

PROPRIEDADE QUILOMBOLA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E MULTICULTURALISMO

PROPERTY QUILOMBOLA: CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW AND MULTICULTURALISM

Ana Clara Correa Henning¹ e Márcia Teixeira Antunes²

RESUMO: A constitucionalização do direito civil é oriunda de uma nova forma de conceber a sociedade e o direito, mais abrangente e flexível, considerando valores e culturas além do padrão dominante. Propomos, aqui, uma averiguação bibliográfica sobre algumas conexões possíveis entre esse novo paradigma do conhecimento jurídico, ampliando o alcance do direito de propriedade garantido às comunidades quilombolas pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: sua proteção está prevista na Constituição Federal de 1988 não apenas nesse artigo, mas igualmente nos artigos 215 e 216, além de uma série de princípios constitucionais aplicáveis ao tema: dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade e função social da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombo; Propriedade; Constitucionalização do Direito Civil; Multiculturalismo.

ABSTRACT: The constitutionalization of civil law is derived from a new way of conceiving society and law, most comprehensive and flexible, considering values and cultures beyond the dominant pattern. We propose here an investigation of the literature on some possible connections between this new paradigm of legal knowledge, expanding the reach of property rights guaranteed to the maroon communities by article 68 of the Transitory Constitutional Provisions Act, their protection is provided in the Constitution of 1988 did not only in this article, but also in articles 215 and 216, and a series of constitutional principles applicable to the subject: human dignity, equality, solidarity and social function of property.

KEYWORDS: Quilombo; Property; Constitutionalisation of Civil Law, multiculturalism.

¹ Professora de Direito Civil e de História e Introdução ao Direito do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Pelotas. Professora de Teoria Geral do Direito Civil na Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da mesma Instituição. Mestre em Educação (UFPeI) e Mestranda em Direito (PUCRS).

² Coordenadora do Curso de Direito e professora de Direito Processual Civil da Faculdade Anhanguera de Pelotas. Professora de Processo Civil na Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da mesma Instituição. Mestre em Direito (PUCRS).

INTRODUÇÃO

A forma como visualizamos o mundo no qual vivemos encontra-se qualitativamente transformada. Cada vez mais atentamos para a coexistência de diferentes culturas e para a necessidade da convivência harmônica entre pessoas e grupos sociais. O direito procura transformar-se para atender essas expectativas, o que não é tarefa fácil para um sistema jurídico moldado por ideais iluministas de igualdade formal, neutralidade científica e estratificação dos saberes.

A questão da propriedade de terras por remanescentes de quilombos é exemplo dessa modificação jurídica. O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) garante àqueles que ocupam as áreas de seus antepassados o direito de propriedade sobre elas. Esse reconhecimento histórico e antropológico feito no bojo da Constituição Federal de 1988 (CF/88) incide sobre o antigo conceito de propriedade, deslocando-o, movimentando-o em direção à realidade social. Da mesma forma, impõe a compreensão de que a igualdade deve ser plenamente exercida dentro deste contexto, fazendo discriminações positivas em relação a tais comunidades. Ao direito neutro e equidistante sucede outro, axiologicamente assumido, ligado à dialética do cotidiano.

A importância do estudo desse tema atinge, na verdade, uma dimensão transdisciplinar, reunindo diversas áreas do saber tais como: direito, antropologia, sociologia, história, economia, entre outras relações possíveis. Entretanto, essa miríade valorativa e temática é interpretada, não poucas vezes, como destituída de significado – um objeto cujo conhecimento total torna-se impossível, devido a essa pluralidade subjacente. Entretanto, entendemos que essa aparente desordem possui, apesar disso, uma organização fundamentada em certos atratores, no caso em questão, valores constitucionais que direcionam o olhar do intérprete jurídico para a garantia necessária ao pleno exercício do direito de propriedade quilombola.

A cultura jurídica, por tanto tempo moldada por critérios eurocêntricos, hoje começa a levar em consideração práticas e realidades locais. Para os propósitos deste texto, tal pode ser observado – surpreendentemente – no direito das coisas. A constitucionalização do direito privado – e o multiculturalismo que a acompanha – atinge o cerne da propriedade e deve ser objeto de estudos e indagações acadêmicas.

1. Sistema Escravocrata Brasileiro, Constituição Imperial e Resistência Negra

A identidade cultural brasileira foi construída sobre certos paradigmas, entre eles o da superioridade da etnia branca sobre a negra e a índia. Essas três etnias foram marcadas pelo processo de escravização imposto às duas últimas, tendo suas identidades sido negadas pela cultura dominante, influenciada pelos padrões europeus. Gilberto Freyre afirma que:

Considerada de modo geral, a formação brasileira tem sido, na verdade [...] um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura européia e a indígena. A européia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. **Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo** (grifos nossos) (Freyre, 2004, p. 116).

