anteriormente apresentado – desenvolvimento físico, intelectual e psíquico – passa a residir como

embasamento para a proteção territorial das comunidades tradicionais negras considerando a existência de diferenças entre a noção de propriedade para as comunidades tradicionais e a sociedade.

Perante os processos de reconstrução da concepção da propriedade no entre feudalismo e a modernidade (CORTIANO JR., 2002) serão observadas sensíveis mudanças culminando na codificação do citado instituto (CANOTILHO, 2000). Na modernidade, o caráter patrimonialista da propriedade ganhará força sendo fortemente influenciado pelo liberalismo. Ocorre que, as comunidades tradicionais negras não possuem a mesma concepção quanto à propriedade se comparadas com os outros grupamentos sociais. O traço patrimonialista perde força quando consideradas a realidade das comunidades tradicionais. Nessas terras ocupadas pertencem aos grupamentos devido à ligação histórica observada. Aqueles locais significavam – e significam – uma tentativa de resistência quanto ao colonizador europeu. Trata-se de um local de negação do processo de escravidão sofrido, possibilitando o retorno às práticas sociais, religiosas e culturais que eram comuns ao continente africano, não aceitas no continente americano. Como exemplo, será naquele local físico onde os antepassados dos membros da comunidade foram enterrados que os indivíduos manterão o tradicionalismo e vínculos sociais.

Enquanto o traço patrimonialista da propriedade simplifica transações como compra, venda ou troca; a propriedade para comunidades tradicionais negras não significam uma gleba de terra qualquer. Apenas aquele espaço físico, marcado por traços históricos próprios garante ao grupamento a manutenção do tradicionalismo. O afastamento da coletividade tradicional negra daquele território significa a desconstrução dos elos com o passado, e paralelamente importa no rompimento da identidade coletiva. Dessa forma, a proteção territorial das comunidades tradicionais negras passa a ser observada como um mecanismo de manutenção e garantia do direito à vida, hipótese que passará a ser considerada pelos organismos de direito internacional.

Juntamente a concepção de proteção territorial das comunidades tradicionais, deve-se verificar a total capacidade dessas tomarem suas próprias decisões em temas de interesse. A territorialidade, desde logo, deve ser afastada da concepção de “museificação” que, ao reconhecer as diferenças entre grupamentos sociais enseja o total afastamento do grupamento dominante. Se, a falsa ideia de diferentes graus de evolução entre grupamentos sociais diversos é prejudicial ao contribuir

para desconstrução do direito à diferença; também é prejudicial a “museificação” eventualmente proposta para proteção das comunidades. Apesar da necessidade da proteção territorial tem-se como concepção norteadora das comunidades enquanto sujeitos de direitos, capazes de realizarem suas próprias escolhas.

### **3 DIREITO INTERNACIONAL E COMUNIDADES TRADICIONAIS NEGRAS**

Compreende o direito internacional como o conjunto de normas que regulam as relações entre os atores da comunidade internacional. Basicamente, os atores de direito internacional eram compreendidos como os estados, sendo que atualmente a doutrina passa a considerar determinadas organizações internacionais. (BOSON, 2000). Entre esse conjunto de regras que regulam a sociedade internacional, deve-se observar aquelas destinadas a proteção do indivíduo, gerando o direito internacional dos direitos humanos. Esse novo segmento organiza-se em uma modalidade global e regional de proteção, conforme critérios geográficos.

#### **3.1 O Sistema Global de Direitos Humanos – A Organização Internacional do Trabalho**

A Organização Internacional do Trabalho é uma das agências da Organização das Nações Unidas, sendo seu objetivo promover condições de trabalho decente e produtivo, com condições mínimas de liberdade, segurança, dignidade e equidade. Em 1999, a Organização formalizou o conceito de trabalho decente, como síntese de sua missão histórica. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011a). Conforme anteriormente apresentado a Organização desenvolverá importante papel para o movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Discute-se o fato ensejador da elaboração de instrumentos internacionais protetivos dos direitos dos povos tribais no âmbito da Organização que notoriamente é responsável pela promoção do trabalho decente. Ressalta-se, conforme anteriormente apresentado que a Organização é um dos pilares do movimento de internacionalização dos direitos humanos. A urgência da elaboração de normativas que protegessem os povos tribais motivou a discussão no âmbito da Organização a partir de 1950 materializando a Convenção n.º 107.

##### **3.1.1 A Convenção n.º 107**

A Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho foi denominada de Convenção sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes. Em primeiro plano toda a discussão deu-se na Conferência Geral da Organização

Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, em 5 de junho de 1957.

Logo em sua Parte I, a Convenção merece considerações. O artigo 1º tratará da aplicabilidade do instrumento e sua destinação aos povos. Estabelece, nesse sentido, que

1. A presente convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhe sejam peculiares ou por uma legislação especial;

b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes, que sejam considerados como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto levem uma ida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação à que pertencem.

2. Para os fins da presente convenção, o termo 'semitribal' abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integradas na comunidade nacional.

3 As populações tribais, ou semitribais mencionadas nos parágrafos 1º e 2º do presente artigo são designadas, nos artigos que se seguem, pela expressão 'populações interessadas'. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b, p.1)

O item 1, alínea "a" do artigo 1º indica que a Convenção será aplicada a *"membros de populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional"*. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b). Percebe-se que a Convenção não cita critérios de mensuração desse pretensão estágio de adiantamento. Não havia, nesse sentido, formas de verificar se a comunidade enquadraria ou não nessa perspectiva. Ainda que o fizesse, não há que se falar em estágios de adiantamento. Segundo Boaventura de Souza Santos (1997) nessa coexistência e co-relacionamento de diferentes culturas faz-se necessário compreendê-las como incompletas, não podendo, dessa forma, uma cultura encarar-se como perfeita, devendo as outras assimilar seus pretensos avanços.

As outras menções sobre a aplicabilidade da Convenção apontam para a necessidade da população ser regida total o parcialmente por costumes e tradições que lhe sejam peculiares ou por legislação especial. Não só, a Convenção refere-se

aos descendentes de povos autóctones que adotem instituições sociais, econômicas e culturais comuns a época da colonização.

Quanto à proteção territorial pode-se indicar que o posicionamento da Convenção não garante a totalidade de direitos necessários à manutenção da comunidade. Estabelece que o *“direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.”* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b). Sabe-se que as comunidades tradicionais ocuparam territórios que foram arbitrariamente invadidos, com suas dimensões sumariamente diminuídas. Nesse sentido, o citado artigo da Convenção estabelece que seja reconhecido o direito de propriedade, coletivo ou individual, dos membros das comunidades tradicionais. Não é feita nenhuma citação quanto às terras que foram invadidas e que as comunidades historicamente ocuparam e delas necessitam.

Em seu artigo 12º

1. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações.
2. Quando em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual a das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidades de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.
3. As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b, p. 1)

Em seu primeiro item, o artigo apresenta a necessidade do consentimento da comunidade quanto seu deslocamento dos territórios ocupados. Ora, o deslocamento da comunidade implica no desmembramento dos laços culturais do grupamento social. Deve-se considerar a diferença de concepção sobre posse, propriedade e a relação subjetiva com a terra que as comunidades tradicionais possuem. Naquele território as comunidades tradicionais negras estabeleceram uma forma de contato, ainda que ficto, com sua ancestralidade e com o continente africano. Abandoná-los significaria romper os laços culturais, afetivos e parentais existentes, causando a descaracterização e desfazimento da comunidade enquanto

grupamento social tradicional. Não só, o dispositivo ainda aponta para a possibilidade de deslocamento da comunidade desde que em *“conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações”* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b). É preocupante o sopesamento entre os interesses do Estado e a territorialidade da comunidade. Não há que se falar em interesse do desenvolvimento econômico ou segurança nacional ao tratar das terras e territórios tradicionais - elemento essencial para manutenção comunitária. Em sentido próximo tem-se os itens 2 e 3 do artigo em questão. Reitera-se o fato que o deslocamento de uma comunidade ainda que indenizado desfaz e descaracteriza os laços sócio-culturais existentes.

O artigo 13º apresentava direcionamentos sobre a transmissão dos direitos de propriedade e de disposição das terras. Nesse:

Artigo 13º

1. As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2. Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação à lei com o objetivo de adquirir a propriedade ou uso de terras pertencentes a essas populações. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011b, p.1)

Em mais uma oportunidade, percebe-se a presença da figura do desenvolvimento econômico e social. Propõe a Convenção que as modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e disposição das terras, estabelecidas pelos costumes das comunidades tradicionais serão respeitados, desde que tais modalidades não prejudiquem o desenvolvimento econômico da comunidade. Ora, deve-se retomar a concepção de Boaventura de Souza Santos (1997) quanto a co-existência e contato entre diferentes culturas. Não cabe a uma cultura apresentar-se como superior a outra, indicando procedimentos pretensamente corretos. Nesse sentido, inexistem mecanismos de avaliação para indicar se a modalidade de transmissão prejudicará o desenvolvimento econômico e social da comunidade, uma vez que não há sociedades e comunidades mais ou menos evoluídas social e economicamente. Nesse sentido, tornou-se imperioso a alteração da Convenção n.º 107, através da elaboração e aprovação do texto n.º 169.

### 3.1.2 A Convenção n.º 169

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, também conhecida como Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais consolida uma mudança de entendimento da Organização quanto às comunidades tradicionais. No preâmbulo, o texto reconhece a necessidade dos povos tradicionais assumirem o controle de suas próprias entidades, manter e fortalecer suas instituições, línguas e religiões, no âmbito dos estados que residem (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c). Essa alteração demonstra uma mudança de entendimento quanto às comunidades tradicionais enquanto atores capazes de realizarem escolhas próprias. Anteriormente, era perceptível a concepção de um atraso dessas comunidades, sendo necessária uma integração civilizatória. Com a Convenção n.º 169 não se discute mais a capacidade das comunidades, sendo reconhecido o direito à diferença como cerne de toda a discussão.

Logo, a aplicabilidade da Convenção em vigor, apresenta diferenças quanto à Convenção anterior. Dispõe o artigo 1º que

1. A presente convenção aplica-se:
  - a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
  - b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.
3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p.1).

O ponto de partida para se discutir a aplicabilidade serão as diferenças entre condições sociais, culturais e econômicas apresentadas pelas comunidades tradicionais comparadas com outros setores da sociedade. Ademais, foi inserido no texto o instituto da auto-afirmação como critério básico para a determinação, sendo excluído a concepção de estágios de adiantamento, apresentado na Convenção n.º 107 e anteriormente discutido.

As disposições referentes à proteção territorial das comunidades estarão presentes na Parte II, entre os artigos 13 a 19. A primeira disposição sobre essa proteção desconstrói uma série de pré-concepções existentes na ciência jurídica. Estabelece o artigo 13, item 1:

Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

O texto normativo internacional abandona a ideia de atraso social até então existente. Ainda, aponta aos estados a necessidade de observar e respeitar a importância especial que os territórios possuem para as comunidades tradicionais, ressaltando os aspectos coletivos dessa relação. Dispõe o item 2 do artigo 13 que a utilização do termo “terras” nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, que são a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma forma. Trata-se de todo espaço físico necessário para o desenvolvimento social, cultural, político e econômico da comunidade. Neste, a *“utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”*. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c).

O artigo 14 determinará a necessidade dos estados respeitarem as terras ocupadas pelas comunidades tradicionais e as medidas especiais a serem adotadas na outorga desses espaços físicos. Observa-se que a parte final do item 1 estabelece a necessidade dos estados em salvaguardar o direito das comunidades tradicionais em utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas mas que, em algum momento tenha sido utilizadas para desenvolvimento de atividades tradicionais e de subsistência. Dessa forma:

Artigo 14 - 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

O artigo 14, itens 2 e 3 determina a necessidade dos estados adotarem medidas necessárias para delimitar as terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades e instituírem procedimentos adequados no sistema jurídico nacional para solucionar o conflito de interesses que surgir face à disputa pelas terras, onde:

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

Quanto à proteção de recursos naturais, o artigo 15 disporá que as comunidades tradicionais deverão ter seus direitos sobre os recursos existentes em suas terras especialmente protegidos. Não só, estabelece a necessidade das comunidades participarem na utilização, administração e conservação desses recursos. Dessa forma:

Artigo 15 - 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado à propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c).

Apesar dos avanços no item 1 em garantir a participação das comunidades na utilização, administração e conservação dos recursos mencionados, o item 2 não apresenta sensível retrocesso. Nesse, será estabelecido que caso pertença ao Estado a propriedade dos recursos do subsolo existentes nas terras das comunidades tradicionais, os governos deverão estabelecer procedimentos com vistas a consultar os povos, a fim de determinar o grau de prejuízo que a exploração ocasionará. Ponto comum nessa Convenção é o estabelecimento de consulta prévia às comunidades tradicionais em todos os temas, direcionamentos e ações por parte

dos estados que as afetem. Ora, entende-se que não só a consulta prévia deveria ser estabelecida, mas também o impedimento da exploração dos recursos do subsolo caso a comunidade não concorde com essa prática. Percebe-se que persiste uma maior proximidade da Convenção em relação aos interesses estatais – aqui específicos na exploração dos recursos do subsolo. As indenizações equitativas a serem pagas pelos estados às comunidades não garantem a necessária proteção.

A impossibilidade de traslado dos destinatários da Convenção de suas terras é estabelecido pelo item 1 do artigo 16. Nesse, “*com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam*”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c). As excepcionalidades para mudança serão definidas pelo item 2 de forma imprecisa:

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

Estabelece a Convenção que o traslado e reassentamento dos povos poderá ser realizado desde que esses consentam mediante consulta prévia. Noutro ponto, caso esse consentimento inexista, o traslado poderá ser feito, desde que sejam concluídos procedimentos estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes e consultas públicas, quando apropriado. Observa-se a imprecisão do presente dispositivo ao não estabelecer as situações que são consideradas motivadoras e necessárias para o reassentamento e traslado dos povos.

Por fim, os itens 3, 4 e 5 irão tratar da possibilidade de retorno dos povos às terras originárias. Nesses:

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas

necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

Determina o item 3 que os povos retornarão aos territórios tradicionais, assim que cessarem as causas motivadoras da mudança. Noutra ponta, caso o retorno não seja possível os povos receberão terras cuja qualidade seja pelo menos igual àquelas que ocupavam anteriormente. Deve-se discutir qual a efetividade desses dois dispositivos. Em um primeiro ponto, é certo o impacto na comunidade da separação de suas terras originárias. Nesse mesmo sentido, receber outras terras de mesma qualidade não significa observância entre a especial relação existente entre comunidades tradicionais e territórios. Ora, é sabido que tais territórios significam um *locus* mantenedor com os costumes e práticas adotadas pela comunidade. O reassentamento e a destinação de terras em mesma qualidade para a comunidade desintegram os laços criados com esse território.

O artigo 17 direcionará a necessidade de respeito pelo estado das modalidades de transmissão dos direitos sobre as terras adotadas pelas comunidades. Em mais uma oportunidade percebe-se o instituto da consulta livre e prévia as comunidades quando for discutida a alienação das terras ou transmissão de seus direitos de proprietárias àqueles estranhos a comunidade.

O artigo 18 tratará das sanções a serem impostas àqueles estranhos a comunidade, quando sem autorização buscarem esbulhar ou turbar. Resta estabelecido que os estados deverão prever sanções apropriadas a estes, cabendo aos governos adotarem medidas que impeçam tais infrações. Por fim, o artigo 19 definirá a mecanismos a serem desenvolvidos pelo estado para o etnodesenvolvimento da comunidade. Cumpre ressaltar a disposição da alínea “a” do referido artigo que dispõe sobre a possibilidade de ampliação das terras caso reste demonstrado um crescimento numérico-demográfico dos membros. Nesse:

#### Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;

b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1).

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho apresentará significativos avanços em relação à Convenção n.º 107. Esta passa a ser considerada como a mais evoluída normativa internacional protetiva de direitos humanos em relação às comunidades tradicionais. Não apenas, ela passará a ser utilizada perante os sistemas regionais, como o interamericano, a ser posteriormente analisado.

### **3.2 O Sistema Americano de Direitos Humanos**

Discutiu-se anteriormente a medidas adotadas e o atual posicionamento da Organização Internacional do Trabalho, órgão integrante da Organização das Nações Unidas. Historicamente, juntamente ao sistema global de proteção de direitos humanos, surgirão também os sistemas regionais. No caso em voga, merece especial atenção o Sistema Interamericano. Tal sistema possui como principal instrumento normativo a Convenção Americana de Direitos Humanos, que criou e definiu a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2007, p.231). também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção foi assinada em 1969, entrando em vigor a partir de julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado por um país membro da Organização dos Estados Americanos.

Verifica-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos aproxima-se das disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Conforme apresentado por Flávia Piovesan (2008, p. 236) podem ser destacados o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, liberdade, justo julgamento e garantias judiciais, proibição de escravidão, privacidade, religião e consciência, liberdade de pensamento, direito à resposta, liberdade de associação, nacionalidade, dentre outros diversos. Não há presente na Convenção, a delimitação de direitos sociais, culturais, ambientais, culturais ou econômicos específicos. Entretanto, percebe-se a determinação positiva para que os Estados partes busquem o desenvolvimento progressivo, nos termos do artigo 26 da citada Convenção. Nesse sentido:

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 1)

Percebe-se a existência, nesse sentido, de obrigações positivas e negativas aos Estados, conforme Thomas Buergenthal citado por Flávia Piovesan. (PIOVESAN, 2007, p.237). Como exemplo, o estado tem a obrigação – negativa – de não utilizar o trabalho escravo. Não apenas, há também a obrigação – positiva – em assegurar que medidas internas são e serão tomadas para evitar a utilização do trabalho escravo em seu território. A dicotomia *obrigação positiva* e *obrigação negativa* merecerá especial atenção quando observada a proteção territorial das comunidades tradicionais negras na América Latina. O artigo 21, da Convenção Americana dispõe que,

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 1)

Seguindo a lógica do exemplo anteriormente apresentado, um estado tem a obrigação – negativa – de não privar seus cidadãos do uso e gozo de seus bens. Entretanto, há também para esse estado parte a obrigação – positiva – em assegurar o direito à propriedade privada balizada pelo interesse social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Observa-se a importância do artigo 21 da Convenção Americana na fundamentação dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Juntamente com a Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi definida pela Parte II da Convenção Americana de Direitos Humanos e é composta por sete membros com reconhecido conhecimento em direitos humanos. A função primordial da Comissão reside em promover a observância e defesa dos direitos humanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 1). Ademais,

existem diferentes atribuições, tais como estimular a promoção e consciência de direitos humanos e elaborar recomendações para os estados. Importante atribuição tratará sobre o exame de comunicações/petições que contenham denúncias relativas à proteção desses direitos. Conforme apresentado por Flávia Piovesan (2007, p. 243) ao receber uma petição, a Comissão verifica inicialmente a presença dos requisitos de admissibilidade, conforme artigos 46 e 47 da Convenção. Havendo, esta solicitará informações junto ao governo referente às denúncias. Com o recebimento de tais informações ou não respeitado o prazo para resposta, iniciará a análise da Comissão dos fatos motivadores da petição. Não havendo o arquivamento do feito, caberá a Comissão realizar a análise fática do caso.

