



## O PLURALISMO JURÍDICO, O TRANSCONSTITUCIONALISMO E COMUNIDADES QUILOMBOLAS

<sup>1</sup>Leandro Venicius Fonseca Rozeira

### RESUMO

A Constituição brasileira (1988) possui em seu texto previsão de proteção às comunidades afrodescendentes, ao passo que, apesar de temperada pela função social, também há previsão de proteção da propriedade privada. A luta pelo reconhecimento do direito quilombola vem causando violentos embates em várias partes do país, com mortes de vários líderes quilombolas e enfraquecimento do sentimento de nação. Por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar entre direito e sociologia aborda-se temas como pluralismo, transconstitucionalismo e a democratização dos saberes, na tentativa de demonstrar a existência de outros ordenamentos com racionalidades distintas do ordenamento jurídico estatal e a necessidade de este reconhecer esse “outro”, na forma de um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e aprendizado. A conclusão do trabalho vai ao encontro da noção de reconhecimento da existência de ordens jurídicas existentes nas comunidades quilombolas, e em outras populações tradicionais, como diferenciadas em relação à ordem jurídica estatal, na forma de ordens produtoras de conhecimento e utilizadoras do código lícito/ilícito.

**Palavras-chave:** Brasil. Comunidades quilombolas. Direitos territoriais. Transconstitucionalismo. Hermenêutica.

### LEGAL PLURALISM, TRANSCONSTITUTIONALISM AND QUILOMBOLAS COMMUNITIES

**ABSTRACT:** The Brazilian Constitution (1988) has in its text provision for protection of Afro-descendant communities, while, although tempered by the social function, there is also provision for protection of private property. The struggle for the recognition of the quilombola right has been causing violent attacks in several parts of the country, with deaths of several quilombola leaders and weakening of the feeling of nation. Through an interdisciplinary bibliographical research between law and sociology, topics such as pluralism, transconstitucionalism and the democratization of knowledge are tried, in an attempt to demonstrate the existence of other legal systems with different rationalities of the state legal order and the need to recognize this "other", in the form of a unilateral transconstitucionalism of tolerance and learning. The conclusion of the work is in line with the notion of recognition of the existence of existing legal orders in quilombola communities, and in other traditional populations, as differentiated in relation to the state legal order, in the form of knowledge producing orders and users of the legal / illicit code

**KEYWORDS:** Brazil. Quilombolas communities. Territorial rights. Transconstitucionalism. Hermeneutics.

Data de submissão: 20/08/2018

Data de aprovação: 12/12/2018

*Double Blind Review Process*

DOI: <https://doi.org/10.21902/revistacampjur.v7i1.264>

<sup>1</sup>Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Barreiras-BA (Brasi) E-mail: [leorozeira@hotmail.com](mailto:leorozeira@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o problema da possibilidade dos magistrados e tribunais, no processo interpretativo, situados no centro do sistema jurídico estatal, reconhecerem a existência de ordenamentos jurídicos quilombolas extra estatais, utilizadoras do código lícito/ilícito na sua forma de organização, conforme noções do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009).

Pretende-se neste artigo conciliar noções de questões da antropologia conforme a visão de Alfredo Wagner Berno de Almeida (2002), que buscam explicar a complexa situação de diversas comunidades quilombolas na luta pelo reconhecimento de seus direitos territoriais, com teoria jurídica do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009) e a visão do novo pluralismo jurídico de Gunther Teubner (2005), bem como com algumas noções sobre diversidade epistemológica.

Não será abordada uma comunidade quilombola em específico, mas as especificidades do direito de diversas comunidades quilombolas, fortemente baseado em seus territórios coletivos, que podem vir a caracterizar-se como ordens jurídicas diferenciadas.

O atual momento de crescimento de conflitos na nossa sociedade policontextural, sejam conflitos motivados por questões distributivas ou relacionados às lutas por reconhecimento, demanda uma nova postura do Judiciário e o abandono da tentativa de imposição de uma única racionalidade ou de uma integração moral da sociedade, sob o mito do juiz racional cartesiano, na interpretação do próprio direito estatal.

Essa abordagem reconhecidora da alteridade entre ordenamentos jurídicos pode ser eficaz para diminuir o forte dissenso social atual no contexto da luta pelos direitos territoriais quilombolas ou de outras comunidades tradicionais.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Apesar de relevante, a questão dos quilombos passou muito tempo invisibilizada até ser tratada no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988.