Essa tensão social entre os senhores e os escravos teve entre muitas conseqüências a formação de quilombos: lugares que serviam de abrigo aos escravos que fugiam de seus senhores, criando uma sociedade com valores e cultura próprios, geralmente em lugares no meio rural, de difícil acesso. Com isso, os “asilados naqueles matos e naquelas serras, deixavam de ser uma coisa falante para recobrar a sua dignidade humana” (Freitas, 1991, p. 36).

Os senhores possuíam o direito de propriedade sobre seus escravos, garantido juridicamente até 1888. Possuíam permissão, através dos direitos inerentes ao proprietário – *ius utendi, fruendi et abutendi* – de perseguir, punir e mesmo matar aquele que se evadisse de seu domínio. Apesar do ideário iluminista que influenciava os intelectuais brasileiros, a escravidão se mantinha, com a coisificação do ser humano e extrema valorização da propriedade garantida constitucionalmente:

A adoção pelo Brasil, formalmente - na Constituição de 1824 - e idealmente – de início pela intelligentsia e depois pela população em geral – de alguns princípios liberais não foi suficiente para a extinção do regime escravocrata [...] Com a adoção da Carta Política de 1824, adotava preceitos da Declaração Universal de Direitos do Homem, no mesmo passo em que, em louvor ao sacrossanto direito de propriedade, mantinha mais de 1 milhão de seres humanos cativos [...] No conceito de cidadão não cabem todos. Sua idéia é excludente. Mesmo entre brancos livres havia estratificação na participação política. A igualdade era a igualdade entre os cidadãos, conceito que não abarcava os escravos – aliás, não abarcava a maior parte da população brasileira em termos de direito ao voto (Brilhante, 2011, p. 3.373 e 3.375).

O autor refere-se aos artigos da Constituição de 1824 que estabelecem critérios para o voto: idade, sexo e capacidade econômica. Mulheres, pobres e negros (ainda que libertos) eram impedidos de votar. A Constituição Imperial assim dispunha:

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. Os Libertos.

III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa (grifos nossos) (Brasil, 2011).

É interessante a constatação de que os ideais do liberalismo tenham convivido com a estrutura de domínio que garantia a propriedade de homens sobre outros homens. Evidenciava-se a prevalência do ter sobre o ser, o que refletiu na extrema patrimonialização do direito civil. A escravidão aqui perpetrada é comparada com a exercida nos Estados Unidos da América do Norte – outro Estado historicamente influenciado pelo Iluminismo - na seguinte fala de Robert J. Cottrol:

Brazil's path to this bit of national soul-searching over the issue of race has some interesting parallels and differences with the American odyssey with race and rights. Brazil had a history of African slavery and the enslavement of the descendants of Africans that was longer and more profound than the history of slavery in the United States. Brazilian slavery began before Portuguese settlement of the Americas. African slaves toiled in the cities of Portugal and in the sugar plantations of the Azores even before Columbian voyages to the Americas. Unlike the English, who had to develop systems of slavery in the Americas, the Portuguese were able to import an already-existing system to Brazil. **More than three million African captives went to the sugar and coffee plantations and mines of Brazil**, dwarfing the 500,000 to 600,000 Africans that are estimated to have been brought, enslaved, to what is now United States. Slavery was finally abolished in Brazil in 1888, more than a generation after Appomattox and the Thirteenth Amendment. Today, Brazil has an Africa-descendent population of over fifty million, the second-largest population of African descent in the world after Nigeria (grifos nossos) (Cottrol, 2004, p. 118).³

³ “O trajeto do Brasil para esta auto-análise sobre a questão da raça tem alguns interessantes paralelos e diferenças com a odisséia americana em relação a raça e direitos. O Brasil tinha um histórico de escravidão africana e de escravização dos descendentes de africanos que foi mais longo e mais profundo do que a história da escravidão nos Estados Unidos. A escravidão no Brasil começou antes do estabelecimento português nas Américas. Escravos africano trabalharam nas cidades de Portugal e nas plantações de açúcar dos Açores antes

Exemplo de localidade que exerceu importante papel na manutenção do sistema escravocrata foi a cidade de Pelotas, no sul do Brasil. Os escravos eram destinados, em grande parte, ao trabalho nas charqueadas – em meio ao sal e descalços, mutilando os seus membros inferiores. Ester Judite Bendjouya Gutierrez esclarece:

O núcleo charqueador pelotense foi um dos espaços de consolidação do sistema escravista no Rio Grande do Sul, palco da exploração violenta do trabalho servil. Nesse lugar, de um pouco menos de 30 km², nos dias mais quentes do ano, perto de dois mil trabalhadores africanos e afrodescendentes, envoltos pelo sangue e pelo sal, manufaturavam uma média de 1.200 animais por dia (Gutierrez, 2006, p. 256).