Desse ponto, observa-se a função conciliadora da Comissão, perante o denunciante e o estado. Se alcançada a conciliação, será encaminhado um informe destinado ao denunciante, estados e à Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Entretanto, caso uma solução amistosa não seja possível, caberá a Comissão realizar um relatório, com fatos, conclusões, eventuais violações da Convenção Americana e possíveis recomendações. Durante três meses, caberá ao Estado promover o cumprimento das recomendações realizadas. Não o fazendo, o caso será encaminhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Americano. Em síntese, composta por sete juízes dentre os de reconhecida competência no âmbito dos direitos humanos, duas são suas atribuições essenciais, conforme Hector Fix-Zamudio (FIX-ZAMUDIO, 1991, p. 177). A atribuição consultiva reflete a interpretação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como disposições de tratados referentes à tais direitos. A segunda atribuição reflete sua natureza jurisdicional, ante as soluções de controvérsias havidas entre um denunciante e um Estado.

Em sua atribuição consultiva, a Corte possibilita significativo avanço na interpretação dos tratados e instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos. Nesse sentido, conforme Pasqualucci (2003, p.328) a Corte se afasta de interpretações estáticas dos preceitos normativos da Convenção. Cita-se, como exemplo, a diferenciação entre os tratados de direitos humanos e os outros tratados, ao apresentar como objetivo daqueles a proteção aos direitos mais básicos para o homem. Em sua atribuição jurisdicional, deve-se ressaltar que a competência da Corte será limitada ao expresse reconhecimento do estado, conforme artigo 62. Esse disporá que

Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 1)

Não somente, apenas os estados e a Comissão Interamericana podem submeter casos para a Corte, sendo excluído os indivíduos, organizações, grupos ou entidades da sociedade civil. Entretanto, conforme o artigo 23 do Regulamento da Corte é possível a representação de vítimas ou familiares nas fases procedimentais posteriores ao recebimento inicial da demanda. É respeitável a opinião de Cançado Trindade quanto à atribuição jurisdicional da Corte Interamericana. Nesse sentido

Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes - as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos - não 'substituem' os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificara sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. (CANÇADO PIOVESAN, 1993, p.33)

Uma vez realizadas as devidas considerações sobre o Sistema Americano de Direitos Humanos, cumpre analisar a proteção das comunidades tradicionais negras perante tal sistema. Até outubro de 2011, seis casos tramitavam perante a Corte e tratavam da proteção territorial de comunidades tradicionais negras e indígenas na América, sendo *Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua*, *Moiwana versus Suriname*, *Yakye Axa versus Paraguai*, *Xákmok Kásek versus Paraguai*, *Sawhoyamaxa versus Paraguai* e *Saramaka versus Suriname*. Observa-se que o sistema interamericano passou a tomar decisões sistemáticas quanto à proteção territorial dos povos originários e comunidades tradicionais negras. A jurisprudência continuará a desenvolver-se, uma vez que existem aproximadamente 70 casos em tramitação. A jurisprudência oferecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstrará o entendimento quanto a proteção territorial das comunidades tradicionais negras por esse órgão. Deve-se ressaltar que alguma dessas comunidades não são povos tradicionais negros, mas povos originários. (DULITZKY, 2010). Em virtude da aproximação teórica oferecida pelos juízes no caso *Saramaka versus Suriname*, torna-se imperioso a análise desses casos.

No caso *Saramaka versus Suriname* a Corte entendeu que o povo Saramaka é uma comunidade tribal. Para alcançar essa conclusão a Corte verificou as características culturais, econômicas, sociais da comunidade são distintas de outros setores da coletividade. Nesse sentido, segundo a Corte:

A corte considera que os membros do povo Saramaka compreendem uma comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas são diferentes de outros setores da comunidade nacional, devido a relação especial existente com seus territórios ancestrais e por se auto-regularem, pelo menos de forma parcial, através de suas próprias normas, costumes e tradições. Conseqüentemente, a corte procederá a analisar se, e em que medida, os integrantes dos povos tribais requerem certas medidas especiais que garantam o pleno exercício de seus direitos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 1, tradução nossa)<sup>4</sup>

A relação especial com os territórios ancestrais e a regulação de próprias normas, regras e costumes serão os argumentos utilizados pela Corte para aplicar sua jurisprudência relativa aos povos originários aos povos tradicionais negros. (DULITZKY, 2010). Sustentou a Corte que:

A jurisprudência da Corte quanto o direito de propriedade dos povos indígenas é também aplicável aos povos tribais dado que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintas, incluindo uma relação especial com seus territórios ancestrais, que requer medidas especiais conforme o direito internacional dos direitos humanos, visando garantir a sobrevivência física e cultural do citado povo. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 1, tradução nossa)<sup>5</sup>

A proteção territorial dos povos originários deu-se a partir do reconhecimento de particularidades culturais e a especial relação com a terra. Conforme o caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua*, a Corte entendeu que há uma tradição cultural entre os indígenas relativa à propriedade coletiva da terra.

---

<sup>4</sup> La Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

<sup>5</sup> La jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.

Esses entendem que a terra não pertence a um indivíduo, e sim a coletividade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001). Não apenas, no julgamento do caso *Yakye Axa* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a) e *Sawhoyamaxa* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b) a Corte considerou que os territórios não correspondem apenas a um meio de subsistência para as comunidades, mas também um elemento integrante da cosmovisão, religiosidade e identidade cultural. Dessa forma, percebe-se a relação intrínseca existente entre os integrantes da comunidade e o território, de tal forma que o afastamento significaria uma perda étnica e cultura, com conseqüente desmantelamento daquela coletividade.

Concluindo pela possibilidade de aplicação do artigo 21 da Convenção Americana, no caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua* a Corte determinou que deva ser realizada uma interpretação extensiva do artigo, uma vez que o especial significado da propriedade coletiva para as comunidades preserva sua identidade cultural, possibilitando a transmissão para as futuras gerações da comunidade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000). A não proteção dos direitos territoriais ameaçaria o livre desenvolvimento e a transmissão da cultura e práticas tradicionais da comunidade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a). Conforme apresentado por Dulitzky (2010) será a partir do ano de 2005 que a Corte realizará uma extensão dos princípios aplicados aos povos indígenas a determinadas comunidades rurais afrodescendentes, definindo-as como povos ou comunidades tribais, conforme conceito oferecido pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Nos anos próximos a 2005, os postulantes, as medidas da Corte e os votos dos juízes, passam a realizar uma ligação entre as comunidades tradicionais negras e a Convenção n.º 169. O caso *Saramaka* pode ser apresentado como marco, uma vez que a Corte considerou expressamente que sua jurisprudência relativa aos povos originários é aplicável as comunidades tradicionais negras que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintas de outros setores da coletividade, incluindo uma relação especial com o território ancestral, requerendo medidas especiais para garantir sua superveniência física e cultural (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

Em que pese as evoluções geradas pela Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deve-se ressaltar o retrocesso quanto a inexistência de texto

normativo específico em relação aos povos e populações originárias, autóctones ou afrodescendentes na América. Em larga escala o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos é utilizado como arcabouço teórico para a proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Determinadas sentenças citam a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, órgão integrante do sistema global de direitos humanos. Entretanto é esperado um tratado internacional relativo à proteção territorial de comunidades tradicionais negras e formatado pelos estados do Sistema Interamericano.<sup>6</sup> Apesar da inexistência dessa normativa própria ao sistema interamericano Christof Heyns e Frans Viljoen citados por Flávia Piovesan indicam os benefícios da coexistência entre um sistema internacional e regional de direitos humanos:

Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que tem os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações.” (HEYNES; VILJOEN apud PIOVESAN, p. 230)

Se aplicada a linha argumentativa de Heyns e Viljoen para a realidade das comunidades tradicionais negras no sistema regional americano, dois são os benefícios: a) há uma maior proximidade histórica entre os estados uma vez que praticamente todos os estados da América Latina vivenciaram a diáspora africana, e; b) por essa proximidade é esperado que países acompanhem a evolução normativa de seus vizinhos em um sistema regional.

Mediante a análise de jurisprudência realizada por Dulitzky (2010) verifica-se que o posicionamento da Corte, através de seus magistrados, acompanha diretamente as disposições da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. O maior avanço proporcionado é a determinação que os estados protejam o território das comunidades tradicionais negras, sendo indicado para a Nicarágua, Suriname e Paraguai.

---

<sup>6</sup> Percebe-se, desde 2009, a discussão perante a Organização dos Estados Americanos quanto a elaboração de um projeto de proteção aos povos autóctones, originários e tribais na América Latina.

## **4 COMUNIDADES TRADICIONAIS NEGRAS E AMÉRICA LATINA – A REALIDADE NO BRASIL, COLÔMBIA E EQUADOR**

Mediante a análise do conceito contemporâneo de direitos humanos, a realidade de formação do estado moderno na América Latina, a formação e existência de comunidades tradicionais e sua relação especial com a terra, observa-se a especial atenção direcionada pelos sistemas regional e internacional protetivos de direitos humanos. Cumpre, nesse sentido, verificar o posicionamento de determinados países da América Latina – Brasil, Colômbia e Equador - quanto a proteção territorial de comunidades tradicionais negras. Considerando a especial atenção oferecida ao estado brasileiro no presente trabalho, cumpre verificar pontos de destaque na história do país.

### **4.1 Brasil**

A República Federativa do Brasil é o maior país da América Latina, com uma população de 190.755.799 habitantes e extensão territorial 8.502.728,269 km<sup>2</sup>. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2011). Quando invadido pela coroa portuguesa estima-se que o território era habitado por 2.000.000 de indivíduos. A população dos povos originários era formada por grandes nações, compostas por grupos étnicos dentre os quais se destacavam os tupis-guaranis, macro-jê e aruaque. (JUNQUEIRA, 1991). Com a chegada da frota portuguesa comandada por Pedro Álvares Cabral, a Coroa realizou um verdadeiro genocídio dos povos que aqui habitavam.

A colonização do território ganha força a partir de 1534, quando Dom João III decide dividir o território em 12 capitanias hereditárias. Entretanto, já em 1549 a proposta de divisão já enfrenta problemas e resta decidido que um governador-geral administraria toda a Colônia. Na metade do sec. XVI o açúcar torna-se o mais importante produto de exportação brasileiro. O alto preço do produto na Europa, além do clima propenso nas terras brasileiras possibilita que tal produto seja identificado como o de maior importância para a colônia. Nessa mesma época observar-se-á a crescente necessidade de mão-de-obra para a produção açucareira, motivando o tráfico negreiro e a adoção da escravidão como regime de trabalho no território brasileiro. Ao final do sec. XVII o açúcar começa a perder força no cenário internacional e, em outro pólo a descoberta do ouro, principalmente na atual região

de Minas Gerais, possibilita a manutenção do sistema colonial desenvolvido. Tal descoberta indica a manutenção do sistema escravocrata, perpetuando o tráfico negreiro. (PILLETI, 1999).

Será no século XIX que diversas mudanças políticas e econômicas serão fortemente observadas no Brasil. Segundo Theodoro

O Brasil já em 1808 passa de Colônia a reino integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves. A fuga estratégica da Família Real e sua Corte para o país, deixando Portugal às tropas napoleônicas, marcou definitivamente nossa história. Detendo a nova capital do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, que se transferira de Lisboa para a cidade do Rio de Janeiro, o Brasil vai trilhar um novo período em sua história, consolidando-se como o país de mais vasta extensão territorial das Américas, por mercê da presença de um governo central forte que soube garantir e preservar as alianças com as elites locais estabelecidas. (THEODORO, 2008, p. 19)

Nesse século, o negro possuía papel central no sistema econômico-financeiro brasileiro. Por ora, como escravo, era responsável pelo sustento da economia agro-exportadora, baseada fortemente no café, cana-de-açúcar e algodão. Não apenas, sustentava também a economia minera-exportadora, através da exploração do ouro. Nas cidades, era responsável pela maioria dos serviços prestados através do artesanato, pequenos consertos ou serviços pessoais.

Nessa época, dois eventos serão de grande importância para a compreensão da resistência negra e a política de terras vigente. A Lei n.º 601/1850, chamada de Lei de Terras, é promulgada no mesmo ano em que é proibido o tráfico de escravos no estado brasileiro, através da Lei Eusébio de Queiroz. Entretanto, a Lei de Terras demonstra o conservadorismo da época, restringindo as possibilidades de acesso à terra em um período onde já era perceptível o fim do regime escravocrata e a adoção do regime de trabalho livre (THEODORO, 2008, p. 19). Dessa forma, percebe-se uma legislação que impede o acesso à terra para os escravos, ex-escravos e seus descendentes. Nesse sentido, segundo Delgado (2005, p. 29) a Lei de Terras acaba com qualquer possibilidade de transformação da mão-de-obra escrava ou ex-escrava em proprietários ou possuidores legítimos. Há, nesse sentido, uma clara movimentação do estado brasileiro para a exclusão da parcela da população negra que, invariavelmente, tornar-se-ia liberta em pouco tempo. É tentativa de manter nas fazendas, na condição de empregado/dependente o escravo que, impedido de adquirir terras verificará sua dependência e permanecerá no local.

Não apenas a Lei de Terras, mas também a Abolição da Escravidão desempenha papel fundamental simboliza a exclusão que o ex-escravo será submetido. O estado brasileiro é o último da América Latina a abolir o regime escravocrata, fortemente marcado por pressões internacionais. Não há, nessa Abolição qualquer iniciativa do estado em promover uma inclusão do ex-escravo na sociedade brasileira notadamente racista. Contrariamente, a silente abolição demonstrará em pouco tempo a concepção a ser adotada no estado brasileiro. A política de embaquecimento, através dos processos de imigração ganhará força nos dois anos posteriores a Abolição da Escravidão. Nesse sentido, segundo THEODORO (2008, p. 39)

O período mais intenso do processo de imigração foi o que ocorreu nos anos que se seguiram à abolição, 1888 a 1900, quando se observa a entrada de 1,5 milhões de imigrantes, em sua maior parte italianos, que se dirigiam ao estado de São Paulo e, os demais, ao então Distrito Federal. O governo subvencionou quase 60% do total de imigrantes que chegaram entre 1888 e 1915, sendo que, no período entre 1891 e 1900, essa taxa teria sido de 80%. (THEODORO, 2008, p.35)

Verifica-se com maior completude o quadro relativo à escravidão brasileira, sua abolição e situação do negro – escravo ou livre – nesse período. O regime escravocrata constituiu elemento básico do desenvolvimento econômico do país. Nos anos anteriores à escravidão, observa-se uma elite que já percebia a força da pressão internacional e o inevitável processo de libertação que viria a ocorrer. Para tanto, essa elite movimentava-se em torno de uma Lei de Terras de 1850 que busca restringir qualquer possibilidade do negro figurar-se como proprietário com o advento da abolição. O estado apoiará uma política de imigração sob a concepção que o ex-escravo seria uma categoria inferior para o trabalho assalariado, sendo necessária a vinda do trabalhador europeu. Com a abolição, todos os elementos da cultura negra, inclusive os quilombos – comunidades tradicionais negras brasileiras - foram silenciados e esquecidos, mediante a busca da construção de um projeto nacionalista desenraizado, simbolizado na República de 1891 e na eugenia, a construção de uma identidade nacional identificada com a mestiçagem.

Durante todo esse período a resistência negra foi diversa e contundente. Conforme Luna:

O negro, ao contrário do que se costuma afirmar, nunca se submeteu pacificamente à escravidão. De modo geral, reagiu pelos meios de que dispunha. Quando podia, a reação – individual ou coletiva – era violenta. No primeiro caso, foram muitos os crimes de agressão e homicídios cometidos por negros cativos; no segundo, estão as revoltas e os quilombos que a história da escravidão registra. A maioria dos escravos, em tempo algum, conformou-se com o regime de cativo. A fuga era freqüente no comportamento do negro escravo, desde que as primeiras levadas aqui chegaram. Fugiam, em grupos ou individualmente, homens, mulheres e crianças e internavam-se nos matos para formar quilombos. (LUNA, 1968, p. 36)

Revela-se, nesse sentido, a presença de movimentos negros de resistência que não aceitavam o regime imposto e o afastamento compulsório de suas terras natais. Formavam-se os quilombos, identificados sob duas correntes – culturalista e materialista – (GOMES, 2006, p.19). Certos das contribuições das duas correntes deve-se inserir o quilombo brasileiro em um processo de resistência dinâmico e plural. Nesse sentido, segundo Gomes

A idéia da resistência ganha novas dimensões a partir das lutas cotidianas. Não como uma categoria abstrata, ela encontra-se como produto e produtora de permanentes redefinições das políticas de domínio senhoriais e as percepções escravas. Seus significados se encontram nas transformações históricas das experiências concretas de luta, seja pelo enfrentamento aberto contra os senhores, como as insurreições, seja pela formação de comunidades de fugitivos, como os quilombos ou de outras inúmeras formas de protesto negro. Com dimensões históricas diversas, essas variadas formas de protesto só podem ser classificadas no emaranhado de significados adotados pelos seus agentes. (GOMES, 2005, p. 31)

As experiências dos espaços de resistência dos quilombos sempre fizeram parte da realidade brasileira. Nesse sentido, diversos instrumentos normativos buscam definir os quilombos durante o período escravocrata. Como exemplo, em 1741, a Provisão de 6 de março indicava a existência de um quilombo desde que reunidos cinco escravos. Não apenas, a Lei Provincial n.º 157 de 9 de agosto de 1848, do Estado do Rio Grande do Sul, entendia quilombo como a reunião no mato ou em qualquer lugar oculto de três ou mais escravos. Já a Lei n.º 236 de 20 de agosto de 1847, em seu artigo 12, da Assembleia Provincial do Maranhão indicava o escravo aquilombado aquele que esteja no interior das matas, com casa ou rancho. Trata-se de uma experiência recorrente na história brasileira, uma vez que a passividade do negro quanto à escravidão nunca existiu. Mesmo após a abolição

não houve mudanças sociais, hipótese que fortemente subsidiava a formação de novas comunidades tradicionais negras.