Por um lado, tal previsão pode ser concebida como uma indicação de que a Constituição de 1988 teria o condão de abrir o estado brasileiro ao diálogo democrático com as comunidades

tradicionais, através de um pluralismo político, fato necessário para a configuração de um verdadeiro Estado-Nação. Ocorre que o modo como foi editado o texto do art. 68 do ADCT gerou dúvidas que não contribuíram para uma pacificação social.

Dentro dessa moldura de passadismo, no entanto, havia dubiedades e problemas que se colocaram desde logo, rompendo com a idéia de monumentalidade e sítio arqueológico que dominara o universo ideológico dos legisladores. Pôde-se perceber que, ao contrário do imaginado pelos legisladores, nada havia de auto-evidente. Indagações multiplicaram-se num amplo debate. Quais eram os instrumentos operacionais para se efetivar essa questão colocada na ordem do dia constitucional? Como distinguir com acurácia as situações objeto da ação de titulação definitiva? Qual o esquema interpretativo disponível e apropriado para dar conta dessa contingência históricossociológica? Quer dizer, qual o conceito de *quilombo* que estava em jogo? Ora, as definições com pretensão classificatória são por princípio arbitrárias e sempre demandam disputas, dispondo em campos opostos os interesses em questão. E foi o que sucedeu a partir da retomada das mobilizações camponesas pós-1988, nas quais o fator étnico foi publicizado e tornado um componente dos critérios político-organizativos. As situações concretas de conflito levaram ao dissenso em torno do conceito de *quilombo* e dos procedimentos operacionais, revelando o grau de organização das forças sociais que recusavam o caráter restritivo e limitante do único instrumento legal produzido após a abolição de 1888, o qual se refere a direitos sobre a terra por parte de ex-escravos e seus descendentes. Ganharam visibilidade nesse debate as primeiras associações voluntárias e as identidades coletivas que revelavam a condição de pertencimento a grupos sociais específicos e que viriam a compor a partir de 1994 um movimento social quilombola de abrangência nacional (ALMEIDA, 2002, p. 46-47).

O grande período de invisibilidade da situação dos quilombos no âmbito agrário nacional e o tardio reconhecimento dúbio por parte do estado brasileiro foram algumas das causas para mais um forte dissenso que gera conflitos no campo.

Apesar de ser uma realidade fática desde o período colonial, na legislação republicana, o conceito de quilombo não aparece mais, constatando-se um silêncio nos textos constitucionais sobre a relação dos ex-escravos com a terra, voltando a ser mencionada tal questão apenas muito tempo depois, oportunidade na qual os quilombos já foram tratados como “remanescentes”, ou, seja, de forma residual. Dessa forma, a sociedade brasileira não deveria se ater a um conceito histórico congelado do período colonial que dava ênfase no escravo fugido que estivesse longe dos domínios das grandes propriedades (ALMEIDA, 2002, p. 53).

Quando lemos os juristas do século XIX — como Tavares Bastos, Perdigão Malheiro, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, Celso Magalhães, Dunshee de Abranches e outros eruditos como Brandão Júnior, que defendeu uma tese em 1870, em Bruxelas, sobre a escravidão no Brasil, e Inglês de Souza —, percebemos que suas observações diretas transcendem, em certa medida, às

disposições jurídicas. Os juristas da primeira metade do século XX também ficaram tributários disto, como Oliveira Viana, em *Raça e assimilação* (1932), e Evaristo de Moraes, em *A escravidão africana no Brasil* (1933). Mas, ao mesmo tempo, todos eles estão meio atados, quando vão definir quilombo, à própria questão doutrinária; ficam congelados dentro dos marcos conceituais das ordenações manuelinas e filipinas e dos demais dispositivos do período colonial. A ênfase é sempre dirigida ao quilombola considerado como escravo fugido e bem longe dos domínios das grandes propriedades. Ora, segundo a ruptura antes sublinhada, houve escravo que não fugiu, que permaneceu autônomo dentro da esfera da grande propriedade e com atribuições diversas; houve aquele que sonhou em fugir e não conseguiu fazê-lo; houve aquele que fugiu e foi recapturado; e houve esse que não pôde fugir porque ajudou os outros a fugirem e o seu papel era ficar. Todos eles, entretanto, se reportavam direta ou indiretamente aos quilombos. Teríamos, pois, várias situações sociais a serem contempladas, e o próprio art. 68 é interpretado como discriminatório também sob esse aspecto, porquanto tenta reparar apenas parcial e incidentalmente uma injustiça histórica e reconhecer de maneira restrita um direito essencial. Ao fazê-lo, restringe o conceito a uma única situação, ou seja, a dos “remanescentes” na condição de “fugitivos” e de “distantes (ALMEIDA, 2002, p. 61-62).