A história pelotense possui inúmeras situações de perseguições e dismantelamentos de comunidades de quilombos em vista da manutenção da propriedade, direito que era garantido de forma absoluta e protegido pelas forças militares, quando necessário, tal como citado abaixo:

[...] no extremo sul do país, no decorrer da Revolução Farroupilha (1835-1845) houve um período em que a cidade de Pelotas esvaziou-se, tendo grande parte de seus moradores migrado para outras localidades, o que incentivou fugas de vários escravos para a região da Serra dos Tapes. Na tentativa de fugir do opressor, os escravos começaram a se esconder na zona rural, fundando diversos quilombos. Nessa região, o quilombo mais famoso foi o de Manuel Padeiro, líder da resistência, considerado pelos seus o enviado de *Oxalá*. Esse quilombo foi extinto no ano de 1848, pois o término da Revolução Farroupilha em 1845 possibilitou ao presidente da província condições logísticas de encaminhar um efetivo militar ao local, onde se estimava haver de 600 a 800 habitantes (Henning *et al.*, 2010, s/p).

Hoje, muitos desses locais ainda se encontram ocupados por descendentes daqueles escravos. A ligação dessas terras aos seus habitantes encontra-se bem demonstrada a seguir:

O que se chama atualmente de quilombo contemporâneo são áreas constituídas a partir de vários processos e são compreendidos não apenas como formações comunitárias descendentes de quilombos históricos, ou de escravos, mas sim como comunidades negras e mestiças, rurais ou urbanas, que ocupam terras compradas por antigos escravos alforriados e que foram passadas de geração para geração, o mesmo ocorrendo com doações e testamentos deixados pelos senhores coloniais e ocupações pacíficas de terras abandonadas pelos proprietários, recebimento de terras

mesmo que Colombo viajasse para as Américas. Ao contrário do inglês, que teve de desenvolver sistemas de escravidão nas Américas, o português foi capaz de importar um sistema já existente para o Brasil. **Mais de três milhões de cativos africanos foram para as plantações de açúcar e café e para as minas do Brasil**, superando os 500.000 a 600.000 africanos que são estimados terem sido levados, escravizados, ao que é agora os Estados Unidos. A escravatura foi finalmente abolida no Brasil em 1888, mais de uma geração após Appomattox e a Décima Terceira Emenda. Hoje, o Brasil tem uma população de afro-descendentes de mais de 50 milhões, a segunda maior população de ascendência africana no mundo depois da Nigéria” (grifos nossos). A tradução livre foi realizada pelas autoras.

como pagamento de serviços prestados ao Estado, assim como ocupações por ex-escravos de áreas abandonadas no período pós-abolição (Canto e Bernardes, 2007, p. 01).

As terras quilombolas são originárias de diversas fontes: a ancestralidade negra, a tradição de terras de ex-escravos por vezes até mesmo deixadas por testamento pelos senhores ou adquiridas pela posse continuada de terras abandonadas. Entretanto, cabe a pergunta: a propriedade quilombola não seria uma forma de privilegiar uma etnia em detrimento de outra violando o princípio da igualdade garantido constitucionalmente?

2. Transição Paradigmática no Direito, Multiculturalismo e Igualdade: Conceitos Complementares

A discussão a respeito do princípio constitucional da igualdade encontra-se conectada à mudança paradigmática que atravessamos, oriunda de nossa forma de construir ciência e de visualizar o mundo em que vivemos, especialmente sentida, para os fins desta análise, no campo do direito.

Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2001) correlaciona o conhecimento-regulação com a modernidade, ou paradigma dominante, estruturada sobre as bases de uma ciência que se autodenomina neutra, exata, instrumental, regulada por leis gerais (homogenizadora, portanto) e que recusa o *status* científico a qualquer conhecimento que não possua suas regras metodológicas, separando as ciências humanas (menos científicas) das ciências naturais (dotadas de maior rigor científico).

Aline Kipper (Kipper, 2000) identifica certas características do direito – forjadas no paradigma moderno – tais como igualdade, neutralidade e imparcialidade. Assim, em Kelsen (Kelsen, 1996) podemos identificar a necessidade de adequar o direito a um modelo que o torne mais científico, através da imposição da igualdade formal da norma válida a todos, da neutralidade estatal no momento da elaboração da lei e da imparcialidade judicial em sua aplicação.