Atualmente, segundo a Fundação Cultural Palmares são cadastradas 1.711 comunidades quilombolas, com destaque para os estados de Pernambuco com 104 comunidades, Minas Gerais com 145 comunidades, Maranhão com 381 comunidades e Bahia com 380 comunidades. (FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES, 2011). É observável o crescimento mensal e anual do número de comunidades, sendo que de janeiro a agosto de 2011, 89 novas comunidades obtiverem a certificação pela Fundação. Ressalta-se o afastamento entre o número de comunidades existentes e cadastradas na Fundação Cultural Palmares. Dessa forma, conforme Daniel Sarmiento

Com efeito, **cadastradas na Fundação Cultural Palmares existem hoje mais de mil comunidades de remanescentes de quilombo, espalhadas por todo o país, e há estimativas de que este número possa passar de três mil**, o que envolve, por mais cautelosos que sejam os cálculos, centenas de milhares de pessoas, portadoras de identidade étnica própria, e quase todas extremamente pobres. (SARMENTO, 2008, p. 2, grifo nosso)

Será essencialmente nos últimos 20 anos, com a promulgação da Constituição de 1988 que o Brasil passará a reconhecer a existência de comunidades de remanescentes de quilombos. Cabe, nesse sentido, verificar a existência e possível evolução dos instrumentos normativos existentes, assim como o desenvolvimento de políticas públicas e a atual concepção da função jurisdicional brasileira na proteção territorial das comunidades tradicionais negras.

#### **4.1.1 Instrumentos Normativos**

Perante a legislação brasileira deve-se considerar as diferenças entre os dispositivos constitucionais e decretos. Os decretos são editados mediante iniciativa do poder executivo. Entretanto, nesse capítulo, passou-se a considerar todo e qualquer instrumento normativo que apresente direcionamentos quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras.

#### **4.1.1.1 Constituição da República**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei suprema do estado brasileiro. Promulgada em 5 de outubro de 1988 ela representa o fim do regime ditatorial que o país enfrentou desde 1964. Nesse ano, sob o comando de militares observou-se o início de restrições às garantias individuais. Basicamente, sob o conceito de segurança nacional e proteção contra ameaças internas e externas, o período ficou marcado pelo regime de exceção imposto, com a proibição da atuação de partidos políticos contrários ao regime, eliminação de toda e qualquer oposição mediante assassinatos, torturas e desaparecimentos forçados. Na década de 80 é desenvolvido o processo de redemocratização do país. Há um retorno das garantias individuais desconsideradas pela ditadura militar. Sob forte pressão popular, será a Constituição da República de 1988 que efetivará o fim do regime anteriormente observado. O texto normativo restou conhecido como a Constituição Cidadã, ante o retorno a um regime democrático marcado pela participação popular e limitação do poder estatal. Cumpre ressaltar a importância oferecida aos direitos humanos nesse texto constitucional. Tais direitos passam a ser considerados como alicerces da República Brasileira, somados às garantias individuais, participação política, proteção e garantia de direitos civis, políticos, sociais, culturais, ambientais e econômicos.

Quanto às comunidades tradicionais negras, identificadas no Brasil como comunidades quilombolas, a Constituição da República realiza duas menções. Inicialmente os artigos 215 e 216 irão tratar dos direitos culturais. Nesse ponto, realiza-se o tombamento de sítios detentores de reminiscências históricas dos quilombos. Em outro ponto, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias obriga o estado brasileiro a emitir o título de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos. Tais menções serão aprofundadas nos itens seguintes.

##### **4.1.1.1.1 Artigos 215 e 216**

Os artigos 215 e 216 da Constituição da República Federativa do Brasil compõem a Seção II – Da cultura, presente no Capítulo III do Título VIII. Deve-se

ressaltar que tais artigos não tratarão intimamente da proteção territorial das comunidades quilombolas brasileiras. Conforme o artigo 215:

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.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988)

Logo em seu primeiro parágrafo o texto constitucional define que o estado será responsável pela proteção de manifestações culturais afro-brasileiras, indígenas e de outros grupos que participaram do processo civilizatório nacional. Ora, nesse sentido, há por parte do estado brasileiro um reconhecimento da importância de grupos diversos na história do país. Não apenas, o segundo parágrafo acompanhará a concepção do anterior, ao indicar que a lei disporá sobre datas comemorativas de grande importância para segmentos étnicos distintos.

O artigo 215 apesar de não tratar da proteção territorial das comunidades tradicionais negras será de grande importância. Seus três parágrafos afirmarão a existência da pluralidade étnica brasileira desconstruindo uma falsa imagem de identidade nacional. Em outro ponto, o artigo 216 fará a menção expressa às comunidades quilombolas. Nesse:

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;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros,

vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (BRASIL, 1988)

O artigo 216 tratará do patrimônio cultural brasileiro e seus componentes, passível de plena proteção, pesquisa e fomento as diferentes formas de expressão e os diferentes modos de criar, fazer e viver. Se o artigo 215 reconhece a pluralidade no estado brasileiro o artigo 216 criará uma obrigação positiva de atuação estatal. Tal obrigação, entretanto, não estabelece as ações que serão desenvolvidas. Caberá ao artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a definição efetiva de uma ação mantenedora da pluralidade étnica ao tratar da proteção territorial de comunidades quilombolas.

#### **4.1.1.1.2 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Artigo 68**

O artigo n.º 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o estado emitir-lhes os títulos respectivos.” (BRASIL, 1988). Tal artigo é resultado de um intenso processo de embate não apenas à época da constituinte brasileira, mas também anterior à essa. Nesse sentido, segundo Alfredo Wagner de Almeida

Entendo o processo de afirmação étnica, referido aos chamados quilombolas não se desencadeia necessariamente a partir da Constituição de 1988 uma vez que ela própria é resultante de intensas mobilizações, acirrados conflitos e lutas sociais que impuseram as denominadas terras de preto, mocambos, lugar de preto e outras designações que consolidaram de certo modo diferentes modalidades de territorialização das comunidades remanescentes de quilombos. Nesse sentido a Constituição consiste mais no resultado de um processo de conquistas de direitos e é sob este prisma que se pode asseverar que a Constituição de 1988 estabelece uma

clivagem na história dos movimentos sociais, sobretudo aqueles baseados em fatores étnicos (ALMEIDA, 2005, p.17)

Conforme apresentado por Dimas Salustiano Silva (1997) a proposta presente no artigo 68 fora apresentada como emenda popular. Entretanto, havendo número inferior à cem mil assinaturas, coube ao Deputado Carlos Alberto Caó apoiado pela Deputada Benedita da Silva subscrever a proposta, que seria incluída na parte referente aos direitos e liberdades fundamentais. Entretanto, perante à Comissão de Sistematização a proposta foi modificada não sendo incluída na parte cabível. Sob a crença que se tratava de casos pontuais, a proteção territorial das comunidades quilombolas foi transferida para o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entre a data da promulgação e os dias atuais diversos foram os embates referentes o papel do estado brasileiro na proteção territorial dessas comunidades. Atualmente, no Brasil, além do artigo 68 da ADCT cabe ao Decreto n.º 4.887/2003 regulamentar o procedimento de titulação dessas terras. Tal Decreto é compreendido como a regulamentação da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que possui hierarquia de norma constitucional. Tal entendimento majoritário ainda enfrenta o descontentamento de diversos setores, dentre os quais citam-se latifundiários e grandes proprietários de terras.

#### **4.1.1.2 Decreto n.º 3.912/2001**

O Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001, regulamentava “as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos” (BRASIL, 2001). Apesar de sua revogação pelo Decreto n.º 4.887/2003 cumpre analisar seus direcionamentos quanto à proteção territorial das comunidades quilombolas, verificando a evolução do estado brasileiro na temática. Observa-se que, com o Decreto n.º 3.912/2001 a competência para início e término do processo administrativo de identificação das comunidades, além do reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário é da Fundação Cultural Palmares. Outros órgãos da administração pública federal e empresas, além do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Secretaria de Patrimônio da União, Ministério da Defesa

poderiam firmar convênios com a Fundação Cultural Palmares para consecução do objeto.

Importante ponto no Decreto em análise é a caracterização de comunidades quilombolas. Nesse sentido, o artigo 1º, parágrafo único dispõe que:

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que:  
I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e  
II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988. (BRASIL, 2001)

Dessa forma, apenas aquelas comunidades que ocupavam seu território em 1888 – data da Abolição da Escravidão no Brasil – e na data da promulgação da Constituição teriam direito sobre a propriedade. Essencialmente, a caracterização das comunidades quilombolas como proposto pelo Decreto n.º 3.912/2011 desconsidera os entendimentos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Seria reconhecida a propriedade sobre as terras das comunidades que estavam ocupadas em 1888 e em 5 de outubro em 1988 – data da promulgação da Constituição. Considerando que tal período deva ser ininterrupto, são aproximadamente 100 anos de posse da terra. Ora, conforme Beckhausen tratava-se de total descabimento, onde:

O prazo referido pelo Decreto acarretaria a necessidade de comprovar a ocupação por cem anos de qualquer terreno reivindicado. Até mesmo as normas que exigem prazos mais dilatados para a prescrição aquisitiva, como o usucapião previsto na Lei Substantiva Civil (artigo 550 do Código Civil), referem vinte anos. Em outras palavras: **se algum integrante de uma comunidade quiser ter o reconhecimento estampado na Constituição deverá provar cem anos de ocupação; se este mesmo integrante quiser adquirir o mesmo terreno, via usucapião, deverá provar vinte anos de ocupação** (BECKHAUSEN, 2001, p. 3-4, grifo nosso)<sup>7</sup>

Verifica-se que, conforme o direcionamento apresentado pelo Decreto as comunidades quilombolas deveriam atender maiores exigências que outros grupos. Há, nesse sentido, uma inobservância ao princípio da razoabilidade, violando os princípios constitucionais brasileiros (BECKHAUSEN, 2001). Tratando de tema em que a ciência jurídica depende de outras áreas do conhecimento, a definição

---

<sup>7</sup> Apesar da referência na citação sobre o art. 550 do Código Civil, ressalta-se a alteração de tal texto legal em 2002, um ano após a elaboração do texto pelo autor. Atualmente, no Código Civil de 2002 deve-se observar o art. 1.238.

apresentada pelo Decreto desconsidera os avanços da antropologia e da sociologia.

Nesse sentido:

[...] o Estado brasileiro estabeleceu critérios artificiais para a propriedade das terras, contribuindo para desqualificar análises antropológicas e sociológicas aplicáveis à identificação das comunidades e seus territórios e estabelecendo uma situação de total incompatibilidade entre as categorias “oficiais” de classificação e à realidade das comunidades remanescentes de quilombos. (CALDAS; GARCIA, 2007)

Não só, as disposições do Decreto desconsiderariam a legislação internacional referente ao tema. Ressalta-se que o Decreto em questão foi publicado em 10 de setembro de 2001. Em 27 de junho de 1989 era adotada em Genebra a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. O Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto desta Convenção em 20 de junho de 2002, sendo que o governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto ao diretor executivo da Organização Internacional do Trabalho em 25 de julho de 2002. Considerando o artigo 38 da citada Convenção, em 25 de julho de 2003 o texto entrou em vigor no Brasil. As definições de comunidades apresentadas pelo decreto brasileiro eram frontalmente contrárias aos direcionamentos da normativa internacional que entraria em vigor brevemente.

Logo nos primeiros artigos, a Convenção Internacional demonstrará a incompatibilidade do Decreto n.º 3.912/2001. Segundo o artigo 1º, 1, ‘a’, da Convenção:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1)

A definição de povos tribais em países independentes considera as distinções de condições sociais, culturais, econômicas entre tais grupamentos e os outros setores da coletividade nacional, além da utilização de uso e costumes tradicionais. Não há, diferentemente do decreto brasileiro, a imposição de um critério temporal, restrito ao fim de um período escravocrata ou da promulgação de um texto constitucional vigente. Não apenas, a condição de posse durante 100 anos sobre as

terras a serem tituladas e a modalidade de usucapião adotada pelo governo brasileiro, significaria uma diferenciação negativa e prejudicial da comunidade quilombola. À época, seria possível o usucapião de propriedade imóvel mediante incontestada posse durante 20 anos, enquanto a comunidade quilombola deveria demonstrar 100 anos para a titulação de suas terras. Trata-se de imposição normativa do estado brasileiro que contraria a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 2º, 2, a, onde:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

**a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;** (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1, grifo nosso)

Tais fragilidades demonstraram a necessidade de novo posicionamento do estado brasileiro. Conforme Lúcia Mendonça Morato de Andrade citada por Andressa Caldas e Luciana Garcia (2007), a inexistência de critérios reais e possíveis para os territórios das comunidades esvaziou a competência da Fundação Cultural Palmares. Essa regularizava apenas as comunidades que estivessem sobre as terras devolutas desobstruídas da União. Com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para a Presidência em 2003, o poder executivo criou Grupo de Trabalho com a finalidade de rever as disposições do Decreto. Tal grupo, composto pelos Ministérios, além da Advocacia Geral da União e três representantes das comunidades quilombolas concluiu o trabalho oferecendo subsídios para o Decreto 4.887/2003.

#### **4.1.1.3 Decreto n.º 4.887/2003**

O Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003 é responsável por regulamentar *“procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que se trata o art. 68 do ADCT.”* (BRASIL, 2003). A data da emanção da ordem tem especial significado para a comunidade brasileira.

Comemora-se, anualmente, em 20 de novembro o Dia da Consciência Negra. Ademais, o Decreto n.º 4.887/2003 significou importante avanço na proteção territorial das comunidades quilombolas. Pode-se afirmar que o citado Decreto contribui em diversas temáticas relativas à proteção territorial das comunidades quilombolas, a serem posteriormente analisadas.

#### **4.1.1.3.1 Definições sobre as comunidades**

Quanto às definições sobre as comunidades o decreto apresenta que

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para fim deste decreto, grupos étnicos raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.” (BRASIL, 2003)

Devem-se observar os elementos presentes na legislação brasileira quanto à definição das comunidades quilombolas. Inicialmente temos a presença da auto-atribuição, seguindo os entendimentos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Apenas o membro de uma comunidade, mediante compreensão das peculiaridades em relação aos outros setores da sociedade pode se identificar como quilombola. Nesse sentido, resta afastada a possibilidade de identificação externa e realizada mediante imposições.

Percebe-se ainda a necessidade de relações territoriais específicas, refletindo a diferença de percepção existente entre as comunidades tradicionais negras e os outros setores da coletividade. Não há, nesse sentido, a compreensão do território enquanto mercadoria, passível de comercialização puramente monetária. O território é para a comunidade quilombola o elemento que possibilita a manutenção da coesão entre os indivíduos. Deve-se ressaltar a proximidade desse elemento do Decreto n.º 4.887/2003 com a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Por fim, percebem-se os elementos da presunção de ancestralidade negra relacionada à opressão histórica sofrida e trajetória histórica própria. Essa trajetória própria será diretamente relacionada à diferenciação social, cultural e política entre a comunidade tradicional negra e os outros setores. Já a presunção de ancestralidade

relacionada a opressão histórica corresponde a vivência da diáspora africana cometida entre os séculos XVII e XIX.

#### 4.1.1.3.2 Territorialidade e alcance de terras

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 2º serão os responsáveis pela definição quanto o alcance das terras a serem tituladas das comunidades quilombolas brasileiras. Nesse sentido:

Art. 2º [...]

[...]

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental. (BRASIL, 2003)

As terras ocupadas serão aquelas utilizadas para a garantia da reprodução social, física, econômica e cultural. Não só, na mediação e demarcação das terras devem ser considerados critérios apresentados pela própria comunidade. Há, nesse ponto, uma convergência da legislação brasileira com a normativa internacional concernente ao tema. Nesse sentido, indicou a Organização Internacional do Trabalho que:

Artigo 14 –

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c)

Trata-se de necessária verificação que as terras correspondem a um elemento especial que possibilita a reprodução física, social, econômica e cultural

das comunidades tradicionais. Afasta-se o paradigma essencialmente patrimonialista da propriedade, entendendo essa como uma mercadoria, apenas. Não só, a consideração de critérios de territorialidade a serem indicados pela comunidade indica a concepção vanguardista do Brasil em um ponto da titulação. Com tal determinação normativa, afasta-se a possibilidade de uma titulação onde serão consideradas apenas as indicações pelos setores técnicos responsáveis pelo procedimento.

#### **4.1.1.3.3 Participação dos integrantes das comunidades**

Importante consideração do Decreto n.º 4.887/2003 é a garantia de participação aos integrantes das comunidades quilombolas no procedimento administrativo responsável pela titulação das terras. Nesse sentido, conforme o artigo 6º do Decreto n.º 4.887/2003:

Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados. (BRASIL, 2003)

Tal disposição da legislação brasileira acompanha o direcionamento apresentado pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. A parte II da citada Convenção trata essencialmente da proteção territorial de comunidades indígenas e tribais. Demonstrando a importância da participação dos integrantes das comunidades, a Convenção estabeleceu, em seu artigo 6º que:

##### **Artigo 6º**

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
  - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
  - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
  - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das

medidas propostas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1)

Essa garantia do estado brasileiro possibilita que o instituto da consulta livre, prévia e informada seja utilizado no procedimento das terras das comunidades quilombolas. Busca-se desconstruir a dicotomia superioridade - do Estado - *versus* inferioridade - da comunidade -, onde essa possui o direito de apresentar suas demandas, enquanto sujeito participativo e ativo.

#### **4.1.1.3.4 Sobreposição de terras e conflito de interesses**

A legislação em análise indica que caso as terras das comunidades quilombolas se sobreponham às áreas estratégicas do estado brasileiro, determinados órgãos tomarão as medidas cabíveis objetivando a garantia de sustentabilidade juntamente aos interesses do Estado.

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado. (BRASIL, 2003)

Apesar de inexistir um confronto entre a disposição nacional e internacional, entende-se que o posicionamento do estado brasileiro apresenta falhas, se comparada com a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Ao inexistir uma definição clara nessa disposição normativa sobre quais são as medidas cabíveis a serem tomadas em caso de sobreposição possibilita-se a atuação ilimitada do estado. A normativa internacional é clara em seu artigo 16 ao apresentar que os povos não serão trasladados de suas terras, excetuando as hipóteses e procedimentos que menciona. Tais exceções e procedimentos pressupõem o consentimento total dos povos interessados para o traslado. Em última hipótese, inexistindo o consentimento indica-se a realização de enquete pública onde os povos interessados serão devidamente consultados. Inexistindo qualquer possibilidade de acordo, segundo a normativa internacional tais povos receberão terras cuja qualidade e condição jurídica seja igual ou superior as anteriores.

Verifica-se que a disposição do artigo 11 do Decreto n.º 4.887/2003 apresenta uma concepção de superioridade do estado brasileiro em relação às comunidades quilombolas. É certo que o estado tem os seus interesses econômicos, relativos à manutenção da soberania. Entretanto, é de difícil compreensão qual hipótese de interesse estatal seria superior a proteção do território a uma comunidade e, paralelamente, garantia do direito à vida.