A própria técnica legislativa, nesse contexto, favoreceu às dúvidas e exacerbou conflitos e dissensos, resultado de um conturbado processo constituinte que resultou na manutenção do termo “remanescentes”.

Historicamente os quilombolas foram vistos de fora do Estado Nacional. Inicialmente limitados à escravos fugidos, sendo que os proprietários se utilizavam da força policial do estado brasileiro para fazê-los retornarem ao trabalho nas plantações. Em 1850 a Lei de Terras ignorou as situações de posses efetivas de diversas comunidades quilombolas.

O sociólogo peruano Aníbal Quijano, em seu trabalho “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, aborda bem a questão do problema da noção de Estado-nação aplicada à América Latina. O referido autor entende que a noção moderna de Estado-nação implica, necessariamente, uma certa democracia, tendo em vista que os processos de nacionalização nos tempos modernos ocorreram através de uma relativa democratização do controle de trabalho, dos recursos produtivos e do controle das instituições políticas (QUIJANO, 2005, p. 130).

No Estado-nação, os indivíduos precisam ter algo em comum. Nesse sentido, o autor afirma que todos os reais estados Estado-nação nasceram a partir de uma participação mais ou menos democrática na distribuição do controle do poder. Esta seria a única maneira de homogeneizar as pessoas diferentes no conceito Estado-nação moderno, destacando a dificuldade de alguns países latino-americanos, como o Brasil, que foram formados a partir de

uma maioria populacional indígena, negra e mestiça, com a exígua minoria de colonizadores no controle total do poder (QUIJANO, 2005, p. 130).

Desse modo, O Brasil não teria sido formado como nação, mas sim como um Estado independente com sociedade colonial (QUIJANO, 2005, p. 134).

Se entendermos que houve uma certa democratização a configurar um Estado-nação, os negros ex-escravos e seus descendentes ficaram de fora desse conceito.

Esse breve esboço histórico demonstra a impossibilidade de integração moral sob uma única racionalidade. A história dessas comunidades escancara o fato de que, assim como as diversas comunidades indígenas, as comunidades quilombolas constituem grupos sociais que estiveram à margem do conceito de Estado-Nação desde a sua formação.

Considerando tais peculiaridades, Almeida entende que que o conceito atual de quilombo deve se desligar da antiga definição dos portugueses, bem como de qualquer definição externa (ALMEIDA, 2002).

O recurso de método mais essencial, que suponho deva ser o fundamento da ruptura com a antiga definição de quilombo, refere-se às representações e práticas dos próprios agentes sociais que viveram e construíram tais situações em meio a antagonismos e violências extremas. A meu ver, o ponto de partida da análise crítica é a indagação de como os próprios agentes sociais se definem e representam suas relações e práticas em face dos grupos sociais e agências com que interagem. Esse dado de como os grupos sociais chamados “remanescentes” se autodefinem é elementar, porquanto foi por essa via que se construiu e afirmou a identidade coletiva. O importante aqui não é tanto como as agências definem, ou como uma ONG define, ou como um partido político define, e sim como os próprios sujeitos se autorepresentam e quais os critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade (ALMEIDA, 2002, p.67-68).

Desse modo, o foco deve ser o que os quilombolas se tornaram no presente e não o que eles foram no passado. Se analisarmos o passado encontraremos relatos de exclusão e repressão. Desde os tempos coloniais os proprietários rurais tiveram apoio do Estado para reprimir, deslocar (seja para trazer de volta comunidade negras para as propriedades, seja para expulsá-los) e ignorar. Ao focar no presente, os diferentes quilombos devem ser vistos como grupos sociais com critérios político-organizativos próprios, territorialidades plurais e produtores de conhecimento.

O enfoque nos critérios político-organizativos próprios do presente, além de ressaltar a importância da autoidentificação (cuja constitucionalidade foi declarada no julgamento da ADI 3.239), denota a necessidade de uma abordagem pelo Judiciário condizente com o pluralismo da pós-modernidade, defendida nesse trabalho, no sentido de reconhecer que esses diferentes

grupos sociais quilombolas possuem esferas de comunicação próprias, critérios político-organizativos próprios e, conseqüentemente, ordens jurídicas próprias, que se utilizam do código binário lícito/ilícito, assim como o sistema jurídico oficial estatal.