A crise deste modelo nos conduz a uma outra forma de compreensão do mundo e da ciência, a pós-modernidade, ou paradigma emergente: o conhecimento-emancipação reconhece realidades próprias, muitas vezes advindas de saberes cotidianos, denominados de senso comum. Nesta realidade, não mais encontra abrigo o princípio da igualdade formal, tal como idealizado pelo pensamento iluminista, ignorando as diferenças que existem no mundo real, partindo de uma idéia abstrata de isonomia entre os sujeitos de direito.

Antônio Carlos Wolkmer, em crítica ao princípio da igualdade formal, leva em consideração as características específicas dos envolvidos no caso concreto. O direito, portanto, está inserido “em uma sociedade composta por comunidades e culturas diversas, o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade” (Wolkmer, 2006, p. 118). Nesse sentido, a citação de Rogério Gesta Leal:

Para tanto, mister é que fossem desenvolvidos mecanismos legislativos, políticas públicas institucionais e revisão dos paradigmas jurisprudenciais atinentes ao conceito de igualdade constitucional e suas possibilidades de densificação material, em especial no que diz com segmentos sociais historicamente discriminados por perspectivas culturais e comportamentais hegemônicas de setores como o mercado das relações de trabalho, das relações educacionais, culturais, estéticas, envolvendo discriminação de gêneros, raças e cor (Leal, 2009, p. 147).

O princípio da igualdade leva também em consideração as diferenças materiais e traz para si a tarefa de equilibrar segmentos sociais díspares. Tal interpretação contemporânea advém da necessidade de o direito evoluir par e passo com a sociedade que pretende regulamentar. Jorge Miranda afirma:

Está em causa, antes de mais, o reconhecimento aos cidadãos pertencentes a uma minoria dos mesmos direitos e das mesmas condições de exercício dos direitos dos demais cidadãos. **Mas não basta evitar ou superar a discriminação. É necessário assegurar o respeito da identidade do grupo e propiciar-lhe meios de preservação e de livre desenvolvimento.** Donde, a atribuição de direitos particulares – de direitos fundamentais próprios desses grupos, de carácter individual ou institucional – e a prescrição ao Estado de correspondentes incumbências (grifos nossos) (Miranda, 2002, p. 195).

Hoje, entende-se que tal princípio supera sua dicotomia formal/material, no combate à discriminação, não havendo mais como considerar sua divisão em categorias. Essa transcendência é exposta por Roger Raupp Rios:

O desenvolvimento do princípio da igualdade reclama transcender sua compreensão tradicional, veiculada pelas dimensões formal e material. Mais do que proibição de tratamento arbitrário e exigência de igualdade de tratamento, o princípio da igualdade encerra mandamento constitucional de combate à discriminação, requerendo a superação de situações onde indivíduos e grupos são subordinados, destinatários de tratamento como uma segunda classe de cidadãos (Rios, 2011, p. 320).

O combate à discriminação, através da percepção multiculturalista da sociedade, e, especificamente, do direito, é cada vez mais discutido, não apenas entre nós, mas também por

autores estrangeiros. Charles Taylor entende pela necessidade de os Estados garantirem igual dignidade a todos e reconhecerem direitos específicos para grupos sociais diferenciados:

Everyone should be recognized for his or her unique identity. But recognition here means something else. With the politics of equal dignity, what is established is meant to be universally the same, an identical basket of rights and immunities; with the politics of difference, what we are asked to recognize is the unique identity of this individual or group, their distinctness from everyone else. **The idea is that is precisely this distinctness that has been ignored, glossed over, assimilated to a dominant or majority identity.** And this assimilation is the cardinal sin against the ideal of authenticity⁴ (itálico no original, grifos nossos) (Taylor, 1994, p. 38).

Assim, na contemporaneidade, o direito, em transição paradigmática, aproxima-se do multiculturalismo, tornando-se mais flexível e inclusivo. Nas palavras de Ricardo Aronne:

Plural, como a sociedade brasileira resultou amalgamada, esta nova visão projeta um foco bem mais amplo, abrigando, para além dos personagens codificados tradicionais, os despossuídos e interesses extrapatrimoniais. Uma visão includente. Indeterminista. Libertadora. Não obstante, com um padrão. Um sentido teleológico e impresso por atratores normativos, que vinculam o discurso conformador do intérprete. Uma ordem por trás do aparente caos. Uma nova esperança no Direito (Aronne, 2010, p. 44).