#### **4.1.1.3.5 Representação da comunidade e características do título**

O artigo 17 do dispositivo ora analisado disporá que:

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.  
Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas. (BRASIL, 2003)

Há, nesse ponto, um afastamento entre a normativa brasileira e internacional referente às características do título e a representação da comunidade. Dispõe o artigo 17 que a comunidade serão representadas por suas associações legalmente constituídas. Entretanto, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho pauta-se em todo o seu texto pela necessidade de considerar os desejos expressos livremente pelos integrantes das comunidades, considerando, reconhecendo e protegendo as práticas sociais próprias. Nesse sentido:

##### Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1)

E,

##### Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-

se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;  
b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;  
c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011c, p. 1)

Ora, ao definir que as comunidade tradicionais brasileiras serão representadas pelas associações legalmente reconhecidas impõe-se um modelo de associativismo a ser observado. Desconsidera-se o fato que a comunidade tradicional possa ter modelo de representação social que não coadune com os pressupostos existentes no ordenamento brasileiro. Tal imposição pode ser analisada como resquício do processo de enquadramento engendrado na criação dos estados nacionais modernos, especialmente na América Latina.

#### ***4.1.2 Políticas Públicas e Ações Estatais***

Para verificar as políticas públicas e ações estatais brasileiras, cumpre analisar o procedimento a ser seguido na titulação das terras das comunidades tradicionais negras deste país. Inicialmente compete ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária a titulação das terras. O procedimento administrativo é iniciado de ofício pelo citado órgão ou por requerimento de qualquer interessado. (BRASIL, 2003). Caberá a Fundação Cultural Palmares a emissão de certidão e inscrição no Cadastro Geral de comunidades quilombolas, onde tal certidão e inscrição observam o critério da auto-atribuição, requisito básico apresentado pela normativa internacional quanto à povos tribais. A Fundação Cultural Palmares – órgão responsável pela certificação das comunidades quilombolas – indica a existência de 1.711 comunidades no Brasil. (FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES, 2011). Em grande parte tais certificações ocorreram nos primeiros anos após a adoção do Decreto n.º 4.887/2007. Em 2004 ocorreram 252 certificações, 250 em 2005 e 417 em 2006. A emissão da certidão e inscrição no Cadastro Geral de comunidades quilombolas significa a imediata abertura do processo de titulação de terras no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Até 2011, foram entregues 120 títulos referentes à 108 territórios e 189 comunidades. Considerando o número de comunidades certificadas pela Fundação Cultural Palmares, apenas

7% a 10% das comunidades tradicionais negras receberam o respectivo título de propriedade de seus territórios. Cumpre verificar a disparidade entre as titulações realizadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, órgão federal, em comparação com os Institutos de Terras das respectivas unidades da federação. Dos 120 títulos existentes no Brasil, 83 foram outorgados mediante a participação dos Institutos de Terras das unidades da federação, com destaque para os estados de Maranhão, Piauí e Pará.

Verifica-se a tímida atuação do Brasil quanto à proteção territorial de comunidades tradicionais negras. Estima-se que 78% dos procedimentos de titulação em curso no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária receberam apenas uma numeração de protocolo (CPISP, 2011a). Apesar da tentativa do estado brasileiro em alocar recursos financeiros, de 2004 a 2010 a utilização dos recursos não ultrapassou 26% do valor total.

No país, observou-se a alegação de gestores públicos que a judicialização do procedimento de proteção territorial importou na diminuição no número de titulações realizadas pelo Brasil. Contrariamente, indica a Comissão Pro Índio de São Paulo:

Tampouco é real a alegação de que os processos administrativos não têm prosseguimento por conta da sua judicialização. Embora se verifique um aumento dos questionamentos na Justiça, ainda são poucos os processos paralisados em função de decisões judiciais. (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2011b)

Acredita-se que a demora na titulação, quando discutidas as políticas públicas e ações governamentais seja motivada pela burocracia observada no procedimento a ser seguido, definido por instruções normativas do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Até o momento foram editadas quatro instruções normativas, sendo que

As exigências introduzidas a cada nova norma tornaram o processo mais moroso e custoso e, conseqüentemente, mais difícil de ser concluído. Por essa razão é que a Comissão Pró-Índio de São Paulo considera que as normas atuais cerceiam o direito reconhecido aos quilombolas pela Constituição Federal. (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2011b)

Dessa forma, a principal iniciativa estatal que seria responsável pela proteção territorial das comunidades tradicionais negras ainda é tímida, não cumprindo o direcionamento apresentado pela normativa internacional de direitos humanos.

Cumprе ressaltar, o claro conflito de interesses entre os diversos setores da sociedade brasileira quanto à titulação das comunidades quilombolas. Segundo a Comissão Pro Índio de São Paulo o governo federal estaria suscetível às forças contrárias, apresentando inclusive exemplo dessas pressões:

Em outubro de 2009, o episódio envolvendo a publicação e revogação de mais uma instrução normativa do INCRA ilustrou de forma clara como o governo federal está suscetível às forças contrárias aos direitos quilombolas e como tal pressão repercute diretamente na definição de tais normas. No dia 7 outubro, o presidente do INCRA publicou uma nova instrução normativa – a IN INCRA nº 56/2009 – que removia diversos dos entraves da IN 49/2008. O movimento de avanço incentivado por funcionários do "setor quilombola" do INCRA foi rapidamente contido segundo eles mesmos "devido à pressão de setores que são favoráveis a manutenção dos entraves na política de regularização". Assim 13 dias depois, a IN INCRA nº 56 foi revogada e a norma de 2008 (a IN INCRA 49) foi republicada como Instrução Normativa INCRA nº 57 de 20 de outubro de 2009. (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2011b)

O conflito de interesses entre diferentes setores da sociedade podem ser observados em ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239, objeto de análise do próximo item.

#### **4.1.3 Conflitos de Interesse e Função Jurisdicional**

Desde 1988 – ano da promulgação da Constituição e do artigo 68 do ADCT – foram propostas 267 ações judiciais que envolviam os territórios das comunidades quilombolas. Dessas, 197 estão em curso, 13 suspensas e 57 foram extintas. Dentre as em curso é possível verificar uma proximidade entre o número de ações propostas para a garantia dos territórios das comunidades e o número de ações contrárias a tal garantia. Das ações em curso, 98 foram propostas buscando garantir o território das comunidades quilombolas, destacando a participação do Ministério Público Federal. Observou-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239 agrupou o conjunto de argumentos contrários e favoráveis quanto a proteção territorial quilombola, hipótese que motiva sua especial análise.

#### **4.1.3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239 pode ser apresentada como a consubstanciação do conflito de interesses quanto à proteção territorial, ante a instância de proposição<sup>8</sup> e o número de manifestações da sociedade civil através da figura do *amicus curiae*<sup>9</sup>. A ação foi proposta pelo Partido da Frente Liberal sob o argumento de uso indevido da via regulamentar, desapropriação inconstitucional, configuração inconstitucional dos titulares do direito à propriedade definitiva e configuração inconstitucional das terras em que se localizavam os quilombos. Perante os quatro argumentos utilizados, o autor requer a procedência da ação, sendo declarada a inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887/2003. Ainda, solicita a concessão de medida cautelar *inaudita altera pars*, situação que suspenderia a eficácia do ato normativo até o julgamento final. Distribuída em 25/06/2004 para o Ministro Cezar Peluso, ocorreu a manifestação do Advogado Geral da União e o Procurador-Geral da República, sendo que ambos manifestaram pela total improcedência do pedido.

Quanto o uso indevido da via regulamentar apresenta o autor que a regulamentação do artigo 68 do Decreto n.º 4.887/2003 constitui autonomia ilegítima do Presidente da República. Argumenta que os decretos e regulamentos tem a função de oferecer exequibilidade, possuindo natureza de instrumento normativo secundário perante uma validade dependente de lei formal. Segundo o autor “ao dispensar a mediação de instrumento legislativo e dispor ex novo, o ato normativo editado pelo Presidente da República invade esfera reservada à lei, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade.” (Partido da Frente Liberal, 2003).

O autor apresenta a inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.887/2003 uma vez que seu artigo 13 pretende desapropriar o imóvel com título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, incidente em território quilombola. Para o autor, não cabe ao estado brasileiro realizar a desapropriação, cabendo apenas a emissão dos respectivos títulos. Segundo o autor:

---

<sup>8</sup> O Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 da Constituição Federal é apresentado como guardião da Constituição. É a mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro.

<sup>9</sup> *Amicus curiae* pode ser apresentado como “amigo da corte”. Essencialmente a figura retrata a possibilidade de manifestação de órgãos, entidades e indivíduos nas ações de controle de constitucionalidade.

não há que se falar em propriedade alheia a ser desapropriada para ser transferida aos remanescentes de quilombos, muito menos em promover despesas públicas para fazer frente a futuras indenizações. As terras são, desde logo, por força da própria Lei Maior, dos remanescentes das comunidades quilombolas que lá fixam residência desde 5 de outubro de 1988. (Partido da Frente Liberal, 2003, p. 1)

Quanto a configuração inconstitucional dos titulares do direito à propriedade definitiva estabelece o autor que o Decreto nº 4.887/2003 utiliza como critério essencial para a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombo a auto-atribuição. Para o autor, tal critério frustraria a lógica constitucional, uma vez que

não seria razoável determiná-los [os remanescentes das comunidades de quilombos] mediante critérios de auto-sugestão, sob pena de reconhecer o direito a mais pessoas do que aqueles efetivamente beneficiados pelo art. 68 do ADCT e realizar, por vias oblíquas uma reforma agrária *sui generis*. Ademais, somente fazem jus ao direito, os remanescentes que estivessem na posse das terras em que se localizavam os quilombos no período da promulgação da Constituição.

De outra parte, somente tem direito ao reconhecimento – critério que não encontra respaldo no Decreto – o remanescente que tinha [sic] demonstrava, á [sic] época da promulgação do texto constitucional, real intenção de dono. Tal aspecto ressalta da expressão constitucional “suas terras” constante do art. 68 do ADCT. (Partido da Frente Liberal, 2003, p. 1)

Quanto a configuração inconstitucional das terras em que se localizavam os quilombos o autor apresenta a existência de uma excessiva amplitude da configuração territorial. Defende que a área cuja a propriedade deve ser reconhecida *“constitui apenas e tão-somente o território em que comprovadamente durante a fase imperial da história do Brasil, os quilombos se formaram.* (Partido da Frente Liberal, 2003). Para tanto, conforme seu argumento

Descabe, primeiramente, qualificar as terras a serem titularizadas pelo Poder Público como aquelas em que os remanescentes tiveram sua reprodução física, social, econômica e cultural. As atividades econômicas, bem assim a reprodução física da comunidade quilombola não ocorreram necessariamente nas áreas onde efetivamente se localizaram os quilombos. Atividades econômicas como caça e pesca eram comuns entre os quilombolas, o que demonstra que o desenvolvimento da comunidade também se deu fora dos limites do próprio quilombo. Na hipótese de se beneficiar também os descendentes a questão se complica ainda mais. (Partido da Frente Liberal, 2003, p. 1)

Cumpra observar o número e a natureza das instituições, órgãos e organizações que se manifestaram perante o Supremo Tribunal Federal quanto a

Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239. Nesse sentido, manifestaram pela improcedência da ação, 28 instituições, sendo: Centro pelo Direito à Moradia Contra Despejos; Centro de Justiça Global; Instituto Socioambiental; Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais; Terra de Direitos; Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará; Coordenação das Associações das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Pará; Estado do Pará; Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; Centro de Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola; Koinonia Presença Ecumênica e Serviço; Instituto Pro Bono; Conectas Direitos Humanos; Sociedade Brasileira de Direito Público; Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá; Associação de Moradores Quilombolas de Santana; Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul; Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária; Estado do Paraná; Conferência Nacional do Bispo do Brasil; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental; Clube Palmares de Volta Redonda; Federação N'Golo; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais; Programa Pólos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais; Fórum Brasileiro de Direitos Humanos e Associação dos Moradores e Agricultores da Comunidade de Espírito Santo.

Em outra pólo, 05 instituições, órgãos e organizações manifestaram pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo: Estado de Santa Catarina; Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil; Confederação Nacional da Indústria; Sociedade Rural Brasileira e Associação Brasileira de Celulose e Papel.

Pautado pelas convenções internacionais protetivas de direitos humanos percebe-se a inexistência de embasamento nos argumentos do autor. Dos quatro argumentos apresentados, os três últimos tratarão de desapropriação, critérios de identificação das comunidades tradicionais negras e extensão territorial. O entendimento de tais pontos já está consolidada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Experiências correlatas em outros estados da América Latina já demonstraram os parâmetros a serem observados quanto a extensão territorial, desapropriação e critérios de identificação da comunidade, por tratar-se de temas onde a antropologia e sociologia possuem imprescindíveis contribuições.

Dessa forma, percebe-se que a discussão no Supremo Tribunal Federal materializa não apenas uma discussão jurídica, mas também um conflito de interesses econômicos. A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, Confederação Nacional da Indústria, Sociedade Rural Brasileira, Associação Brasileira de Celulose e Papel representam os interesses de grandes proprietários de terras e conglomerados empresariais internacionais.

A discussão e o conflito de interesses, fortemente econômicos ganharão traços ideológicos. Na história brasileira inexistiu qualquer iniciativa coordenada e efetiva quanto a redistribuição de terras e realização da reforma agrária. O país é fortemente marcado desde o sec. XVI pela concentração de terras, sendo que movimentos contrários a tal concentração mantêm uma constante pressão para que o governo brasileiro realize tal reforma.

## **4.2 Colômbia**

A Colômbia é uma república constitucional, fronteira ao Brasil e ao Equador, países objeto desta pesquisa. Com 46.300.196 habitantes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011b), o país possui a segunda maior população da América do Sul. Conforme a Constituição de 1991 trata-se de uma república presidencial democrática representativa, que adota a separação dos três poderes. Quanto ao poder executivo, o chefe-maior é o Presidente da Colômbia, que responde pelas funções de chefe de estado e de governo. Nas outras esferas, têm-se os governadores de departamentos, prefeitos dos municípios, além dos administradores das subdivisões administrativas. No poder executivo, observa-se a existência da Câmara dos Deputados e do Senado. É interessante observar que, dos 102 assentos do Senado, é obrigatória a representação dos grupos minoritários, além dos eleitos em cada região ou departamento.

Não apenas, no poder judiciário observa-se a existência do Supremo Tribunal que é composto por 23 juízes que são alocados em três diferentes câmaras: penal, civil e agrário e do trabalho. Tem-se o Conselho de Estado, especialmente responsável por temas correlatos ao direito administrativo e o Tribunal Constitucional, responsável pela interpretação final e integridade da Constituição.

Anteriormente a chegada dos espanhóis no continente americano, o país era habitado por povos originários, de etnias caraíbas, chibchas, taironas, quimbayas e

muisucas. Indica-se que os primeiros espanhóis a chegarem às terras dos povos originários em 1499 foram Alonso de Ojeda, Juan de La Cosa, Rodrigo Bastidas e Cristóbal Guerra. A colonização do território iniciou-se em 1509, sendo sempre marcada pela violência contra os povos originários. Sob o comando de Ojeda formou-se o governo da Nova Andaluzia, além da cidade de Santa Maria La Antigua Del Darién. Em 1519 e 1525 formou-se a cidade de Panamá e Santa Marta, respectivamente. Em 1536 Gonzalo Jiménez adentrou pelo o território dos chibchas, causando um genocídio em busca de riquezas e, formando, após dois anos a cidade de Bogotá. (PALÁCIOS, 1983).

Em 1550 a Coroa Espanhola instala na região uma audiência, especificamente na cidade de Santa Fé. Em 1717, a região recebe a denominação de Vice-Reino da Nova Granada, compreendendo os atuais territórios da Venezuela, Equador, Colômbia e Panamá. Até 1739, com a instalação da citada audiência, seus presidentes possuíam poderes comparados à vices-reis. A independência da Colômbia ocorreu em 20 de julho de 1810, sendo que sua consolidação é observada apenas com as iniciativas de Simón Bolívar, em 1819. O vasto território foi posteriormente desmembrado com a formação da Venezuela, Equador e Panamá, esse último, apenas no século XX. (PALÁCIOS, 1983).

Etnicamente, o país apresenta uma das maiores diversidades do mundo. Assim como outros países da América Latina, à época da colonização já havia povos originários nas terras. Apesar do genocídio observado, toda a identidade nacional é fortemente marcada por tais grupamentos sociais. Observa-se que a diáspora africana também no território colombiano além da vinda de imigrantes da Europa e do Oriente Médio, durante o século XX. A Colômbia apresenta uma porção litorânea, sendo marcada pelos Andes e pela Floresta Amazônica. Tal diversidade geográfica contribui para a co-existência de diversas etnias no país.

Serão três os principais instrumentos normativos colombianos que tratarão da proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Inicialmente, teremos a Constituição Política da República do Equador de 1991, a Lei n.º 70 de 27 de agosto de 1993 e o Decreto n.º 1.745. Ressalta-se a previsão de outros dispositivos normativos, que tratarão das comunidades tradicionais negras. Entretanto, nesses instrumentos inexistirão disposições quanto à proteção territorial das comunidades.

#### **4.2.1 Constituição Política da República da Colômbia de 1991**

A Constituição da Colômbia de 1991 irá referir-se quanto à proteção territorial das comunidades em seu artigo transitório n.º 55. Esse artigo indicou que caberá ao Congresso Colombiano, até dois anos posteriores a promulgação da Constituição, divulgar estudo e elaborar lei que reconheça as comunidades negras que ocuparam ou ainda ocupam as terras próximas as zonas rurais dos rios do Cuenca Del Pacífico. Nesse sentido:

Dentro de dois anos seguintes da entrada em vigência da presente Constituição, o Congresso expedirá prévio estudo por parte de uma comissão especial que o Governo criará para esse efeito, uma lei que reconheça o às comunidades negras que vêm ocupando terras nas zonas rurais ribeirinhas dos rios da Cuenca do Pacífico, de acordo com suas práticas tradicionais de produção, o direito a propriedade coletiva sobre as áreas que demarcará a mesma lei. (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa)<sup>10</sup>

Percebe-se que o citado artigo não trata apenas do reconhecimento das comunidades, mas também da necessidade de demarcação das terras ocupadas. Essas terras serão necessariamente reconhecidas e demarcadas apenas na forma previstas pela lei. Houve a indicação que essa comissão seria composta por representantes eleitos pelas comunidades tradicionais negras. Apesar da limitação geográfica imposta pelo artigo transitório 55 – zonas rurais próximas aos rios do Cuenca del Pacífico - o parágrafo único indica a possibilidade de aplicação em outras zonas do país, desde que tais regiões apresentem condições similares e seja observado a formação de comissão e estudo prévio. Nesse sentido:

Parágrafo 1º. O disposto no presente artigo poderá aplicar-se a outras zonas do país que apresentem condições similares, através de igual procedimento e prévios estudos e manifestação favorável da comissão especial prevista. (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa)<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> ARTICULO TRANSITORIO 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

<sup>11</sup> PARAGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Por fim, o poder constituinte compreendeu a possibilidade de ineficiência do Congresso Nacional, delegando a função de legislar ao poder executivo. Nesse sentido:

Parágrafo 2°. Se, ao término do prazo disposto pelo artigo o Congresso não houver expedido a Lei a que se refere, o Governo deverá fazê-lo no prazo de seis meses seguintes, mediante norma com força de lei. (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa)<sup>12</sup>

Apesar dessa disposição, não foi necessária o ato de legislar pelo poder executivo, ante a adoção da Lei n.º 70/1993 que será posteriormente trabalhada.