### **3. O TRANSCONSTITUCIONALISMO DE MARCELO NEVES E A RELAÇÃO ENTRE ORDENS JURÍDICAS QUILOMBOLAS E ORDEM JURÍDICA ESTATAL COMO PRODUTORES DE CONHECIMENTO.**

Marcelo Neves apresenta a noção de racionalidade transversal, com base nos estudos do professor alemão Wolfgang Welsch, como um *plus* à noção de acoplamento estrutural de Luhmann, na forma de mecanismos que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas (NEVES, 2009, p. 37-38).

Nesse contexto, a razão transversal seria uma razão não imposta aos jogos de linguagem particulares, mas aplicada nos “entrelaçamentos que lhe servem como pontes de transição entre heterogêneos”. A proposta de Welsch seria, assim, um metadiscurso pós-moderno, que ao invés de impor determinada racionalidade totalizante, teria a missão de garantir a própria heterogeneidade dessas racionalidades, não no sentido de busca do consenso de conteúdo entre os diversos segmentos da sociedade. O único acordo seria sobre a existência de dissensos de conteúdo (NEVES, 2009, p. 39).

Neves entende que a razão transversal abrangente como metanarrativa pós-moderna supraordenada parece discutível nas condições de reprodução de uma sociedade mundial multicêntrica, policontextual, tendo em vista a amplitude das diferenças dos domínios de comunicação, sendo assim, ele prefere uma aplicação mais restrita do conceito, resultando em racionalidades transversais parciais. Desse modo, ao invés de trabalhar com uma abrangente razão transversal, prefere a ideia de racionalidade transversal parcial transposta especificamente para âmbito jurídico (NEVES, 2009, p. 42).

Considerando que diversas ordens jurídicas enfrentam problemas constitucionais e que tais ordens pertencem ao mesmo sistema funcional, que pretende reproduzir-se com base no código binário lícito/ilícito, utilizando o conceito de razão transversal de Welsch, Neves propõe um aprendizado normativo entre tais ordens jurídicas, devendo haver uma compatibilização entre o “fechamento da cadeia interna de validação” e “a capacidade de aprendizado recíproco, sendo que, desse modo, “ a abertura normativa não quebra a consistência interna da cadeia de



validação, antes serve a uma concretização jurídica normativamente adequada à pluralidade de ordens envolvidas” (NEVES, 2009, p. 127).

Necessárias são “pontes de transição” quando o código binário lícito/ilícito dessas diferentes ordens jurídicas apresenta soluções conflitantes. Essas pontes, que são como “modelos de entrelaçamento” para uma racionalidade transversal não são estáticas e permanentes, mas sim dinâmicas, sendo que o aprendizado recíproco no contexto do transconstitucionalismo vai se dar nos casos concretos em comum (NEVES, 2009, p. 129).

Gunther Teubner, ao tratar da questão do pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna, reconhece que o “código binário lícito/ilícito” não é característica exclusiva do direito oficial do Estado e que dentro do pluralismo é esse código quem define o que é propriamente jurídico. (TEUBNER, 2005, p. 89).

Para Teubner, no pluralismo jurídico pós-moderno, o discurso jurídico oficial e o não-oficial constituem-se reciprocamente. Nessa interdiscursividade, o discurso não oficial pode provocar perturbação influenciando a criação de estruturas internas no discurso oficial e vice-versa. São as instituições de ligação que servem à responsividade do direito à sociedade. Desse modo, a produção normativa no âmbito desses processos formalistas utiliza uma dimensão horizontal, na relação do direito oficial com outros jogos de linguagem (TEUBNER, 2005, p. 85-86).

Nos casos de ordens mais “arcaicas”, que não possuem princípios e regras secundárias de organização, seria necessário um “transconstitucionalismo unilateral de tolerância”, com o desenvolvimento de uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio entre ordem jurídica estatal oficial e as ordens que possuem pressupostos antropológico-culturais diferenciados. O primeiro passo seria “observar o outro”, tendo em vista que “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver (NEVES, 2009, p. 298).

O Judiciário estatal brasileiro ainda está fortemente ligado ao racionalismo cartesiano e ao conseqüente solipsismo no momento do julgamento, decorrente da crença no método como forma racional de chegar às verdades supostamente universais, bem como ligado a uma tradição patrimonialista e eurocentrista, como se só existisse uma realidade epistemológica possível.

Sendo processo de construção do conhecimento, a atividade judicial não está alheia ao progresso da filosofia. No campo da teoria do conhecimento, o pensamento jurídico brasileiro parece estar preso, ainda, à filosofia cartesiana, ao julgar por meio de raciocínios silogísticos,

sendo o magistrado o sujeito clássico, absoluto de sua consciência, descobridor do sentido do texto de uma forma neutra, ignorando que só existe o sujeito como sujeito cultural.