Esses atratores de que fala o autor – e que orientam a interpretação das normas jurídicas – são forjados nesta fase de transição paradigmática para a pós-modernidade pela qual passamos. Seus valores, diferentemente da visão kelseniana, são assumidamente sociais, vivem neste mundo concreto no qual convivemos, e aqui são aplicados. Impõem uma vida digna a todos nós, uma visão solidária de sociedade e a função social da propriedade, transmutando este antigo direito, conforme o que segue.

3. Constitucionalização do Direito Civil e as Terras Quilombolas: Princípios que Fundamentam a Transformação do Paradigma da Propriedade

A CF/88, sob a lente da despatrimonialização, introduziu esse novo paradigma na ciência jurídica, tornando a dignidade da pessoa humana o cerne dessa nova ordem. O ser

⁴ “*Todos* devem ser reconhecidos pela sua identidade única. Mas reconhecimento aqui significa outra coisa. Com a política de igual dignidade, o que está estabelecido é para ser universalmente o mesmo, um conjunto idêntico de direitos e imunidades; com a política da diferença, o que somos solicitados a reconhecer é a identidade única deste indivíduo ou grupo, sua distinção de todos os demais. **A idéia é a de que é precisamente esta distinção que tem sido ignorada, encoberta, assimilada a uma identidade dominante ou majoritária.** E essa assimilação é o pecado capital contra o ideal de autenticidade” (itálico no original, grifos nossos). A tradução livre das citações foi realizada pelas autoras.

humano passa a ocupar o lugar até então preenchido pelo patrimônio. Nasce um direito repersonalizado. Na lição de Erouths Cortiano Júnior:

À repersonalização do direito – que dá outro sentido à noção de sujeito jurídico – importam as noções de despatrimonialização, pluralismo e solidariedade. [...] Refere-se a uma escolha, operada pelo ordenamento, que reflete a tendência normativo-cultural de dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais. [...] Entre o ser e o ter, prevalece o ser (Cortiano Jr., 2002, p. 170-171).

Essa repersonalização, decorrente da constitucionalização do direito civil, provoca alteração no modelo pelo qual construímos o nosso conhecimento jurídico, posto que os valores constitucionais incidem sobre as regras do direito privado humanizando-o. Sobre essa constitucionalização, a citação de Maria Celina Bodin de Moraes, quando se refere aos valores que fundamentam as escolhas legislativas:

[...] reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem *informar* o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil (grifo no original) (Moraes, 2006, p. 03).

Nessa esteira, podemos verificar que o direito de propriedade das terras quilombolas é um dos muitos exemplos de constitucionalização do direito privado. Especialmente, quando observamos que a CF/88 estabelece certos princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o da solidariedade (art. 3º, I) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

A partir dessas constatações, pode-se perceber a transformação pela qual passa o conceito do direito de propriedade. A figura paradigmática do antigo proprietário – auto-suficiente, soberano em seus interesses – encontra-se abalada pelos princípios acima indicados, devendo, entre outros, respeitar a dignidade da pessoa humana, que é definida como a:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2001, p. 60).

Da mesma forma, a solidariedade, prevista como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, incide sobre a interpretação do conceito de propriedade, impondo ao proprietário, que até então somente possuía direitos, diversos deveres, contribuindo para o desenvolvimento harmônico de todos os sujeitos sociais. “Surge, com ela [a solidariedade] a imagem do homem coletivo, pertencente a uma comunidade viva e integrada” (Monreal, 1988, p. 155).

O princípio da solidariedade deverá ser considerado conjuntamente com o da igualdade, da seguinte forma:

Ao direito de liberdade da pessoa, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social [...] **Os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem uns em meio a outros [...]** Não há lugar, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o texto da lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, **como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais [...]** (grifos nossos) (Moaraes, 2006, p. 43-45).

Some-se a isso a previsão constitucional da função social da propriedade. Para Luciano de Camargo Penteado:

A propriedade surge como tema constitucional para a proteção de um círculo existencial. **Visa a estruturação de um espaço sobre o que a pessoa possa configurar e receber a configuração da própria personalidade.** Este, entretanto, perdeu o sentido de mera proteção da *identidade* da pessoa para assumir um papel ético de permitir, em via reversa, a formação da personalidade, a partir de um espaço vital configurado por bens. A busca pela extensão e generalização deste valor a todos os indivíduos, faz da própria função social da propriedade um *standard*. **Seu sentido é permitir a atribuição da propriedade para os que não tem bens, ao mesmo tempo em que é mecanismo de proteção a bens difusos [...]** (itálicos no original, grifos nossos) (Penteado, 2008, p. 189-190).