#### **4.2.2 A Lei n.º 70/1993**

A Lei n.º 70 de 27 de agosto de 1993 que conferiu aplicabilidade ao artigo constitucional transitória n.º 55 contará com 8 capítulos sendo: objeto e definições; princípios; reconhecimento do direito à propriedade coletiva; uso da terra e proteção dos recursos naturais e do ambiente; mecanismos para a proteção e desenvolvimento dos direitos da identidade cultural, planejamento e fomento do desenvolvimento econômico e social e; disposições finais.

O principal objeto da Lei n.º 70 é o reconhecimento ao direito a propriedade coletiva das comunidades que ocupam ou ocuparam a região próxima aos rios do Cuenca del Pacífico, conforme suas práticas tradicionais de produção, fazer e viver. Não apenas, apresenta o texto normativo a importância de definir mecanismos de proteção da identidade cultural das comunidades, assim como o fomento ao desenvolvimento econômico e social. Importante consideração deve ser realizada quanto às zonas rurais adjacentes ou próximas a Cuenca del Pacífico, tratadas como *zonas rurales ribereñas*.

Observa-se que, na Colômbia é competência dos Conselhos Municipais a definição da área dos municípios, de acordo com o Decreto n.º 1.333/1986. Nesse sentido serão apenas consideradas na Lei n.º 70/1993 aquelas áreas próximas dos rios do Cuenca del Pacífico e que não estejam em território urbano. Ora, nesse sentido, a legislação desconsidera a possibilidade de existência de comunidades

---

<sup>12</sup> PARAGRAFO 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

tradicionais negras urbanas. Em uma interpretação sistemática retoma-se o disposto no parágrafo único do artigo constitucional transitório n.º 55. A Colômbia desconsiderou a existência das comunidades tradicionais negras urbanas, realizando a produção normativa de tal forma que as comunidades rurais são beneficiadas e as urbanas são desconsideradas.

As *terras baldías* serão aquelas pertencentes ao estado ou passíveis de desapropriação, para o fim de proteção territorial das comunidades tradicionais negras. A legislação adotará a expressão *comunidad negra*, embasada sob os princípios da tradicionalidade, diferenciação em relação a outros setores da coletividade e historicismo. Nesse sentido, são comunidades negras

o conjunto de famílias de ascendência afrocolombiana que possuem uma cultura própria, compartilham uma história e tem suas próprias tradições e costumes dentro da relação terra-população, que revelam e conservam consciência de identidade que as distinguem de outros grupos étnicos. (COLÔMBIA, 1993, tradução nossa)<sup>13</sup>

Caberá ao Capítulo II, artigo 3 a definição dos princípios adotados na Lei. Serão a dignidade, o direito a participação dos interessados, a proteção ao meio ambiente e o reconhecimento e a proteção da diversidade étnica e cultural, assim como o direito a igualdade de todas as culturas que formam a identidade colombiana.

O capítulo III da Lei n.º 70 pode ser apresentado como o núcleo da proteção territorial das comunidades tradicionais. Em seu artigo 4º resta definido que o Estado concederá às comunidades a propriedade coletiva sobre as áreas indicadas nos artigos anteriores, que passarão a ser compreendidas como “Terras das Comunidades Negras”:

Artigo 4. O Estado concederá às comunidades negras que trata essa lei a propriedade coletiva sobre as áreas que de acordo com as definições contidas no artigo segundo, incluem as terras das zonas rurais adjacentes aos rios da Bacia do Pacífico e os localizados nas áreas referidas no segundo parágrafo do artigo 1. desta lei, que têm ocupado de acordo com suas práticas de produção. (COLÔMBIA, 1993, tradução nossa)<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

<sup>14</sup> ARTICULO 4. El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo,

O artigo 5 indica que para o recebimento da propriedade coletiva das terras concedidas, a comunidade deverá formar um Conselho Comunitário seguindo os parâmetros a serem definidos pelo Governo Nacional. Serão funções desse Conselho identificar e mapear as áreas das terras concedidas e velar pela conservação, proteção, preservação e aproveitamento dos recursos naturais. O artigo 6 será responsável por significativas proibições quanto a possibilidade de concessão de terras por parte do governo colombiano. Indicou o Congresso que as concessões não compreenderão:

ARTIGO 6. A menos que os solos e as florestas, os prêmios coletivos feitos nos termos desta Lei não inclui:

- a) A posse de bens para uso público.
- b) As áreas urbanas dos municípios.
- c) Os recursos naturais renováveis e não renováveis.
- d) As terras das reservas indígenas legalmente constituídas.
- e) As terras do subsolo e rural em que a propriedade privada é estabelecida de acordo com a lei 200 de 1936.
- f) As áreas reservadas para a segurança nacional e defesa.
- g) Áreas do Sistema de Parques Nacionais. (COLÔMBIA, 1993, tradução nossa)<sup>15</sup>

O artigo 6 apresenta uma relativização da necessidade proteção territorial das comunidades tradicionais negras na Colômbia. Conforme anteriormente trabalhado, o território significa não apenas uma forma de sobrevivência para as comunidades, mas também elemento integrante de sua identidade. Ao indicar impossibilidade de concessão em áreas necessárias para a defesa e segurança nacional ou urbanas, a Colômbia desconsidera a importância que os territórios possuem para as comunidades. O território tradicional é único, impassível de fragmentações, uma vez que é parte integrante da identidade cultural da comunidade. Há, nesse sentido, uma sobreposição dos interesses estatais em detrimento da necessidade de proteção e

---

comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1o. de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción

<sup>15</sup> ARTICULO 6. Salvo los suelos y los bosques, las adjudicaciones colectivas que se hagan conforme a esta ley, no comprenden:

- a) El dominio sobre los bienes de uso público.
- b) Las áreas urbanas de los municipios.
- c) Los recursos naturales renovables y no renovables.
- d) Las tierras de resguardos indígenas legalmente constituídos.
- e) El subsuelo y los predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la ley 200 de 1936.
- f) Las áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional.
- g) Areas del sistema de Parques Nacionales.

manutenção das comunidades. Será definido que as terras concedidas serão inalienáveis, imprescritíveis e não embargáveis.

Avançando, o capítulo IV e V definirão as hipóteses de uso da terra e proteção dos recursos naturais e do meio ambiente. Logo em seu artigo 19, resta definido que as práticas da comunidade exercidas sobre as águas, praias, margem de rios, fauna e flora para a construção de casas, canoas, cercas ou outros itens domésticos serão considerados como práticas tradicionais, independentemente de autorização por parte do poder público. Ainda, haverá a indicação que o exercício da caça e da pesca destinada a subsistência terão prioridade sobre qualquer aproveitamento comercial, semi-industrial ou industrial. O direcionamento adotado pelo artigo 19 e seguintes irá referir-se as comunidades como elementos do passado, em uma confusão entre a tradicionalidade e o historicismo pretérito. O tradicionalidade, conforme apresentado, significa a manutenção de práticas não observadas por outros setores da coletividade e diretamente ligadas a um fato histórico – no caso em voga, a diáspora africana. O historicismo ou a “museificação” pressupõe que as comunidades são agentes do passado, não avançando para o presente e carentes de desenvolvimento. Nesse sentido, o direcionamento colombiano aproxima-se da imagem literária do mito do bom selvagem sendo perceptível uma imposição do exercício de proteção do meio ambiente, a ser realizado pela comunidade tradicional negra. Como exemplo, cita-se o artigo 21:

Artigo 21. Conforme disposto no artigo anterior, os integrantes das comunidades negras, titulares do direito de propriedade coletiva, continuarão conservando, mantendo ou propiciando a regeneração da vegetação protetora das águas e garantido mediante um uso adequado de ecossistemas especialmente frágeis, como os manguezais e áreas alagadas, e protegendo e conservando as espécies de fauna e flora silvestres ameaçadas de extinção. (COLÔMBIA, 1993, tradução nossa)<sup>16</sup>

Não há a construção conjunta quanto o impacto das práticas da comunidade no meio ambiente. Percebe-se uma pretensa posição de superioridade dos órgãos estatais, que indicam quais as práticas, formas de fazer, viver e atuar são benéficas

---

<sup>16</sup> ARTICULO 21. De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, los integrantes de las comunidades negras, titulares del derecho de propiedad colectiva, continuarán conservando, manteniendo o propiciando la regeneración de la vegetación protectora de aguas y garantizando mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y protegiendo y conservando las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción.

ao meio ambiente. Em mais uma oportunidade, verifica-se a sobreposição estatal em detrimento aos interesses da comunidade tradicional.

### 4.3 Equador

O Equador localiza-se na porção oeste da América do Sul, limitado ao norte pela Colômbia, ao oeste pelo Oceano Pacífico e ao sul e leste pelo Peru. A origem do nome decorre da linha imaginária que divide o Planeta Terra em dois hemisférios.

Historicamente, a diáspora africana no país inicia-se no século XVI. Desde essa época os escravos estabeleceram os *palenques*, fugindo do regime imposto e das fazendas, em igual concepção à realidade brasileira com os quilombos. Nesse sentido, são povoações, onde os escravos e descendentes buscavam restabelecer a ligação com os traços da cultura africana – fato que era proibido à época – além de fugirem dos desmandos cometidos durante o regime de escravidão. Um dos *palenques* mais importantes situa-se na cidade de Esmeraldas, criado início do século de XVI. Com o passar dos anos, motivada pela revolução industrial e a necessidade de mão-de-obra, além das ideologias liberais, o país verificou a necessidade de libertação dos escravos. Durante o governo de Urbina, foi proclamada em 1852 a abolição da escravidão no Equador. Assim como no Brasil é notada a inexistência de mudanças significativas nas condições econômicas, sociais e territoriais dos ex-escravos. Nesta linha são verificados os regimes de exploração e servidão, que substituíram a escravidão, mantendo as precárias condições dos afro-equatorianos. Nesse sentido, cita-se a *concertagem* que compreendia um convênio vitalício e ordinário entre o fazendeiro e o ex-escravo que não possuía terras. Esse se comprometia a trabalhar para o fazendeiro durante um período mediante o pagamento antecipado de grãos, animais ou dinheiro, além do empréstimo de um pedaço de terra que seria utilizado para o sustento da sua família. Ao final do período, apesar do trabalho desenvolvido, restavam as supostas dívidas do ex-escravo. Com sua morte, a dívida era passada para a viúva e filhos, configurando um ciclo de exploração.

Identifica-se o século XX na história do Equador como aquele caracterizado pelas lutas de cidadania, extinção do racismo e superação da pobreza. Posteriormente, caberá ao século XXI – em maior parte - a configuração do estado plurinacional equatoriano, através da Constituição de 1998, e principalmente, da

Constituição de 2008. Conforme dados do Censo de População de 2001, o Equador possui 12.156.608 habitantes, dentre os quais 77,4% identificam-se como mestiços, 10,46% como brancos, 6,83% como indígenas e 5% como afro-equatorianos. Nesse sentido, são 604 mil habitantes afro-equatorianos. Esses são identificados como todos os povos residentes no Equador, ligados a cultura negra e descendentes de escravos. Cerca de 70% da população afro-equatoriana reside nas áreas urbanas e 30% nas áreas rurais. Geograficamente, a grande maioria reside em Guayaquil, Quito, Esmeraldas, Cuenca Ibarra Manta e Lago Agrario.

#### **4.3.1 Instrumentos Normativos**

Serão dois os principais instrumentos normativos utilizados no Equador quanto à proteção territorial de comunidades tradicionais negras. Inicialmente, deve-se verificar as disposições da Constituição da República do Equador de 2008 e a Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou afro-equatorianos, de 2006.

É notável uma diferença de dois anos entre a Lei dos Direitos Coletivos e a Constituição de 2008. Entretanto, a Constituição da República do Equador de 1998, já dispunha da proteção territorial das comunidades tradicionais negras, hipótese que motiva uma análise das disposições desse texto constitucional, além do atualmente em vigor. Não apenas, a Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou Afro-Equatorianos de 2006 foi realizada sob o paradigma da Constituição de 1998, apesar de, após oito anos, já demonstrar uma alteração de concepção no tratamento das comunidades tradicionais negras. Essa legislação infraconstitucional foi recepcionada pela lei maior em vigor, situação que justifica sua análise.

##### **4.3.1.1 Constituição da República do Equador de 1998**

A Constituição da República do Equador de 1988, já não mais em vigor, apresentava significativos avanços quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Deve-se ressaltar o desenvolvimento dos instrumentos normativos no país ao definir a proteção territorial das comunidades e a garantia constitucional de direitos sociais sob a perspectiva da diversidade.

Nesse universo, o artigo 1º da Constituição de 1998, apesar de não tratar especificamente da proteção territorial demonstrará o entendimento existente no país quanto às comunidades tradicionais e a pluriétnicidade. Nesse sentido:

Art. 1 – O Equador é um estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico. Organiza-se sob a forma da república e se governa de maneira descentralizada. A soberania reside no povo cuja vontade é o fundamento da autoridade e se exerce através dos órgãos de poder público e das formas de participação direta previstas na Constituição. Os recursos naturais não renováveis do território do Estado pertencem ao seu patrimônio inalienável, irrenunciável e imprescritível. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>17</sup>

Cabe mencionar o Preâmbulo desse texto constitucional, onde o povo do Equador:

Inspirado em sua longa história, na memória de seus heróis e no trabalho de homens e mulheres que, com seu sacrifício, forjaram o país, fiéis aos ideais de liberdade, igualdade, justiça, progresso, solidariedade, equidade e paz que tem guiado os seus passos desde o alvorecer da República, proclama a sua vontade de consolidar a unidade da nação equatoriana em reconhecimento a diversidade das suas regiões, povos, etnias e culturas, invocando a proteção de Deus, e no exercício de sua soberania, a presente Constituição estabelece as regras fundamentais que protegem os direitos e liberdades, organizado pelas instituições do Estado e democrático e promover o desenvolvimento econômico e social. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>18</sup>

Apesar de residir no preâmbulo, ressalta-se a clara concepção quanto ao reconhecimento de um estado formado pela diversidade de povos, etnias e culturas. Contrariamente a ideia comumente observada na formação dos estados modernos latino-americanos, onde persiste a ideia de unicidade étnica. Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a formação dos estados modernos pressupunha uma

---

<sup>17</sup> Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

<sup>18</sup> Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social.

unidade nacional a ser observada. Especialmente na América Latina, para a formação dos estados modernos residia a necessidade de negação da diferença étnica, linguística e social. No Brasil, Tal negação da diferença para a construção de uma identidade ou nacionalidade deu-se inicialmente com a libertação – falsamente construída – dos domínios de Portugal. Não apenas, essa identidade nacional, mediante a formação da população por africanos, europeus e povos originários, necessitou da imagem da miscigenação e a falsa democracia racial.

Diferentemente, o texto constitucional do Equador de 1998 já começa a contrapor a concepção da unidade da identidade nacional. Há, nesse sentido, um reconhecimento no primeiro artigo que o estado equatoriano é plurinacional, ou seja, formado por diversas identidades nacionais. Não apenas, apresenta o texto constitucional a concepção de estado intercultural. Trata-se de reconhecer a importância das diferentes culturas para a formação do povo e do estado nacional. Esses dois institutos – interculturalidade e plurinacionalidade - já demonstram o avanço principiológico-normativo existente no Equador em sua Constituição pretérita.

O texto constitucional tratará das comunidades tradicionais negras equatorianas em seus artigos 83 a 85. O artigo 83 indicará que os povos originários, os povos negros ou afro-equatorianos são parte do estado equatoriano, que é único e indivisível, onde “os povos indígenas, que se autodefinem como nacionalidades de raízes ancestrais, e os povos negros ou afro-equatorianos, formam parte do Estado equatoriano, único e indivisível.” (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>19</sup>.

No texto constitucional em análise persiste a concepção de estado único e indivisível. Retoma-se a análise realizada nos capítulos anteriores quanto à formação e manutenção da unidade estatal. Ainda que haja o reconhecimento que os povos originários, negros ou afro-equatorianos façam parte do estado equatoriano, mantém a concepção de um estado único e indivisível que permeia a unidade e indivisibilidade em seu povo. Brevemente comparado com a experiência brasileira o texto constitucional pretérito do Equador já apresenta significativa evolução. Observa-se o reconhecimento expresso da plurinacionalidade e interculturalidade inexistente no texto constitucional brasileiro.

---

<sup>19</sup> Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Verifica-se que o artigo 84 e seus direcionamentos indicam proteção aos povos originários equatorianos. Entretanto, o artigo 85 define que as disposições do artigo 84 não se aplicam apenas aos povos originários, mas também às comunidades tradicionais negras. Nesse sentido

Art. 85 – O Estado reconhecerá e garantirá aos povos negros ou afroequatorianos, os direitos determinados no artigo anterior em tudo que seja aplicável. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>20</sup>

Especificamente, serão quinze disposições quanto às comunidades tradicionais negras do país. Quanto a proteção territorial, percebe-se a existência no artigo em questão de sete garantias. O caput do artigo indica que é obrigação do estado reconhecer e garantir direitos coletivos que serão posteriormente listados. Os itens 2, 3 e 8 tratarão da obrigação positiva do estado quanto a conservação das terras, despejos forçados e características da propriedade. Os itens 4 e 5 tratarão da garantia de participação das comunidades nos temas de interesse, enquanto os itens 6 e 12 apontarão direcionamentos para a defesa das práticas culturais tradicionais relacionadas ao território.

Dispõe o item 2:

O Estado reconhecerá e garantirá aos povos indígenas, em conformidade com esta Constituição e a lei, em respeito a ordem pública e aos direitos humanos, os seguintes direitos coletivos:

[...]