Todo juiz está inserto em uma tradição, possui pré-juízos e pré-compreensões, que parte de um ponto interpretativo totalmente distinto da racionalidade e história dos quilombolas.

Com amparo em Gadamer (2016), deve-se reconhecer a relevância das condições espaciais e temporais do sujeito e o fato de que toda compreensão parte de pré-juízos, não havendo interpretação de um suposto ponto arquimediano ou neutro.

Gadamer, desenvolvendo os conceitos de Heidegger, deixou claro que não estava criando um método, como caminho a ser seguido para alcançar o conhecimento verdadeiro. Sua hermenêutica filosófica visa apenas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Sua pretensão é ajudar o interprete a, no contexto de um esforço hermenêutico, não se conformar com sua antecipação de sentido, suas respostas baseadas na pré-compreensão, e tentar evitar o erro refletindo e ressignificando os eventos a todo tempo.

Interpretar, então, consistiria no esforço reflexivo para que não nos conformemos com a primeira compreensão. Desse modo, Gadamer não mostra um caminho para se chegar a verdade. Apenas mostra como funciona o nosso processo de compreender.

A compreensão se daria a partir da pré-compreensão do interprete, porém ao se deparar com um texto ou outra situação, o interprete deve se manter atento e tem um esforço reflexivo para confrontar essa antecipação de sentido e, possivelmente, ressignificar o evento. Esse movimento contínuo de constante vigilância traria avanços nas próximas compreensões.

Desse modo, o interprete deve confrontar suas próprias experiências prévias com a tradição da sociedade em que insere, bem como estar aberto para o que o próprio texto diz. Importante é o interprete ter consciência de suas próprias pré-compreensões.

Apesar do giro linguístico e da influência da hermenêutica jurídica nas ciências jurídicas, o Judiciário, notadamente no Brasil, ainda conserva uma postura interpretativa legalista, baseada em silogismos e em forte discricionariedade judicial, o que não favorece maiores reflexões sobre os seus próprios preconceitos e sobre a alteridade.

O juiz, na atividade interpretativa, ao fundir seu horizonte passado (pré-compreensão e sua tradição) com o horizonte presente, deve possuir elementos que o possibilitem a considerar a existência de uma tradição distinta da própria tradição.

Ramon Grosfoguel (2016), professor do Departamento de Estudos Étnicos da Universidade de Califórnia, ao tratar da estrutura do conhecimento no ocidente, alerta que a



filosofia cartesiana foi o fundamento sobre o qual se construiu conhecimento ocidental moderno.

Para Grosfoguel, ao substituir “Deus” como única fonte de conhecimento do conhecimento da idade média pelo “Eu” como a nova fundação do conhecimento, Descartes teria se apoiado em dois argumentos principais: O dualismo ontológico e o argumento epistemológico (GROSFOGUEL, 2016, p. 29).

O dualismo ontológico seria a afirmação de Descartes de que a mente seria uma substância diferente do corpo, o que traria a consequência de a mente ser indeterminada e incondicionada pelo corpo, o que possibilita o mito do conhecimento não situado (GROSFOGUEL, 2016, p. 29).

O argumento epistemológico é o que afirma que o único modo do “eu” alcançar a certeza na produção do conhecimento seria através do método do solipsismo. De acordo com Grosfoguel, a certeza na produção do conhecimento, no pensamento cartesiano, dependeria de um monólogo interior. Sendo assim, o conhecimento seria produzido de maneira monológica, deslocada de lugar e antissocial (GROSFOGUEL, 2016, p. 29).

Ramon Grosfoguel entende que a filosofia cartesiana continua exercendo grande influência nos projetos ocidentalizados de produção do conhecimento, tendo em vista que assume a epistemologia do ponto zero, do “eu não situado”, um ponto de vista que não assume a si mesmo como ponto de vista. Sendo assim, as universalidades ocidentalizadas continuam utilizando o legado de Descartes para verificar a cientificidade de determinado conhecimento, baseadas nessa suposta neutralidade. Essa pretensão de produzir um conhecimento não situado que fosse divino ou equivalente a Deus traria a arrogância de quem se vê da perspectiva do centro do mundo (GROSFOGUEL, 2016, p. 31).

A atividade judicial é, de certa forma, produção de conhecimento voltada para a resolução de problemas concretos. O presente trabalho concorda com a conclusão de Grosfoguel e entende que o judiciário brasileiro atua nos moldes cartesianos buscando demonstrar decisões supostamente neutras e não situadas.