Novamente o indivíduo deve preocupar-se com a coletividade, funcionalizando o bem do qual é proprietário em prol do agrupamento social. Assim, o direito de propriedade torna-se um modelo aberto, capaz de agrupar uma série de possibilidades dominiais. Ricardo Aronne assevera:

Quando se percebe a contemporaneidade afirmar a condição de meio para a propriedade privada, é uma decorrência da condição relativa da atual estrutura de titularidades, onde concorrem interesses diversos e complexos em seu bojo, legitimados pela incidência do princípio da função social. Com tal cerne afirma-se a despatrimonialização do Direito Privado, mediante sua repersonalização (Aronne, 2010, p. 106).

Diversos elementos somam-se para assegurar a propriedade, tornando a sua interpretação complexa e transdisciplinar. Quando pensamos na titularidade de comunidades remanescentes de quilombos através da ótica descrita neste texto (antropológica, histórica, jurídica, sociológica, etc.) percebemos a superação do antigo modelo estamentário e classificatório, advindo da teoria kelseniana, própria do paradigma dominante de que fala Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2001). Constatamos que a análise da complexidade é algo que se impõe:

Ao mesmo tempo, o retalhamento das disciplinas torna impossível apreender ‘o que é tecido junto’, isso é, o complexo, segundo o sentido original do termo. Portanto, o desafio da globalidade é também um desafio de complexidade. Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais frequência, com os desafios da complexidade (Morin, 2006, p. 14).

Frente a essa realidade múltipla, se faz necessário identificar quais instrumentos que dão coerência ao sistema aparentemente caótico. Dessa forma, princípios constitucionais tornam-se atratores (Aronne, 2010) na interpretação – e nova conceitualização – do direito de propriedade. Seguindo esta linha, na contemporaneidade, o intérprete deve compreender o direito privado dentro de um sistema maior, estruturado pela Constituição Federal.

4. Atratores Constitucionais, Direitos Culturais e Garantia de Propriedade às Comunidades Remanescentes de Quilombos

A conjugação dos princípios constitucionais anteriormente referidos importa, assim, em reconhecer que o tema aqui estudado é repleto de variáveis jurídicas e extra-jurídicas. A realidade concreta impõe a constatação de que existem grupos sociais que se encontram em posição de vulnerabilidade social. Nesse sentido, o princípio da igualdade deve fazer discriminações positivas em seu favor. Vai ao encontro desse pensamento a seguinte afirmação: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (Santos e Nunes, 2003, p. 56).

Partindo desse pressuposto, a CF/88, em seu art. 68 do ADCT, estabeleceu 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.” Da mesma forma, citamos os direitos culturais previstos nos arts. 215, §1º e 216, da CF/88:

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.

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.

Tais previsões legais estabelecem um tratamento diferenciado a essas etnias, tendo em vista que as marcas da escravidão ainda permanecem na sociedade brasileira, tal como pode ser observado na citação de Rogério Gesta Leal:

Ao longo do tempo foram se constituindo, dentre outras, três idéias fundamentais sobre as relações raciais no Brasil pelos especialistas que têm estudado isto, a saber: (a) que é impossível compreender as relações raciais no país sem levar em conta as relações de classe que aqui existem; (b) que a nossa taxinomia racial é complexa, quiçá ambígua, e o processo de classificação dos membros da sociedade se dá não só segundo suas aparências físicas, mas também em função de suas posições de classe; (c) **que apesar da existência de uma ideologia de democracia racial, há uma correlação entre raça e classe social, os mais escuros sendo os mais pobres** (grifos nossos) (Leal, 2009, p. 137-156).

Decorre daí a garantia de propriedade de terras aos descendentes de quilombos, referida anteriormente:

Os quilombolas estão agregados à necessidade de sobrevivência e a uma ancestralidade comum, representada em seus elementos lingüísticos, religiosos, culturais e na organização político-social. A terra que ocupam possui um forte significado simbólico, à medida que se tornou o espaço geográfico necessário para a continuidade e a reprodução do modo de vida quilombola, marcado por modelos produtivos agrícolas e pelo uso coletivo. Conseqüentemente o território de uma comunidade está intimamente relacionado à sua identidade: é o espaço em que se dão as manifestações culturais do grupo, onde se encontram valiosos resquícios arqueológicos e onde acontece a transmissão intergeracional de seu patrimônio material e imaterial (Ribeiro, s/d, p. 09).