2. Conservar a propriedade imprescritível das terras comunitárias, que serão inalienáveis, indivisíveis e não embargáveis, salvo a faculdade do estado em declarar sua utilidade pública. Essas terras serão isentas ao pagamento de impostos sobre a propriedade. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>21</sup>

Conforme apresentado, a propriedade das comunidades tradicionais é imprescritível, inalienável, não embargável e indivisível. Apesar dessas garantias, percebe-se que restou facultado ao estado a declaração de utilidade pública,

<sup>20</sup> Art. 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.

<sup>21</sup> Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

[...]

2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.

podendo utilizar as terras para outros fins que não a manutenção das comunidades. Essa mesma situação foi observada na legislação em vigor no Brasil. Demonstrou-se anteriormente que a manutenção das terras e territórios de uma comunidade tradicional importa na garantia da sua existência. Há para as comunidades uma relação distinta com as terras e territórios, daquele vivenciado pelo sistema-mundo atual.

Nesse sentido não é possível indicar uma utilização das terras de maior importância, senão quanto à manutenção da comunidade no local. Utilizando o exemplo brasileiro, a declaração de utilidade pública pelo estado e remoção da comunidade é motivada por interesses econômicos ou militares, conforme observado em Alcântara/MA.

Em outro ponto, o item 3 disporá que deve o estado manter a posse ancestral das terras comunitárias e obter sua concessão gratuita. (EQUADOR, 1998). A adjudicação mencionada no item refere-se à desconstrução de eventuais transações contratuais da propriedade. Nesse sentido, independe se houve transações de compra e venda com terceiro de boa-fé das terras da comunidade. Pelo exposto no item é obrigação do estado a manutenção das terras comunitárias, sendo considerada a posse ancestral.

Por fim, o item 8 definirá que é obrigação do estado de garantir a não expulsão dos povos tradicionais de suas terras. Os itens 4 e 5 indicarão a necessidade de observância da participação da comunidade nos processos decisórios de seu interesse. Nesse sentido:

4. Participar na utilização, gestão, gozo e conservação dos recursos naturais renováveis encontrados em suas terras.
5. Sendo consultado sobre os planos e programas de pesquisa e exploração de recursos não-renováveis encontrados em suas terras e que poderiam afetar o meio ambiente ou a cultura, participar dos benefícios desses projetos relatório o mais rapidamente possível e receber indenização por danos sócio-ambientais que causam. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

Tal disposição acompanha a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho quanto a necessidade de consultar as comunidades na tomada de decisão em questões que envolvam seus interesses. Especificamente, são garantidas às comunidades, conforme o item 4, a administração e conservação dos recursos naturais renováveis, existentes em suas terras. Na hipótese de exploração desses recursos, resta garantido o usufruto para a comunidade.

Por fim, conforme os itens 6 e 12:

6. Preservar e promover a sua gestão da biodiversidade e do seu ambiente natural.

[...]

12. Aos seus sistemas, conhecimentos e práticas da medicina tradicional, incluindo o direito à proteção dos locais e rituais sagrados, plantas, animais, minerais e os ecossistemas de interesse vital do ponto de vista da comunidade. (EQUADOR, 1998, tradução nossa)<sup>23</sup>

Conforme disposto, o estado garantirá a conservação das práticas tradicionais de manejo da terra e sagradas. Ressalta-se que as considerações realizadas referem-se a Constituição de 1998, não mais em vigor no Equador. É importante observar a mudança de concepção quanto à proteção das comunidades tradicionais negras.

#### **4.3.1.2 Constituição da República do Equador de 2008**

A Constituição da República do Equador de 2008 acompanha a contemporânea concepção da plurinacionalidade. Já em seu preâmbulo percebe-se um paradigma constitucional, não antes observado nos antigos textos normativos. Nesse sentido, apesar de não haver uma clara disposição sobre o tema do presente trabalho – proteção territorial de comunidades tradicionais negras – há uma indicação do novo entendimento de cidadania, participação popular e participação de diferentes povos no espaço público.

Nós, o povo soberano do Equador  
Reconhecendo nossas raízes antigas, moldado por homens e mulheres de diferentes povos,

<sup>23</sup> 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

[...]

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

Celebrando a natureza, Pacha Mama, que somos parte e que é vital para nossa existência,  
 Invocando o nome de Deus e reconhecendo nossas diversas formas de religião e espiritualidade,  
 Apelando à sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade, [...] (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>24</sup>

Observa-se no preâmbulo uma preocupação com o reconhecimento do indivíduo, além da participação de diferentes culturas para formação do estado nacional. Especificamente quanto à proteção territorial das comunidades tradicionais negras, a Constituição de 2008 manterá a lógica utilizada em 1998, realizando determinadas mudanças. Inicialmente o artigo 56 indicará que “as comunidades, povos e nacionalidades indígenas, o povo afro-equatoriano, o povo montubio e as comunas fazem parte do Estado Equatoriano, único e indivisível.” (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>25</sup>.

Na Constituição de 1998, havia o reconhecimento expresso de direitos para as comunidades indígenas, sendo que o artigo 85 estendia tais direitos as comunidades tradicionais negras, sempre que cabível. Em seu novo texto constitucional, o Equador realizará expressa menção aos povos tradicionais negros. Nesse sentido, indica-se que serão garantidos a tais povos 21 direitos coletivos, de acordo com pactos, acordos, declarações e tratados internacionais de direitos humanos. Entre 1998 e 2008 ressalta-se o aumento de seis direitos coletivos, uma vez que no texto constitucional anterior havia 15 garantias coletivas.

Dentre os 21 direitos coletivos há uma manutenção da concepção de proteção territorial existente em 1998. Nesse sentido, é mantida a obrigação positiva do estado quanto à conservação das terras, proibição dos despejos forçados e principais características da propriedade.

4. Manter a propriedade imprescritível de suas terras comunais, que serão inalienáveis, imprescritíveis e indivisíveis. Essas terras estão isentos de impostos e taxas.

5. Manter a posse de terras e territórios ancestrais e obter concessão gratuita.

<sup>24</sup> NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador  
 RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,  
 CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,  
 INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,  
 APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, [...]

<sup>25</sup> Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

11. Não ser deslocadas de suas terras ancestrais.  
 20. A limitação das atividades militares em seus territórios, de acordo com a lei. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>26</sup>

Entretanto, importante avanço no novo texto constitucional relativo à proteção territorial estrita foi a limitação das atividades militares nos territórios das comunidades tradicionais. Conforme trabalhado anteriormente, sob a indicação de interesse superior estatal, possibilitava-se a relativização da proteção territorial das comunidades. No Brasil, como exemplo cita-se a eminência de expulsão da Comunidade de Alcântara para a construção de uma base de pesquisas aeroespaciais. Essa realidade foi limitada com o novo texto constitucional equatoriano. Cumpre ressaltar que a normativa internacional posiciona-se pela relativização da proteção territorial nesses casos, majorando os interesses do estado nacional no caso de um embate estrito.

O texto constitucional equatoriano apresenta indiscutível evolução ao desconsiderar positivamente os direcionamentos de uma normativa internacional protetiva dos direitos humanos e limitar a relativização da proteção territorial mediante atividades militares. Há também uma evolução nos direcionamentos relativos a defesa das práticas culturais:

6. Participar na utilização, gestão, gozo e conservação dos recursos naturais renováveis encontrados em suas terras.  
 8. Preservar e promover a sua gestão da biodiversidade e do seu ambiente natural. O Estado deve estabelecer e implementar programas com a participação da comunidade, para garantir a conservação e o uso sustentável da biodiversidade.  
 12. Manter, proteger e desenvolver o conhecimento coletivo, suas ciências, tecnologias e conhecimentos ancestrais recursos genéticos que contenham biodiversidade e da agrobiodiversidade, os seus medicamentos e práticas da medicina tradicional, incluindo o direito de recuperar, promover e proteger os locais de ritual e sagrado, bem como plantas, animais, minerais e os ecossistemas no seu território, e conhecimento de recursos e propriedades da fauna e flora. Proíbe-se todas as formas de apropriação sobre seus conhecimentos, inovações e práticas. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)

Anteriormente citava-se a proteção e manutenção dos conhecimentos coletivos e práticas de biodiversidade. No atual texto constitucional indicar-se-á a

---

<sup>26</sup> 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.  
 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.  
 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.  
 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

garantia da recuperação das práticas, mediante o reconhecimento estatal dos processos de unificação e desconstrução da diversidade. Entretanto, o ponto de maior evolução será quanto reformulação do direito à participação das comunidades nos temas de interesse:

7. A consulta livre, prévia e informada em um prazo razoável, sobre planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis em suas terras e que os poderão afetar ambiental ou cultural, participar dos benefícios desses projetos e receber compensação para os fatores negativos sociais, culturais e ambientais que causam. A consulta a ser realizada pelas autoridades competentes é obrigatória e oportuna. Se não for obtido o consentimento da comunidade consultada, proceder-se-á de acordo com a Constituição e a lei.

9. Conservar e desenvolver suas próprias formas de vida e organização social, e geração e exercício da autoridade, legalmente reconhecida em seus territórios e propriedade da terra ancestral da comunidade.

15. Construir e manter suas organizações representativas, no âmbito do respeito ao pluralismo e diversidade cultural, político e organizacional. O Estado reconhece e promove todas as formas de expressão e de organização.

16. Participar através de seus representantes em órgãos do governo estabelecido por lei, a definição de políticas públicas que lhes digam respeito, bem como o projeto e determinação de suas prioridades nos planos e projetos do Estado.

17. Ser consultado antes da adoção de medidas legislativas que possam afetar qualquer um de seus direitos coletivos. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>27</sup>

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho indica a necessidade de consulta livre, prévia e informada. Tal condição já era garantida pelo texto constitucional de 1998. O texto de 2008 ampliará a concepção de consulta às comunidades nos temas de interesse. O atual paradigma mantém o direito a consulta livre, prévia e informada, mas garante a participação direta dos

---

<sup>27</sup> 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

representantes das comunidades nas instâncias do poder. Trata-se, essencialmente, do reconhecimento que as comunidades tradicionais são sujeitos ativos, além de partes formadoras da identidade nacional. Não apenas, há o reconhecimento das diferentes formas de organizações representativas. Em comparação com o estado brasileiro, o Equador apresenta significativo avanço ao não impor o formato das organizações representativas, mas reconhecer o direito à diversidade.

Tema não tratado na Constituição anterior será a necessidade de proteção das comunidades isoladas. Nesse sentido:

21. Que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações são refletidas na educação pública e da mídia, criando sua própria mídia, em suas línguas e acesso a outros sem discriminação. Os territórios de povos em isolamento voluntário são irredutíveis e a posse ancestral intangíveis, e eles serão fechados para todos os tipos de atividade de extração. O Estado deve adotar medidas para garantir suas vidas, e fazer aplicar o direito de autodeterminação e vontade de permanecer em isolamento, e salvaguardar a observância dos seus direitos. A violação destes direitos constitui crime de etnocídio, que é punível por lei. O Estado garante a implementação desses direitos coletivos, sem discriminação, em termos de igualdade e equidade entre mulheres e homens. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>28</sup>

O item 21 trata das comunidades voluntariamente isoladas. Há, em mais uma oportunidade o reconhecimento da diversidade de formas de expressão diversas daquelas vivenciadas pelos outros setores nacionais. Nesse sentido, resta garantido que tais comunidades voluntariamente isoladas terão seus territórios protegidos, sendo vedada qualquer tipo de atividade extrativa. Por fim, o novo artigo 58 da Constituição reafirmará a importância das comunidades afro-equatorianas. Nesse sentido:

Art. 58 – Para fortalecer sua identidade, cultura, tradições e direitos, reconhece-se ao povo afroequatoriano os direitos coletivos estabelecidos na Constituição, lei e nos pactos, convenções, declarações e demais

---

<sup>28</sup> 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreducible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

instrumentos internacionais de direitos humanos. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>29</sup>

Conforme apresentado, houve mudanças pontuais na ótica da proteção territorial das comunidades tradicionais negras do Equador. Em 1988, o formato dessa proteção já acompanhava os direcionamentos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. O desenvolvimento da legislação infra-constitucional reafirmou a importância de proteção desses territórios, como mecanismo de manutenção social e física dessas comunidades. Coube a Constituição de 2008, nesse sentido, reafirmar tal proteção, indicando claramente sua preocupação com as comunidades. Observa-se que, relativo à proteção territorial as mudanças existem mas segue uma linha paradigmática, em consonância a Convenção n.º 169. Apesar de não tratar diretamente da proteção territorial, o tema de maior importância e evolução nessa Constituição será a possibilidade de formatação das circunscrições territoriais. Conforme indica o artigo 60:

Art. 60 – Os povos ancestrais, indígenas, afroequatorianos e montubios poderão constituir circunscrições territoriais para a preservação de sua cultura. A lei regulará sua conformação. Reconhece-se às comunidades que tem propriedade coletiva da terra, como uma forma ancestral de organização territorial. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>30</sup>

Tal disposição pode ser apresentada como o pilar da plurinacionalidade. Trata-se do reconhecimento da possibilidade de organizações estatais diversas, e não apenas um imposto modelo unitário. Especificamente ela é trabalhada também no artigo 257 do texto. Nela:

Art. 257 – No âmbito da organização político administrativa poderão formar-se circunscrições territoriais indígenas ou afroequatorianas, que exercerão as competências do governo territorial autônomo correspondente, e se regerão por princípios da interculturalidade, plurinacionalidade e de acordo com os direitos coletivos. (EQUADOR, 2008, tradução nossa)<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Art. 58.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuadoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

<sup>30</sup> Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroequatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

<sup>31</sup> Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroequatorianas, que ejercerán las competencias del

Conforme apresentado pelo artigo, a formação de circunscrições territoriais indígenas ou afro-equatorianas é reconhecida sendo que a competência dessas instituições serão as mesmas de um governo territorial autônomo.

#### **4.3.1.3 Lei dos Direitos Coletivos dos Povos Negros ou Afro-equatorianos**

Em maio de 2006, perante o paradigma da Constituição de 1998 o Congresso Nacional equatoriano publicou a Lei n.º 2006.46. Essa será entendida como a regulamentação dos direitos coletivos dos povos negros ou afro-equatorianos, presentes nos artigos 83 a 85 do texto constitucional.

Inicialmente, em seu artigo 2, serão apresentados como objetivos da lei o reconhecimento dos direitos sobre os territórios ancestrais dos povos tradicionais negros e o estabelecimento de mecanismos de proteção da identidade cultural, da biodiversidade e de seus direitos como povos. Nesse sentido:

Artigo 2 º. - São objetivos fundamentais desta Lei:

- a. Assegurar o exercício dos direitos coletivos dos povos negros ou afro reconhecidos nos artigos 84 e 85 da Constituição da República;
- b. Incorporar no contexto do desenvolvimento econômico, social, cultural e política, o pleno reconhecimento aos afroequatorianos para alcançar a igualdade de direitos e oportunidades;
- c. Reconhecer os direitos dos povos ou terras do povo negro ou afroequatoriano, as práticas de saúde tradicionais, a produção ea propriedade coletiva e intelectual;
- d. Incorporar representantes do povo nos organismos e instituições oficiais do estado;
- e. Estabelecer mecanismos para a proteção da identidade cultural e da biodiversidade e dos seus direitos como povos. (EQUADOR, 2006, tradução nossa)<sup>32</sup>

---

gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

<sup>32</sup> Art. 2.- Son objetivos fundamentales de esta Ley:

- a. Garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos negros o afroecuatorianos reconocidos en los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República;
- b. Incorporar en el contexto del desarrollo económico, social, cultural y político, el reconocimiento pleno a los afroecuatorianos, para lograr la igualdad de derechos y oportunidades;
- c. Reconocer los derechos que tienen los pueblos negros o afroecuatorianos sobre las tierras ancestrales, las prácticas tradicionales de salud, producción y la propiedad colectiva e intelectual;
- d. Incorporar representantes de los pueblos negros o afroecuatorianos en los organismos e instituciones oficiales del Estado; y,
- e. Establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y la biodiversidad y de sus derechos como pueblos.

Especificamente, será o Capítulo III da referida lei que tratará da proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Nesse sentido, o artigo 9 indicará a obrigação do estado equatoriano reconhecer os direitos econômicos, culturais, sociais e políticos das comunidades tradicionais negras urbanas. Em breve comparação com o estado brasileiro, percebe-se a evolução da legislação equatoriana, uma vez que não foi localizado no Brasil qualquer direcionamento normativo quanto os quilombos urbanos. Segundo o citado artigo:

Art. 9 – É obrigação do Estado equatoriano reconhecer os direitos econômicos, sociais, culturais e políticos das comunidades afroequatorianas urbanas. Essas comunidades poderão organizar-se juridicamente de acordo com a lei. (EQUADOR, 2006, tradução nossa)<sup>33</sup>

Apesar de tratar-se de um capítulo referente a proteção territorial, o legislador equatoriano indicará a obrigação do estado em adotar programas destinados aos sistemas de saúde, educação, moradia, energia elétrica, água potável, proteção do meio ambiente e geração de trabalho. Percebe-se que a proteção territorial das comunidades é condição já compreendida e alcançada. Desse ponto, o estado inicia o desenvolvimento de atividades em políticas sociais básicas como saúde, educação, moradia, pautado sob o paradigma da diversidade.

O capítulo IV indicará necessidade de a proteção à biodiversidade, aos recursos naturais e paralelamente ao território das comunidades tradicionais negras.

#### CAPÍTULO IV

##### Biodiversidade e Recursos Naturais

11 .- A participação no uso, manejo e conservação da biodiversidade por equatorianos é benefício coletivo, o Estado deve garantir a preservação e promoção de práticas tradicionais na gestão da biodiversidade e do ambiente natural das comunidades afro-equatorianos.

12 .- As terras comunitárias que serão tituladas aos povos negros ou afroequatorianos terão a obrigação de observar-se as normas de conservação, proteção e utilização dos recursos renováveis. Para tanto o estado apoiará a elaboração de planos de manejo ambiental, de ordenamento territorial e etnodesenvolvimento.

13 .- Caça, pesca, coleta de alimentos para a sobrevivência dos povos afro-equatorianos dentro de terras ancestrais detidos por comunidades negras e afro-equatorianos, terá prioridade sobre o uso comercial e industrial.

14 .- O Estado equatoriano deve garantir os direitos que as pessoas têm sobre negros ou afro genética e filogenética recursos presentes em seus

---

<sup>33</sup> Art. 9.- Es obligación del Estado ecuatoriano reconocer los derechos económicos, sociales, culturales y políticos de las comunidades afroecuatorianas urbanas. Dichas comunas podrán organizarse jurídicamente de acuerdo a la ley.

territórios ancestrais, de acordo com os regulamentos existentes. (EQUADOR, 2006, tradução nossa)<sup>34</sup>

Nesse capítulo percebe-se a garantia estatal na participação, utilização e conservação da biodiversidade por parte das comunidades tradicionais negras. Ponto de discussão na edição da lei foi o artigo 12. Esse indicará que as terras tituladas às comunidades tradicionais negras terão a obrigação de respeitar as normas de conservação, proteção e utilização dos recursos renováveis. Há, nesse sentido, um traço de imposição quanto o manejo da terra, onde o estado determina as regras a serem observadas, desconsiderando as necessidades das comunidades. Ressalta-se que, à época de edição da lei, o estado equatoriano vivenciava as maiores discussões quanto a formação do estado plurinacional.