Apesar de não existir magistrado neutro, o judiciário brasileiro ainda atua tentando se mostrar neutro para a sociedade, razão pela qual há uma forte discricionariedade velada na interpretação judicial. A razão individual do magistrado se sobrepõe a qualquer tipo de constrangimento sistêmico, até que outra decisão judicial altere a situação.

Esse comportamento pode estar ligado ao privilégio epistemológico que trata Boaventura de Sousa Santos (2006), ao apontar que, diante da existência de uma pluralidade de

concepções e explicações da realidade, a preferência por uma delas depende de critérios epistemológicos, mas para escolher esses tais critérios epistemológicos precisamos de um outro plano, que é o juízo de valor, dependente de considerações culturais, políticas e éticas.

O professor português faz a diferenciação entre a pluralidade interna e a pluralidade externa da ciência, dentro de um contexto no qual o universalismo é confrontado pela diversidade epistemológica, ontológica e cultural.

Assim, a vertente interna da diversidade epistemológica questiona o caráter monolítico do cânone epistemológico, aponta a relevância da diversidade dentro da ciência, dos diferentes modos de fazer ciência, pondo em foco a heterogeneidade das práticas e narrativas científicas, novas abordagens, pulverizando uma pretensa unidade. Já a pluralidade externa consistiria na existência de outros saberes, ou seja, da existência de sistemas de saberes plurais. Tais saberes não hegemônicos considerados não científicos, locais, tradicionais, alternativos ou periféricos (SANTOS, 2006, p. 145-154).

Boaventura afirma que a atual reorganização global da economia capitalista sustenta uma contínua e persistente diferença epistemológica que não aceita a existência, em pé de igualdade, de outros saberes. Essa diferença epistemológica estaria intimamente ligada à diferença capitalista, à diferença colonial e à diferença sexista, entre outras (SANTOS, 2006).

Desse modo, a teoria de Marcelo Neves contribui para essa abertura ao outro, reconhecendo-o como produtor de conhecimento dentro do sistema jurídico e utilizador do código binário lícito/ilícito, em consonância com a ecologia dos saberes de Boaventura e com o pensamento de Grosfoguel.

O foco da teoria de Marcelo Neves, quando se trata de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais, é o problema das comunidades indígenas, que muitas vezes têm suas práticas culturais coletivas ameaçadas por valores supostamente universais dos direitos humanos, tendendo o transconstitucionalismo ao alargamento da autonomia coletiva, através, inclusive, da proposta do foro étnico.

Considerando que as lutas das maiorias das comunidades quilombolas referem-se ao reconhecimento de seus direitos territoriais, pouco efeito prático haveria na solução do foro étnico. Nesse ponto entendemos, assim como Miguel, que a proposta do reconhecimento foro étnico dependeria de uma “revolução no desenho institucional da ordem constitucional brasileira, o que nos afastaria do plano da interpretação (MIGUEL, 2016. p. 78).

Feita esta observação, entendemos que a base da teoria de Neves se adapta perfeitamente às demandas referentes às comunidades quilombolas e seus direitos territoriais, bem como aos

problemas de outras populações tradicionais, como, por exemplo, a luta pelos babaçus livres, das quebradeiras de coco babaçu, que são mulheres que se dedicam, ao longo de gerações, à atividade extrativista organizando-se através de um código próprio, dependendo não da propriedade das terras que habitam, mas sim do usufruto, da necessidade de livre acesso aos locais com as Palmeiras.

Entendemos que o transconstitucionalismo, além de oferecer um *insight* indispensável para o judiciário brasileiro solucionar casos que envolvam os povos e comunidades tradicionais, também fortalece o direito étnico.

O transconstitucionalismo defende, então, uma postura de equilíbrio entre consistência jurídica interna e adequação às peculiaridades histórico-culturais de grupos produtores de normas jurídicas.

#### **4. O TRANSCONSTITUCIONALISMO PLURIDIMENSIONAL ENTRE ORDEM JURÍDICA ESTATAL BRASILEIRA, ORDEM JURÍDICA EXTRAESTATAL QUILOMBOLA E ORDENS JURÍDICAS INTERNACIONAIS.**

Além de exigir, por parte da ordem jurídica estatal uma postura de autocontenção frente à existência de ordens jurídicas quilombolas, o transconstitucionalismo exige, também, uma “conversação transconstitucional mediante pontes de transição” tendo em vista a existência de ordens jurídicas estrangeiras e internacionais que possuem um campo de proteção aos povos tradicionais. Nesse contexto, surge o “transconstitucionalismo pluridimensional”, que “corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões”, abandonando um “constitucionalismo provinciano” em prol de um diálogo constitucional (NEVES, 2009, p.256).