Correlatos a este entendimento, estão os direitos culturais, anteriormente referidos (art. 215 e 216, CF/88). A dignidade humana abrange a necessária proteção às manifestações culturais próprias de cada grupo social. O multiculturalismo não apenas garante tal proteção às comunidades quilombolas, mas igualmente a toda a sociedade, no intuito de preservar nosso patrimônio histórico-antropológico. Inês Virgínia Prado Soares, referindo-se ao direito ao patrimônio cultural, afirma:

[...] o teor constitucional indica um tratamento dos bens e valores culturais deve se pautar no respeito à diversidade e à liberdade e na busca da igualdade material entre e para os grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente para os grupos desfavorecidos histórica, social e economicamente; além disso, ainda de acordo com o dispositivo da Constituição, a tutela dos bens culturais deve buscar sempre a manutenção dos elementos essenciais à vida digna e com qualidade [...] (Soares, 2011, p. 802).

Necessária, portanto, a promoção da eficácia social desse direito de propriedade, qualitativamente transformado. A eficácia é definida por Ingo Sarlet da seguinte forma:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação (Sarlet, 2010, p. 240).

Frente a isso, é de se observar as inúmeras dificuldades enfrentadas a fim de concretizar a efetividade de direitos relacionados ao tema em questão, o que resta claro na citação transcrita a seguir:

É que a questão, como muitas no Brasil, não é a existência de leis. O problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis [...] radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não aculturação no *ethos* do direito e do respeito à diferença. O Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou é cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles [...] **As providências e os mecanismos adotados pelo Brasil para a defesa das minorias e dos grupos vulneráveis não têm se mostrado aptos a assegurar a participação de seus integrantes, nem no processo decisório, nem na efetivação dos seus direitos** (grifos nossos) (Silva, 2010, p. 156).

Exemplo disso pode ser novamente observado na cidade de Pelotas, que possui diversas comunidades remanescentes de quilombos localizadas em sua colônia (Surita e

Buchweitz, s/ed, 2007). Em pesquisa ali realizada, foram identificados e observados alguns desses grupos, onde foi constatado alto grau de ineficácia de regras constitucionais:

A Constituição Federal - 1988 (CF/88) concedeu aos remanescentes de quilombos o direito de propriedade às terras ocupadas por seus ancestrais. Com o objetivo de investigar a eficácia dessa norma e da garantia constitucional à dignidade humana, realizamos uma pesquisa de campo qualitativa em comunidades desse tipo no interior da cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul. Entrevistamos oito quilombolas utilizando um roteiro semi-estruturado e observamos as condições de vida nesses locais. Tendo como referencial teórico diversas obras de historiadores, sociólogos, antropólogos e juristas e forte base no paradigma emergente explicitado por Boaventura de Sousa Santos, **constatamos um alto grau de ineficácia das regras previstas na CF/88, em vista as precárias condições de sobrevivência nessas comunidades e da inexistência do [exercício do] direito de propriedade sobre essas terras pelos quilombolas** (grifos nossos) (Henning *et al.*, 2010, s/p).

Tais constatações afrontam diretamente o princípio da dignidade humana, uma vez que ela:

[...] assume a condição de **direito de defesa**, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular. Já como fundamento de direitos subjetivos a prestações, a **dignidade da pessoa humana guarda tanto uma relação de proximidade com a noção do mínimo existencial e dos direitos sociais** considerados, em sentido mais estrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas) e os direitos a prestações em sentido amplo (grifos nossos) (Sarlet, 2011, p. 64-65).

Da mesma forma, resta claro o desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade (art. 3, I, CF/88) e da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), assim como aos direitos culturais (art. 215 e 216, CF/88). Na medida em que não se garante, de maneira efetiva, o direito à propriedade quilombola, nega-se a possibilidade de discriminações positivas objetivando igualar os desiguais, desconsiderando a necessidade de preservação da identidade cultural da comunidade tradicional. A propriedade, repersonalizada pela constitucionalização do direito privado, que deveria ser instrumento de propagação da solidariedade, da relação de cooperação dos sujeitos pertencentes ao todo coletivo, não alcança essa finalidade. Sua funcionalização torna-se mais abstrata do que concreta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico encontra-se modificado pelo processo de constitucionalização do direito privado – a mudança paradigmática pela qual passa nossa forma de ver o mundo e de

produzir ciência traz o reconhecimento multicultural, ampliando o alcance de diversos princípios constitucionais.

Um dos casos mais exemplificativos é o direito de propriedade garantido pelo ADCT, art. 68, originado da longa e marcante estrutura escravocrata brasileira, que deixou marcas na contemporaneidade. O reconhecimento das comunidades remanescentes de quilombos, entretanto, não se esgota neste dispositivo legal, recebendo proteção, além dos art. 215 e 216 da CF/88, de uma série de princípios estabelecidos pela Magna Carta, especialmente os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da função social da propriedade.