Em último ponto, caberá ao capítulo VIII e IX indicar os mecanismos de participação quanto as comunidades tradicionais afro-equatorianas. O artigo 23 indicará as instituições responsáveis pela discussão, elaboração e acompanhamento de políticas públicas de desenvolvimento das comunidades. O artigo 24 indica a necessidade de respeito quanto as formas próprias de organização e associação das comunidades tradicionais negras. Nesse sentido:

Art. 24 – O Estado promoverá o respeito as formas próprias de organização e integração social afroequatoriana, tal como as comunidades dos palenques, comunidades urbanas e rurais, organizações de base e demais formas associativas que se determinar. (EQUADOR, 2006, tradução nossa)<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> CAPITULO IV - De la Biodiversidad y Recursos Naturales

Art. 11.- La participación en la utilización, administración y conservación de la biodiversidad por parte de los afroecuatorianos, será en beneficio colectivo; el Estado garantizará la conservación y promoción de prácticas tradicionales sobre el manejo de la biodiversidad y su entorno natural en las comunidades afroecuatorianas.

Art. 12.- Las tierras comunitarias que sean tituladas a los pueblos negros o afroecuatorianos tendrán la obligación de observar las normas sobre la conservación, protección y utilización de los recursos renovables. Para lo cual el Estado apoyará la elaboración de planes de manejo ambiental, de ordenamiento territorial y etnodesarrollo.

Art. 13.- La caza, pesca, recolección de productos alimenticios para la subsistencia de los pueblos afroecuatorianos dentro de las tierras en posesión ancestral de las comunidades negras y afroecuatorianas, tendrán prioridad ante el aprovechamiento comercial e industrial.

Art. 14.- El Estado ecuatoriano garantizará los derechos que los pueblos negros o afroecuatorianos poseen sobre los recursos genéticos y filogenéticos, presentes en sus territorios ancestrales, de acuerdo a la normatividad existente.

<sup>35</sup> Art. 24.- El Estado promoverá el respeto a las formas propias de organización e integración social afroecuatoriana, tales como los palenques, comunas, comunidades urbanas y rurales, organizaciones de base y demás formas asociativas que se determinen.

Não apenas, a criação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Afro-equatoriano importará em significativa evolução na discussão, elaboração e implantação de políticas públicas. Em primeiro momento o Conselho é considerado um organismo público, autônomo administrativa e financeiramente, que tem como função ditar as políticas e estratégias para o desenvolvimento dos povos afro-equatorianos. Observa-se que, dentre os sete membros previstos, seis devem ser afro-equatorianos. Não apenas percebe-se que os membros do conselho serão escolhidos mediante eleições, convocadas pelo Supremo Tribunal Eleitoral. Indica-se ainda a possibilidade de conselhos comunitários, nas diferentes províncias, possibilitando a participação da comunidade afro-equatoriana em temas afetos a realidade das províncias.

#### ***4.3.2 Conflitos de Interesse e Função Jurisdicional***

Duas ações, perante a máxima instância jurisdicional do Equador merecerão especial destaque, sendo: caso n.º 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos contra Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, com sentença de 13 de agosto de 2002 e o caso n.º 994-99-RA, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra Compañía ARCO Oriente Inc., com sentença de 16 de março de 2000.

O segundo caso não tratará especificamente das comunidades tradicionais negras. Entretanto, a utilização na argumentação jurídica da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho criou precedentes para adoção da jurisprudência quanto às comunidades tradicionais negras. Não apenas, o caso demonstra sua importância ao tratar especificamente do conflito de interesses quanto à utilização de uma porção territorial tradicional por conglomerado econômico equatoriano. Cumpre ressaltar que a sentença é prolatada sob o paradigma da Constituição de 1998, tendo sua jurisprudência ainda utilizada.

Trata-se do conflito de interesses entre o Povo Shuar contra uma companhia petroleira – ARCO Oriente. O governo equatoriano havia firmado com a companhia determinado acordo para a exploração de hidrocarbonetos, em área da comunidade tradicional. O povo Shuar indicou que não foi consultado quanto à exploração do recurso não renovável, além de ter seu território invadido. A partir da formalização do acordo, a companhia petroleira adentrou no território da comunidade inexistindo

permissão de suas autoridades tradicionais. Restou devidamente demonstrado que a companhia buscou realizar convênios, vencendo a necessidade da consulta livre, prévia e informada com membros da comunidade que não eram as devidas lideranças.

A comunidade indicou que a entrada da companhia em suas terras significava um atentado contra a unidade comunitária, suas formas de organização, fazer, viver e criar, além de desconsiderar a inviolabilidade do território. Ressalta-se, nesse ponto, a utilização em justificativa das disposições da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido, decisão em primeira instância concedeu a ordem de proteção a comunidade, impedindo que a companhia adentrasse ao território, caso inexistisse a consulta prévia. O magistrado utilizou dos artigos 5, 7, 8.2, 13.1 e 14.1 da Convenção e o artigo 84, itens 1, 2 e 3 da Convenção Política do Equador de 1998. Posteriormente o Tribunal Constitucional confirmou a sentença.

Deve-se ressaltar o importante papel desenvolvido pelo Tribunal Constitucional quanto à proteção territorial de comunidades tradicionais nesse caso. Reitera-se tratar de sentença no ano de 2000, fato que coloca o país no paradigma da Constituição de 1998. Entretanto, observa-se que na Constituição de 1998 o Equador já vivenciava a gênese da experiência plurinacional. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional utiliza-se apenas de sua legislação nacional, através do artigo 84 do texto constitucional.

Assinala o Tribunal, que os Shuar

São esses grupos de pessoas que mantêm a ocupação e posse de tais terras, que se desenvolvem "as suas formas tradicionais de vida e organização social, poder e exercício da autoridade", conforme expressamente determinado no ponto 7 do Art. 84 da Carta Suprema. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2009, tradução nossa)<sup>36</sup>

E,

Ações discriminatórias e unilaterais da parte causaram discórdia entre os grupos da comunidade, levando a confrontos entre aqueles que aceitam os critérios e aqueles que tenham ou não sido consultado ou discordar com o

---

<sup>36</sup> son esos grupos humanos quienes mantienen la ocupación y tenencia de tales tierras, en las cuales desarrollan "sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad", como expresamente determina el numeral 7 del Art 84 de la Carta Suprema

pensamento da ação, que faz com que uma divisão dentro do grupo, levando à fragmentação social, com divisões internas, que podem causar aculturação nociva e pernicioso contra a comunidade. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2009, tradução nossa)<sup>37</sup>

É interessante observar que, apesar de tratar-se de um caso referente a necessidade de consulta livre, prévia e informada, além da exploração de recursos não renováveis, a comunidade realizou sua argumentação perante proteção da integralidade do território comunitário, utilizando a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. O julgamento em primeira instância e a confirmação da sentença pelo Tribunal Constitucional no ano de 2000 possibilitou importante precedente quanto os territórios das comunidades tradicionais negras no Equador.

O outro caso será o de n.º 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos contra Dirección Regional de Minería de Pichincha com sentença de 13 de agosto de 2002. Nesse caso, o demandante será o defensor público do povo, representando as comunidades negras habitantes nas terras do Rio Cayapas, na Província de Esmeraldas. Essas comunidades possuíam o título sobre seus territórios, sendo que baseavam sua subsistência em atividades de caça, pesca, coleta de alimentos naturais, dentre outras diversas e todas dependentes do rio Cayapas. Ocorre que o Ministério de Energia e Minas do Equador outorgou concessão especial mineral a determinada empresa para desenvolver atividades de prospecção, exploração, benefício, fundição, refino e comercialização mineral. Todas essas atividades seriam em território da comunidade.

O defensor público representante das comunidades indicou que a concessão especial e o início das atividades de mineração provocariam danos irreparáveis não apenas aos recursos naturais, mas a vida das famílias da comunidade. Realiza-se a construção teórica, indicando que o território é um dos elementos de integração entre a comunidade. A inserção de um agente sem a devida participação e decisão da comunidade poderia significar um desrespeito ao direito fundamental à vida.

---

<sup>37</sup> (L)as acciones discriminadoras y unilaterales de la parte accionada provoca disensos entre grupos de la misma comunidad, dando lugar a enfrentamientos entre quienes aceptan los criterios de la recurrida y aquellos a quienes o no han sido consultados o discrepan con el pensamiento de la accionada, lo cual provoca una división en el seno de la agrupación, y estos enfrentamientos -a decir del accionante- conducen al fraccionamiento social, con escisiones internas, lo cual puede provocar un aculturamiento perjudicial y pernicioso en contra de la comunidad.

O Tribunal de Primeira Instância concedeu a ordem de proteção a comunidade, tendo a sentença confirmada pelo Tribunal Constitucional. Conforme apresentado pela Organização Internacional do Trabalho:

O Tribunal constitucional confirma a sentença do juiz de instância, y assinala que a concessão põe em risco o direito a um meio ambiente saudável, os direitos coletivos dos povos indígenas, negros e afroecuatorianos a conservar a propriedade de terras comunitárias, participar do usufruto, administração e conservação dos recursos naturais que há nelas, a conservar suas práticas de manejo da diversidade, e de não serem deslocados de suas terras. Afirma ainda que a propriedade da terra comunitária tem como objeto assegurar a manutenção da cultura, dos valores, crenças e tradições, e o desenvolvimento social, econômico e organizativo dos povos indígenas e afroecuatorianos. Salienta também que o caso violou o direito desses povos a ser consultado sobre os planos e programas de exploração e aproveitamento de recursos renováveis que estão em suas terras, e não pode alegar desconhecimento desse direito da sua falta de regulamentação legal. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2009, tradução nossa)<sup>38</sup>

Apesar da proximidade com o caso anteriormente apresentado, dois motivos justificam sua análise. Inicialmente a questão foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional do Equador dois anos após a decisão do caso n.º 994-99-RA, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra Compañía ARCO Oriente Inc., com sentença em 16 de março de 2000. Não apenas, trata-se de proteção territorial específica às comunidades tradicionais negras. Pelo lapso temporal e a temática envolvida o caso, juntamente com o anterior, permite verificar o vanguardismo da linha jurisprudencial adotada pelo Equador quanto à proteção territorial. Ressalta-se que, conforme a decisão:

Que a concessão mineraria, sem dúvida, afetará ambientalmente os centros chachis e povos negros que habitam a zona de concessão, mediante posse ancestral dessas terras ou cuja propriedade foi legalmente reconhecida, em alguns casos, terras que se encontram banhadas pelo Rio Cayapas, que constituem meio de comunicação e integração desses povos, recurso indispensável para o desenvolvimento de sua vida diária, que dele utilizam

---

<sup>38</sup> El Tribunal Constitucional confirma la resolución del juez de instancia, y señala que la concesión pone en riesgo el derecho a un medio ambiente sano, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros y afroecuatorianos a conservar la propiedad de las tierras comunitarias, participar del usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en ellas, a conservar sus prácticas de manejo de la diversidad, y a no ser desplazados de sus tierras. Afirma además que la propiedad de la tierra comunitaria tiene por objeto asegurar el mantenimiento de la cultura, los valores, creencias y tradiciones, y el desarrollo social, económico y organizativo de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Subraya además que se ha violado en el caso el derecho de estos pueblos a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos renovables que se hallen en sus tierras, y que no puede alegarse para desconocer este derecho su falta de reglamentación legal.

para sua alimentação mediante a pesca e para a higiene com o uso de suas águas, pelo que procedia a consulta prévia da concessão, tanto que o artigo 88 da Constituição indica que toda decisão estatal – como a concessão mineraria – que pode afetar o meio ambiente deverá contar previamente com os critérios da comunidade, a qual deve ser informada. E o artigo 15 da Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, cujo Equador é signatário, estabelece a proteção de recursos naturais existentes nas terras e territórios indígenas, onde devem ser estabelecidos procedimentos de consulta para avaliar os efeitos da exploração na vida dos povos, determinar se seus interesses seriam prejudicados e em que medida, antes de empreender ou iniciar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas terras. Por isso era imperativa a realização da consulta, cuja inobservância determina a ilegalidade do ato impugnado. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2009, tradução nossa)<sup>39</sup>

A decisão utiliza dos artigos do texto constitucional e subsidiariamente da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Tal caso demonstra de forma inequívoca o entendimento da mais alta corte equatoriana quanto a proteção territorial das comunidades tradicionais negras.

---

<sup>39</sup> Que, la concesión minera, a no dudarlo, afectará ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona de concesión, en posesión ancestral de esas tierras o cuya propiedad ha sido ya legalmente reconocida, en algunos casos, tierras que se encuentran bañadas por el Río Cayapas, que constituye vía de comunicación e integración de tales pueblos, recurso indispensable para el desarrollo de su vida diaria, del que despenden para la alimentación, mediante la pesca, y para la higiene con el uso de sus aguas, por lo que, procedía la consulta previa a la concesión, tanto más que el artículo 88 de la Constitución manda que toda decisión estatal -como es la concesión minera- que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual esta será debidamente informada; **y el artículo 15 del Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales del que es suscriptor el Estado Ecuatoriano establece la protección de los recursos naturales existente en las tierras y territorios indígenas**, a cuyo efecto debe establecerse procedimientos de consulta para evaluar los efectos de la explotación en la vida de los pueblos, determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. De allí que constituía un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado.

## 5 ESTADOS PLURINACIONAIS - DA HOMOGENEIDADE AO RECONHECIMENTO DO OUTRO

Cumpriu ao presente trabalho verificar o posicionamento de três estados latino-americanos - Brasil, Colômbia e Equador - relativo à proteção territorial de comunidades tradicionais negras. Para tanto, foi necessário analisar o significado e a evolução dos direitos humanos, verificar a formação do estado nacional moderno e compará-lo com a formação dos estados latino-americanos. Nesse ponto, mediante um conceito contemporâneo de direitos humanos discutiu-se o sistema internacional e regional protetivo desses direitos, considerando a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho como base teórico-normativa para proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Desse ponto, analisou-se o posicionamento de cada um dos três estados selecionados, quanto à citada proteção territorial.

Os direitos humanos, historicamente, surgem como uma contraposição às criações normativas humanas. Em determinado momento, esse contraponto será justificado pela existência de uma normatividade divina, que deveria superior a qualquer normatividade humana. Posteriormente, o contraponto residirá na unicidade do homem, dotado de razão. O horror provocado pelas duas grandes guerras indica a necessidade da comunidade global posicionar-se quanto à proteção do homem, ante sua dignidade. Daí observar-se-á a criação de sistemas global, regional e a evolução da proteção desses direitos nos textos constitucionais.

Ocorre que, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela ideologia, conforme apresentado por Boaventura de Sousa Santos:

Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral ao serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. (SANTOS, 1997, p. 1)

Se a proteção a dignidade do homem é o objetivo último da coletividade global, definir as ações que significavam violações à essa dignidade possibilitaria intervenções. Percebeu-se o desenvolvimento do embate entre universalismo e relativismo, discussão já pretérita. Nesse sentido, segundo Boaventura:

A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos

individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico. (SANTOS, 1997, p. 1, tradução nossa)<sup>40</sup>

O crescimento dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada possibilitou a releitura desses direitos humanos. Ainda:

Em todo o mundo milhões de pessoas e milhares de ONG's [Organizações não Governamentais] têm lutado pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, em muitos casos vitimizados por Estados capitalistas autoritários. Os objetivos políticos de tais lutas são freqüentemente explícita ou implicitamente anticapitalistas. Gradualmente foram-se desenvolvendo discursos e práticas contra-hegemônicas de direitos humanos, foram sendo propostas concepções não ocidentais de direitos humanos, foram-se organizando diálogos interculturais de direitos humanos. Neste domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado em um projeto cosmopolita. (SANTOS, 1997, p. 1, tradução nossa)<sup>41</sup>

Nesse ponto, passou-se a considerar os direitos humanos como o conjunto de garantias conquistadas, essencialmente históricas, sem as quais restaria prejudicado o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do indivíduo. Ressalta-se que tais garantias devem ser analisadas sob uma perspectiva constitucionalista, internacionalista e filosófica. Mediante o conceito de direitos humanos é importante verificar as hipóteses de formação do estado nacional e a experiência na América Latina. Percebe-se que os estados nacionais são criações modernas, onde é necessário afastar a concepção de surgimento natural. Assim como o estado nacional é um produto dos interesses humanos, observa-se a necessidade de criação de

---

<sup>40</sup> A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico.

<sup>41</sup> Em todo o mundo milhões de pessoas e milhares de ONG's têm vindo a lutar pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, em muitos casos vitimizados por Estados capitalistas autoritários. Os objetivos políticos de tais lutas são freqüentemente explícita ou implicitamente anticapitalistas. Gradualmente foram-se desenvolvendo discursos e práticas contra-hegemônicas de direitos humanos, foram sendo propostas concepções não ocidentais de direitos humanos, foram-se organizando diálogos interculturais de direitos humanos. Neste domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projecto cosmopolita.

elementos que possibilitem sua manutenção, destacando a nacionalidade. Ser nacional significa possuir um sentimento de pertencimento ou integração a determinado grupo social. Ocorre que, os elementos utilizados para essa manutenção são instrumentalmente criados. Se na Europa pode-se indicar a religião, língua ou descendência, na América Latina a miscigenação foi importante elemento. Ocorre que, movimentos contrários a essa falsa nacionalidade foram observados. Desse ponto, observa-se o surgimento das comunidades tradicionais negras, como locais de resistência contrários as violências cometidas contra os escravos e passíveis de manutenção das características sociais, culturais e econômicas africanas.

As comunidades tradicionais negras, presentes nos três estados em análise sobreviveram aos movimentos de abolição, assim como os processos de independência. E, novamente, a dignidade da pessoa humana indicará a urgência em proteção dessas. Tal proteção é revista, abandonando o paradigma do historicismo pretérito ou “museificação”, observado em outros momentos. As comunidades tradicionais não mais são compreendidas como elementos do passado, carentes de uma pretensa evolução, desenvolvimento ou civilização. As experiências e o atual momento vivenciado pelos outros setores da coletividade correspondem a um conjunto de decisões tomadas, não necessariamente compreendidas como momento final de uma história linear. As distintas formas de fazer, viver e criar das comunidades tradicionais devem ser respeitadas no paradigma da contemporaneidade dos direitos humanos.