Nesse contexto, estar aberto para aprender com outras nações ou organismos internacionais, não significa adotar um modelo de convergência ou um modelo hierárquico, mas apenas estar aberto ao aprendizado com o outro, o que pode ser um fator de autocontenção na interpretação judicial ou um meio a capacitar o intelecto do juiz para avaliar se os seus pré-juízos são legítimos.

Nos termos do transconstitucionalismo pluridimensional, em relação à direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais, podemos fazer referência à Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada ao direito nacional por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, decisões da Corte Interamericana de Direitos

Humanos e ao direito estrangeiro, através de normas e decisões de tribunais constitucionais estrangeiros.

A Convenção 169 da OIT dedica uma parte inteira somente para disciplinar o direito territorial dos povos e comunidades tradicionais. Além da parte II (Terras), destaca-se o artigo sexto, que estabelece o direito de participação dos povos em qualquer processo estatal que seja capaz de afetá-los. Verifica-se que é garantida, conforme artigo 13, a relação coletiva dos povos com suas terras ou territórios.

Sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que “cortam transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, com força vinculante” (NEVES, 2009, p. 264), podemos destacar as decisões dos casos *Yakye Axa vs. Paraguai*, *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, *Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano vs Panamá*, e *Povo Saramaka Vs. Suriname*, todas disponíveis no *site* do Conselho Nacional de Justiça.

Todos os casos acima citados referem-se à direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais, indígenas e não indígenas, sendo resolvidos através do entrelaçamento pluridimensional de normas, nacionais, locais e internacionais.

Nos casos de direito de propriedade sobre comunidades indígenas já há jurisprudência consolidada na CIDH decidindo não conforme o padrão conceitual de propriedade privada do direito constitucional estatal, mas sim “levando e conta primariamente a noção cultural de propriedade ancestral” com base em suas tradições. Tal “entrelaçamento multiangular” não seria possível se não houvesse uma disposição da ordem estatal para “ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes” (NEVES, 2009, p. 265).

Entendemos que o caso *Povo Saramaka Vs. Suriname* possui uma realidade bastante semelhante com diversas comunidades quilombolas brasileiras. O caso refere-se a uma comunidade não indígena que vive na região superior do Rio Suriname, e tiveram seus direitos ao uso e gozo do território que tradicionalmente usaram e ocuparam desrespeitados. De acordo com a sentença da CIDH, o “povo *Saramaka* é um dos seis distintos grupos *marrons* do Suriname, cujos ancestrais foram escravos africanos levados à força ao Suriname durante a colonização europeia no século XVII” (BRASIL, 2017). Atualmente possuem costume e tradições próprios e forte relação com a terra, que se constitui como pressuposto para a continuidade da vida e identidade cultural dos seus membros. A referida Corte classificou o *Povo Saramaka* como uma unidade tribal de forma a aplicar sua jurisprudência consolidada

acerca da proteção dos territórios dos povos tradicionais a fim de garantir a sobrevivência física e cultural destes povos.

No caso do Suriname não há previsão constitucional e legislação interna que reconheça o direito à propriedade comunal dos membros de seus povos tradicionais. Também não houve ratificação, por aquele país, da Convenção 169 da OIT, razão pela qual a Corte precisou de um esforço interpretativo para enquadrar o pleito dos *Saramaka* dentro da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) classificando-os como unidade tribal, não obstante suas fortes semelhanças com a população quilombola do Brasil.

Essa situação peculiar de inexistência de previsão na legislação interna, bem como as dificuldades impostas ao povo *Saramaka* no acesso à justiça foram levadas em consideração pela CIDH.

Em conclusão, o povo Saramaka forma uma entidade tribal distinta em situação de vulnerabilidade, tanto a respeito do Estado como de terceiras partes privadas, na medida em que carece de capacidade jurídica para gozar, coletivamente, do direito à propriedade e para reclamar a suposta violação deste direito perante os tribunais internos. A Corte considera que o Estado deve reconhecer aos integrantes do povo Saramaka esta capacidade para exercer plenamente estes direitos de maneira coletiva. Isto pode ser alcançado mediante a adoção de medidas legislativas ou de outra natureza que reconheçam e considerem o modo particular em que o povo Saramaka se vê como coletivamente capaz de exercer e gozar do direito à propriedade. Portanto, o Estado deve estabelecer as condições judiciais e administrativas necessárias para garantir a possibilidade de reconhecimento de sua personalidade jurídica, através da realização de consultas com o povo Saramaka, com pleno respeito a seus costumes e tradições, e com o objetivo de assegurar o uso e gozo de seu território de acordo com seu sistema de propriedade comunal, assim como do direito de acesso à justiça e igualdade perante a lei (BRASIL, 2017)

Conclui-se que no caso acima estudado, apesar de ausência de previsões legais ou constitucionais, bem como audiência de ratificação da Convenção 169 da OIT, tais características da ordem jurídica interna do Suriname (ao ignorar a ordem jurídica *Saramaka*) não foram capazes de impedir a efetivação do direito territorial do povo *Saramaka*, mediante o entrelaçamento da ordem nacional com a ordem internacional, à qual o Suriname se submeteu.