Entendemos, a partir do exposto, que o sistema constitucional de proteção aos remanescentes de quilombos garante, concomitantemente, diversos direitos: a propriedade, o direito à antidiscriminação, a livre manifestação cultural, a garantia do mínimo existencial dentro de cada comunidade, a preservação do patrimônio histórico-antropológico, que também se dirige às futuras gerações.

Apesar do amparo constitucional, percebe-se que tais direitos não se encontram plenamente efetivados. Ao Estado cabe garantir a eficácia social dessas normatizações, seja através de políticas públicas, seja através do controle judiciário: a concretização dos direitos de defesa e de prestações sociais de comunidades quilombolas são fundamentais para a consolidação do multiculturalismo, traduzindo-se, além disso, em ferramenta pedagógica para as gerações futuras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARONNE, R. **Razão & Caos no Discurso Jurídico e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: bd.camara.gov.br/bd/.../bdcamara/.../constituicao_1824_texto_original.pdf. Acessado em 11/06/2011.

BRILHANTE, T. A. Escravidão Negra no Brasil: questões de política, direito, literatura e filosofia. In: **Anais do CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, São Paulo, 2009. São Paulo, p. 3.367-3.380. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais_saopaulo.html. Acessado em 11/06/2011.

CANTO, A. C. e BERNARDES, M. S. Territórios Quilombolas: por uma análise crítica da regularização fundiária das terras de preto no Brasil. **Revista da FADISMA**, n. 1. Disponível em: revista.fadisma.com.br. Acessado em 11/06/2011.

CORTIANO JÚNIOR, E. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: Uma análise do ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COTTROL, R. J. *Brow and the Contemporary Brazilian Struggle Against Racial Inequality: some preliminary comparative thoughts*. **University of Pittsburgh Law Review**, n. 66. Disponível em: <http://lawreview.law.pitt.edu/issues/66/66.1/Cottrol.pdf>. Acessado 21/06/2011.

FREITAS, D. **O Escravismo Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1991.

FREYRE, G. **Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. São Paulo: Global, 204.

GUTIERREZ, E. J. B. Sítio Charqueador Pelotense. *In*: BOEIRA, N. (coord.). **Império**. Passo Fundo: Méritos, 2006.

HENNING, A. C. C. *et al.* Remanescentes de Quilombos Pelotenses: paradigma emergente, dignidade humana e propriedade. **Revista África e Africanidades**, n. 9, 2010. Disponível em: www.africaeaficanidades.com. Acessado em 10/11/2010.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KIPPER, A. O Discurso Jurídico na Sala de Aula: Convencimento de um Único Paradigma. *In*: RODRIGUES, H. W. (org.). **Ensino Jurídico: Para Que(m)?** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2000.

LEAL, R. G. Legitimidade e Legalidade das Políticas Públicas de Igualação Racial no Âmbito dos Concursos Públicos no Brasil: estudo de caso. **Direitos Culturais**, n. 7, 2009, p. 137-156.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, M. C. B. O Princípio da Dignidade Humana. *In*: MORAES, M. C. B. (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 01-60.

MONREAL, E. N. **O Direito como Obstáculo à Transformação Social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORIN, E. **A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

PENTEADO, L. C. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, M. Apresentação. *In*: CARVALHO, D. (editora). **Quilombolas: tradições e cultura da resistência**. São Paulo: AORI, s/d.

RIOS, R. R.. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal federal. *In*: SARMENTO, D e SARLET, I. W. (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289-339.

SANTOS, B. S. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência. V. 1 – Para um Novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática.** São Paulo: Cortez, 2001.

____ e NUNES, J. A. Introdução: Para Ampliar o Cânone do Conhecimento, da Diferença e da Igualdade. *In:* SANTOS, B. S. (org.). **Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

____. Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In:* SARMENTO, D. e SARLET, I. W. (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-73.

SILVA, N. T. R. C. Alteridade: a identificação da diferença. **Direitos Culturais**, n. 8, 2010. p. 131-166.

SOARES, I. V. P. Direito Fundamental Cultural na Visão do Supremo Tribunal Federal. *In:* SARMENTO, D. e SARLET, I. W. (coords). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 799-828.

SURITA, R. e BUCHWEITZ, S. (coord.). **Descobri Que Tem Raça Negra Aqui.** Pelotas: s/ed, 2007.

TAYLOR, C. *et. al.* **Multiculturalism: examining the politics of recognition.** New Jersey, Princeton University Press, 1994.

WOLKMER, A. C. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.** Florianópolis, n. 53, 2006. p. 113-128.