Nesse ponto, percebe-se a importância do território para tais comunidades. Se, perante os outros setores da coletividade, os territórios são compreendidos apenas como um bem, ainda que necessária a observância da função social da propriedade, assim não será para as comunidades tradicionais. Para essas, o território não corresponde apenas um mecanismo de subsistência. Trata-se de um elemento de identidade do grupo, cuja inobservância significaria a desconstrução do grupo. Nesse aspecto, a legislação internacional protetiva dos direitos humanos compreende a importância do território e passa a criar direcionamentos normativos necessários a proteção do espaço físico. A Organização das Nações Unidas, através da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho apresentará os critérios necessários a manutenção dessas comunidades. Pontua-se que, tal Convenção é compreendida como mais avançada normativa internacional relativa ao

tema. Entretanto, tal avanço não significa o atendimento a todas as demandas da proteção territorial.

A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm contribuído de forma significativa para a proteção territorial. Percebe-se que o sistema regional americano possui uma maior efetividade na proteção, se comparada ao sistema internacional, ante a proximidade social, histórica e econômica de seus estados-membros.

Mediante tais conclusões realizadas ante as construções anteriores, passa-se a verificar o posicionamento de cada estado quanto a proteção territorial das comunidades tradicionais negras. No Brasil, tal proteção é falha. A Constituição do país, em 1988 já indicava a necessidade do estado emitir os respectivos títulos às comunidades. Entretanto, após mais de 20 anos da promulgação do texto constitucional as medidas são tímidas. Quanto à normatividade, a iniciativa brasileira não avançou além da existência de um artigo constitucional transitório e um decreto, editado sob a competência do poder executivo. Tal decreto é objeto de intenso debate, uma vez que a regulamentação de dispositivo constitucional caberia ao legislativo brasileiro. Não apenas, as medidas do poder executivo, por além da edição do citado decreto são tímidas. Dados apontam a existência 2000 comunidades no território brasileiro, onde sequer a metade foram devidamente tituladas.

Coube ainda verificar o posicionamento do poder judiciário. Inexistem, até a data de conclusão dessa pesquisa, elementos que possam apontar uma jurisprudência clara e precisa quanto à proteção territorial das comunidades quilombolas. Não apenas, inexistem clareza por parte dos magistrados quanto à aplicabilidade da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, como norma constitucional, fato definido pela Emenda Constitucional n.º 45. Perante o judiciário brasileiro, a decisão pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 3.239 oferecerá maiores elementos quanto o posicionamento a ser adotado. Ante a inexistência dessa decisão é possível analisar o conflito de interesses formado no campo jurídico, mediante a figura do *amicus curiae*. Observa-se que, as discussões na Ação Direta de Inconstitucionalidade possuem traços de um embate ideológico e político, em detrimento de questões jurídicas. A proteção territorial das comunidades tradicionais negras brasileiras significaria uma evolução na necessária e atrasada reforma agrária no país.

Já a Colômbia aproxima-se fortemente da realidade brasileira. Ambos os estados ratificaram a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho. Apesar desse fato, percebe-se que as ações tomadas pelo estado colombiano são tímidas, contrariando o disposto na normativa internacional. O estado também possui um artigo constitucional transitório, regulamentado por iniciativa do Congresso Nacional. Essa regulamentação é marcada pela concepção de historicismo pretérito, em detrimento ao tradicionalismo. Nesse sentido, as comunidades são compreendidas como elementos do passado, carentes dos pretensos processos de evolução e desenvolvimento. Tal concepção, associada a ideia de estado colombiano unitário prejudicam o real conceito de tradicionalismo e importam no desrespeito ao território das comunidades negras. Especificamente, é perceptível na Colômbia a sobreposição dos interesses estatais, em detrimento da proteção dos territórios das comunidades. De forma clara, indica a legislação colombiana que caso alguma terra tradicional esteja em local que afete a soberania nacional, esta será relativizada.

Em último ponto, o Equador pode ser apresentado como estado de maior avanço quanto ao tema da pesquisa. Sua Constituição de 1998 já coadunava com a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, hoje compreendida como normativa internacional mais avançada. A Constituição de 2008 trouxe ao país a concepção da plurinacionalidade, que significa a desconstrução da unicidade identitária e o reconhecimento da diferença. É interessante observar que a proteção territorial no Equador é considerada como tema pretérito, já garantido às comunidades. O país discute atualmente os mecanismos de participação das comunidades tradicionais negras nas esferas de poder. Nesse sentido, observa-se uma reconstrução organizacional e administrativa do estado, em uma iniciativa inédita.

Tal análise, responderia o problema indicado no projeto de pesquisa. Considerando a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, foi possível verificar o posicionamento de três estados, oferecendo maior atenção ao Brasil. Entretanto, não basta analisar o posicionamento de cada estado, sendo necessário verificar o paradigma atualmente vivenciado. É de fácil compreensão a importância dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos na contemporaneidade. Esses tratados significam, ainda de forma tímida, a relativização da soberania estatal perante o interesse máximo da dignidade do homem. É possível verificar que a ratificação dos tratados de direitos humanos quanto à proteção

territorial das comunidades tradicionais negras, não significa a efetividade dessa proteção. Como exemplo, verifica-se que os três estados ratificaram a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho e, ainda assim, apresentam significativas diferenças quanto à aplicabilidade das normas indicadas.

Em ponto oposto, percebe-se que o paradigma da plurinacionalidade possibilitou a indiscutível proteção territorial das comunidades tradicionais equatorianas. Não apenas, o Estado Plurinacional do Equador reconstrói os elementos de formação de um estado nacional.

Definindo tal estado, apresenta José Luiz Quadros de Magalhães:

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

E ainda, o cerne da discussão reside na:

[...] idéia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa. (MAGALHÃES, 2011, p. 1)

A plurinacionalidade oferece tal possibilidade e, em grande parte, aproxima-se da interculturalidade ou multiculturalismo, conforme proposto por Boaventura de Sousa Santos (1997). O autor realiza suas considerações quanto às diferentes visões dos direitos humanos. De forma correlata, a análise pode ser realizada quanto à existência de comunidades tradicionais negras, estado nacional e reconhecimento da diferença.

Não mais é possível a manutenção das falsas unicidades e unidades criadas pela modernidade. A propriedade privada e sua garantia absoluta é uma dessas falsas criações. O atual momento vivenciado pelo Ocidente não pode ser compreendido como ponto máximo da evolução, perante uma linearidade histórica.

Os grupamentos sociais e as culturas tendem a acreditar que são completas, mesmo não sendo. Apenas o diálogo possibilitará a criação de premissas verdadeiramente aceitáveis na co-existência dos povos. Conforme Boaventura, tal diálogo seria possível através da hermenêutica diatópica. Dessa forma:

No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de topoi fortes. Os topoi são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. Topoi fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando «usados» numa cultura diferente. O melhor que lhes pode acontecer é serem despromovidos de premissas de argumentação a meros argumentos. Compreender determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível. Partindo do pressuposto de que tal não é impossível, proponho a seguir uma hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para superá-las. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica.

A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objetivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu caráter dia-tópico. (SANTOS, 1997, p. 1)

A proposição de Boaventura de Souza Santos é compreendida como a importante contribuição do estado plurinacional. Esse estado parte do pressuposto do diálogo para localizar os elementos de identidade dos diferentes povos. E, notadamente a identidade de um povo não reside apenas no território, - proposta dessa pesquisa - apesar desse ser um importante elemento. Percebe-se que a experiência do Estado Plurinacional busca um novo caminho, cujo principal elo ou elemento de coesão entre os indivíduos é o reconhecimento do outro enquanto sujeito e a existência da diferença como principal elemento de unificação e proximidade.

A ideia pode parecer demasiadamente inovadora e utópica. Entretanto, assim como proposto por Boaventura (1997), citando Sarte, anteriormente a concretização, as ideias tem uma estranha semelhança com as utopias. Nesse sentido, cabe não reduzir o realismo ao que existe no mundo, pois, caso contrário, tornar-se-á obrigatório justificar o que existe, ainda que opressivo e injusto.

## 6 CONCLUSÃO

Coube ao presente trabalho analisar a proteção territorial das comunidades tradicionais negras na América Latina verificando se os estados respeitavam a normativa internacional protetiva dos direitos dessas comunidades. Buscou-se, para tanto, analisar o conceito de direitos humanos, sua evolução histórica e finalidade na contemporaneidade. Percebe-se que os direitos humanos ganharam relevância com o movimento de internacionalização, além dos processos de constitucionalização nos estados.

A análise da formação dos estados modernos apresentou a existência de mecanismos ideológicos, afastando-se as pressuposições de formações naturais nas centralizações políticas. Assim como os estados, as nacionalidades e a ideia de identidade nacional são construídas mediante os interesses de determinados agentes que utilizam de falsas premissas e mecanismos ideológicos. Na América Latina a nacionalidade foi construída e fortemente marcada pelos critérios de miscigenação e pela falsa inexistência de tensões raciais. Dessas falsas premissas desenvolveram-se movimentos contrários ao processo de criação da nacionalidade, onde se pode citar o surgimento das comunidades tradicionais negras.

As comunidades tradicionais possuem uma especial relação com a terra e o território, não havendo aquela concepção mercantil observada em outros setores da coletividade. Em mesmo sentido, esses territórios significam a possibilidade de manutenção da tradicionalidade. Uma vez que o território não é garantido, a comunidade é desfeita com o rompimento dos laços entre seus membros. Considerando a normativa internacional protetiva de direitos humanos, em especial a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi possível verificar o posicionamento do Brasil, mediante comparação com Equador e Colômbia. Conclui-se pelo atraso do estado brasileiro na proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Não apenas, verifica-se que a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos não importa na adoção de medidas efetivas de proteção. Por fim, deve-se destacar a iniciativa do estado plurinacional na proteção territorial das comunidades tradicionais negras. Percebe-se que tal paradigma adotado pelo Equador possibilita o que atores e grupamentos sociais historicamente excluídos passam a habitar os espaços públicos de tomadas de decisão. O paradigma de unificação proposto pela

modernidade deixa de ser observado na proposta do estado plurinacional e, especificamente quanto à proteção territorial, novas formas de direito de propriedade passam a ser consideradas. Tal possibilidade garante a manutenção e a existência das comunidades tradicionais em plena observância ao princípio da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Nas bordas da política étnica: os quilombos e as políticas sociais. **Boletim informativo do NUER – Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas**, Florianópolis, v.2, n. 2, 2005.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 352p
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p
- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2010. 285p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. 334 p.
- BECKHAUSEN, Marcelo. **A inconstitucionalidade do Decreto 3912, de 10 de setembro de 2001**. [S.l.], 2001. Disponível em: <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/a\\_inconstitucionalidade\\_do\\_decreto\\_3912\\_2001.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/a_inconstitucionalidade_do_decreto_3912_2001.pdf)>. Acesso em 14 ago. 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 19 ago. 2011.
- BRASIL. Decreto n.º3.912, de 10 de setembro de 2001. Regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 set. 2001. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3912.htm)>. Acesso em 27 jul. 2011
- BRASIL. Decreto n.º4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 nov. 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em 01 ago. 2011
- CALDAS, Andressa; GARCIA, Luciana. **Direito à terra das comunidades remanescentes de quilombos: o longo e tortuoso caminho da titulação**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <<http://global.org.br/programas/direito-a-terra-das-comunidades-remanescentes-de-quilombos-o-longo-e-tortuoso-caminho-da-titulacao/>>. Acesso em 18 ago. 2011.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Terras Quilombolas**. Pesquisa Processos no INCRA. São Paulo, 2011a. Disponível em: <[http://www.cpisp.org.br/terras/asp/terras\\_tabela.aspx](http://www.cpisp.org.br/terras/asp/terras_tabela.aspx)>. Acesso em 13 out. 2011.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Terras Quilombolas**. Por que as titulações não acontecem? São Paulo, 2011b. Disponível em <[http://www.cpisp.org.br/terras/html/por\\_que\\_as\\_titulacoes\\_nao\\_acontecem.aspx](http://www.cpisp.org.br/terras/html/por_que_as_titulacoes_nao_acontecem.aspx)>. Acesso em 13 out. 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. G. (org.) **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000

COLÔMBIA. **Constitución de Colômbia**. Bogotá: Secretaria del Senado de la Republica de Colombia, 1991. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/vigente.html>>. Acesso em 19 ago. 2011.

COLÔMBIA. **Ley 70 de 1993**. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitucion Política. Quibdó: Congreso Nacional, 1993. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/htm/leis/page.aspx?LeilD=3>>. Acesso em 15 ago. 2011

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Mayagna (Sumo) Awas tingni vs. Nicarágua**. Sentença de 01 de fevereiro de 2000. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_66\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_66_esp.pdf)>. Acesso em 16 ago. 2011

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**. Interpretação de Sentença, Reparação e Custas. Sentença de 06 de fevereiro de 2006. 2006a Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_142\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf)>. Acesso em 12 ago. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**. Interpretação de Sentença, Reparação e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. 2006b. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)>. Acesso em 08 ago. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2011.

CORTIANO JR., E. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELGADO, Guilherme. Setor de subsistência na economia brasileira: gênese histórica e formas de reprodução. In: JACCOUD, Luciana (Org.). **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo**. Brasília: Ipea, 2005. v. 1.

DULITZKY, Ariel E. **Cuando los afrodescendientes se transformaron em 'pueblos tribales'**. El sistema interamericano de derechos humanos y las comunidades rurales negras Bogotá: ILSA,. El otro derecho, 41, mai. 2010, p. 13-48. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/document.2006-04-04.1440775161>>. Acesso em 26 jul. 2011.

EQUADOR. **Constitución Política de la República del Ecuador**. [S.l.]: Gobierno Nacional de Ecuador, 1998. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>>. Acesso em 14 ago. 2011.

EQUADOR. **Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos**. N.º 2006-46. San Francisco de Quito: Congreso Nacional, 2006. Disponível em <<http://www.cpis.org.br/hm/leis/page.aspx?LeilID=74>>. Acesso em 26 ago. 2011

EQUADOR. **Constitucion de la Republica del Ecuador**. Alfaro: Asamblea Nacional de Ecuador, 2008. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>>. Acesso em 15 ago. 2011

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 49. ed. São Paulo: Global, 2004a. 719p.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. 15. ed. São Paulo: Global, 2004b. 968p.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Comunidades Quilombolas**. Brasília, 2011. Disponível em <[http://www.palmares.gov.br/?page\\_id=88](http://www.palmares.gov.br/?page_id=88)>. Acesso em 08 ago. 2011.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, Dec. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 8 set. 2011.

GOMES, Flávio dos Santos. **História de quilombolas: mocambos e comunidades de senzala no Rio de Janeiro, século XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 426p.

GOMES, O. **Direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

HASENBALG, Carlos A. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. 316 p.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. New York: Columbia Press University, 1996. 220p.

IANNI, Octávio. **Escravidão e racismo**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1988. 190p. (Estudos brasileiros (Paz e Terra))

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Países@**. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>>. Acesso em 02 ago. 2011.

JUNQUEIRA, Carmen. **Antropologia indígena**: uma introdução: história dos povos indígenas no Brasil. São Paulo: EDUC, 1991. 111p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 2002. 605p. (Os pensadores)

LUNA, Luis. **O negro na luta contra a escravidão**. Rio de Janeiro: Leitura, 1968.

MACPHERSON, C. B. Os direitos humanos como direitos de propriedade. In: MACPHERSON, C. B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**: o papel do estado das classes e da propriedade na democracia do século XX. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MADARIAGA, Isabel. **Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 28. Oct. 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Violência e Modernidade**: O dispositivo de Narciso. A superação da modernidade na construção de um novo sistema mundo. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/02/184-violencia-e-modernidade-o.html>>. Acesso em 14 ago. 2011

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo: Nova Fronteira, 2000. 183p. (Grandes nomes do pensamento brasileiro)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. [S.l.], 2011a. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2011

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Social Indicators**. [S.l.], 2011. Disponível em <<http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/socind/population.htm>>. Acesso em 06 ago. 2011b.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. São José da Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 13 jul. 2011

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Aplicación de Convenio Num. 169 de La OIT por tribunales nacionales e internacionales em America**

**Latina.** Genebra: OIT, 2009. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf)>. Acesso em 12 ago. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Apresentação.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>>. [S.l.], 2011a. Acesso em 14 ago. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Populações Indígenas e Tribais.** Genebra, [S.l.], 2011b. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/popula%C3%A7%C3%B5es-ind%C3%ADgenas-e-tribais>>. Acesso em 03 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT.** Brasília: OIT, 2011,c. Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/international\\_labour\\_standards/pub/convencao%20169\\_2011\\_292.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/convencao%20169_2011_292.pdf)>. Acesso em 05 out. 2011

PALACIOS, Marcos. **El café en Colombia, 1850-1970: una historia económica, social y política.** 2.ed. México, D.F: Colegio de México, 1983. 556p

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PARTIDO DA FRENTE LIBERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239 Distrito Federal.** Brasília, 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoocidente=2227157>>. Consulta em 13 ago. 2011.

PILETTI, Nelson. **História do Brasil.** 20. ed. São Paulo: Ática, 1999. 431p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SADER, Emir. **A nova toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana.** 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. 192 p.

SANTANA, Gilsely Barbara Barreto. **A foto cabe na moldura? : a questão quilombola e a propriedade.** 2008. 128 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais,** Coimbra, n.º 48. Junho 1997.

SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03.** Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2011.

SÉMELIN, Jacques. **Purificar e Destruir**: Usos políticos dos massacres de dos genocídios. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2009. 546p.

SEPULVEDA, Juan Gines de. **Démocrates Segundo** o de las justas causas de la guerra contra los índios. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1984.

SILVA, Dimas Salustiano. Apontamentos para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988. In: **Boletim Informativo do NUER – Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas**/Fundação Cultural Palmares. 2. ed. Florianópolis: 1997, v.1, n.1.

SILVEIRA, Oliveira. **Encontrei minhas origens**. In: Roteiro dos tantãs. Porto Alegre: [s.n], 1981. 24p.

SÓFOCLES. **A trilogia tebana**: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002. 262p.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. **Identidades, Diferenças**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Artigo%20Identidades-%20Diferencas.pdf>>. Out. 2003. Acesso em 13 ago 2011.

THEODORO, Mário. A formação do mercado de trabalho e a questão racial no Brasil. In: THEODORO, Mário. (Org.). **As políticas públicas e a igualdade racial no Brasil**: 120 anos após a abolição. Brasília: IPEA, 2008. Cap. 1, p. 19-50. 176p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 597p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 46, n.º182, jul./dez. 1993

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, v.1

VINCENT, R. J. **Human rights and international relations**. Cambridge: Carmbridge University Press, 1986. 187 p.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.