Diversos tribunais constitucionais mostram-se dispostos a integrar-se em conversações transconstitucionalismo e utilizar decisões de tribunais internacionais como elementos de persuasão, integrando inclusive a fundamentação de seus próprios julgados.

Dessa forma, o transconstitucionalismo pluridimensional entre ordem jurídica estatal brasileira, ordens locais quilombolas e ordens internacionais exige, não só a observância da existência de um ordem jurídica local, como também impõe um ônus argumentativo ao magistrado, no sentido de demonstrar que as normas e decisões internacionais se aplicam, ou não, aos casos concretos, na forma de um “modelo de articulação”, o que como já foi dito, não significa mera convergência ou resistência.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que as lutas por espaços territoriais das diversas comunidades quilombolas, que chegam ao Judiciário, e continuarão chegando mesmo com o advento do julgamento da ADI 3.239, necessitam ter adequado tratamento por parte do judiciário brasileiro de forma que não sejam exacerbados conflitos sangrentos no campo.

As fortes diferenças histórico-culturais, bem como um presente marcado por critérios político-organizativos que norteiam suas mobilizações e forjam a coesão em torno de uma certa identidade demonstram a necessidade do afastamento por parte ordem jurídica brasileira de uma postura fechada, como único produtor de conhecimento do direito e como interprete racional solipsista, e de uma aproximação à noção apresentada Marcelo Neves.

Assim, o transconstitucionalismo exigiria da ordem jurídica estatal nacional, de um lado, um esforço no sentido de um “transconstitucionalismo unilateral de tolerância” que exige o reconhecimento da existência de uma ordem jurídica extraestatal local, e do outro, uma postura dialógica nos entrelaçamentos pluridimensionais entre ordem estatal nacional, ordem extraestatal local e ordem internacional, na solução do problema concreto.

Entendemos que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se mostra aberto a integrar-se em um diálogo transconstitucional com ordens jurídicas internacionais. Não podemos afirmar a mesma disposição em relação a ordens jurídicas extraestatais locais, que ainda são tratadas como inexistentes no modelo silogístico de aplicação do direito estatal.

Desse modo, uma postura judicial que busque a superação do método racional como caminho para a descobertas de verdades universais, superando a filosofia da consciência em busca de reconhecer-se como sujeito cultural favorece a uma reflexão e ao reconhecimento de outras realidades culturais que devem ser respeitadas.



Todo avanço da filosofia e da ciência podem auxiliar os magistrados a tratarem temas como o reconhecimento da existência de ordens jurídicas extraestatais locais, com pressupostos culturais distintos do próprio julgador.

Na questão territorial quilombola, desse modo, o transconstitucionalismo pode, no campo da interpretação, demonstrar a necessidade de o judiciário brasileiro a considerar a questão da alteridade, bem como a conversação constitucional com outras ordens jurídicas, aproximando o judiciário das questões pós-modernas sugeridas pelos novos paradigmas interpretativos, que se afastam do juiz isolado, supostamente neutro e solipsista.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. *In: Quilombos – Identidade étnica e territorialidade*. Eliane Cantarino O’Dwyer (org.). Rio de Janeiro: Editora FGV e ABA, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 21 mar.2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Repositório de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh>>. Acesso em: 12. set. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povo Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 21 mar.2018.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Ed. Vozes, 2016.

GROSGOUEL, Ramón. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n. 1, p. 25-49. Disponível online em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922016000100025](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922016000100025) acessado em 18/06/2018.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **Hermenêutica da esgrima e direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autopeiose e desconstrução**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org.). Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**. Para uma nova cultura política. São Paulo: Ed. Cortez, 2006.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá et al. (Org.). Direito Ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais. **Direito, grupos étnicos e etnicidade**. Salvador: EDUFBA, 2015.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Quebradeiras de coco: “Babaçu Livre” e Reservas Extrativistas. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, disponível online em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/920>. acessado em 17/06/2017.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep: 2005.